



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
(Universidad del Perú DECANA DE AMÉRICA)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



ERNESTO BLUME FORTINI, EDGAR CARPIO MARCOS,  
FRANCISCO J. EGUIGUREN PRAELI, ELOY ESPINOSA-SALDAÑA B.,  
GERARDO ETO CRUZ, DOMINGO GARCIA BELAUNDE,  
FRANCISCO MIRO QUESADA RADA, JOSE F. PALOMINO MANCHEGO,  
ANIBAL QUIROGA LEON, MIGUEL VILCAPOMA IGNACIO

DOMINGO GARCIA BELAUNDE  
(COORDINADOR)

# CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS HUMANOS

(Ponencias peruanas al  
VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,  
México, D.F., 12-15 de febrero de 2002)



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(SECCION PERUANA)

**CONSTITUCIONALISMO  
Y  
DERECHOS HUMANOS**

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

ERNESTO BLUME FORTINI, EDGAR CARPIO MARCOS,  
FRANCISCO J. EGUIGUREN PRAELI, ELOY ESPINOSA-SALDAÑA B.,  
GERARDO ETO CRUZ, DOMINGO GARCIA BELAUNDE,  
FRANCISCO MIRO QUESADA RADA, JOSE F. PALOMINO MANCHEGO,  
ANIBAL QUIROGA LEON, MIGUEL VILCAPOMA IGNACIO

DOMINGO GARCIA BELAUNDE  
(COORDINADOR)

# CONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS HUMANOS

(Ponencias peruanas al  
VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,  
México, D.F., 12-15 de febrero de 2002)



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(SECCION PERUANA)

Primera edición: Lima, febrero 2002.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

© 2002, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional  
(Sección Peruana)

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1881012002-0409

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.  
Jr. Lampa 1154 y 1115, Of. 206 - Lima 1, Perú  
Telfs: 426 1631 • 427 3147 • 426 5417  
Telefax: 427 6038  
E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)

---

---

# BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

---

---

24

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS  
Rector: JUAN MANUEL BURGA DÍAZ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
Decano: ULISES MONTOYA ALBERTI

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

## Miembros fundadores

- Manuel BARQUÍN
- Germán J. BIDART CAMPOS
- Jorge CARPIZO
- Héctor FIX-ZAMUDIO
- Pedro José FRIAS
- Domingo GARCÍA BELAUNDE
- Jorge Mario GARCÍA LAGUARDIA
- Manuel GARCÍA-PELAYO (†)
- Mario JUSTO LÓPEZ (†)
- Alberto MENESES-DIREITO
- Luiz PINTO FERREIRA
- Humberto QUIROGA LAVIÉ
- Luis Carlos SÁCHICA
- Rolando TAMAYO Y SALMORÁN
- Diego VALADÉS
- Jorge R. VANOSI
- Enrique VÉSCOVI

## SECCIÓN PERUANA

Presidente  
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Secretario  
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

## INDICE

Presentación de Domingo García Belaunde .....	9
<b>ERNESTO BLUME FORTINI</b>	
La reforma del Tribunal Constitucional peruano.....	11
<b>EDGAR CARPIO MARCOS</b>	
Normas interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad (el caso peruano) .....	29
<b>FRANCISCO JOSE EGUIGUREN PRAELI</b>	
Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional .....	45
<b>ELOY ESPINOSA-SALDAÑA B.</b>	
Presidencialismo latinoamericano: Sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del estado de derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto.....	73
<b>GERARDO ETO CRUZ</b>	
Las omisiones inconstitucionales.....	95
<b>DOMINGO GARCIA BELAUNDE</b>	
Amnistía y derechos humanos (A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”) .....	117
<b>FRANCISCO MIRO QUESADA RADA</b>	
La democracia directa en el Perú: Aspectos constitucionales y procesales del referéndum durante el regimen dictatorial de Alberto Fujimori.....	131

**JOSE F. PALOMINO MANCHEGO**

Control y magistratura constitucional en el Perú ..... 151

**ANIBAL QUIROGA LEON**

Derecho Procesal Constitucional peruano ..... 171

**MIGUEL VILCAPOMA IGNACIO**

Constitución y étnia en el Perú ..... 209

**Este libro se terminó de imprimir en los  
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley  
(E-mail: [grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe))  
el día 10 de febrero de 2002.**

# PRESENTACION

**Domingo García Belaunde**

Del 12 al 14 del mes de febrero del año en curso, se llevará a cabo en la ciudad de México, el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). A este evento han sido invitados gran cantidad de constitucionalistas europeos (sobre todo españoles e italianos), así como latinoamericanos, los que, sin lugar a dudas, le darán gran prestancia.

Cuando el Primer Congreso Iberoamericano se llevó a cabo, en agosto de 1975, en plena época de dictaduras en nuestro continente, nadie pensó que ese sería el primero de una larga serie de encuentros que se han sucedido exitosamente en los últimos años. Todos ellos iberoamericanos de distinta naturaleza (congresos, simposios, mesas redondas) en donde la comunidad latinoamericana ha dejado sentir su voz, en torno a los graves problemas que agitan a nuestra América. Y todo ello, acompañado de gran cantidad de publicaciones que recogen, precisamente, lo tratado en esas reuniones.

El Perú participó desde un principio en estos certámenes, aun cuando en forma bastante modesta. En rigor, a ese primer Congreso de 1975, asistieron tan solo dos peruanos, Sigifredo Orbegoso Venegas, de la Universidad Nacional de Trujillo, y yo, en ese entonces docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional de San Marcos. Tan desconectados estábamos los unos de los otros, que sólo alcancé a conocer a Orbegoso en la misma ciudad de México, de forma totalmente casual, anudando desde entonces una estrecha amistad con él, que no sólo se ha mantenido con los años, sino que ha permitido que se amplíen nuestros encuentros a nivel nacional y nuestras investigaciones.

Y a mediados de los años ochenta, y con mayor rigor en la década posterior, la comunidad constitucional peruana se asienta, no sólo a través de las publicaciones que se suceden, sino con la proliferación de cursos en los currículos universitarios, las publicaciones especializadas y las reuniones académicas que se realizan en diversas partes del país, en forma reiterada y constante, en donde al mismo tiempo se han fortalecido los vínculos humanos entre sus miembros.

Y como fruto de ese desarrollo interior, cada vez más sólido, ha querido participar, en forma corporativa y por vez primera, en un evento de envergadura, como es el caso del VII Congreso Iberoamericano, que se inicia dentro de pocos días.

Es por este motivo que tomé la decisión, gracias a la feliz iniciativa y valioso concurso de mi antiguo colaborador doctor José F. Palomino Manchego, de publicar todas las ponencias presentadas en un volumen que se llevará al Congreso, para dar testimonio de nuestra actividad académica.

Eso fue lo que me llevó a ponerme en contacto con los colegas que nos acompañan en este Congreso, a fin de que nos hagan llegar sus ponencias debidamente impresas y en diskette. Pero lamentablemente, por más que lo hemos intentado, no todos han remitido sus textos en el tiempo fijado por el editor, y por ende no es posible publicarlos en forma completa, como hubiera sido mi deseo. Pues si seguimos esperando más de lo previsto, lo más probable es que tampoco alcancemos a llevar este libro al VII Congreso. Por eso es que aquí se publican tan sólo las que están disponibles y enviadas al coordinador, aun cuando no están todas las que se presentan o se presentarán (pues muchos, al momento de escribir estas líneas, no habían terminado la redacción de sus respectivas ponencias).

Con todo, tengo la esperanza de que más adelante se pueda hacer una segunda edición, esta vez completa, que recoja todas las ponencias peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Lima, 31 de enero de 2002.

# LA REFORMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO (\*)

Ernesto Blume Fortini (\*\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La constitucionalidad. III. Los sistemas o modelos clásicos de control de la constitucionalidad. IV. El desarrollo del control de la constitucionalidad en el Perú. V. Las propuestas de reformas constitucionales respecto del Tribunal Constitucional. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

La historia republicana del Perú es un fresco de infracciones a la Constitución. Ora porque dictadores de turno, a despecho de la voluntad popular, del sistema democrático y del derecho del pueblo de elegir a sus gobernantes y de decidir su propio destino, se hicieron de facto del poder. Ora porque el propio poder legislativo abdicó de sus funciones y vació de contenido la Norma Suprema con leyes inconstitucionales, en acto que bien podría calificarse de felonía constitucional, pues, contra el mandato del legislador constituyente, lejos de robustecer, fortalecer, implementar y complementar normativamente el modelo diseñado en la Constitución, lo desnaturalizó y debilitó mediante una normativa infraconstitucional totalmente inconstitucional. Ora porque el gobernante legítimamente elegido no respetó

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

el juramento de obedecer, cumplir y hacer cumplir la Constitución, dejándola de lado, desacatándola y actuando al margen de sus prescripciones.

En tal dirección, cabe afirmar, a la luz de lo acontecido desde la fundación del país como Estado Nación, que la historia republicana del Perú está preñada de inconstitucionalidades; que es una historia de violaciones e infracciones a la Constitución. Diríase, una historia de permanente crisis constitucional, a la cual el legislador constituyente de la Carta de 1979 respondió con decisión y valentía, elevando a rango constitucional el control disperso de la constitucionalidad e inaugurando en el Perú el control concentrado de la constitucionalidad.

En cuanto a este último, diversas circunstancias que, en puridad, nada tienen que ver con la esencia del modelo y sus bondades, han impedido que opere debidamente, por lo que la resultante es desalentadora. Razones diversas se pueden atribuir a esa resultante, desde la vocación gacitana del legislador ordinario peruano, que se niega a admitir algún tipo de control sobre su producción normativa, pasando por leyes de desarrollo constitucional que limitan, maniatan y dificultan el accionar del juez constitucional, hasta una falta de conciencia en la mayoría de los diversos sectores de la sociedad peruana de la importancia y trascendencia del modelo.

En la presente ponencia se formulan las propuestas de modificaciones constitucionales que, a juicio de su autor, son necesarias para asegurar, por lo menos en el plano normativo constitucional, una mayor operatividad del control concentrado de la constitucionalidad en el Perú y, por lo tanto, su subsistencia, para cuyo efecto, en su primera parte, se realiza una breve referencia a la constitucionalidad y al control de constitucionalidad en cuanto categorías conceptuales y a manera de enmarque doctrinario previo; en su segunda parte, se efectúa un rastreo en lo que hace al desarrollo del control de la constitucionalidad en el Perú, en la idea de brindar un alcance sobre los antecedentes y el contexto que rodean la realidad actual, así como el rol y el deficiente rendimiento del Tribunal Constitucional, que es el órgano encargado de ejercer tal control; y, en su tercera parte, se detallan las propuestas en cuestión, transcribiendo el texto constitucional vigente, consignando el texto modificadorio propuesto y resumiendo los fundamentos correspondientes. Finalmente, se detallan las conclusiones de rigor.

## II. La constitucionalidad

Referirse a una crisis de la constitucionalidad, a los mecanismos para rescatarla y resguardarla, así como a la necesidad de reformar o no la Constitución en lo que respecta al Tribunal Constitucional, implica hacer un intento por definir la constitucionalidad; concepto de carácter multidimensional que hace al núcleo de la problemática que nos ocupa. ¿Qué es la constitucionalidad?, ¿cuál es su contenido?, ¿cómo definirla en cuanto categoría conceptual?, son preguntas básicas, que a continuación se trata de responder, no obstante que, en verdad, la doctrina no ha hecho mayores esfuerzos por despejarlas. Ello seguramente por tratarse de una conceptualización que se ha dado por asumida; excepción hecha, entre otros, del célebre maestro Hans Kelsen, el gran creador del sistema de control concentrado de la constitucionalidad, quien hizo algunas reflexiones al respecto bajo el rótulo de la “regularidad” y sostuvo, en raciocinio que encierra sus conceptos de constitucionalidad y de legalidad, que cada grado del orden jurídico comprende un contenido dual, ya que es reproducción del derecho de grado superior y, a su vez, producción del derecho de grado inferior, en un juego dual de reproducción y producción inter e intra grados, caracterizado por una relación de correspondencia que denominó la “regularidad del orden jurídico”.

Así, Kelsen sostuvo que la idea de “regularidad” se aplica a cada grado, en la medida que cada grado es la aplicación o reproducción del derecho, en una relación de correspondencia entre un grado superior y un grado inferior del orden jurídico, a partir de la Constitución y hacia abajo en la escala normativa. En esa forma, el maestro Kelsen, sin decirlo abiertamente, estaba reflexionando sobre la constitucionalidad, que, desde el punto de vista de quien escribe estas líneas, debe definirse como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y sus diversos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, tanto en cuanto al fondo como a la forma. Vale decir, una suerte de cordón umbilical que conecta o une la Constitución, con los diversos correlatos normativos que integran el sistema jurídico del país, en orden a su coherencia y unidad.

Es decir, ese elemento que engarza la normativa constitucional con la infraconstitucional en sus diversos niveles de especificidad. Esto es, la Constitución con la ley, ésta con el decreto supremo y éste con ambas y, así

sucesivamente, en el caso de las otras disposiciones de rango inferior; a efectos que el paquete normativo que conforma la estructura jurídica de una Nación, esté perfectamente conectado, concordado y armonizado. Vale decir, libre de algún vicio de inconstitucionalidad, sea por la forma o por el fondo.

La inconstitucionalidad se configura entonces, paradójicamente hablando, como un cáncer dentro del cuerpo normativo legal nacional, que rompe ese vínculo de armonía y concordancia plena que debe existir entre la Constitución y sus correlatos normativos en sus diversos grados o niveles de especificidad, que es, precisamente, la constitucionalidad; cáncer originado por la inconsecuencia de los legisladores ordinarios, delegados y, en general, por quienes de alguna manera ejercen función normativa y cuya extirpación ha obligado a la creación de diversas fórmulas, que la doctrina ha desarrollado como sistemas de control de la constitucionalidad.

### **III. Los sistemas o modelos clásicos de control de la constitucionalidad**

En verdad, los principales protagonistas, gestores y actores del rompimiento de la constitucionalidad son los propios miembros de los Congresos de las Repúblicas, no obstante que una de sus principales tareas, establecida expresamente en sus respectivas Constituciones, es reglamentar, complementar e implementar, normativamente hablando, la Constitución; tarea que, como es evidente, debe realizarse en el marco de la Constitución, dentro de sus parámetros, para fortalecerla, complementarla e implementarla.

Sin embargo, la historia demuestra y, lamentablemente no solo en el caso del Perú, que los legisladores encargados de dictar la normativa infraconstitucional abdicaron de su función, cayeron en lo que el maestro español Francisco Fernández Segado, siguiendo al célebre Carl Schmitt, ha denominado las veleidades normativas del legislador ordinario y, vencido por la coyuntura, el aquí y él ahora y el interés político partidario, entre otras causas, traicionó la Constitución, dictando normas contrarias a ella, protagonizando un fenómeno, imitado en otros niveles normativos, que no es reciente y que llamó la atención de los doctrinarios del Derecho Constitucional desde un primer momento.

Al respecto, tan sólo por hacer una referencia especialmente significativa que demuestra la veracidad de estos asertos, cabe citar el caso del abate

Emmanuel Joseph Sieyès, quien ya desde los albores del siglo XIX en la novel Francia Republicana, no obstante vivirse una época de efervescencia parlamentarista, en la que se atribuía al Poder Legislativo la calidad de primer poder del Estado, representante auténtico y legítimo del pueblo y el único con capacidad de interpretar la Constitución y reglamentarla, así como anular las leyes inconstitucionales, propuso la creación de un *jurie constitutionnaire* o jurado constitucional que detentaría la facultad de anular las normas dictadas por el Parlamento que fueran contrarias a la Constitución. Ello, como respuesta a sus premonitorias preocupaciones sobre lo que ocurriría si el legislador ordinario se extralimitaba y, embebido de poder, traicionaba la Constitución. Esto es, la obra y el mandato del legislador constituyente, que se encuentra objetivado en la Norma Suprema.

Las premonitorias preocupaciones e inquietudes de Sieyès, que en su época fueron consideradas peyorativamente por sus contestatarios, se confirmaron durante el desarrollo del mismo siglo XIX con la cuestionable actitud de los Congresos de los nuevos Estados Nación, que dictaron numerosas normas infractoras de sus Constituciones, motivando que se originaran y desarrollaran líneas de pensamiento para lograr un efectivo control de la constitucionalidad, en la idea de establecer un freno a los excesos del legislador a través de sistemas que permitieran bien evitar, preventivamente, la dación de la norma o, si ésta era aprobada y entraba en vigencia, invalidarla con efectos generales o hacerla inaplicable en los casos concretos.

Tales líneas de pensamiento se tradujeron, a la larga, en los clásicos sistemas o modelos de control de la constitucionalidad, conocidos como Modelo Político, Modelo Americano y Modelo Europeo, respecto de los cuales, por razones de espacio, tan sólo se hará una escueta referencia.

El primero, el Modelo Político, que tiene sus orígenes en las Constituciones francesas de 1799 y 1852 y se ha desarrollado en países con marcada vocación parlamentarista, postula un control previo de constitucionalidad a la aprobación de la norma, que se da paralelamente o al final, según los casos, del proceso de debate y aprobación del proyecto respectivo, al interior del propio Poder Legislativo, que opera mediante una comisión *ad hoc* que tiene la función de detectar cualquier vicio de inconstitucionalidad que se da respecto de los proyectos que son materia de discusión, debate y aprobación. Es un control preventivo, que advierte y evita la inconstitucionalidad, el cual corresponde al

propio órgano encargado de reglamentar la Constitución. Esto es, al Poder Legislativo.

El segundo, el Modelo Americano, también denominado de Revisión Judicial, de Control Disperso, de Control Difuso o de Control Judicialista, que en gran medida tiene sus orígenes en la sentencia que el 24 de febrero de 1803 dictara la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica presidida por el juez John Marshall, al resolver el caso *Marbury versus Madison*, postula un control de constitucionalidad a cargo de los jueces y magistrados, quienes, al resolver los casos concretos que conocen, si observan que entre las posiciones jurídicas que tienen las partes existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía deben preferir la primera. Nótese que se trata de un control puntual, en el caso concreto, de inaplicación excepcional de la norma inconstitucional, que no tiene efecto general y que no anula ni deroga la norma. Nótese también que la facultad de control no corresponde a un ente especial, sino que está distribuida o repartida entre los magistrados del Poder Judicial, como atribución adicional a las que poseen y corresponden a su función jurisdiccional.

El tercero, el Modelo Europeo, también denominado Austríaco, Kelseniano, de Control Ad Hoc o de Control Concentrado de la Constitucionalidad, que fuera ideado por Hans Kelsen, inaugurado con la creación en 1919 del Tribunal Constitucional de Austria y consagrado en la Constitución austríaca de 1920, se caracteriza por confiar el control de la constitucionalidad a un ente especial, cuyas resoluciones dejan sin efecto la norma inconstitucional. Es concentrado, abstracto y derogatorio. Es concentrado porque un solo órgano es el que ejerce el control de constitucionalidad (en muchos casos en forma exclusiva y excluyente respecto de los otros órganos del Estado), de manera que la facultad o el poder de control está, como su nombre lo indica, concentrada en el órgano que detenta dicha facultad o poder. Es abstracto porque analiza la norma cuestionada en forma aislada e independiente del caso concreto que pueda haber dado origen a su cuestionamiento (realizando una suerte de análisis de puro derecho entre la norma constitucional y la norma de menor jerarquía objeto de impugnación para descubrir si tiene algún vicio de inconstitucionalidad). Es derogatorio porque anula la ley o la norma cuestionada, la cual deja de tener vigencia o efectos para todos, por lo que la declaración de inconstitucionalidad será expresa y de alcance general (*erga omnes*).

#### **IV. El desarrollo del control de la constitucionalidad en el Perú**

El Perú Republicano nació en 1821 bajo la influencia de la Constitución española de Cádiz de 1812, también denominada Constitución gaditana, que, a su vez, venía fuertemente influenciada de las ideas inspiradoras de la Revolución Francesa y, por lo tanto, en lo que hace al tema, bajo la tesis que era al Parlamento, como primer poder del Estado, al que le competía tal tarea, en el marco de lo que podría denominarse una especie de atisbo de control de la constitucionalidad, de tipo político, pero centrado en el control de las infracciones fácticas a la Constitución, cometidas por quienes ejercían cargos públicos. No en las infracciones normativas, frente a las cuales el único capaz de superarlas era el propio Parlamento.

Este influjo gaditano fue recogido por el legislador constituyente peruano en las Cartas de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920, excepción hecha de la Constitución de 1856, que, en forma inédita en el Perú, estableció en su artículo 10º una norma de enorme trascendencia en cuanto al tema del control de constitucionalidad, pero, penosamente, de efímera vigencia, pues fue derogada en la Carta de 1860: “Es nula toda ley que contraviene la Constitución por la forma o por el fondo”.

El mismo influjo persistió en la Constitución de 1933, pero con la excepción de su artículo 139º, que consagró la denominada acción popular, como un instrumento para invalidar las normas infralegales. Vale decir, los reglamentos, resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general, que infringieran la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros.

Por lo tanto, el legislador ordinario marchó sin control en su camino normativo y fueron numerosas las oportunidades en las que dictó leyes contradictorias con la Constitución, que la desbordaban, contradecían y hasta desnaturalizaban, convirtiéndose en uno de los principales protagonistas de la violación de las normas constitucionales. A ese fenómeno se sumaron otros de orden político y social, que significaron rompimientos del orden constitucional y aquel hacer y deshacer Constituciones, parafraseando al maestro Manuel Vicente Villarán, que caracteriza la vida republicana del Perú.

Es frente a esta situación que el legislador constituyente de la Carta de 1979 sale al frente, mediante dos medidas de máxima importancia: eleva a rango constitucional el control disperso de la constitucionalidad, que había

sido consagrado ya en el Perú a nivel infraconstitucional en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, e inaugura el control concentrado de la constitucionalidad, con la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurando un sistema dual o paralelo de control de la constitucionalidad, como con acierto lo postula el constitucionalista peruano Domingo García Belaunde.

En este punto debe enfatizarse que, a pesar de las buenas intenciones del legislador constituyente de la Carta de 1979, siguiendo a César Landa, la evaluación del funcionamiento del hoy fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales en el periodo comprendido entre el 19 de noviembre de 1982, fecha en que se produjo su instalación, y el 5 de abril de 1992, fecha en que fue desactivado a raíz del autogolpe del entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori, arroja un resultado francamente decepcionante, si se tiene en cuenta que, en lo que atañe al control concentrado de constitucionalidad, de las más de 25 demandas de inconstitucionalidad interpuestas durante los diez años de funcionamiento, sólo se resolvieron 15, no obstante la frondosa legislación dictada en ese periodo de tiempo, que comprendió leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En buena cuenta, el Tribunal de Garantías Constitucionales abdicó de su función y, en modo alguno, ejerció un real control de la constitucionalidad y, menos aún, actuó como supremo intérprete de la Constitución; calidad esta última que detenta todo ente que ejerce control concentrado de la constitucionalidad, como se fundamentó en el ensayo publicado en el Número 50 de la Revista de Derecho de la Universidad Católica del Perú.

¿Por qué ese resultado tan decepcionante? Existen varias razones, que no tienen que ver con las bondades del modelo, sino con lo que se podría denominar obstáculos instrumentales y coyunturales para su funcionamiento, tales como: titularidad restringida para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad; ausencia de mecanismos de suplencia y de dirimencia; imposibilidad de producir resolución por tener un número cerrado de magistrados, en el supuesto de no lograr el número de votos necesarios; carencia de conciencia en la mayoría de sus miembros del rol que les competía; y ausencia de una conciencia nacional sobre la importancia de contar con un ente de control concentrado de la constitucionalidad.

Instaurado el gobierno de facto en abril de 1992, el dictador, como una forma de legitimarse y justificarse en su inconducta violatoria de la Constitución,

promovió y obtuvo la elaboración, aprobación y posterior ratificación, vía referéndum, de una nueva Norma Suprema: la Constitución de 1993. En ella, a pesar de las marchas y contramarchas en torno al mantenimiento del control de la constitucionalidad que no es del caso referir en esta oportunidad, se ha mantenido, en esencia, el modelo de la Carta de 1979, con algunas diferencias de carácter accesorio, que incluyen el cambio de denominación del ente de control concentrado, por la de Tribunal Constitucional.

Empero, no se ha otorgado al Tribunal Constitucional de una normativa que facilite su funcionamiento, manteniendo, en esencia, los obstáculos instrumentales y coyunturales a los que se hizo referencia al tratar sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, agravados con la reducción del número de sus miembros y la exigencia de seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad, sino que fue parcialmente desactivado, con la injusta destitución de tres de sus miembros, por decisión de la mayoría oficialista de aquel entonces; decisión que felizmente fuera revocada al restaurarse la democracia en el Perú. Por consiguiente, tampoco en esta oportunidad se ha permitido que el modelo demuestre sus bondades.

## **V. Las propuestas de reformas constitucionales respecto del Tribunal Constitucional**

En rigor, estas experiencias negativas no deben llevar a reprobar el modelo, porque, ciertamente, el control concentrado de la constitucionalidad no ha tenido oportunidad de funcionar en el país y de probar sus bondades. Por el contrario, ha sido víctima de todo tipo de obstáculos, dificultades e incomprensiones, que, en algunos casos, han perseguido expresamente impedir su desarrollo y el cumplimiento de su tarea.

En los niveles académicos especializados es mayoritaria la idea que el sistema debe mantenerse y perfeccionarse; convencimiento que compartieron unánimemente los miembros de la Comisión de Reforma Constitucional del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y los miembros de la Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional del Perú. En esa línea, para la presente ponencia se ha reflexionado sobre cuáles serían las modificaciones que habría que introducir a la actual Constitución en orden a mejorar el control concentrado de la constitucionalidad en el Perú y hacer operativo el Tribunal Constitucional. A continuación se refieren,

concretamente, las propuestas de modificación de la Constitución en lo que respecta al Tribunal Constitucional.

Las propuestas comprenden sugerencias de modificaciones y precisiones a la normativa constitucional relacionada con el Tribunal Constitucional en cuanto se refiere a su objeto, rol, composición, funcionamiento y competencias, así como a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad.

A continuación se desarrollan las propuestas, para cuyo efecto, en primer lugar, se transcribe el texto actual del numeral constitucional materia de modificación; en segundo término, se consigna el texto sugerido; y, en tercer orden, se fundamenta brevemente la modificación o precisión, según corresponda:

### **V.1 Respeto del objeto, del rol, de la composición y del funcionamiento del Tribunal Constitucional peruano**

a) Texto actual:

*Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.*

*Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.*

*Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.*

b) Texto sugerido:

*Artículo 201.- El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad y el supremo intérprete de la Constitución.*

*Es autónomo e independiente.*

*Se compone de nueve magistrados titulares elegidos por ocho años y del número de magistrados suplentes que determine su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.*

*Para ser magistrado titular del Tribunal Constitucional se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema y probada ejecutoria democrática. Los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de la mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.*

*Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, de ternas propuestas por el Consejo Nacional de la Magistratura, los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho, en el plazo de treinta días de recibidas las mismas. En el caso de no obtenerse el número de votos requeridos, se tendrán por electos a los primeros de cada terna en forma automática y por imperio de la presente norma.*

c) **Fundamentación:**

Partiendo de la premisa que en el Perú, a pesar de los esfuerzos normativos realizados a nivel constitucional y académico, el legislador ordinario mantiene una profunda vocación gaditana y es renuente a aceptar el control concentrado de la constitucionalidad, es necesario asegurar la supremacía de la Constitución, en tanto fuente de derecho y expresión del poder constituyente, aclarando y reforzando el objeto, el rol y la composición del Tribunal Constitucional, así como garantizar su plena y efectiva operatividad. La experiencia de los últimos años, caracterizada por un permanente desmontaje del andamiaje constitucional llevado a cabo por el legislador ordinario releva de mayores comentarios.

En un Estado Constitucional moderno, al cual aspiran todos los peruanos, rige la soberanía de la Constitución y el control de la constitucionalidad es un elemento imprescindible para garantizar su real existencia. Por ello, el objeto de control por parte del Tribunal Constitucional es, sin lugar a dudas, *la constitucionalidad* de las normas infraconstitucionales de primer rango, por lo que no es propio que se consagre como objeto del Tribunal Constitucional el “control de la Constitución”, desde que aquella, como Norma Suprema, que es expresión del poder constituyente, no puede ser objeto de ningún control, ya que sobre dicho poder no existe instancia o nivel jerárquico superior. En tal virtud, debe corregirse la redacción de la primera parte del artículo 201° de la Constitución, precisando que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad.

De otro lado, correspondiendo al Tribunal Constitucional peruano el control de la constitucionalidad, de acuerdo al denominado Modelo Europeo, Austriaco, Kelseniano, de Control *ad-hoc* o de Control Concentrado y dados los efectos anulatorios erga omnes que tienen sus sentencias sobre las normas con rango de ley cuestionadas por colisión con la Constitución, aquel control sólo puede ser viable si su titular realiza una interpretación oponible con éxito a cualquier otra interpretación de la Constitución, provenga de quien provenga, lo cual como lo deja aclarado Jorge Danós Ordóñez no significa exclusividad interpretativa. Por tanto, es inherente a la calidad de ente de control concentrado de la constitucionalidad la de ser titular de la *supremacía de la interpretación constitucional*.

Desde este punto de vista, el carácter de *intérprete supremo de la Constitución* que corresponde al Tribunal Constitucional peruano, está dado por su propia naturaleza, de ser órgano de control concentrado de la constitucionalidad de normas de rango de ley, por lo que se sugiere se establezca expresamente que el Tribunal Constitucional es el *intérprete supremo de la Constitución*.

Por lo demás, teniendo en cuenta los innumerables problemas que se han presentado en lo que atañe a la composición, número, fórmula de designación, funcionamiento y plazo del cargo, se sugiere que se modifique el texto del artículo 201° de la Constitución en los términos propuestos, en lo que atañe a los referidos tópicos, estableciendo que el Tribunal Constitucional se compone de nueve magistrados titulares elegidos por ocho años y del número de magistrados suplentes que determine la correspondiente ley de desarrollo constitucional, que deben reunir el requisito de probada ejecutoria democrática y manteniendo la facultad del Congreso de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, pero en base a las ternas propuestas por el Consejo Nacional de la Magistratura, los Colegios de Abogados y las Facultades de Derecho, así como dando solución a la eventual situación que se presentaría de no lograrse dichos dos tercios de votos, en cuyo caso, vencido el plazo señalado en la propuesta, por imperio de la Constitución se tendrán por designados a los primeros de cada terna.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior y a su actual regulación, debemos enfatizar que la existencia de un número cerrado de magistrados (esto es siete) y la exigencia de un quórum de seis para poder resolver y adoptar acuerdos, sin posibilidad de recurrir a magistrados suplentes o

dirimientes, según el caso, no permite un funcionamiento adecuado del Tribunal Constitucional, frente a las situaciones que puedan presentarse cuando alguno de sus titulares tenga impedimento físico o de otra índole para intervenir, o, simplemente, no existan criterios uniformes para lograr producir una resolución; como en efecto ha sucedido en numerosas oportunidades.

## **V.2 Respeto de las competencias del Tribunal Constitucional peruano**

a) Texto actual:

*Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:*

1. *Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.*
2. *Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.*
3. *Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.*

b) Texto sugerido:

*Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, es competente para:*

1. *Conocer, en instancia única y a pedido de parte, los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de alcance general y ordenanzas municipales.*
2. *Instaurar de oficio, en instancia única, los procesos de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional.*
3. *Conocer, en última y definitiva instancia, los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.*
4. *Conocer, en instancia única y a pedido de parte, los procesos sobre conflictos de competencia o de atribuciones respecto de los órganos de rango constitucional.*

*Para declarar la inconstitucionalidad se requiere 6 votos.*

c) Fundamentación:

En lo que atañe a las competencias del Tribunal Constitucional, se sugiere enfatizar que, en su calidad de guardián de la integridad y de la supremacía de la Constitución, se robustezca el control concentrado de la constitucionalidad, otorgándole, además del conocimiento en instancia única y a pedido de parte de los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra las normas que tienen rango de ley, la competencia de instaurar de oficio, en instancia única, procesos de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional.

Esta nueva competencia se fundamenta en el hecho de que la experiencia legislativa en cuanto a leyes de desarrollo constitucional se refiere, es demostrativa que el legislador ordinario lejos de fortalecer e implementar normativamente los órganos de rango constitucional, en concordancia con el principio de la garantía institucional y con respeto al núcleo duro de competencias indisponibles, ha realizado una inconstitucional tarea de vaciamiento constitucional, consistente en, vía leyes inconstitucionales, reducirlos a su mínima expresión.

En ese orden, resultando inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniar y disminuir la creación del legislador constituyente, convirtiendo a los órganos constitucionales en órganos minusválidos, se propone otorgar al Tribunal Constitucional la competencia especial de instaurar, de oficio y en instancia única, procesos de inconstitucionalidad contra las leyes orgánicas o de desarrollo constitucional que, por la forma o por el fondo, infrinjan la Constitución.

De otro lado, en lo que atañe al conocimiento, en última y definitiva instancia, de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, se propone ampliar la competencia del Tribunal Constitucional para conocer también las sentencias dictadas en segunda instancia que sean desfavorables a la parte demandada, en resguardo del derecho de igualdad de las partes en el proceso y a los efectos de unificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, evitando las injustas situaciones que se producen actualmente a nivel de Cortes Superiores.

Finalmente, para evitar que se establezcan requisitos que, en la práctica, impidan su funcionamiento, se sugiere que la Constitución consagre

expresamente el número de votos requeridos para declarar la inconstitucionalidad, el cual se ha estimado en seis.

### **V.3 Respeto de la acción de inconstitucionalidad**

a) Texto actual:

*Artículo 203.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:*

1. *El Presidente de la República;*
2. *El Fiscal de la Nación;*
3. *El Defensor del Pueblo;*
4. *El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;*
5. *Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.*
6. *Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.*
7. *Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.*

b) Texto sugerido:

*Artículo 203.- Cualquier ciudadano está facultado para ejercer en forma individual la acción de inconstitucionalidad y para intervenir como impugnador o defensor en los procesos de inconstitucionalidad promovidos por otros.*

*Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.*

c) Fundamentación:

En un país como el Perú, en donde la práctica parlamentaria en especial y la experiencia normativa en general, han demostrado la carencia de una auténtica conciencia de respeto por la constitucionalidad, no existe razón de peso alguna para restringir el derecho de los ciudadanos a ser titulares individuales de la acción de inconstitucionalidad y poder recurrir, sin condicionamientos, al Tribunal Constitucional en resguardo y rescate de la

constitucionalidad; máxime si son titulares primigenios del poder y, por tanto, nadie con mas derecho que ellos para accionar en resguardo de la constitucionalidad.

Así se entendió en el IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, llevado a cabo en la ciudad de Ica del 18 al 20 de noviembre de 1993, en el cual se aprobó por unanimidad recomendar se amplíe o modifique, según se decida, el artículo 203º de la Constitución de 1993, incorporando como titular de la acción de inconstitucionalidad a cualquier ciudadano que esté en plena capacidad de ejercicio de sus derechos políticos.

Tal incorporación permitirá un mayor compromiso ciudadano en defensa de la Constitución; contribuirá a frenar los excesos y desvaríos normativos del Congreso de la República y de los entes que dictan normas con rango de ley; y constituirá un reto para que el Tribunal Constitucional asuma su rol de intérprete supremo de la Constitución y defensor de la constitucionalidad, obligándolo a ejercer una verdadera docencia constitucional.

Los argumentos que se han venido esgrimiendo en contra de esta tesis, apuntan a una supuesta inseguridad jurídica, así como a un supuesto ejercicio excesivo y abusivo de dicho instrumento procesal, sin percatarse que parten de una visión exagerada de la seguridad jurídica que sacrifica la constitucionalidad, de un desprecio al derecho y al deber de cada peruano de respetar y defender su Constitución y que, en estricto, el uso de la acción de inconstitucionalidad estará en proporción directa a la producción normativa y, por lo tanto, en términos cualitativos, el volumen de causas dependerá del número de normas dictadas. Es más, respecto al volumen de causas, con el auxilio de la cibernética, no importará cuantas demandas se presenten contra una misma ley, pues emitida la sentencia en el primer proceso instaurado, la providencia a las demás será automática, en el sentido que se esté a lo resuelto en ese primer pronunciamiento.

Para concluir, debe resaltarse que esta propuesta coincide con el pensamiento del célebre Hans Kelsen, creador, como está dicho, del control concentrado de la constitucionalidad, que sostiene que “la mas fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un actio popularis, de tal suerte que el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular”.

## VI. Conclusiones

1. La constitucionalidad es el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.
2. A contramano de la consagración por el legislador constituyente peruano del sistema dual o paralelo de control de la constitucionalidad, a partir de la Carta de 1979, reproducido en la vigente Constitución de 1993, en el cual coexisten el control difuso y el control concentrado, en su intención de evitar que el Perú Republicano siga siendo un fresco de infracciones a la Constitución, la experiencia es desalentadora; especialmente en cuanto al control concentrado, hoy a cargo del Tribunal Constitucional.
3. La vocación gaditana del legislador ordinario peruano, que se niega a admitir algún tipo de control sobre su producción normativa, pasando por leyes de desarrollo constitucional que limitan, maniatan y dificultan el accionar del juez constitucional, hasta una falta de conciencia en la mayoría de los diversos sectores de la sociedad peruana de la importancia y trascendencia del modelo, conjuran solapadamente en su intento de hacer fracasar al Tribunal Constitucional.
4. Para evitar que se consuma tal intento es menester, en lo que respecta a la normativa constitucional actualmente vigente, llevar a cabo urgentes reformas al texto constitucional en cuanto al rol, a la composición, al funcionamiento y a las competencias del Tribunal Constitucional, así como a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad, que aseguren un núcleo duro e indisponible por el legislador constituido, como garantía institucional del órgano de control concentrado de la constitucionalidad.
5. Las modificaciones a las normas constitucionales reguladoras del Tribunal Constitucional peruano apuntan, entre otros aspectos, a la precisión de su calidad de intérprete supremo de la constitucionalidad; al incremento a nueve del número de magistrados titulares y la previsión de la

existencia de suplentes, a efectos de salvar las dificultades que ofrece un número reducido y cerrado de miembros frente a los casos de impedimento, excusas, discordias, dirimencias y otros; al incremento del plazo de duración del cargo a ocho años para desligarlo de la política coyuntural; a la forma de designación de sus integrantes, que evite que los intereses políticos partidarios o grupales primen; al establecimiento número de seis votos conformes exigidos para producir resolución, que salve de normas infraconstitucionales que eleven ese número y, como consecuencia, lo aten de manos; al incremento de sus competencias adicionando la de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes de desarrollo constitucional, para impedir que los órganos constitucionales sean debilitados en sus competencias; y a la consagración de la titularidad individual de la acción de inconstitucionalidad, a fin de facilitar el necesario acceso al control concentrado de la constitucionalidad que debe darse en el Perú.

Lima, enero de 2002.

# NORMAS INTERPUESTAS EN LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD (EL CASO PERUANO) <sup>(\*)</sup>

Edgar Carpio Marcos <sup>(\*\*)</sup>

**SUMARIO:** I. La Constitución como límite de la legislación. II. El bloque de constitucionalidad. III. Normas interpuestas y control de constitucionalidad. IV. Las normas interpuestas del parametro en la Acción de Inconstitucionalidad.

## I. La Constitución como límite de la legislación

La Constitución es la norma suprema y por tanto el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico. Como tal, limita a la legislación y a través del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, confía al Tribunal Constitucional verificar si éstas han sido observadas por el legislador. Esos límites, siguiendo a Guastini<sup>(1)</sup>, pueden ser de distintas clases:

- a) Por un lado, señalando el procedimiento conforme al cual determinadas fuentes con rango de ley tendrán que elaborarse. Es el caso, por ejemplo, de la ley (parlamentaria) que según el artículo 102, inciso 1), de la Consti-

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura. Secretario General de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

(1) *Cfr.* Guastini, Riccardo, "La Costituzione come limite alla legislazione", en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, *Analisi e Diritto 1998*, Giappichelli editore, Torino, 1998, págs. 107 y sgts.

tución, deberá ser aprobada por el Pleno del Congreso de la República, previa aprobación del proyecto de ley por la respectiva comisión dictaminadora, salvo que este último trámite se encuentre exceptuado por el Reglamento del Congreso (art. 105), o que el mismo Pleno delegue facultades a la Comisión Permanente o al Poder Ejecutivo (arts. 101, inciso 4º, y 104 de la Constitución). O de las leyes orgánicas, que siguiendo el mismo procedimiento de la ley ordinaria, sin embargo deberán aprobarse con no menos de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso (art. 106 de la Constitución).

- b) De otro, prohibiendo o vedando que ciertas materias u objetos puedan regularse con un contenido u otro. Por ejemplo, que se dicte una ley que desnaturalice el contenido esencial de cualquier derecho fundamental; o, que mediante un acto legislativo se amplíe el mandato presidencial más allá de los 5 años que establece el artículo 112 de la Constitución.

Por cierto, el control de esta clase de límites al legislador no se reduce a verificar si la regulación de una materia legal dada se ha realizado en oposición a un contenido expresamente vedado por la Constitución. La casi totalidad de tribunales constitucionales exigen, además, que la materia regulada por la ley obedezca a ciertos criterios de razonabilidad<sup>(2)</sup>. Es clásico, en los países cuyas constituciones no han introducido este principio, derivar tal exigencia de los alcances del derecho de igualdad ante la ley. En efecto, tal derecho no garantiza que, con abstracción de cualquier circunstancia, todos seamos tratados por igual, sino que cuando se realice un tratamiento diferenciado, éste se base en criterios objetivos y razonables<sup>(3)</sup>.

No han faltado ciertos tribunales constitucionales, entre ellos, la Corte Constitucional colombiana (Sentencia C-456-98), cuyo control sobre el legislador se ha extendido a determinar si las leyes dictadas adolecen del

<sup>(2)</sup> Cfr. AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè editore, Milano, 1994.

<sup>(3)</sup> Cfr. Ramón Martínez Tapia, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000. Gino Scaccia, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 2000, págs. 27 y sgtes. Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, págs. 25 y sgtes.

vicio de “desviación de poder” o “exceso de poder legislativo”<sup>(4)</sup>, hipótesis que se produce siempre que con la ley, el legislador persiga desvirtuar un fin constitucional al cual se encuentra vinculado. Tal sería el caso, por ejemplo, de cierta clase de leyes interpretativas cuyo propósito sea no respetar “las funciones constitucionalmente reservadas al poder judicial”<sup>(5)</sup>, en el entendido que es el juez —y no el legislador— el intérprete natural de las leyes.

- c) Finalmente, la Constitución también limita al legislador disponiendo, o bien que determinadas fuentes sólo puedan ser expedidas por ciertos órganos constitucionales (el Congreso no tiene facultad para expedir decretos de urgencia ni decretos legislativos, que es competencia del Poder Ejecutivo); o bien, que ciertas materias sólo puedan ser reguladas por determinadas fuentes (es el caso del artículo 106 de la Constitución, que dispone que la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales y las demás materias que ella expresamente señala, sólo puedan ser reguladas en virtud de leyes orgánicas), o, a la inversa, que ciertas fuentes no pueden regular determinadas materias. (supuesto del artículo 74 de la Constitución, que señala que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria).

Como es lógico suponer, la violación de estos límites da lugar a la configuración de otros tantos vicios de la ley<sup>(6)</sup>, susceptibles de ser impugnados en la acción de inconstitucionalidad.

## II. El bloque de constitucionalidad

Sin embargo, no siempre de la Constitución se derivan todos los límites de las leyes o normas con rango de ley. En ocasiones, ella misma establece que

<sup>(4)</sup> Cfr. Livio Paladin, “Osservazioni sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere del legislatore ordinario”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, págs. 993 y sgtes. Alessandro Pizzorusso, “Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa”, en AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 1988, págs. 71 y sgts.

<sup>(5)</sup> Cfr. Adriana Gardino, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Giuffrè editore, Milano, 1997, págs. 165 y sgts. La Corte Costituzionale italiana explícitamente se refiere sobre el tema en la *sentenza* 195 de 1982.

<sup>(6)</sup> Cfr. Franco Modugno, “Legge (Vizi della)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIII, Giuffrè editore, Milano, 1993, págs. 1000 y sgts.

fuentes subordinadas establezcan límites formales y materiales a cierto tipo de legislación. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 104 de la Constitución, que establece que la ley de delegación, mediante la cual el Congreso de la República autoriza al Poder Ejecutivo la expedición de decretos legislativos, debe precisar la “materia específica” y el “plazo determinado”. De esta forma, puede decirse que la validez de los decretos legislativos no sólo depende de su conformidad con la Constitución, sino también de su adecuación a los límites, materiales y temporales, fijados por la ley autoritativa.

Ciertamente, la ley de delegación no es la única fuente con capacidad de establecer límites a ciertas normas del mismo rango; también lo cumplen otras normas. Precisamente su existencia y el papel que en el juicio constitucional sobre la ley están llamados a cumplir, ha generado que en la doctrina se hable de la presencia de un “bloque de constitucionalidad”, esto es, un conjunto de normas que, sometidas a la Constitución, se integran al parámetro de control constitucional<sup>(7)</sup>.

En el ordenamiento peruano, esa integración legislativa del parámetro se ha querido regular mediante el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Dicho precepto señala:

“al apreciar la constitucionalidad o no de las normas objeto del control, (el Tribunal...) debe tomar en consideración también aquellas leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado”.

Según esta fórmula, el parámetro o cánón de control en la Acción de Inconstitucionalidad no sólo está compuesto por la Constitución, sino también por ciertas leyes que regulan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado. Sin embargo, con poca fortuna, y siguiendo ciertos planteos provenientes de la dogmática y jurisprudencia constitucional española<sup>(8)</sup>, esta

<sup>(7)</sup> AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Giappichelli editore, Torino, 2000. También, Paolo Carnevale y Alfonso Celotto, *Il parametro 'eventuale'*, Giappichelli editore, Torino, 1998, págs. 1-3.

<sup>(8)</sup> Como en Francia, en España la expresión “bloque de constitucionalidad” es obra de la jurisprudencia constitucional, y no del legislador orgánico. La primera sentencia donde el Tribunal Constitucional español utilizó esta expresión fue en la STC 10/82, de 23 de marzo.

disposición ha sido denominada “bloque de constitucionalidad”<sup>(9)</sup>. En efecto, pues más allá de su anunciado propósito, no parece que las fuentes que lo compongan puedan ayudar al Tribunal Constitucional a cumplir con su tarea de juzgar la validez de la ley. Y es que la referencia a ciertas “leyes que regulen los órganos del Estado” no puede comprender a otra fuente que no sea la “ley orgánica”, esto es, aquellas que tienen por propósito regular a los órganos “constitucionales”. Las leyes que regulen los órganos (del Estado pero) “no constitucionales”, no forman parte del bloque de constitucionalidad, pues no regulando materias con cobertura constitucional, cualquier contradicción con ellas sería resoluble con las técnicas existentes para resolver conflicto de leyes del mismo rango (en el espacio y/o en el tiempo). Sin embargo, así el bloque esté compuesto sólo por leyes orgánicas, ninguna función relevante debe asignársele: si una ley colisionara con una ley orgánica, la eventual invalidez de ésta no deriva de su incompatibilidad con aquélla, sino de haberse vulnerado los límites competenciales previstos por la Constitución, al tratarse de una fuente que no tenía competencia para regular una materia reservada a la ley orgánica<sup>(10)</sup> (vicio de incompetencia relativa u objetiva)<sup>(11)</sup>.

Por ello, si en el parámetro de control de la Acción de Inconstitucionalidad se encuentran (o deben encontrarse) aquellas normas que fijan los límites que la legislación no debe exceder, entonces la presencia (o ausencia) de las leyes orgánicas resulta irrelevante para que el Tribunal Constitucional juzgue la inconstitucionalidad de cualquier fuente. Tal vez el único caso en que el bloque podría adquirir sentido sería en el caso de que se admitiera entre sus normas al Reglamento del Congreso de la República. Como veremos más adelante, efectivamente (ciertas normas) (d)el Reglamento parlamentario sirven para juzgar si una determinada fuente con rango de ley (ley ordinaria, ley orgánica o ley de delegación de facultades) es inconstitucional por la

---

*Cfr.* Pablo Luis Manili, “El ejercicio incompleto del Poder Constituyente y el bloque de constitucionalidad en España”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N. 2, Lima, 2000, págs. 163 y sgtes.

<sup>(9)</sup> *Cfr.* Ernesto Blume Fortini, “El bloque de la constitucionalidad municipal en el Perú”, en *Temas de Derecho Municipal*, CAL, Lima, 1999, págs. 147 y sgtes.

<sup>(10)</sup> *Cfr.* Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1998, págs. 66-67.

<sup>(11)</sup> Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè editore, Milano, 1998, págs. 48 y sgts.; 488 y sgts.

forma<sup>(12)</sup>. Sin embargo, conspira contra su inclusión, por un lado, el concepto de “leyes” que utiliza el artículo 22 de la LOTC, pues ciertamente, el Reglamento del Congreso no es una “ley”, aunque de ello no se pueda deducir que no se trate de una fuente formal del derecho, o que no tenga el *rango* de las leyes; y de otro, la propia racionalidad del dispositivo de la LOTC, ya que si en el artículo 22 se pretendió comprender a *todas* las fuentes legales cuya infracción genera *indirectamente* un supuesto de inconstitucionalidad, esta función no sólo la cumple el Reglamento del Congreso.

En suma, parafraseando a Rubio Llorente, puede decirse que el artículo 22 de la LOTC es una cláusula supérflua e inútil<sup>(13)</sup>.

### III. Normas interpuestas y control de constitucionalidad

Como se ha dicho, en el ordenamiento del Estado Constitucional, la Constitución no es la única norma que impone límites a las fuentes primarias susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional. En ocasiones expresamente, y en otras implícitamente, lo cierto del caso es que la Norma Fundamental suele “reenviar” a ciertas fuentes con rango de ley el establecimiento de límites formales y materiales que se deberán de observar en la elaboración de ciertas fuentes.

Por la función que cumplen en el proceso de inconstitucionalidad de la ley, éstas han sido denominadas por la doctrina italiana como “normas interpuestas”<sup>(14)</sup>. Se llaman así porque su presencia determina una alteración del parámetro de control, haciendo que el juicio a la ley no se practique en el esquema binario que Kelsen previó: esto es, entre la ley, como objeto de control, y la Constitución, como parámetro; sino en un esquema trilateral, donde la función

<sup>(12)</sup> Cfr. Margherita Raveraira, “Le norme dei regolamenti parlamentari come oggetto e come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, págs. 1849 y sgts.

<sup>(13)</sup> Cfr. su trabajo en el libro conjunto con Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 95 y sgts.

<sup>(14)</sup> La doctrina sobre las normas interpuestas fue formulada por Carlo Lavagna en la segunda mitad de la década de los 50. Cfr. al efecto, Massimo Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, Padova, 1992. También, Paolo Giocoli Nacci, “Norme interposte e giudizio di costituzionalità”, en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, t. 1, Cedam, Padova, 1985, págs. 359 y sgts.

de las normas paramétricas la cumplen la Constitución y la norma interpuesta, mientras que, como objeto de control, la ley o las normas con rango de ley<sup>(15)</sup>.

Desde esta perspectiva, la declaración de inconstitucionalidad deja de ser consecuencia de que la ley afecte “directamente” a la Constitución, para ser resultado de su falta de respeto a los límites (materiales o formales) impuestos a través de la norma interpuesta, tratándose por tanto de una violación “indirecta” de la Constitución. Se trata de un problema de inconstitucionalidad, y no de mera ilegalidad<sup>(16)</sup>, no sólo porque la Constitución encarga que las normas interpuestas determinen los límites de la ley, sino, además, porque tras de ello subyace la eficacia de ciertos principios constitucionales (como es el caso del carácter unitario del Estado peruano, la eficacia del principio democrático o la protección de los derechos humanos)<sup>(17)</sup>.

Por esta función especial, las normas interpuestas cuentan con algunas características:

- a) Son inderogables por las fuentes a las que limitan formal o materialmente. Así, un decreto legislativo, pese a tener el mismo rango que la ley que autoriza la delegación, no puede alterar las condiciones impuestas por ésta (verbigracia, modificar el plazo para legislar o disponer la ampliación de las materias para las que se autoriza legislar).
- b) Su inserción en el parámetro de control, no supone que pierda su condición de fuente primaria del sistema jurídico. El rango de éstas es el que le atribuye la Constitución (cuando la hace), y no la trascendencia o función que dentro del ordenamiento cumplen.
- c) Cuando ‘determina’ el contenido concreto de una disposición constitucional, como ha sostenido Spadaro<sup>(18)</sup>, no puede ser abrogada *sic et simpliciter*.

(15) Paolo Giocoli Nacci, “Norme interposte...”, citado, pág. 365.

(16) Así, por ejemplo, Jorge Miranda, *Manual di direito constitucional*, T. 2, Coimbra editora, Coimbra, 1988, pág. 278.

(17) Massimo Siclari, *La norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, citado, pág. 111 y sgts. Paloma Biglino, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, CIEC, Madrid, 1991, págs. 63 y sgts.

(18) Antonino Spadaro, “Dalla Costituzione come ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla Costituzione come ‘processo’ (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, en *Quaderni Costituzionali*, N° 3, Bologna, 1998, pág. citado, pág. 397.

Una vez que el legislador ha desarrollado el contenido de un precepto constitucional, y éste es necesario para que tal cláusula de la *Lex Suprema* pueda ser eficaz, cualquier sustitución sólo será válida en la medida que sea realizada de modo explícito<sup>(19)</sup>.

- d) Las normas interpuestas no tienen la condición de “fuentes autónomas de validez”. Una fuente con rango de ley podrá declararse inconstitucional por alterar los límites establecidos por la norma interpuesta, en la medida que la Constitución le ha asignado la tarea de fijar los límites de otras fuentes pares, de modo que su transgresión constituye una alteración “indirecta” de aquélla<sup>(20)</sup>.
- e) En tanto que establecen específicas condiciones de validez de *determinadas* leyes o normas con rango de ley, su ubicación entre las normas paramétricas es de carácter “eventual”<sup>(21)</sup>. Sólo la cumplen respecto de aquellos actos legislativos que, en virtud de una específica disposición constitucional, deben resultar conforme a ellas.

#### IV. Las normas interpuestas del parametro en la Acción de Inconstitucionalidad

Como es obvio, la condición de normas interpuestas que ciertas fuentes pueden cumplir en el juicio de validez de la ley no es un dato *a priori*, y válido para todos los ordenamientos. Varía según el tratamiento que las constituciones realicen del sistema de fuentes primarias.

En el ordenamiento peruano, las principales fuentes capaces de imponer límites formales y/o materiales, por reenvío de la Constitución, esencialmente son: el reglamento del Congreso, los tratados sobre derechos humanos, las leyes de delegación de facultades legislativas<sup>(22)</sup> y las leyes de configuración de derechos constitucionales.

(19) Antonino Spadaro, “Dalla Costituzione come ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla Costituzione come ‘processo’ (storico)”, citado, pág. 397.

(20) Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, T. 2, Cedam, Padova, 1984, pág. 360.

(21) Paolo Carnavale y Alfonso Celotto, *Il parametro ‘eventuale’*, Giappichelli editore, Torino, 1998. Idem, “Nuovi problemi sull’integrazione legislativa del parametro di costituzionalità”, en AA.VV. *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli editore, Torino 2000, págs. 163 y sgtes.

(22) La doctrina en torno a las normas interpuestas surgió precisamente con el análisis de la función de las leyes de delegación de facultades legislativas en el control de validez de los

### A) *El Reglamento del Congreso de la República*

En el ordenamiento peruano, fundamentalmente por la trascendencia para juzgar la validez formal de las fuentes de origen parlamentario, no parece que pueda discutirse si el Reglamento del Congreso tiene o no la condición de norma interpuesta. La Constitución (art. 200, inc. 4), en efecto, determina que uno de los motivos por los cuales una ley puede ser enjuiciada, es por anidar vicios de forma, lo que se produce en el ámbito del procedimiento legislativo y comprende el proceso de aprobación, sanción, promulgación y publicación de la ley (regulado, en esencia, por el Reglamento del Congreso).

Sin embargo, a pesar de reconocerse su indudable relevancia en el proceso de elaboración y formación de las diversas fuentes primarias de origen parlamentario, no es pacífico en el derecho comparado —especialmente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional<sup>(23)</sup>— aceptar que el reglamento parlamentario constituya una norma interpuesta. Muchas son las razones que se han esgrimido para justificar tal rechazo. En particular, debe mencionarse las siguientes: *a)* El reglamento parlamentario no es un “acto legislativo estatal”, sino una norma interna, estatutaria o corporativa. *b)* Se trata de una norma sometida a la Constitución y a la ley; y *c)* lo que suceda al interior de las cámaras, no es susceptible de un control externo (doctrina de los *interna corporis*<sup>(24)</sup>).

Tales reproches, por cierto, no son de recibo en el derecho peruano. En efecto, entre nosotros no está en discusión la condición de fuente del derecho del Reglamento del Congreso, ni tampoco su posición en el sistema de fuentes. El antes citado inc. 4) del artículo 200 constitucional ha zanjado cualquier problemática que se haya suscitado en el derecho comparado, y le ha asignado “el rango de la ley”<sup>(25)</sup>, habilitando su control ante el Tribunal Constitucional.

---

decretos legislativos. Sin perjuicio de la doctrina ya citada, puede verse Antonio Ruggeri y Antonino Spadaro, *I lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 2001, págs. 111 y sgtes. Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 2001, págs. 110 y sgtes.

<sup>(23)</sup> Cfr. Stefano María Cicconetti, *Regolamento parlamentare e giudizio di costituzionalità nel diritto italiano e comparato*, Cedam, Padova, 1979.

<sup>(24)</sup> Cfr. Giuseppe Floridia y Federico Sorrentino, “Interna corporis”, en *Enciclopedia giuridica*, Vol. XVII, 1989, págs. 1 y sgtes.

<sup>(25)</sup> Cfr. un planteamiento general en el trabajo de Floridia y Sorrentino, “Regolamenti parlamentari”, citado, págs. 1 y sgts. También, Cfr. Andrea Manzella, “Diritto parlamentare e

En tanto que el artículo 94 de la Constitución ha especificado que se trata de una norma “con fuerza de ley”.

De otro lado, aunque alguna duda pudiera suscitarse en torno a su condición de norma interpuesta, sobre todo si se realiza una aproximación a partir del artículo 108 de la Constitución (según la cual, de primera intención, pareciese condicionarse la validez formal de las leyes a su aprobación “...según la Constitución...”, y no también con respeto a las normas del Reglamento del Congreso), lo cierto del caso es que una interpretación sistemática, que respete el principio de unidad en la interpretación de la *Lex Suprema*, rápidamente despeja cualquier incertidumbre. Así, por ejemplo, el artículo 105 (que establece que “ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso...”) que reclama la presencia de ciertas normas del Reglamento del Congreso para ayudar a determinar finalmente si una ley sancionada sin la aprobación de la correspondiente Comisión dictaminadora es o no inconstitucional.

Por cierto, que no es el único caso, y tampoco la única norma del Reglamento del Congreso que tiene la condición de norma interpuesta en el juicio constitucional de la ley. La tienen, asimismo, aquellas que regulan el procedimiento legislativo, y especialmente las que tienen que ver con el procedimiento de discusión, aprobación y sanción de las leyes<sup>(26)</sup>.

En el plano jurisprudencial, hasta ahora en la única oportunidad donde el asunto se le ha planteado al Tribunal Constitucional (Exp. 004-96-I/TC), éste ha dado una respuesta que, sin dejar de suscitar dudas, sin embargo, no puede decirse que haya negado tal condición del Reglamento del Congreso. En efecto,

---

regolamenti delle camere nel quadro costituzionale”, en AA. VV., *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Vol. I, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, págs. 23 y sptes. Antonio Torres del Moral, “Naturaleza jurídica de los reglamentos parlamentarios”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 10 (Monográfico sobre “Estudios de Derecho Parlamentario”), Madrid, 1986, págs. 7-22.

<sup>(26)</sup> Por cierto, no cualquier infracción del Reglamento parlamentario ocasiona la inconstitucionalidad de la ley. *Cfr.*, para dos posturas distintas, Alessandro Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, en *Comentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli editore, Bologna, 1977, págs. 237-239 y Paloma Biglino Campos, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, citado, págs. 63 y sptes.

en la Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley 26637, uno de los aspectos cuestionados fue la infracción del art. 75 del Reglamento del Congreso (precepto que prevé el cumplimiento de determinados requisitos a efectos de que un parlamentario ejerza su derecho de iniciativa legislativa). Allí el Tribunal Constitucional sostendría que el artículo 75 del Reglamento no se encuentra:

“comprendido dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado, (por lo que) no forma parte del ‘bloque de constitucionalidad’ ... (y, por tanto,) la evaluación de su alegada vulneración, es una cuestión que no se encuentra dentro de las competencias asignadas por el artículo 202 (de la Constitución) a este Supremo Intérprete de la Constitución”<sup>(27)</sup>.

Más allá de los reparos que pueda suscitar la inclusión (implícita de ciertas disposiciones) del Reglamento parlamentario en el ámbito del llamado “bloque de constitucionalidad”, parece claro que aún en dicho razonamiento, si se hubiese tratado de otra fase del proceso de formación de la ley (como podría ser en la etapa de la aprobación, promulgación o incluso en la publicación, todas ellas relevantes según el artículo 21, inciso 1, de la LOTC para determinar si una ley anida vicios formales), sí habría resultado válido considerar las disposiciones del reglamento como normas interpuestas.

### *B) Los tratados sobre derechos humanos*

A diferencia de lo que sucede con el Reglamento del Congreso, la condición de norma interpuesta de los tratados sobre derechos humanos viene explicitado por la propia Constitución. En efecto, de acuerdo con la 4ta. Disposición Final y Transitoria de la Constitución, “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”<sup>(28)</sup>.

<sup>(27)</sup> STC recaída en el Exp. 004-96-1/TC (Fund. Jur. 2 “g”), publicado en el Diario Oficial *El Peruano* del 25 de enero de 1997.

<sup>(28)</sup> *Cfr.* para el caso español, Josep M<sup>a</sup>. Castellá Andreu, “La declaración universal de derechos humanos y los convenios internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos como parámetro. El artículo 10.2 de la Constitución española”, en AA.VV., *El parámetro nel giudizio di costituzionalità*, citado, págs. 227 y sgtes. En contra, pues las antinomias entre

De ese modo, cada vez que se impugne que una ley afecta una norma constitucional que reconoce un derecho o libertad fundamental (o sea, cualquiera de los derechos de naturaleza constitucional), la determinación de si ésta afecta o no un dispositivo constitucional, pasa por que el Tribunal Constitucional examine la manera cómo el derecho (subjetivo) afectado ha sido regulado en los tratados sobre derechos humanos que formen parte del derecho nacional (art. 55). De esta manera, los tratados sobre derechos humanos se presentan como fuentes capaces de establecer límites materiales sobre aquellas normas legales cuyo propósito sea regular cualquiera de los derechos y libertades fundamentales establecidas en la Constitución. El resultado de todo ello es que, si cualquiera de los órganos competentes para expedir fuentes primarias creara legislación que se encuentre en oposición al tratado sobre derechos humanos, al ser directamente incompatibles con ellas, también lo son, indirectamente, con la Constitución.

En tales casos, la inconstitucionalidad de la ley, como sucede cada vez que en el parámetro se inserta una norma interpuesta, no es consecuencia *per se* de su incompatibilidad con el tratado, sino por el hecho de que no respeta el contenido constitucional del derecho (subjetivo) que el tratado cumple con asignar a cada una de las cláusulas constitucionales que los reconocen<sup>(29)</sup>.

Importante es destacar que esta función de los tratados sobre derechos humanos, como sucede con cualquier otra clase de norma interpuesta, no convierte a esta fuente del derecho en un “canón autónomo de validez”, por virtud del cual el Tribunal Constitucional pueda sentirse autorizado para declarar la inconstitucionalidad de una ley por su colisión con cualquier precepto del tratado, ni mucho menos, como parece creerse en determinados sectores de la doctrina nacional<sup>(30)</sup>, que por ello quepa reconocérsele rango constitucional, como sí tenían durante la vigencia de la Constitución de 1979

---

normas internas e internacionales no se solventan en términos de validez, sino de aplicabilidad, Juan Luis Requejo Pages, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 39 y sgtes.

<sup>(29)</sup> Permítasenos la remisión a un trabajo anterior: “Cuestiones marginales (y marginadas) en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las encuestas a boca de urna”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 33, Lima, 2001, págs. 103 y sgtes.

<sup>(30)</sup> Cfr. Enrique Bernal, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Edit. CIEDLA, Lima 1996, pág. 581. César Landa Arroyo, “Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 16, 1998, págs. 3 y sgtes.

(art. 105)<sup>(31)</sup>. La declaración de inconstitucionalidad se deriva de la disconformidad de la ley con la Constitución, en el sentido que aquella no se adecua con el contenido de un derecho o libertad reconocido por la Constitución<sup>(32)</sup>, cuya concretización ella autoriza se pueda encontrar en el tratado<sup>(33)</sup>.

### C) *Leyes de delegación de facultades*

Tratándose del control de constitucionalidad de los decretos legislativos, el Tribunal Constitucional cuenta en el parámetro, a parte de la Constitución, con las leyes que autorizan la delegación de facultades<sup>(34)</sup>. Como indica Massimo Siclari, las leyes de delegación de facultades constituyen el caso más emblemático de las normas interpuestas, pues ellas sirven para evaluar si las condiciones en las cuales se autorizó la delegación han sido cumplidas por el Poder Ejecutivo. En el caso peruano, el artículo 104 de la Constitución señala que estas leyes deben de precisar la materia específica sobre la que se autoriza a legislar, así como el plazo dentro del cual el Ejecutivo debe dictarlo.

De manera tal que, si el Ejecutivo regulase mediante esta fuente una materia para la cual no contaba con autorización, o acaso encontrándose habilitado para regular tal materia, lo hiciese fuera del plazo señalado por la ley delegante, el Tribunal Constitucional debe declarar la invalidez del decreto legislativo. En tal supuesto, la ley autoritativa cumple con fijar los límites formales y materiales dentro de los cuales al Ejecutivo se permite legislar mediante decretos legislativos. Obviamente que no son los únicos límites que tales fuentes deben

---

<sup>(31)</sup> Cfr. Javier Ciurlizza, “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, en AA.VV. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Vol. II, CAJ, Lima 1995, págs. 65 y sgtes.

<sup>(32)</sup> Tal función de los tratados sobre derechos humanos, por cierto, comporta la necesidad de que el intérprete nacional de los derechos constitucionales tenga, a su vez, en cuenta el proceso de comprensión y concretización de las cláusulas de los tratados que reconocen derechos semejantes a los previstos en la Constitución, y de manera muy especial, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este último aspecto, por cierto, casi ha pasado por desapercibido en la doctrina y jurisprudencia nuestra.

<sup>(33)</sup> Cfr. César Landa Arroyo, “Protección de los derechos fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana”, en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, págs. 81 y sgtes.

<sup>(34)</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, 1996, págs. 137-140.

de respetar, pues con carácter general deben ser compatibles también con aquellos que impone de manera directa la Constitución. Si el decreto legislativo afecta estos últimos, ningún papel juega la ley delegante. En cambio, si afecta los establecidos en la ley autoritativa, la infracción de la norma interpuesta supone una violación indirecta de la Constitución<sup>(35)</sup>.

En la única ocasión que se presentó la oportunidad de analizar el tema, el Tribunal Constitucional consideró la necesidad de que la ley delegante, a fin de fungir como parámetro, se encuentre conforme con la Constitución. Si ese no fuera el caso, la norma interpuesta no sólo no puede formar parte del parámetro de control sino, además, los decretos legislativos dictados a su amparo anidan una inconstitucionalidad originaria. (Exp. 005-2001-AI/TC).

#### *D) Leyes ordinarias en el caso de los derechos de configuración legal*

En otras ocasiones, no tantas como para no vaciar de contenido a la Constitución, pero tampoco no pocas como para convertir el texto constitucional en un código de “toda” la materia constitucional, simples leyes ordinarias también pueden conformar el parámetro de control frente a actos legislativos del mismo rango.

En particular, es lo que sucede con determinados derechos (constitucionales) de configuración legal. En tales casos, como se sabe, la Constitución deja al legislador ordinario el desarrollo del contenido y los alcances de determinados atributos subjetivos, propiciando la inversión del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, por el de interpretación de la Constitución conforme a la ley<sup>(36)</sup>: La Constitución

---

<sup>(35)</sup> Se discute si podría someterse al control de constitucionalidad un decreto legislativo que haya sido expedido sin contar con la autorización del Parlamento. En el derecho comparado, ya que el tema no se ha planteado por la doctrina nacional, se dice que en tales circunstancias se estaría al frente de una “apariencia” de acto legislativo, un no-acto legislativo, y en consecuencia que tal problema no es residenciable ante el Tribunal Constitucional, sino competencia de los jueces ordinarios, dado que, en rigor, se no se trataría de una norma perteneciente al ordenamiento jurídico. Cfr. Ricardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del derecho*, Editorial Gedisa, Madrid, 1999, págs. 343 y sgts. Rechazando tal problemática, porque el concepto de “inexistencia” es un concepto empírico y no jurídico, Constantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. 1, Cedam, Padova, 1991, págs. 283-285.

<sup>(36)</sup> Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 1998, pág. 77.

reconoce el derecho (subjctivo), pero encarga que la determinación de su régimen jurídico (contenido, alcances, límites) lo haga el legislador ordinario. Una vez desarrollado éste, la legislación que se dicte en lo sucesivo deberá ser conforme a ella. Y si no fuera así, al ser directamente contraria a la ley de desarrollo, tal legislación es susceptible de condenarse como opuesta indirectamente a la Constitución (el régimen legal dictado para desarrollar el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, señalado en el artículo 27 de la Constitución puede ser un buen ejemplo).

Por cierto que el papel que corresponde a cierta clase de leyes como parámetro de control, no es un tema que se aconseje utilizar con demasiada frecuencia a los tribunales constitucionales, sino con mucha cautela, y sólo en aquellos casos que constitucionalmente sea exigible. Y es que no cabe apelar al concepto de normas interpuestas, cuando la Constitución no prevé a favor de una ley o norma con rango de ley, la condición de validez de otras normas de idéntico rango.

Lima, diciembre de 2001.

# LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (\*)

Francisco José Eguiguren Praeli (\*\*)

**SUMARIO:** Introducción. I. El valor de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional. II. Las sentencias de inconstitucionalidad de los Tribunales de América Latina. III. Las resoluciones de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos y su relación con el Poder Judicial. IV. Modalidades especiales o nuevos “tipos” de sentencias de inconstitucionalidad. V. Reflexión final.

## Introducción

La existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, así como el establecimiento de tribunales y cortes constitucionales en diversos países latinoamericanos, tornan de especial importancia analizar los efectos y alcances que se atribuyen a las sentencias dictadas por dichos órganos con ocasión de procesos destinados a dilucidar la inconstitucionalidad que se imputa a determinadas normas legales.

En el presente trabajo abordaremos, a partir de la experiencia comparada surgida del desarrollo de algunos influyentes tribunales constitucionales, ciertos aspectos relevantes vinculados a los efectos y alcances de las sentencias

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor Principal en el área de Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jefe del Departamento Académico de Derecho de dicha Universidad.

estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad de normas legales, así como las distintas modalidades o posibilidades de interpretación asumidas por las decisiones de dichos tribunales en este campo.

## **I. El valor de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional**

El estudio de los efectos o, en buena cuenta, del valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, debe partir de reconocer la condición particular que asiste a este órgano como supremo intérprete y garante de la Constitución. Conforme precisa Bocanegra, *“el papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y una trascendencia políticas, muchas veces de importancia decisiva, lo que sitúa al TC, aún cuando sus sentencias continúan siendo pronunciamientos estrictamente jurídicos, en una posición principalmente distinta a la de los tribunales ordinarios”* <sup>(1)</sup>.

La incidencia de lo señalado anteriormente, se deja traslucir en el campo del Derecho Procesal Constitucional en el que, según ha venido sosteniendo el Tribunal Constitucional Alemán, *“las reglas vigentes en el marco de los procesos ordinarios no pueden ser transferidas a los procedimientos jurídico-constitucionales”*.<sup>(2)</sup>

Tres son las categorías con las cuales la doctrina suele abordar el tema de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional; éstas son: cosa juzgada, vinculación a los poderes públicos y fuerza de ley.

### **1. El valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional**

El valor de cosa juzgada que asiste a las sentencias de inconstitucionalidad, tiene en cuenta que se requiere garantizar la fijeza o fuerza vinculante de las sentencias emanadas del órgano constitucional, de modo tal que se encuentren en capacidad de solucionar las controversias sometidas a su conocimiento. Así, por ejemplo, el artículo 38.1 de la LOTCE, establece claramente: *“Las*

<sup>(1)</sup> BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*; Instituto de Estudios de Administración Local; Madrid (1982), pág. 19.

<sup>(2)</sup> Loc. cit.

*sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.*

Es indudable la necesidad que tienen las decisiones del TC de desplegar, cuanto menos, efectos similares a los que se desprenden de cualquier decisión de la jurisdicción ordinaria. Aún así, hay quienes han negado los efectos de cosa juzgada a las sentencias del TC, basándose en el concepto de cosa juzgada material que, según entienden, requiere la aplicación de una norma a un concreto estado de cosas, lo que no ocurriría en estos casos donde la validez de la norma es precisamente el “caso concreto” que debe resolverse. Por ello, resulta necesario reafirmar que las decisiones del TC, en tanto que emanan de un auténtico Tribunal, al margen de las peculiaridades que le son inherentes, adquieren fuerza de cosa juzgada.

Ciertamente este carácter de cosa juzgada de las sentencias del TC está supeditado a que haya existido, efectivamente, pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de la norma cuestionada. En España, por ejemplo, el artículo 29.2 de la LOTC establece que *“la desestimación por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley, disposición o acto con fuerza de ley, no será obstáculo para que la misma ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación a otro proceso”*. A su vez, el artículo 38.2, ubicado dentro del capítulo referido a los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad, declara que *“las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía, fundado en infracción de idéntico precepto constitucional”*.<sup>(3)</sup>

A fin de desentrañar el contenido de las disposiciones citadas, Luis Pastor Ridruejo acude a la interpretación de los actos precedentes, constituida en este caso por la discusión parlamentaria. En ese sentido, el autor recuerda que la finalidad de estas normas era limitar la falta de efectos de la desestimación de un recurso de inconstitucionalidad solamente cuando estaba basada en razones de forma, criterio que debía guiar la interpretación actual.<sup>(4)</sup> Por ello, concluye que la desestimación por razones de fondo impide el nuevo planteamiento de la cuestión.

<sup>(3)</sup> PASTOR RIDRUEJO, Luis: “Aplicación de la ley y control de constitucionalidad”, en *El Tribunal Constitucional* (volumen III), pág. 2024.

<sup>(4)</sup> *Ibidem*, pág. 2026.

Tratándose de la desestimación por razones de fondo de una *cuestión de inconstitucionalidad*, proceso incidental promovido por los jueces con ocasión de un caso concreto, sostiene Pastor que admitir un nuevo cuestionamiento futuro implicaría afirmar que el análisis constitucional aportado por el TC se encuentra sujeto a revisión permanente, lo cual resultaría un contrasentido. Y es que siendo el TC el supremo intérprete de la Constitución, sus decisiones deben ser respetadas; además, la seguridad jurídica se vería peligrar, de existir la posibilidad latente de una nueva revisión de normas sobre las que ya existe un pronunciamiento que reafirma su constitucionalidad.

La conclusión de este autor, que compartimos, es que la desestimación por razones de fondo de una cuestión de inconstitucionalidad impide un nuevo planteamiento de la misma sobre idéntico tema. Empero, por analogía al caso de los efectos de la desestimación de un recurso directo de inconstitucionalidad por razones de forma, en el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad desestimadas por estos vicios formales la posibilidad de futuros cuestionamientos no queda agotada.<sup>(5)</sup>

## **2. La fuerza de ley de las sentencias del Tribunal Constitucional**

La inclusión de esta categoría tiene su origen en Alemania, donde en un principio se percibía al juicio de constitucionalidad como una actividad legislativa, más que como una labor jurisdiccional. Actualmente, esta característica se expresa en la capacidad con que cuentan las sentencias del TC, que declaran la inconstitucionalidad de una ley, de dejar sin efectos generales dicha norma. La Constitución Peruana de 1993, por ejemplo, recoge también este criterio cuando, en el tercer párrafo de su artículo 103°, establece que “*la ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad*”.

A su vez, como señala Rubio Llorente, esta fuerza de ley se expresa en un doble carácter: de un lado, en una fuerza pasiva, que implica que la sentencia no podrá ser revocada por otra sentencia judicial o derogada por norma legal posterior, a excepción de una sentencia del TC en dicho sentido; y, de otro, una fuerza activa, que le permite dejar sin efecto a la norma legal que haya sido declarado inconstitucional y todas las demás que se opongan al fallo<sup>(6)</sup>.

<sup>(5)</sup> *Ibidem*: págs. 2027-2028.

<sup>(6)</sup> Citado por LANDA ARROYO, César: Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (1999), págs. 150-151.

En la actualidad, se relaciona este concepto con el de vinculación, del que se distingue bajo la afirmación de que la fuerza de ley otorga una suerte de reforzamiento al concepto de vinculación. Este reforzamiento se expresa en que la fuerza de ley se extiende no sólo al Estado y a sus órganos, sino que también a todas las personas, físicas y jurídicas, quienes podrían ampararse en las decisiones del Tribunal Constitucional, encontrándose además obligados por éstas.

Un tema que se discute es la extensión de esta fuerza de ley, ya que para muchos se encontraría reservada únicamente a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, no así a aquéllas que confirmen su constitucionalidad, es decir, que desestiman la acción interpuesta. Entendemos que un sector mayoritario de la doctrina (alemana) se inclina a sostener que las sentencias confirmatorias de la constitucionalidad de una ley adquieren también efectos frente a todos, lo que implica que no podrán ser objetadas en un enjuiciamiento ulterior.

Algunas veces, no obstante, tal postura podría resultar excesiva y, a la larga, hasta perjudicial. Y es que si bien la norma cuya constitucionalidad ha quedado confirmada por el Tribunal puede resultar “efectivamente” constitucional, en determinado momento y circunstancias, ello no descarta que en un futuro se amerite un nuevo examen y pronunciamiento por parte del órgano constitucional aludido. Más aún si consideramos la cambiante realidad imperante en muchos de nuestros países, que exige contar con mecanismos idóneos para resolver las controversias, que contribuyan a preservar la estabilidad jurídica y política.

### ***3. La vinculación a los poderes públicos***

Esta característica, propia de las sentencias del Tribunal Constitucional, es distinta a su valor de cosa juzgada; viene a ser una manifestación concreta del *juego bipolar* entre los principios de seguridad jurídica, que deben asegurar las sentencias constitucionales, y la necesidad de que ello no conduzca al establecimiento de un rígido sistema de precedentes que impida al TC ir adaptando sus soluciones e interpretaciones de la Constitución a las exigencias de una realidad en constante cambio.<sup>(7)</sup>

<sup>(7)</sup> BOCANEGRA, Raúl: obra citada, págs. 55 y 56.

La vinculación a los Poderes Públicos se hace pues indispensable, a fin de que el TC pueda cumplir la función de interpretar definitivamente la norma fundamental, garantizando la seguridad y paz jurídica, lo que no podría ser alcanzado con los solos efectos de cosa juzgada, como se entiende tradicionalmente. La categoría bajo estudio, extiende su obligatoriedad más allá de las partes que intervienen en el proceso y de los jueces ordinarios, englobando además a toda la resolución, contrariamente a lo que sucede en la jurisdicción ordinaria, donde sólo la parte dispositiva suele producir efectos vinculantes.

Así pues, estas sentencias del Tribunal Constitucional trascienden el caso concreto, *“vinculando a todos los órganos constitucionales, Tribunales y Autoridades (...) alcanzando la sentencia asimismo no sólo al tenor literal del fallo, sino también—en función de los especiales fines creadores de paz y seguridad jurídicas que el Tribunal tiene que cumplir— a aquellas consideraciones jurídicas contenidas en el cuerpo de la sentencia que verdaderamente sustenten el fallo”*<sup>(8)</sup>.

Ahora bien, si —como acabamos de señalar— la obligatoriedad es un elemento importante, en tanto coadyuva a lograr los objetivos que se persiguen mediante la implementación de un TC, no se debe olvidar que el desarrollo constitucional no puede verse paralizado o *congelado*. En tal entendido, se afirma que el Tribunal Constitucional no queda vinculado a sus propias sentencias de la forma explicada anteriormente, sino que —más bien— podrá apartarse de sus anteriores opiniones vinculantes, siempre que respete los efectos de cosa juzgada producidos.

Es importante recalcar que esta vinculación a la que nos venimos refiriendo, tiene entre sus notas particulares el comprender no sólo a la parte dispositiva, esto es, al fallo de la sentencia, sino que alcanza también a la *ratio decidendi* de la misma, es decir, a los motivos o razones que fundamentan la decisión. Hay que precisar, que la extensión de dicha vinculación deberá abarcar las razones que han sido relevantes a efectos de que el Tribunal llegue a una decisión, aquéllas que soportan la decisión y sin cuya presencia el fallo no podría existir. La justificación de los efectos vinculantes arriba descritos, emana de la afirmación de que el Tribunal Constitucional cumple con interpretar los principios constitucionales, siendo el conflicto jurídico constitucional concreto

<sup>(8)</sup> *Ibidem*, págs. 58 y 59.

tan sólo el motivo para que entre al análisis e interpretación de la Carta Constitucional.

Cabe mencionar, no obstante, que un sector de la doctrina alemana rechaza la utilidad del concepto de “vinculación a los poderes públicos” atribuido a las sentencias del Tribunal Constitucional. Al respecto, señala que la extensión de los efectos más allá del fallo y de las partes, es posible de lograrse con la comprensión *ensanchada* del concepto de cosa juzgada, así como por medio de una interpretación finalista que de éste se realice; de modo tal que permita cubrir los rasgos que son aportados mediante el concepto de vinculación<sup>(9)</sup>.

## **II. Las sentencias de inconstitucionalidad en los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos**

En diversos países de Latinoamérica, sobre todo en los últimos veinte años, han empezado a instaurarse tribunales o cortes constitucionales; son los casos de Guatemala, Perú, Chile, Colombia, Ecuador y Bolivia. Entre sus principales competencias, la mayoría de estos tribunales ejerce el control de constitucionalidad de las normas legales, tanto de manera abstracta y con alcance general, como en forma concreta o incidental para el caso específico. Asimismo, muchos de ellos realiza un control preventivo de la conformidad constitucional de diverso tipo de normas. Nos interesa analizar los efectos y alcances de sus sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad.

### ***1. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala***

Este Tribunal ejerce el control de la constitucionalidad de las normas por diversas vías. De un lado conoce, con carácter abstracto y en única instancia, de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general; de otro lado, en segunda instancia, de las apelaciones que alegan la inconstitucionalidad de normas para casos concretos en cualquier proceso. Finalmente, realiza también un control preventivo de la constitucionalidad de los tratados, convenios internacionales y proyectos de ley, absolviendo la consulta que al respecto le formule cualquier órgano del Estado.

---

<sup>(9)</sup> *Ibidem*, pág. 108.

La acción directa de inconstitucionalidad se promueve ante la Corte, quien emite una resolución con efectos generales y alcance derogatorio (total o parcial, según corresponda) de la ley, reglamento o disposición de carácter general declarada inconstitucional. Cuando la acción se dirige contra una ley, la Corte, que está compuesta de cinco magistrados, debe integrarse con siete miembros, recurriendo a los magistrados suplentes.

Debe resaltarse que esta Corte tiene la importante, y poco común, potestad de declarar de oficio la suspensión provisional, con alcance general, de la vigencia de la norma impugnada, dentro de los ocho días de interpuesta la acción, cuando considere que la inconstitucionalidad es notoria y que la continuidad de su aplicación pueda generar daños irreparables. Si se dispuso la suspensión provisional de la norma, los efectos de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad se retrotraen a la fecha en que se publicó tal suspensión.

Cuando la inconstitucionalidad se plantea en el marco de un caso judicial concreto, como excepción o incidente, el Tribunal que conoce del proceso resuelve en primera instancia, correspondiendo la apelación ser resuelta por la Corte de Constitucionalidad. La sentencia tiene efectos sólo para el caso concreto y sus partes, adquiriendo el carácter de cosa juzgada.

## **2. La Corte Constitucional de Colombia**

Le corresponde ejercer el control de la constitucionalidad de las normas por diversos procedimientos: *a*) acción de inconstitucionalidad (control abstracto); *b*) excepción de inconstitucionalidad (control concreto); *c*) control previo o preventivo, con respecto a los proyectos de leyes estatutarias (“orgánicas”) y a la revisión de las objeciones presidenciales a la constitucionalidad de proyectos de ley; *d*) control de oficio de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, así como de los decretos legislativos dictados por el Gobierno en los estados de excepción<sup>(10)</sup>.

La acción de inconstitucionalidad es una acción popular que puede ser interpuesta por cualquier ciudadano contra leyes y decretos con fuerza de ley. La Corte ha establecido que no puede ser promovida por personas jurídicas (sentencia C-003 de 1993) pero sí por los funcionarios públicos en su condición

---

<sup>(10)</sup> Cf. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo: “La justicia constitucional en Colombia”; en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 1997, págs. 74 a 80.

de ciudadanos, así como por el Defensor del Pueblo (Auto 011 de 1995)<sup>(11)</sup>. Se trata de un control abstracto, porque la constitucionalidad de la norma se efectúa sin estar referida a ningún caso de aplicación concreta, por lo que la sentencia de la Corte tiene carácter general y efecto *erga omnes*. El procedimiento establecido para la acción de inconstitucionalidad (previsto en el decreto 2067 de 1991) se aplica también, complementaria y supletoriamente, a la tramitación de los restantes procesos especiales de control de constitucionalidad de normas, en lo que no esté expresamente regulado para éstos.

Las sentencias que emite la Corte en materia del control constitucional de las normas tienen carácter de cosa juzgada, conforme dispone el art. 243° de la Constitución Política. Agrega dicho precepto que *“ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”*. Las sentencias se adoptan por mayoría de los votos de los magistrados que conforman la Corte, mientras que los fundamentos del fallo pueden aprobarse con el voto favorable de la mayoría de los asistentes.

Cabe anotar que el decreto 2067 de 1991 (dictado por el Gobierno en virtud de una habilitación de la propia Constitución) establecía en su art. 21°, segundo párrafo, que *“los fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria, y en el caso previsto en el artículo 149° de la Constitución”* (actos emitidos irregularmente por miembros del Congreso). Sin embargo, la Corte declaró inconstitucional dicha norma (sentencia C-133 de 1993) por considerar que la potestad conferida al Gobierno, en una disposición transitoria de la Constitución, se limitaba a autorizarlo para regular los juicios y actuaciones ante la Corte, pero no a determinar los efectos de su sentencia, aspecto que concernía únicamente a la propio Corte Constitucional.

De allí que, actualmente, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley N° 270 de 1996) el artículo 45° establece que *“las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241° de la Constitución Política, tienen efecto hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”*. Conforme precisa el expresidente de la Corte Eduardo

---

<sup>(11)</sup> *Ibidem*, pág. 77.

Cifuentes,<sup>(12)</sup> por regla general la Corte confiere a sus fallos efectos hacia el futuro, salvo cuando se trata de impedir la consolidación de actos arbitrarios, supuesto en el cual ha conferido a la sentencia efectos retroactivos. Agrega el artículo 48° inciso 1° de la referida Ley Estatutaria, que las sentencias de la Corte recaídas en procesos de control constitucional de normas legales (por acción, control previo o revisión de oficio) tendrán alcance *erga omnes* y obligatoriedad de cumplimiento sólo en su parte resolutive, mientras que la parte de motivación constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y la aplicación de las normas de derecho.

### **3. *El Tribunal Constitucional de Chile***

Su principal función de control de la constitucionalidad de normas está referida a la revisión obligatoria que, con carácter previo, debe realizar de los proyectos de leyes orgánicas y de leyes interpretativas de algún precepto de la Constitución aprobados por el Congreso, antes de su promulgación por el Presidente de la República. Para este efecto, el Presidente de la Cámara parlamentaria donde se origina el proyecto, dentro de los cinco días posteriores a que quedó agotado el trámite parlamentario, remitirá el proyecto aprobado al Tribunal Constitucional.

Realizada la revisión del proyecto por el TC, éste se pronunciará acerca de su constitucionalidad. Si lo declara constitucional, comunicará esta decisión al Presidente de la Cámara de origen. Cuando se haya suscitado controversia en el debate parlamentario sobre la constitucionalidad de algún precepto del proyecto, el Tribunal deberá emitir resolución fundamentada respecto del carácter constitucional o inconstitucional de la norma. Una vez declarada por el TC la conformidad constitucional de un proyecto o norma, el punto ya no podrá ser nuevamente planteado. En cambio, cuando la resolución del Tribunal estime inconstitucional algún precepto, el Congreso remitirá al Presidente de la República el proyecto para su promulgación excluyendo tales preceptos.

El TC chileno ejerce también control facultativo de la constitucionalidad de los proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados sometidos a aprobación del Congreso, siempre que se haya suscitado durante la tramitación alguna objeción de su constitucionalidad, pero antes de la promulgación por

---

(12) *Ibidem*, págs. 79-80.

el Presidente de la República. El requerimiento sólo podrá presentarse ante el Tribunal por el Presidente de la República, el Presidente de una Cámara del Congreso o por la cuarta parte de los parlamentarios en ejercicio de una Cámara. El Tribunal comunicará al Presidente de la República el requerimiento recibido, para que se abstenga (durante diez días prorrogables) de promulgar la norma o la parte impugnada de ésta hasta que el punto sea resuelto; pondrá el asunto en conocimiento de los órganos interesados, quienes dispondrán de cinco días para formular sus observaciones. Vencido este término, resolverá sobre el tema controvertido, comunicando su sentencia a las instancias recurrentes y, en su caso, al Presidente de la República y a la Corte Suprema para los fines pertinentes.

Con respecto al control de la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República, por delegación del parlamento, éste sólo será previo si la objeción fue planteada por la Contraloría y el Presidente decide someter la controversia ante el Tribunal Constitucional. El control será posterior, en cambio, si dentro de los treinta días ulteriores a la vigencia de los decretos son objetados ante el TC por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus integrantes. En el caso de los decretos que invaden la reserva legal material establecida en la Constitución para el legislador, sólo pueden ser objetados por las Cámaras del Congreso.

#### ***4. El Tribunal Constitucional del Perú***

Es competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que se interpongan contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general u ordenanzas municipales. El TC requiere del voto favorable de seis de sus siete magistrados para adoptar la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad. En caso de no alcanzarse el número de votos exigidos, y a pesar que pudiera existir una mayoría absoluta de cuatro o cinco magistrados favorables a la declaratoria de inconstitucionalidad, el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional manda a éste dictar sentencia desestimando la acción y declarando la constitucionalidad de la norma, la misma que no podrá ser objetada en un nuevo proceso.

La sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma tiene alcance general y conlleva su derogación a partir del día siguiente de la publicación del fallo en el Diario Oficial. La sentencia no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal (en tanto resulte más benigna); cuando la

inconstitucionalidad se refiere a una norma tributaria, el Tribunal podrá determinar si los efectos del fallo son retroactivos. La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley constituye cosa juzgada pero no permite revivir procesos judiciales fenecidos donde se aplicó la norma derogada; por su derogación tampoco recobran vigencia las normas que ella pudo haber derogado.

Conviene señalar que la exigencia de seis votos conformes del TC (sobre el total de siete miembros) fue introducida por el Congreso con la clara intención de limitar severamente el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas y la viabilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad. Supedita eventualmente, de manera injustificada e irracional, la eficacia de la voluntad mayoritaria del Tribunal al criterio de una minoría de dos magistrados, siendo una exigencia sin precedentes en el derecho comparado. Los cuestionamientos, en los planos teórico y práctico, que ha merecido el número de votos exigido por el artículo 4° de la LOTC han sido casi unánimes. Es de señalar que incluso dicha norma fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, aunque el TC la declaró infundada. Dada la experiencia negativa que ha producido, todo parece indicar su inminente modificación legislativa, gracias a los recientes cambios políticos democráticos producidos en el Perú. El punto medular de la discusión es si se rebaja de seis a cinco (sobre el total de siete miembros) el número de votos requeridos para la declaración de inconstitucionalidad, o si se establece la exigencia de una mayoría absoluta de cuatro votos.

Finalmente, cabe indicar que los jueces no podrán declarar inaplicable por inconstitucional, en un caso concreto, una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal (art. 39° de la LOTC); se trata de un claro límite a las posibilidades de interpretación constitucional y de aplicación del “control difuso” por parte del Poder Judicial. Además, la Primera de las Disposiciones Generales de la Ley Orgánica del TC, establece que los jueces y tribunales judiciales deberán interpretar y aplicar las leyes y normas según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que de ellos haga el Tribunal Constitucional en sus resoluciones de todo tipo de procesos.

## ***5. El Tribunal Constitucional del Ecuador***

Conoce de las acciones de inconstitucionalidad que se promueva contra leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas, tanto por razones

de forma como de fondo. La resolución del Tribunal deberá dictarse dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de contestación de la demanda o de la celebración de la audiencia. La sentencia del TC declarando la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, acarreará el cese de su vigencia desde la publicación de la resolución en el diario oficial. Dicha sentencia no afectará las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la norma ni antes de su declaración de inconstitucionalidad.

Cabe recordar que hasta antes de la reforma constitucional de 1996, las sentencias del TC que declaraban inconstitucional una norma sólo suspendían temporalmente su vigencia, estando sujetas a la decisión definitiva, de alcance general, que adopte el Congreso (en una primera etapa) o la Sala Constitucional de la Corte Suprema (en una etapa más reciente). En la actualidad, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma por el TC tiene efecto general, es definitiva e irrecurable.

El Tribunal también es competente para ejercer el control previo de la constitucionalidad de una ley aprobada por el Congreso que sea objetada por el Presidente de la República. En tal supuesto, y siempre que lo aprueben la mayoría de congresistas o el pleno de la comisión legislativa dentro de los diez días de recibida la objeción, se remitirá el proyecto de ley al Tribunal, quien deberá resolver en un término similar de diez días. Si la objeción de inconstitucionalidad es desestimada por el TC, ordenará la publicación de la ley en el Registro Oficial.

Asimismo, conviene reiterar que cuando una Sala de la Corte Suprema o tribunal de última instancia declaren la inconstitucionalidad de una norma, remitirán un informe al Tribunal Constitucional (dentro de los treinta días de ejecutoriada la sentencia) para que éste resuelva con carácter obligatorio y general sobre la inaplicabilidad futura del precepto legal considerado inconstitucional, aunque su decisión no afectará lo resuelto en el caso concreto por el órgano judicial.

## ***6. El Tribunal Constitucional de Bolivia***

Controla la constitucionalidad de las leyes, decretos y resoluciones generales, tanto con carácter abstracto, a través del recurso directo de inconstitucionalidad, como de manera concreta, mediante el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad en un proceso judicial o administrativo.

También lo hace en forma preventiva, por medio de las consultas sobre la constitucionalidad de tratados, convenios internacionales y proyectos de ley.

El recurso directo de inconstitucionalidad, dirigido al control abstracto de leyes, decretos y resoluciones de carácter general, puede ser interpuesto por el Presidente de la República, cualquier senador o diputado, el Fiscal General de la Nación y el Defensor del Pueblo; están excluidos de esta potestad los ciudadanos, las organizaciones sociales y el propio Poder Judicial. El Tribunal Constitucional tiene treinta días para dictar sentencia, que se adopta con el voto de la mayoría de sus miembros. La sentencia que declara inconstitucional la norma cuestionada acarrea su derogación, mientras que si la inconstitucionalidad es parcial sólo deroga los artículos afectados; el Tribunal puede también resolver la inconstitucionalidad de otras normas conexas a la demandada, con similares efectos derogatorios. En cambio, si el TC estima como constitucional la norma objetada, ésta ya no podrá ser nuevamente impugnada.

El recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad puede ser promovido en cualquier proceso judicial o administrativo, sea a petición de parte o de oficio, por una sola vez y en cualquier instancia del proceso (salvo en la fase de ejecución de sentencia) cuando la decisión a adoptarse en éste depende de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad debe ser previamente esclarecida. Interpuesto el recurso, el asunto se eleva al Tribunal Constitucional, que debe resolver el caso dentro de los treinta días, siendo su decisión obligatoria para la resolución del caso concreto por el órgano judicial.

El artículo 65° de la Ley del Tribunal Constitucional N°1836 (del 19 de marzo de 1998) atribuye expresamente a la sentencia en el recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad los mismos efectos derogatorios de la norma cuestionada contemplados en el art. 58° de la misma ley, referido a la sentencia del recurso directo de inconstitucionalidad. Tal asimilación resulta inapropiada, pues es sabido que en el proceso de control abstracto la sentencia tiene efectos generales y acarrea la derogación de la norma inconstitucional, mientras que en el recurso incidental sólo inaplica y no deroga la norma cuya inconstitucionalidad se declara, y que sus alcances se extienden únicamente a las partes del proceso concreto.

### **III. Las resoluciones de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales Latinoamericanos y su relación con el Poder Judicial**

Con motivo del control de constitucionalidad de las leyes y normas realizado por el órgano judicial ordinario, de modo incidental o para el caso

concreto en cualquier tipo de procesos (conocido como control “difuso”) se entabla una relación con los tribunales constitucionales. Así, se dispone -en determinados ordenamientos jurídicos- que las resoluciones del órgano judicial serán sometidas a la revisión o decisión final del TC.

Este es el criterio adoptado en Guatemala, Ecuador y Bolivia, cuyos tribunales constitucionales asumen la decisión definitiva en cuanto al eventual carácter inconstitucional de una ley o norma inaplicada por el órgano judicial, buscando crear una mayor certeza y estabilidad frente a los riesgos de dispersión o contradicciones susceptibles de producirse en el marco de sistemas difusos. El Tribunal Constitucional ejerce así un control que tiende a resultar más “concentrado” o “unificador”, a pesar que su resolución limita sus efectos al caso concreto.

Conviene recalcar que esta revisión, de oficio o por apelación, que realiza el Tribunal o Corte Constitucional no es equiparable a la llamada “cuestión de inconstitucionalidad” existente en España, aunque puede producir algunos efectos prácticos similares. Y es que en el caso que comentamos, los órganos judiciales emiten una resolución sobre la constitucionalidad de la norma involucrada en la controversia concreta, que será luego objeto de confirmación o revocación por el TC; mientras que en la cuestión de inconstitucionalidad, el asunto se remite en consulta ante el Tribunal Constitucional, sin una decisión previa del órgano judicial.

No podemos soslayar el carácter peculiar (y eventualmente contradictorio) del camino seguido en el Ecuador, puesto que la inaplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto, dispuesta por la sala de la Corte Suprema o el tribunal de última instancia, quedará firme a pesar que se impone remitir un informe ulterior al Tribunal Constitucional, para que éste emita una decisión, de carácter general y obligatorio, al respecto. Sin embargo, la declaración del TC no afectará lo resuelto por el órgano judicial en el caso particular.

Mención especial merece también el caso peruano donde, por tratarse de un sistema “dual o paralelo”, las resoluciones del Poder Judicial o la Corte Suprema (limitadas a la inaplicación de la norma inconstitucional al caso concreto) no son objeto de remisión o revisión ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la Ley Orgánica del TC dispone expresamente que los jueces y tribunales ordinarios no podrán inaplicar (ejerciendo el control “difuso”) las normas cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, criterio que resulta razonable para guardar la coherencia y unidad del sistema.

#### IV. Modalidades especiales o nuevos “tipos” de sentencias de inconstitucionalidad

En los últimos años, algunos tribunales constitucionales europeos han ido desarrollando, en su labor jurisdiccional, diversas formas de resolver las situaciones de inconstitucionalidad que les han sido sometidas. Muchas veces, sus sentencias se han apartado del tradicional rol de pronunciarse simplemente por la inconstitucionalidad (y derogación) de la norma analizada o por confirmar su constitucionalidad, es decir, por la estimación o desestimación de la demanda de inconstitucionalidad, desarrollando importantes y creativos aportes en materia de interpretación constitucional.

Ello ha dado origen al surgimiento de una nueva variedad de “tipos de sentencias”, con alcances y efectos particulares especiales, que han tratado de responder adecuadamente a la necesidad de los distintos ordenamientos de conjugar el control de la constitucionalidad con la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden surgir —en ciertos casos— ante los vacíos legales generados cuando se expulsa una determinada norma del ordenamiento jurídico.

Los ejemplos más ilustrativos que suelen citarse son los de los tribunales constitucionales alemán, austriaco e italiano, especialmente este último que ha desarrollado una jurisprudencia muy creativa, que no en pocas oportunidades, le ha ocasionado problemas con el Poder Judicial y con el Poder Legislativo debido a su “audacia”. Concretamente en el caso del Tribunal Constitucional italiano, la doctrina suele hablar de las “sentencias manipulativas”, por el alcance de la labor interpretativa que en ellas se ha dado, pudiéndose distinguir dentro de éstas varios subtipos.

La emisión de este tipo de sentencias supone, en la práctica y según opinión mayoritaria, además de la supresión de ciertas normas, la introducción en el ordenamiento de “nuevas normas”, originadas ya no por el órgano legislativo sino más bien por el Tribunal Constitucional.<sup>(13)</sup> Esta situación nos lleva a constatar la existencia de grandes similitudes con los países del sistema jurídico del *common law*, donde los jueces se encuentran premunidos de la capacidad de

---

(13) LOPEZ GUERRA, Luis: “El Tribunal Constitucional y el principio Stare Decisis” en *El Tribunal Constitucional* (volumen II), obra citada, págs. 1437-1455.

“crear” virtuales normas jurídicas: de alcance general, con eficacia *erga omnes* y no sólo *inter partes*. Incluso hay quienes, ante este tipo de regulaciones del Tribunal Constitucional, se preguntan en la actualidad hasta qué punto ello supone la adopción del principio “*stare decisis*”.<sup>(14)</sup>

Las “sentencias manipulativas”, según explica Javier Vecina, apoyándose en Zagrebelsky y Pizzorusso, suponen realizar esfuerzos de interpretación y adaptación de la norma legal acusada de inconstitucional para buscar hacerla compatible con la Constitución, “salvando” así la vigencia de la ley pero también su subordinación y conformidad con el texto constitucional. Sostiene el autor citado que estas sentencias:

*“Tienen como finalidad inmediata restablecer el orden constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley. En ocasiones esta transformación puede llevarse a cabo mediante una reducción del alcance normativo de la disposición legal impugnada, bien declarando la nulidad de una o varias palabras, sin las cuales cambia radicalmente el contenido normativo del enunciado legal, bien eliminando una de las normas que expresamente se derivan de la disposición impugnada. En otras, sin embargo, la adecuación a la Constitución del precepto legal no puede llevarse a cabo a través de una actividad ablatoria, sino antes al contrario mediante una actividad reconstructiva, o lo que es igual, mediante un enriquecimiento del alcance normativo que presenta la disposición recurrida”.*<sup>(15)</sup>

A la luz de la experiencia comparada, en especial de la italiana, se puede verificar el gran abanico de posibilidades y matices de la acción interpretativa de los tribunales constitucionales. Así, el Tribunal, además de actuar como “*legislador negativo*”, podrá proponer —directa o indirectamente— una determinada interpretación del texto constitucional, lo que viene precedido de la elección que realice de todas las normas implícitas que del texto de la disposición se desprendan, elección que está determinada por aquella interpretación acorde con la Constitución.

Debido a ello, se sostiene que el Tribunal Constitucional actúa no sólo como intérprete de la Constitución sino, adicionalmente, como intérprete de la ley, a través de lo cual termina “dando origen” a normas de carácter general. Obviamente no faltan quienes cuestionan este accionar, entendiendo que

<sup>(14)</sup> Ibídem, pág. 1444.

<sup>(15)</sup> VECINA CIFUENTES, Javier: “Las Sentencias “Aditivas” del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador” en Justicia, N° III-IV, 1993, pág. 482.

excede a la función institucional primordial del TC, que sería expulsar del sistema jurídico las normas inconstitucionales; implicando —más bien— una suerte de invasión a las competencias propias del legislador, al asumir la “creación” de normas de alcance general.

A continuación daremos una breve revisión a los principales tipos de sentencias de inconstitucionalidad expedidos por los tribunales constitucionales, empezando por la Corte Constitucional italiana y sus diversas modalidades de “sentencias manipulativas”, entre las que cabe señalar:

Las sentencias “interpretativas de desestimación”, son aquellas en las que el Tribunal declara la ilegitimidad de la norma analizada pero desestima la demanda al sustentar una interpretación de la ley que la adecua al texto constitucional. Este tipo de sentencias ha dado lugar a grandes debates en torno a su eficacia jurídica; así Cappelletti sostuvo que se trata de una suerte de sentencias “*condicionales*”, puesto que la decisión desestimatoria está subordinada a que la interpretación de la norma en cuestión que hagan los jueces se realice conforme a los principios constitucionales fijados por el TC, mientras que una interpretación contraria sería condenada y debe quedar excluida<sup>(16)</sup>.

De allí que pese a los efectos vinculantes de tales sentencias, su carácter formalmente desestimatorio de la inconstitucionalidad alegada contra la norma determinaba —a veces— que la interpretación “manipulativa” establecida por el Tribunal se considerara sin mayor eficacia jurídica general, operando únicamente como una suerte de “precedente persuasivo”<sup>(17)</sup>. Por ello, no siempre encontraron una feliz recepción entre la judicatura italiana, cuyos jueces —en algunas oportunidades— no se adherían a la interpretación del TC. Esta situación se agravó cuando incluso el Tribunal Supremo de Casación se alejó de dichas interpretaciones, provocando confusión entre los jueces, quienes se encontraron ante la disyuntiva de seguir la interpretación del Tribunal Constitucional o la del Tribunal Supremo de Casación.

Ante el requerimiento de muchos jueces, el Tribunal Constitucional optó por adoptar las correspondientes sentencias de estimación, que en palabras

<sup>(16)</sup> Citado por PIZZORUSSO, Alessandro: “Las Sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional Italiano”, en *El Tribunal Constitucional* (volumen I), obra citada, pág. 284.

<sup>(17)</sup> PIZZORUSSO, Alessandro: obra citada; pág. 285.

de Pizzorusso representaban “*la otra mitad del pronunciamiento contenido en la sentencia interpretativa desestimatoria*”. Agrega este autor que “*mientras la sentencia interpretativa desestimatoria afirmaba que la cuestión era infundada si se estimaba la interpretación constitucionalmente conforme a la disposición impugnada, con estas decisiones se declaraba que la norma construida mediante la otra interpretación era ilegítima y ello no únicamente en la motivación sino también en la parte dispositiva de la sentencia*”.<sup>(18)</sup>

En palabras del propio Pizzorusso, resulta más claro referirnos a “*sentencias de estimación parcial, aun cuando en este caso para separar la norma a eliminar del ordenamiento de aquella o aquellas que deben continuar formando parte de él, no es suficiente recurrir a la distinción de los textos normativos en artículos, apartados, proposiciones o palabras, sino que es preciso servirse de un razonamiento propio del intérprete y por ello, leer el texto como si en el mismo estuviesen escritas palabras o frases que sólo el intérprete sabe ver, sirviéndose de la interpretación combinada de más textos o bien de la llamada de principios generales o de otras técnicas interpretativas más o menos complejas*”<sup>(19)</sup> (el subrayado es nuestro).

Cabe también mencionar las sentencias “manipulativas” fundadas en la elección entre dos interpretaciones alternativas de un mismo texto. Nos hallamos, en este caso, ante una norma cuyo texto ofrece dos interpretaciones, de las cuales, el Tribunal expulsará aquél con contenido contrario a la norma constitucional. Según explica Favoreu, “*la sentencia separa dos interpretaciones del mismo texto, con el fin de expulsar una de ellas del sistema jurídico, con efecto obligatorio. La diferencia con las técnicas alemana, de la interpretación conforme (a la Constitución) y francesa, de la interpretación neutralizadora, es que aquí la condena de la interpretación excluida figura en la parte dispositiva*”<sup>(20)</sup> de la sentencia.

Se habla también de sentencias “sustitutivas” donde el Tribunal, además de declarar la inconstitucionalidad de la ley cuestionada y de las normas no escritas deducibles del texto, se pronuncia indicando la regla que debe de sustituirla a fin de hacer conforme dicho texto a la Constitución. Las críticas que ha formulado la doctrina al respecto, son similares a las surgidas con ocasión a las sentencias “aditivas”, que comentaremos posteriormente.

---

(18) Loc. cit.

(19) *Ibidem*, págs. 286-287.

(20) FAVOREU, Louis: *Los Tribunales Constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, (1994), pág. 76.

Por su parte las “sentencias–delegación”, a la par de declarar la inconstitucionalidad de una ley, se pronuncian con relación a los principios que debe respetar la nueva ley en orden a guardar coherencia con el texto constitucional. La denominación que se les ha dado, se debe a la similitud que guardan con las leyes de delegación que expide el parlamento, las mismas que indican principios y criterios que se deben respetar en la elaboración del texto de la norma cuya creación se encomienda al gobierno. Se suele señalar como ejemplo de estas sentencias, aquella que declaró la inconstitucionalidad de la regulación legislativa del monopolio público de las transmisiones radiofónicas y televisivas, la cual establecía adicionalmente los principios y criterios que la nueva regulación –que mantuviera dicho monopolio– debía respetar a fin de resultar compatible con el texto constitucional.<sup>(21)</sup>

Mención especial merecen las denominadas “sentencias aditivas” o “acumulativas”. Son aquellas que tienen lugar como resultado del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una norma cuya redacción cuenta con un contenido normativo “menor” del exigible constitucionalmente. Como señala Javier Vecina, “*la oposición con la Constitución no resulta, por tanto, de lo que el precepto dice, sino de lo que no dice, de una omisión relativa o parcial del legislador, y aquí radica precisamente el problema que suscita el restablecimiento del orden constitucional perturbado en estos supuestos*”.<sup>(22)</sup> Su utilización ha tenido lugar mayormente en aquellos casos en los que el Tribunal tuvo bajo análisis normas que lesionaban el principio de igualdad, al omitir –sin fundamento objetivo que lo justifique– dentro de la regulación de ciertos supuestos normativos, casos idénticos que merecían el mismo tratamiento.

En tal situación, luego de verificar la vulneración al principio en mención así como el contenido normativo menor al que deberían tener de conformidad con las disposiciones constitucionales pertinentes, el Tribunal realiza una doble operación a fin de restablecer el principio de igualdad vulnerado. La primera operación “*demolitoria o ablatoria*”, consistirá en derogar la parte del texto legal que excluye a cierto grupo de determinada regulación, sin justificación objetiva y razonable. La segunda operación, de tipo “*reconstructiva*”, permitirá aumentar el inicial contenido normativo de la disposición mediante la introducción de

(21) PIZZORUSSO, Alessandro: obra citada, pág. 293.

(22) VECINA CIFUENTES, Javier: obra citada, pág. 479.

una norma positiva “*sustitutiva*”. De esta forma, se extiende el beneficio al grupo originalmente excluido, restableciéndose el principio de igualdad inicialmente transgredido, sin haber creado un vacío legal que podría acarrear la declaración de inconstitucionalidad por omisión, cuyos efectos resultarían mucho más graves que la subsanación.

Entre las condiciones que han ido perfilando tanto la práctica jurisprudencial de los tribunales constitucionales, que han recurrido a este tipo de sentencias, como la doctrina, a fin de limitar su uso a los casos que realmente lo ameriten, podríamos señalar las siguientes:

- El enunciado legal sujeto a control no debe permitir que se recurra a las denominadas *sentencias “interpretativas”*, dada la imposibilidad de deducir de su contenido distintas interpretaciones, entre las cuales se podría escoger la adecuada. En estos casos, nos hallamos ante una única alternativa, que no resulta ser susceptible de interpretación conforme a la Constitución, principio que exige agotar todas las posibles interpretaciones de la disposición cuestionada de acuerdo con el texto constitucional antes de optar por declarar su inconstitucionalidad.
- Cuando la eliminación de la única interpretación derivada de la norma cuestionada, puede crear un vacío jurídico de mayor dimensión que las situaciones inconstitucionales detectadas, resultando demasiado gravosa su expulsión del ordenamiento. Por ello, cuando la eliminación de la norma inconstitucional del ordenamiento no genere una vulneración a otros principios o valores constitucionales, se deberá optar por su derogación. En esta línea, Javier Vecina sostiene que “*cuando la expulsión de la disposición legal del ordenamiento jurídico no ponga en peligro la consecución de otros principios o valores constitucionales, la actuación del Alto Tribunal no puede ser otra que la plena anulación de la misma*”.<sup>(23)</sup>
- Las sentencias aditivas no deberán utilizarse cuando sean varias las posibles alternativas normativas viables, a fin de completar la “*laguna real*” que se deriva de la eventual anulación de la ley. Ello se afirma puesto que con la elección de una de las alternativas, el Tribunal estaría ejercitando discrecionalmente la elección de determinada opción política, lo cual sólo le compete al órgano legislativo. Es precisamente este requisito de “vali-

---

<sup>(23)</sup> *Ibidem*, pág. 484.

dez” de las sentencias aditivas, que permite contrarrestar las críticas que contra ellas han surgido, con base al argumento que al expedirlas el Tribunal Constitucional, se aparta de su natural función de “*legislador negativo*” para pasar a ejercer una función *paralegislativa*.

Como se ha podido apreciar, la utilización de las “sentencias aditivas o acumulativas” logra eliminar una “*exclusión implícita*” que se configura con la omisión en el texto escrito de la norma, que conlleva la misma vulneración que la derivada de una omisión expresa. Si bien es cierto mediante este pronunciamiento se va a insertar en el ordenamiento jurídico la regulación ausente, al convertir “*la norma negativa en positiva*” e inclusiva del grupo inicialmente excluido<sup>(24)</sup>, esto encuentra justificación en la obvia identidad entre el grupo excluido y el incluido inicialmente dentro del supuesto de la norma, que hace imposible sostener que el Tribunal ha podido actuar discrecionalmente.

En tal sentido, cuando el uso de las sentencias aditivas no es posible por existir más de una posibilidad de recomponer el orden constitucional vulnerado, los tribunales constitucionales han optado por otras alternativas, siempre dentro de las posibilidades que la legislación de cada país ofrece. Al respecto, Javier Vecina comenta que “*el elemento común a todas ellas radica en su finalidad, que no es otra que la de postergar las consecuencias de la anulación de la disposición inconstitucional, dando tiempo al legislador para adecuar la normativa contraria a la Constitución mediante la elección de una de las múltiples opciones posibles.*”<sup>(25)</sup>

Serían básicamente tres los otros tipos de sentencias a las que estamos aludiendo: se trata de las sentencias austríacas de anulación con efectos diferidos, las sentencias alemanas de mera inconstitucionalidad y las sentencias desestimatorias con verificación de la inconstitucionalidad italianas.

En el caso del Tribunal Constitucional austríaco, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no conlleva la nulidad de la ley sino su anulación. La sentencia no tiene pues efectos retroactivos, de modo que la norma declarada inconstitucional sigue vigente hasta el momento en que la resolución del Tribunal sea publicada, operando sólo desde entonces la

<sup>(24)</sup> *Ibidem*, pág. 491.

<sup>(25)</sup> *Ibidem*, pág. 486.

anulación “*ex nunc*” o para el futuro. Los actos o situaciones que se produjeron antes de la anulación de la norma inconstitucional siguen firmes, al igual que las relaciones verificadas mientras la sentencia anulatoria no ha sido publicada o empieza a surtir efectos.

Sin embargo, a fin de evitar las consecuencias negativas que, en ciertos supuestos, podrían derivarse de la anulación de la norma jurídica, la Constitución austriaca ha previsto, en los apartados 5 y 7 de su artículo 140º, una excepción a la regla general antes mencionada, que ha posibilitado el surgimiento de las denominadas sentencias de anulación con efectos diferidos. Así, el Tribunal se encuentra facultado para establecer un plazo (que no puede superar un año) a partir del cual la ley inconstitucional perderá su vigencia. De esta forma, la ley inconstitucional continúa rigiendo y aplicándose durante el plazo señalado en la sentencia, tiempo durante el cual el legislador no sólo tiene la oportunidad sino que debe reconstruir la situación de inconstitucionalidad producida y rehacer la ley.

Como se puede apreciar, lo que se verifica en este tipo de sentencia es una suerte de “ultractividad” de la norma cuya inconstitucionalidad ha sido constatada por el Tribunal, la misma que continuará en vigor por el plazo señalado. Si bien esta posibilidad contemplada por el sistema austríaco puede parecer “novedosa”, al mantener la vigencia de una norma considerada inconstitucional, la medida adquiere respaldo al hallarse prevista en el propio texto constitucional, por lo que no estamos —en rigor— ante una labor de interpretación “creativa” del TC sino, más bien, ante una facultad que la Constitución austríaca le otorga al propio Tribunal. A decir de Favoreu, responde al criterio expuesto por Kelsen según el cual, siendo la anulación de una ley una función esencial y formalmente propia del órgano legislativo, al Tribunal Constitucional compete actuar como un “legislador negativo”.<sup>(26)</sup>

En el caso del sistema alemán, la Constitución permite declarar nula la ley inconstitucional, lo que otorga efectos retroactivos a la sentencia del TC. Dado que esta situación podría generar muchos problemas y riesgos, por la gran cantidad de situaciones o relaciones suscitadas mientras la norma estaba vigente (con mayor razón si la ley es relativamente antigua) el TC Alemán ha buscado encontrar caminos menos “traumáticos” para la solución de la

---

(26) Cfr. FAVOREU, Louis, obra citada, págs. 55-56.

inconstitucionalidad detectada. Cabe mencionar que la ley sobre el TC establece (en su art. 79º) una forma concreta de restringir los efectos retroactivos de la sentencia, disponiendo que salvo en materia penal (que puede dar lugar a la reapertura del procedimiento) la declaración de una norma inconstitucional como nula no permite alterar los fallos que ya no pueden ser impugnados.

Una técnica, actualmente ya muy conocida, desarrollada por el TC Alemán es la llamada “interpretación conforme a la Constitución”. Permite “salvar” una posible inconstitucionalidad de la ley y mantener su vigencia, a condición que el Tribunal encuentre un sentido de interpretación de la misma que la haga compatible con el texto constitucional, sentido que se volverá obligatorio. Empero, el Tribunal Constitucional Federal tiene la posibilidad de dictar las denominadas sentencias de “mera inconstitucionalidad” o de “inconstitucionalidad simple”, que contienen en su parte dispositiva una declaración de incompatibilidad de la ley con la Constitución, sin que a ella se una otra de nulidad de la norma cuestionada. Es decir que la norma declarada inconstitucional no es expulsada del sistema; sin embargo, en virtud de la fuerza de ley propia de los pronunciamientos del TC Alemán, que los dota de fuerza constitutiva “*erga omnes*”, la ley cuya inconstitucionalidad ha sido declarada no podrá seguir siendo aplicada.

Asimismo, se incluye dentro de la sentencia una suerte de “*exhortación al Poder Legislativo*”, a fin de que sustituya la disposición inconstitucional dentro de determinado plazo. Adicionalmente, gracias a la fuerza constitutiva “*erga omnes*” mencionada líneas arriba, durante el periodo comprendido entre la publicación de la sentencia y la expedición de la nueva ley, rige lo que la doctrina denomina “*bloqueo de aplicación*”, el mismo que consiste en que la norma no será aplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de su constitucionalidad, como podrían ser los casos de queja constitucional contra una sentencia o el control concreto de normas. En tal virtud, los procesos se suspenderán hasta la entrada en vigencia de la nueva regulación.

En todos los demás casos, la norma continuará siendo aplicada, siempre que su naturaleza así lo exija, por razones de certeza del derecho y cuando lo contrario conlleve una situación de mayor vulneración constitucional. Se pretende pues evitar las consecuencias que podrían derivar del vacío jurídico que se produciría con la declaración de nulidad. En todo caso, habrá que atender a los motivos que han conducido al Tribunal a no declarar la nulidad de la norma, a fin de delimitar los alcances de su pronunciamiento.

Señala Vecina que *“ante la arbitraria exclusión legal de una ventaja para determinadas categorías, el Tribunal de Karlsruhe ha venido entendiendo que la eliminación de la inconstitucionalidad es siempre competencia del legislador y, consecuentemente, que a él sólo corresponde pronunciar la incompatibilidad sin declarar la nulidad absoluta de la ley. Sólo de una manera excepcional ha considerado que le está permitido mejorar directamente en el fallo de su sentencia al grupo de personas no considerados por la disposición impugnada, cuando el Tribunal pueda con certeza suponer que el legislador, en el caso de haber sido consciente de la situación jurídico-constitucional, habría realizado por sí mismo esta ampliación del círculo de beneficiarios”*.<sup>(27)</sup> Cabe mencionar que son estos supuestos, precisamente, los que dieron origen a la expedición de las denominadas *“sentencias aditivas”* de la Corte Constitucional italiana.

Finalmente, las sentencias *“desestimatorias con verificación de inconstitucionalidad”* italianas, son aquellas en las que la ley en cuestión se opone al texto constitucional, sin ser posible el uso de las sentencias del tipo *“aditivo”*, al existir diversas opciones para restablecer su constitucionalidad. La declaración de su nulidad tampoco resulta conveniente, por la situación de vacío jurídico que se produciría a consecuencia de ello. En dicho contexto, la Corte Constitucional italiana ha optado por reconocer en la motivación de la sentencia la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sin declarar su nulidad en el fallo. Debido a ello, la ley cuestionada continúa en vigor.

Dentro de la fundamentación de la sentencia, la Corte Constitucional se pronuncia acerca de la necesidad de adecuar la ley a la Constitución, exhortando al legislador para que lo haga; simultáneamente, advierte y deja señalado al legislador que en la próxima oportunidad que se le presente dispondrá la nulidad de la ley, si el legislador no ha hecho caso de la *“recomendación”* de la Corte acerca del cambio que debe introducirse en la norma. Las críticas en contra surgidas en torno a este tipo de pronunciamientos sostienen que éstos encierran una contradicción y falta de coherencia entre el fallo, que es desestimatorio, y la motivación, que se encuentra dirigida a demostrar su inconstitucionalidad.

## V. Reflexión final

La finalidad esencial del establecimiento de los tribunales constitucionales fue instituir un sistema jurisdiccional, especializado y autónomo, de control

---

<sup>(27)</sup> VECINA, Javier: obra citada, págs. 488 y 489.

de la constitucionalidad de las leyes y normas jurídicas, como una forma de asegurar la supremacía de la Constitución y la subordinación a ésta de cualquier actuación o decisión de las autoridades, incluido el órgano legislativo. Por ello, las sentencias sobre inconstitucionalidad que dictan los tribunales constitucionales, en general, suelen gozar de autoridad de cosa juzgada, fuerza de ley y efectos vinculantes para los poderes públicos y terceros.

Los tribunales constitucionales, en la mayor parte de casos, conjugan las atribuciones de analizar y declarar, con carácter abstracto y efectos generales, la inconstitucionalidad de las normas; así como el ejercicio de dicho control con carácter incidental y efectos para el caso concreto. Asimismo, suelen contar con un control preventivo de la constitucionalidad de proyectos de ley y con competencias consultivas en materia de la apreciación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas.

Aunque lo tradicional u “ortodoxo” haya sido que las sentencias sobre inconstitucionalidad, que dictan estos tribunales, se pronuncien por la estimación o desestimación de la demanda, han surgido recientemente otros tipos de sentencias “manipulativas” que, a partir de la interpretación, buscan encontrar formas de adecuación de las normas a la Constitución o de otorgarles un sentido de interpretación y aplicación que las haga compatibles con ésta, a fin de evitar la mera declaración de inconstitucionalidad que implicaría su derogación.

Mediante las distintas modalidades de sentencias “manipulativas” de inconstitucionalidad que hemos comentado, el Tribunal “crea” o agrega un contenido y un sentido de interpretación que no aparecen propiamente del texto de la norma, sino que es establecido por este órgano jurisdiccional para que sea compatible con la Constitución y pueda mantener vigencia. Por esta vía, el Tribunal Constitucional deja de ser un mero “legislador negativo”, actuando como una suerte de “creador” de nuevas normas legales.

Debe considerarse que es frecuente que los integrantes de los tribunales constitucionales sean designados por el Parlamento. Es probable que ello pueda haber incidido en el Tribunal para la búsqueda de formas de interpretación de las normas emanadas del Poder Legislativo que las hagan compatibles con la Constitución y eviten el “enfrentamiento” que generaría su declaración de inconstitucionalidad y consiguiente anulación. También puede responder a un criterio de “prudencia política”, según el cual el Tribunal Constitucional

debe evitar un excesivo activismo o “vedettismo” político, reservando la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma como el último remedio, cuando resulta imposible hallar alguna interpretación que la torne conforme a la Constitución.

Es evidente que este razonamiento y comportamiento del Tribunal Constitucional motiva importantes e interesantes desarrollos en materia de interpretación constitucional, a la par que busca evitar los riesgos o perjuicios (a veces mayores) de tipo político, jurídico o social que, en algunos casos, la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma y su derogación podrían generar, en especial por los vacíos normativos o conflictos que podrían suscitarse.

No obstante, mientras que algunas veces esta labor creativa de la interpretación constitucional plasmada en la sentencia puede resultar positiva y progresista, al adaptar una norma a las nuevas circunstancias sociales o darle un sentido compatible con la Constitución, del que podría carecer en principio; no cabe excluir el riesgo de que, en otras ocasiones, conlleve una actitud “conservadora”, propiciadora de la permanencia de normas inconstitucionales. En este último caso, si la interpretación asumida por el Tribunal, que hace compatible la norma con la Constitución, no conlleva un mandato suficientemente claro u obligatorio para los jueces ordinarios, los legisladores y las autoridades, se podría producir la continuidad y aplicación de una norma a pesar de su carácter inconstitucional, poniendo en entredicho la eficacia y el propio compromiso del Tribunal Constitucional con la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad de las normas.

Ciertamente la evaluación del sentido e impacto concreto de estas sentencias “manipulativas” deberá apreciarse caso por caso. Lo cual no obsta para reconocer la importancia de su aporte y la riqueza de su estudio, a la par del rol positivo y moderador del ordenamiento político y jurídico que, en muchas ocasiones, puede alcanzarse a través de su empleo por parte de los tribunales constitucionales.

Lima, diciembre de 2001.

# **PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO: SUS ALCANCES, LOS RIESGOS QUE GENERA A LA PLENA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO Y ALGUNAS NOTAS SOBRE LA VIABILIDAD DE LAS PROPUESTAS PLANTEADAS AL RESPECTO (\*)**

**Eloy Espinosa-Saldaña B. (\*\*)**

**SUMARIO:** I. Sistema presidencial, sus críticas y críticos, y las particularidades del denominado presidencialismo latinoamericano. II. Presidencialismo latinoamericano: Sus rasgos básicos y las dificultades que esta forma de concebir el quehacer político ocasiona al proceso de consolidación democrática de nuestro subcontinente. III. Los caminos planteados para superar las limitaciones del presidencialismo latinoamericano y algunas notas sobre su viabilidad de cada una de estas opciones.

## **I. Sistema presidencial, sus críticas y críticos, y las particularidades del denominado presidencialismo latinoamericano**

Si reconocemos al Derecho Constitucional como la disciplina que busca dar un encuadramiento jurídico al ejercicio del poder político en una sociedad determinada, pocos temas tienen tanta importancia para esta disciplina como el de determinar cuál sería el sistema de gobierno más conveniente para asegurar

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional de las Universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos e Inca Garcilaso de la Vega.

una distribución del poder político lo más armónicamente posible, situación que desafortunadamente parece no haberse dado en América Latina.

Y es que en América Latina, ese proceso hoy mundial de predominio del mal llamado “Poder Ejecutivo” <sup>(1)</sup> encontró un escenario peligrosamente proclive a este fenómeno, y, lo que es peor, a manifestaciones incontroladas y abusivas del mismo. Muy a despecho pues de los esfuerzos democratizadores iniciados en nuestro subcontinente a fines de los años setenta, resulta innegable como hasta hoy todavía nos encontramos frente a un contexto intrínsecamente débil, vulnerable y con fuertes limitaciones no solamente para hacer frente a aspectos tradicionalmente presentes en el quehacer político y social de nuestros países, sino también para poder adecuarse a los cambios experimentados en los últimos años a nivel universal. Una de las principales trabas para el desarrollo de este quehacer democratizador es pues sin duda alguna el desmesurado crecimiento del poder del “Ejecutivo”, y sobre todo el del Presidente de la República, con el agravante de que ese excesivo poder difícilmente buscó y logró ser eficazmente controlado.

Frente a este complejo fenómeno, los últimos veinte años, y justo cuando varios países del subcontinente se encontraban en lo que algunos autores con acierto denominaron “una doble transición” <sup>(2)</sup>, trabajos como los planteados por Juan Linz y otros han permitido cuestionar dentro del mundo académico latinoamericano (y no por lo menos en esa misma proporción, entre la ciudadanía o la clase política de nuestros países) la conveniencia de mantener el sistema de gobierno actualmente vigente.

---

<sup>(1)</sup> Técnicamente hoy existe consenso en dejar de lado toda falsa impresión que pudiera generarnos una visión tradicional de la Teoría de la Separación de Poderes. El poder del Estado es uno, aun cuando éste se manifieste en diversas funciones, las cuales a su vez pueden ser detentadas por uno o varios de los diferentes órganos que componen el aparato estatal, dependiendo del sistema de gobierno vigente en cada país. Ahora bien, incurrimos en un segundo error si identificamos como “Poder Ejecutivo” a lo que en realidad es el Gobierno, instancia cuyas funciones trascienden ampliamente al ámbito de la mera ejecución de las directivas supuestamente dictadas por los parlamentos o congresos.

<sup>(2)</sup> Como bien señalan múltiples autores, América Latina vivió en la década de los ochenta (1980-1990) una doble transición: transición en lo político, marcada por el paso de gobiernos militares a gobiernos civiles, ceñidos siquiera formalmente a parámetros democráticos; pero también transición en lo económico, pues fue una época donde se promovió la reforma del aparato estatal (sobre todo en aquello referente a la actuación del Estado en el quehacer económico ciudadano) y se pusieron en práctica drásticas políticas de ajuste.

Como es de conocimiento general, Linz, desde su famosa ponencia (y luego artículo) “Democracy Presidential or Parliamentary. Does It Make a Difference?”<sup>(3)</sup>, texto de 1984, en el cual marca una línea que ha mantenido en posteriores trabajos, anotaba la poca asociación que encontraba entre el presidencialismo de nuestros países con principios y prácticas democráticas; luego de ello, ponía énfasis en la (supuesta) rigidez del modelo presidencial, y consideraba como desafortunadas consecuencias de esta rigidez, entre otras, a una pobre cooperación entre los “poderes” del Estado, por no decir una situación de potencial bloqueo o enfrentamiento entre ellos; la imposibilidad o gran dificultad para remover al gobernante poco afortunado en su gestión; celos institucionales provocados por la legitimidad popular de origen tanto de los congresistas como del Presidente; la consagración de un estilo de actuación presidencial que asumía una cierta superioridad del presidente sobre el resto de actores políticos y otras instituciones del Estado, con el agravante que para Linz resultaba muy difícil determinar la responsabilidad de los presidentes en aquellos países donde no se admite la reelección presidencial; un mayor proclividad a que outsiders políticos pudieran conquistar el gobierno nacional; y, finalmente, serias complicaciones para dirimir conflictos de autoridad, pues el diseño del modelo político imperante buscaría consagrar que el ganador se llevaba o quedaba con todo.

Independientemente de si las críticas de Linz (críticas con las cuales coinciden autores como Lijphart, Valenzuela y otros) son o no justas, tema harto discutible sobre el cual intentaremos incidir después, necesario es en nuestra opinión señalar como aquí se han entremezclado críticas a un modelo presidencial más bien “puro” con cuestionamientos que en rigor únicamente corresponden a los sistemas de gobierno mayoritariamente imperantes en nuestro subcontinente. Desafortunadamente no se tiene el cuidado en resaltar como el escenario “puro” norteamericano es muy distinto a aquello que muchos denominamos en estricto presidencialismo latinoamericano. Y como si lo expuesto no tuviese suficiente entidad, también se soslaya como incluso

---

<sup>(3)</sup> Nos estamos aquí refiriendo a la ponencia presentada al Workshop on Political Parties in the Southern Cone, organizado por el Woodrow Wilson Center de Washington D. C. Linz ha seguido trabajando este tema con múltiples colaboraciones en libros colectivos sobre el particular, siendo tal vez el aporte más importante al respecto el de su contribución a “The Failure of Presidential Democracy”, libro que coeditó con Arturo Valenzuela en 1994 (“The Failure of Presidential Democracy”. Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994. Dos volúmenes. Hay una edición de este mismo trabajo publicada en castellano como *La crisis del Presidencialismo*, en Madrid por Alianza Editorial entre 1997 y 1998).

dentro del presidencialismo latinoamericano pueden existir importantes matices <sup>(4)</sup>.

Ahora bien, lo recientemente aquí reseñado no obsta para reconocer la incontrastable validez de dos aseveraciones que de inmediato formulamos: en primer lugar, y muy a despecho de los evidentes matices existentes, fácilmente podemos percibir la existencia de ciertos elementos comunes o propios que en nuestra modesta opinión diferencian al presidencialismo latinoamericano de los otros sistemas de gobierno vigentes a nivel mundial; y en segundo término, sin gran dificultad podemos constatar como este presidencialismo latinoamericano es, por lo menos en mayor medida que la experiencia estadounidense, un siempre peligroso y potencial riesgo a aquella limitación o distribución del poder tan necesaria para la consolidación de todo Estado de Derecho que se precie de serlo. El sentido del presente trabajo estará entonces más bien dirigido a determinar cuáles son los rasgos característicos del presidencialismo latinoamericano como fenómeno político con entidad propia (poniendo especial énfasis en como aborda la relación entre Congreso y Gobierno en nuestros países) y fundamentalmente, a señalar cuál sería la estrategia a seguir para finalmente alcanzar el sistema de gobierno considerado más apropiado en la lógica de evitar concentraciones abusivas e incontroladas del poder político en América Latina. Esas precisamente son las preguntas que intentaremos contestar de inmediato.

## **II. Presidencialismo latinoamericano: Sus rasgos básicos y las dificultades que esta forma de concebir el quehacer político ocasiona al proceso de consolidación democrática de nuestro subcontinente**

No podemos comenzar este apartado de nuestro texto sin anotar como el llamado presidencialismo latinoamericano no es en rigor un fenómeno

---

<sup>(4)</sup> Sobre el particular hay quienes incluso han esbozado una tipología al respecto. Por solamente mencionar algunas de las propuestas más interesantes hechas en este sentido, recomendamos revisar VALENCIA CARMONA, Salvador – “Las Tendencias Contemporáneas del Ejecutivo Latinoamericano”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* N° 31-32. México D. F., 1978, especialmente p. 142-147; o NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto – “I Regimi Presidenziali di L’America Latina”, en: *Quaderni Costituzionali* VIII, número 3, diciembre de 1998, especialmente p. 507-518.

cronológicamente reciente en este subcontinente sino un acontecimiento cuyos orígenes incluso se remontan a épocas incluso anteriores al surgimiento de los diferentes estados de América Latina como entidades independientes.

Y es que llegados a la vida republicana luego de pasar por una concepción fuertemente centralizada de la gestión pública, y contando además con sociedades tremendamente estratificadas (grupos humanos en los cuales el grueso de la población no tenía forma alguna de participación en la toma de las decisiones más relevantes en materias de carácter político, económico o social), desde sus primeros años como Estados independientes los diversos países latinoamericanos se encontraron con un escenario de manifiesta debilidad institucional, falta de familiaridad con algunos de los avatares propios de la participación política y una gran heterogeneidad de intereses que hacía casi imposible la existencia de mínimos puntos de consenso entre importantes sectores de su población. Todo este conjunto de factores generó una serie de significativas repercusiones en nuestra conformación como Estados, algunas de las cuales de inmediato pasaremos a analizar.

Con un contexto tal como el que aquí hemos descrito, y al imponerse la dinámica independentista de nuestros países, la alternativa mayormente asumida para hacer frente a la situación entonces existente fue la de poner en práctica sistemas de corte presidencial<sup>(5)</sup>. Ahora bien, aun cuando es indudable

---

<sup>(5)</sup> Ahora bien, en este punto de nuestra exposición se hace necesario efectuar dos importantes precisiones: en primer lugar, es conveniente resaltar como la asunción del modelo norteamericano en nuestro subcontinente fue en muchos aspectos más formal que real, lo cual en parte es comprensible si tomamos en cuenta que el sector criollo —el impulsor de la primera hornada de procesos independentistas en América Latina— tenía una formación académica en la cual la influencia del pensamiento europeo (y sobre todo, del francés) era innegable. Es más, nos atreveríamos a señalar que en muchos casos la figura presidencial es admitida no como un seguimiento a lo acontecido en un proceso revolucionario sobre el cual poco o nada se conocía, sino como una rara mezcla de sentimientos de rechazo a una monarquía con la cual se quería guardar distancia, y a la vez, de interés por un rol conductor que muy bien podía encajar con las apetencias personales de poder de los ya numerosos caudillos de la época. Un muy importante análisis sobre la influencia del pensamiento francés y del caudillismo en el origen de nuestras repúblicas lo encontramos en Antonio COLOMER VIADEL, Antonio - *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Nomos, Valencia, 1995, págs. 75 a 88.

En segundo término, es oportuno también resaltar como esta distorsionada comprensión del modelo norteamericano no se dio al mismo tiempo y en igual proporción en todos los países de América Latina. Es conveniente entonces anotar como en el fragor del fenómeno

que los fundadores de las repúblicas latinoamericanas tuvieron muy presente el ejemplo norteamericano<sup>(6)</sup>, el escenario político, económico y social previo, junto a otros factores vinculados por ejemplo a la formación ideológica de quienes aparecieron dirigiendo nuestras guerras de independencia<sup>(7)</sup>, llevó a que en América Latina no solamente se llegue a resultados radicalmente distintos a los alcanzados en el país cuyo modelo se decía querer imitar (los Estados Unidos de Norte América), sino a que vaya configurándose un sistema de gobierno con características propias, las cuales siquiera brevemente intentaremos reseñar:

Fortalecimiento excesivo y descontrolado de lo que todavía hoy, con poca rigurosidad técnica, sigue conociéndose como “Poder Ejecutivo”, y sobre todo, de las atribuciones encomendadas al Presidente de la República. El Presidente latinoamericano al igual que el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, es al mismo tiempo Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Sin embargo, en América Latina es tanta la prevalencia presidencial existente que ésta termina rompiendo la lógica de pesos y contrapesos tan característica de la propuesta norteamericana.

Estamos aquí frente a un fenómeno casi tan antiguo como nuestro surgimiento como repúblicas independientes, ya que si bien las primeras

---

independista, en algunos lugares, guiados por las propuestas radicales propias de un pensamiento de corte rousseauiano, llegaron a plasmarse normativamente parámetros de gestión gubernamental con grandes similitudes a aquel gobierno de asamblea que tuvo tan fugaz vigencia dentro del proceso revolucionario francés (en esa línea iba por ejemplo lo recogido por la Constitución peruana de 1823 con respecto a la organización del Estado). Sin embargo, estas intentonas pronto fracasaron en su intención de constituir un liderazgo fuerte y cohesionado que consolidase la capacidad de autogobernarse recién obtenida. Así mismo, se hace relevante apuntar la existencia de posteriores experiencias de corte parlamentario en Brasil (entre 1838 y 1889, y luego de 1961 a 1963) y Chile (entre 1891 y 1925), así como la singular experiencia de gobierno dictatorial en Uruguay, la cual se desarrolló —con algunas intermitencias— entre 1919 y 1966. Un breve pero acertado comentario a cerca de estos tres últimos casos, así como sobre las razones por las cuales dichas fórmulas fueron dejadas de lado, lo encontramos en COLOMER VIADEL, Antonio: *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, págs. 136 a 138.

<sup>(6)</sup> En este mismo sentido opinan NOHLEN, Dieter y FERNÁNDEZ, Mario: *El Presidencialismo Latinoamericano: Evolución y Perspectivas*, Caracas, Nueva Sociedad, 1991, p. 112.

<sup>(7)</sup> Coinciden con nosotros, entre otros, NOHLEN, Dieter y FERNÁNDEZ, Mario: Op. cit., Loc. cit.; COLOMER, Antonio — *Constitución...*, Op. cit., Loc. cit.

manifestaciones institucionales de los entonces incipientes Estados latinoamericanos supusieron una mayor relevancia de órganos colegiados (primero los Cabildos y luego los Congresos), muy pronto se personalizó la titularidad del ejercicio del poder político. Por otro lado, rápidamente la variedad e inestabilidad de los primeros ensayos constitucionales de nuestros países dejó paso a una opción propiciatoria del predominio presidencial, máxime si el entonces Presidente de la República era militar o contaba con el decidido apoyo de las Fuerzas Armadas de la época.

Lo cierto es que hasta hoy resulta una constante a nivel latinoamericano que los Presidentes de sus diferentes repúblicas, elegidos directamente por la ciudadanía, tengan constitucionalmente reconocidas una serie de atribuciones incluso mayores a las formalmente otorgadas al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>(8)</sup>, atribuciones entre las cuales destacan el reconocimiento de la iniciativa legislativa directa; la posibilidad del veto parcial de normas; la asunción incontralada —o por lo menos, poco controlada— de facultades legislativas, facultades que muchas veces puede ejercer sin delegación parlamentaria alguna; la posibilidad de decidir, con el apoyo de sus ministros

---

<sup>(8)</sup> Ahora bien, justo es reconocer que la práctica concreta del constitucionalismo norteamericano ha demostrado cómo en los hechos el Presidente de aquel país ha terminado asumiendo algún ámbito de atribuciones dentro del cual inicialmente carecía de toda competencia. Algo de ello es lo que ocurre, por ejemplo, en lo vinculado al quehacer legisferante del Congreso estadounidense, pues hoy resulta innegable como el Presidente tiene un margen de iniciativa legislativa —aún con carácter más bien indirecto— ya sea mediante lo señalado en sus discursos sobre el estado de la Nación que da en el Congreso o a través de la colaboración de algún congresista o grupo de congresistas que acepten presentar una propuesta legislativa presidencial como si fuera suya (ver al respecto, por ejemplo, lo que ya desde hace algunos años señalaba Edward S. CORWIN - *El Poder Ejecutivo. Función y poderes*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, págs. 302 y ss.)

Pero por si esto fuera poco, se hace también necesario resaltar cómo en ciertas ocasiones y bajo determinados supuestos el mismo Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica ha tenido una capacidad legisferante propia a través de las Executive Orders (un acercamiento al contenido y alcance de éstas lo encontramos, entre otros trabajos, en Delia FERREIRA RUBIO Y Mateo GORETTI - "Gobierno por Decreto". En *El Derecho* N° 8.525. Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, 1994, págs. 4 y ss.) Sin embargo, es necesario anotar como dentro del rígido modelo de separación de funciones entre los diversos órganos del aparato estatal existente en el caso norteamericano, estas atribuciones, formalmente no reconocidas, únicamente son admitidas como alternativas cuyo uso está reservado a situaciones realmente excepcionales.

(apoyo que, como después veremos, se circunscribe a una mera ratificación de la iniciativa ya asumida a nivel presidencial) la asignación de créditos presupuestales adicionales; o el frecuente uso y abuso de medidas de carácter excepcional en materias económicas y/o sociales (medidas que, en muchos casos, lejos de ceñirse a un necesario carácter coyuntural tienen una perniciosa vocación de permanencia).

Pero como si lo recientemente reseñado ya no fuese suficientemente significativo, tan o más importante que lo constitucionalmente establecido son los poderes que llamaremos “metaconstitucionales” del Presidente Latinoamericano, aquellos formalmente no consignados pero que en la práctica resultan tan o más significativos que los otros. Nohlen y Fernández nos dan un buen ejemplo al respecto, vinculado al poder que tienen los presidentes de nuestros países sobre su burocracia (sin que ello implique darle alguna connotación peyorativa a este último concepto): y es que visto en teoría, los presidentes latinoamericanos poseen tanto poder como sus colegas estadounidenses en el nombramiento de los más altos funcionarios dentro de la administración pública. Sin embargo, en los hechos, la inexistencia de un servicio civil y una carrera administrativa autónomos en la mayor parte de nuestros países lleva a que aquí la capacidad de maniobra presidencial resultará tan amplia que bien podría considerarse que deviene en incontrolable<sup>(9)</sup>.

Si a todo lo expuesto le sumamos la falta de responsabilidad política del Presidente de la República en América Latina, responsabilidad que asumen directamente los ministros frente a los congresos, fácilmente pueden explicarse los alcances de algunas de las denominaciones utilizadas para calificar a los presidentes latinoamericanos, tema sobre el cual existe una abundante bibliografía tanto en el ámbito de la Ciencia Política como en el del Derecho Constitucional<sup>(10)</sup>.

<sup>(9)</sup> En este mismo sentido, NOHLEN, Dieter y FERNANDEZ, Mario – Op. cit., p. 120-121.

<sup>(10)</sup> Es bastante conocido el estudio hecho el particular por Maurice DUVERGER (Vid. *La Monarquía Republicana, o cómo las democracias eligen a sus reyes*, Ariel, Barcelona, 1974), razonamiento que en América Latina contó –entre otros– con el respaldo de José PAREJA-SOLDÁN (*Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Tomo I. Lima, 1989, págs. 285 y ss.), para quien también los presidentes latinoamericanos en general podrían ser equiparados a verdaderos monarcas republicanos. Finalmente, ilustrativa resulta también la reflexión hecha por Víctor Andrés BELAÜNDE, uno de los más destacados intelectuales peruanos de todos

La gravedad de esta situación resultaba entonces francamente insoslayable, lo cual, y sobre todo de la mano de corrientes de pensamiento liberal existentes durante buena parte del siglo diecinueve en nuestros países, llevó a la implantación de mecanismos destinados a controlar el accionar presidencial. Con ese objetivo progresivamente los países latinoamericanos tendieron a ir incorporando en sus ordenamientos jurídicos fórmulas de control inter e intraórganos traídas de un contexto más bien propio del parlamentarismo, lo que ha llevado a que algunos detecten y otros incluso promuevan escenarios cercanos a lo que podríamos calificar como regímenes semi-parlamentarios. Con cargo a referirnos en otra ocasión con mayor detalle a los instrumentos de control interórganos recogidos en Latinoamérica, lamentamos aquí tener que anotar como la efectividad de mecanismos de control intraórganos como el refrendo, el Consejo de Ministros y el Presidente del Consejo de Ministros resulta poco menos que relativa en un contexto en el cual se mantienen rasgos tan básicos del modelo presidencial como la existencia de un Presidente de la República elegido popularmente, y que además, reúne en si mismo las calidades de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.

Explicitemos los alcances de la afirmación que acabamos de efectuar, viendo a modo de ejemplo lo que ocurre en el caso del refrendo. Como bien sabemos, el objeto de esta institución, históricamente tan ligada al parlamentarismo, era, mediante la ficción de despojar al monarca de toda responsabilidad política por sus actos, subordinar (o por lo menos, mediatizar) el quehacer del Rey o Jefe de Estado a los criterios y posturas dominantes dentro del Parlamento, instancia que en mérito a su legitimidad popular de origen es la competente para nombrar o remover a un Ministro de su cargo. Sin embargo, si traemos el refrendo a un contexto en el cual es el mismo Presidente de la República quien nombra o remueve a sus ministros<sup>(11)</sup> prácticamente sin estar sometido a algún mecanismo de determinación de

---

los tiempos, cuando decía que “(...) podemos decir, sin exageración que el Presidente de la República es un virrey sin monarca, sin Consejo de Indias, sin odores y sin juicio e residencia” (ver al respecto, Víctor Andrés BELAÚNDE: *La crisis presente*, en *Obras Completas*, Tomo II, Lima 1987, p. 86).

<sup>(11)</sup> No ignoramos como en escenarios como los aquí descritos los Ministros también pueden ser removidos por acción del Congreso. Sin embargo, y en estricta relación con lo que estamos analizando en este apartado del presente texto, nos interesa aquí resaltar el margen de atribuciones presidenciales sobre el particular.

responsabilidad política ante el Congreso, lo que tenemos es un Presidente en cuyas manos en líneas generales se encuentra la continuidad de cualquiera de los ministros en sus carteras; y por ello, obviamente aquel Ministro que se niegue a refrendar una norma en la cual se recoja la voluntad presidencial es alguien que va camino a perder su puesto.

Curiosamente entonces el referendo, mecanismo inicialmente visto como un límite al accionar presidencial dentro del mismo gobierno incluso más allá de aquello que los cánones norteamericanos estarían dispuestos a admitir, ha estado lejos de constituir un elemento relevante para el control de la actividad presidencial, y ha devenido más bien en un instrumento fundamentalmente útil para liberar de responsabilidad política al Presidente de la República por sus acciones u omisiones como gobernante, siendo otras personas -sus ministros- aquellos quienes tendrán que responder ante el Congreso por los efectos que pudieran ocasionar dichos actos. Todo ello reiteramos muy a despecho de lo que ocurre en un escenario parlamentarista y sin que se genere algún cuestionamiento jurídico a la permanencia en el cargo de quien es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno.

Lo mismo se puede predicar de la existencia de los ministros o de un Consejo de Ministros; e incluso de un eventual Presidente de Consejo de Ministros (o cargo similar, como sería el Ministro Coordinador consagrado por la Constitución Argentina luego de su reforma en 1994), siempre y cuando este alto funcionario no se constituya en el Jefe de Gobierno de su país. Y es que en los hechos, ni el Consejo ni su Ministro Jefe constituyen eficaces mecanismos de control intraórganos cuando su acceso y permanencia dependen en líneas generales de la voluntad del Presidente de la República. Ministro díscolo a la voluntad presidencial corre rápidamente el riesgo de dejar de ser ministro. Es más, incluso la relevancia del Presidente de un Consejo de Ministros como instancia de coordinación y distribución de la labor presidencial es bastante relativa, estando más bien circunscrita al margen de maniobra y significación que quien es al mismo tiempo Jefe de Estado y Jefe de Gobierno tenga a bien reconocerle <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> Por ello, incluso los Ministros no suelen buscar al Presidente del Consejo de Ministros o Ministro Coordinador para resolver los problemas que pudieran surgir entre ellos. Un análisis más detallado sobre este tema es el que efectuamos en nuestro trabajo "Algunas notas sobre la Evolución del Presidencialismo Latinoamericano", texto publicado en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 20/21, Valencia, Universidad de

Nos encontramos pues ante una figura presidencial, que muy a despecho de estar (más formal que realmente) sometido a refrendo ministerial (y por ende, compartiendo responsabilidades con los ministros), constitucional, legal y fácticamente posee un enorme poder, y que además, dicho poder no aparece como adecuadamente controlado. Sin embargo, ese no es el único elemento propio y distinto que sirve para identificar al presidencialismo latinoamericano, tal como veremos a continuación.

Debilidad en la configuración del rol y atribuciones propias de la institución parlamentaria, a la cual se le reconoce con el nombre de Congreso.- En todos los textos constitucionales latinoamericanos se tiende a querer potenciar el aspecto legisferante de la institución parlamentaria llegándose al extremo de muchas veces denominarla como “Poder Legislativo”, e intentando proyectarse la imagen de que ésta es la única instancia que posee la titularidad de dicha función estatal, postura que si alguna vez fue cierta, hoy no se condice con lo que actualmente es la práctica cotidiana inclusive de aquellos estado con un régimen parlamentario<sup>(13)</sup>. Sin querer aquí desdeñar la relevancia de las

---

Valencia, 1997. También desarrollamos este tema en nuestra ponencia en el I Encuentro de Constitucionalistas de América Latina y Europa Oriental, actividad realizada en Wroclaw (Polonia) en septiembre del año 2001.

(13) Ya en otros trabajos hemos cuestionado que en algún momento hayan tenido validez fáctica aquellas posturas según las cuales los parlamentos europeos detentan plenamente las funciones legisferantes dentro de sus respectivos estados. En esta línea va, entre otras, las afirmaciones hechas por los profesores Jordi Solé Tura y Francisco Rubio Llorente (ver al respecto la participación de ambos en el panel “El futuro de la institución parlamentaria” recogido en GARROFENA MORALES (Ed.): *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 379 a 389). Asimismo, estamos pues plenamente de acuerdo con dichos autores cuando señalan que, por lo menos en buena parte de los casos, la función legislativa de los parlamentos se ha circunscrito a legitimar posturas sostenidas por las mayorías parlamentarias de turno, las cuales a su vez básicamente son decisiones ya tomadas con antelación a nivel gubernamental.

Pero aún admitiendo que esta nuestra percepción del quehacer legislativo de los parlamentos pueda no ajustarse a lo ocurrido en el pasado, lo que hoy si se nos presenta como una indiscutible realidad indiscutible es como ya no solamente los Gobiernos tienen un cada vez más creciente ámbito de producción legislativa propia mediante la legislación de urgencia (y bajo parámetros más restringidos, a través de la legislación delegada), sino que también son ellos quienes frente al quehacer cotidiano de la institución parlamentaria en la práctica plantean las iniciativas destinadas a regular las materias consideradas más relevantes dentro de la vida nacional y condicionan la mayor o menor rapidez con la cual se aborda el debate de las diferentes propuestas de leyes que se hagan llegar a los diferentes parlamentos o congresos.

responsabilidades legislativas de los congresos modernos, justo es también resaltar como hoy a nivel mundial más bien se han ido fortaleciendo como sus funciones centrales las tareas de representación y control.

Por otro lado, cuando en América Latina se le han reconocido responsabilidades contraloras a los Congresos, y sobre todo, cuando se ha buscado constituir a las instituciones parlamentarias en instancias de control interróganos del quehacer gubernamental, la discutible eficacia de los instrumentos mediante los cuales busca canalizarse tan relevante atribución muchas veces ha colaborado en acentuar el descrédito ciudadano en los congresos latinoamericanos y en los congresistas quienes los integran<sup>(14)</sup>.

Otra vez aquí adquiere especial sentido la incorporación de elementos de control político traídos del parlamentarismo aplicados sobre un modelo sustentado en algunos de los aspectos reputados como centrales dentro de un régimen presidencial. Como es de conocimiento general, el sentido de acudir a mecanismos como la interpelación, la censura, la cuestión de confianza o la investidura (y figuras similares<sup>(15)</sup>) es en principio el de determinar la

---

<sup>(14)</sup> Pocos ejemplos nos pueden resultar más ilustrativos al respecto que el de la posibilidad de poder plantear una moción de censura a algún ministro particular –o a todo el Gabinete en general– recogida por buena parte de las actuales constituciones latinoamericanas: y es que al no ser posible de o interpelación o censura alguna contra el Presidente de la República (quien es a la vez Jefe de Estado y de Gobierno, y por ello, habilitado para nombrar y remover a los ministros a su libre discreción), lo único que suele cambiar cuando procede la censura a un Ministro o a todo un Gabinete son las personas encargadas de un despacho ministerial, más no necesariamente la línea política seguida por dichos ministerios, pues la permanencia en su cargo del mentor de esas líneas de acción –el Presidente de la República– es incuestionable.

Lo expuesto tiene además el agravante de la posibilidad de que en muchos países de nuestro subcontinente el uso del mecanismo de la censura por los parlamentarios recibe como respuesta la puesta en práctica de atribuciones presidenciales de poder disolver el Congreso, lo cual de por sí juega un papel inhibitorio para el empleo de instrumentos de control cuya eficacia como vemos parece ser bastante relativa. Ahora bien, e independientemente de que en un país en particular se admita o no la posibilidad de la disolución parlamentaria, lo cierto es que en cualquiera de estos escenarios el perjuicio a la imagen que el ciudadano tiene sobre el quehacer parlamentario es tremendo, pues o ven en los congresistas gente que cuestiona sin conseguir objetivos significativos, o asume a los parlamentarios como funcionarios con un conjunto de atribuciones que por miedo o incapacidad no saben, no pueden o no se atreven a ejercer.

<sup>(15)</sup> Nos referimos aquí por ejemplo a lo prescrito en el artículo 130° de la Constitución Peruana de 1993, figura con una finalidad y efectos muy similares a las del voto de investidura existente en los regímenes de tipo parlamentario.

responsabilidad política de los ministros, y a través de ello, buscar que el Congreso fije cual debe ser la línea política a seguir por el gobierno de turno. Ahora bien, si el Presidente de la República es a la vez Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, y por ende, es quien pone y remueve a los ministros, sin estar sometidos a interpelación, censura, cuestión de confianza o investidura alguna por designar dichos ministros (y, lo que es peor, sin verse por ello obligado a modificar su accionar político), el Presidente puede incluso insistir, sin mayores consecuencias jurídicas para su continuidad en el cargo, con perspectivas rechazadas por el Congreso, limitándose solamente a cambiar las caras de quienes asumirán responsabilidad política frente a los distintos requerimientos parlamentarios.

La experiencia peruana en particular, y la latinoamericana en general, nos demuestran cuan negativas pueden ser las consecuencias de optar por una alternativa como la que aquí acabamos de reseñar, pues la misma proyecta la peligrosa percepción de tener un Congreso legitimado para conducir la vida política nacional al mismo tiempo que mediante otras disposiciones constitucionales y legales se consolida la configuración de un Gobierno con similares pretensiones. Este cuadro está lejos de resolverse, si como la salida al entrapamiento que pudiera generarse constitucionalmente se tiene prevista la disolución parlamentaria de aquel Congreso que censura a un número determinado de gabinetes, ya que aquí, a diferencia del escenario parlamentarista europeo, solamente son los congresistas quienes arriesgan su estabilidad en el cargo. No ocurre lo mismo con el Presidente y Jefe de Gobierno latinoamericano, quien a lo más se verá obligado a cambiar de ministros, más no de línea política.

Ante un estado de cosas como el que acabamos de describir, los hechos concretos nos demuestran que dos han sido generalmente las situaciones a las cuales finalmente se ha llegado en nuestro subcontinente: [1] abdicación parlamentaria del empleo de las potestades de control del quehacer gubernamental que le han sido atribuidas; o [2] el surgimiento de un clima político tenso, en el cual unos y otros pujan por la puesta en práctica de aquellas posibilidades de acción que constitucionalmente le han sido reconocidas. En este último caso, un estado con un Gobierno excesivamente presionado por las labores de control ejercidas desde el Congreso tiende a vivir entre un clima de inestabilidad política, el cual puede desembocar en un indebido cierre de una institución parlamentaria considerada hostil por las huestes presidenciales

o en una conclusión anticipada del período presidencial; o, lo que es peor, en un golpe de estado con una activa participación de las Fuerzas Armadas. Fácil es apreciar como en todos estos escenarios quienes más suelen desacreditarse son el Congreso y sus congresistas, y con ello, el sistema democrático-representativo en su conjunto. La solución entonces aquí prevista a bloqueos –los cuales son distintos a aquellos mencionadas por otros autores frente a escenarios con un régimen presidencial “puro”– no es pues precisamente recomendable.

Sin embargo, no podíamos concluir este apartado sin hacer mención a un caso en América Latina en donde la relación Congreso-Gobierno tiene algunos ingredientes adicionales, y por ende, muy interesantes de analizar: el caso boliviano, al cual hay quienes incluso denominan como un “Presidencialismo parlamentarizado”. Y es que en Bolivia, lo prescrito en el artículo 90 de su Constitución vigente, (el cual plasma la elección congresal del presidente), unido a una lógica de coaliciones interpartidarias (producidas entre otras cosas para permitir la elección presidencial antes mencionada), le ha dado una relevancia singular al Congreso dentro de la vida política nacional. Ahora bien, cabe sin duda formularse varias preguntas sobre esta situación, surgida más bien como resultado de un imprevisto y no como consecuencia de una ingeniería constitucional premeditada. Estas preguntas redundan en cuestionarse si finalmente estamos ante una fórmula que puede reproducirse fuera de su especial contexto y coyuntura; y además, si en los hechos lo consagrado no es más que darle al Congreso una mayor cobertura de la legitimación del sistema, sin que ello necesariamente implique un aumento de las responsabilidades que actualmente le son reconocidas como propias. Estamos pues frente a un tema que sin duda requiere un mayor estudio<sup>(16)</sup>.

Los otros dos rasgos saltantes del presidencialismo latinoamericano: la falta de autonomía de la judicatura, y la tendencia a mediatizar cualquier alternativa de corte descentralista.- Una visión siquiera panorámica del presidencialismo resultaría abiertamente incompleta si por lo menos no se

---

<sup>(16)</sup> Por otro lado, una experiencia muy singular, pero en nuestra modesta opinión, prácticamente imposible de reproducir en América Latina y únicamente producto de un contexto y una coyuntura bastante particulares, es la del gobierno directoral vigente en el Uruguay entre 1919 y 1966. Una buena descripción crítica de esta interesante experiencia la encontramos en COLOMER VIADEL, Antonio – *Introducción...*, Op. cit.

realiza un somero acercamiento a estos temas. El perfil de lo solicitado, una referencia que enfatice en el estado de la cuestión las relaciones Congreso-Gobierno, nos impide entrar en mayores detalles al respecto.

Hoy realmente resulta impensable la constitución de cualquier Estado de Derecho que se precie de serlo sin una judicatura (ordinaria, constitucional o ambas) que cumpla un indispensable rol de mediación jurídica para la mejor resolución de los más significativos problemas políticos, sociales y económicos dentro de una sociedad determinada. Ahora bien, desafortunadamente en nuestros países, y muy a despecho de su teórica configuración como un verdadero Poder Judicial<sup>(17)</sup>, la mayoría de las veces la labor de la judicatura ordinaria latinoamericana se ha centrado en la mera resolución de conflictos en forma supeditada a orientaciones —por no decir en algunos casos, directas imposiciones— dadas fundamentalmente por los gobiernos, pero también en ciertos aspectos más puntuales por determinados sectores de los Congresos. De estos mismos parámetros, salvo honrosísimas excepciones, lamentable-

---

<sup>(17)</sup> Nos acogemos aquí a una distinción sobre el rol de la judicatura, muy frecuentemente utilizada por la doctrina argentina, mediante la cual se distingue entre la situación de aquellos países en los que los jueces (sobre todo mediante el ejercicio de las funciones de control de constitucionalidad que les son reconocidas o que ellos han ganado para sí) no sólo formal sino realmente se erigen en verdaderos mediadores y componedores de los conflictos jurídicos que puedan surgir entre los diversos organismos del aparato estatal (o entre alguno de dichos organismos e importantes sectores de la sociedad) y los casos de aquellos países en los cuales los magistrados judiciales abdican o son impedidos constitucional, legal o fácticamente no solamente de ejercer cualquier labor de control de constitucionalidad, sino también incluso de efectuar tareas destinadas a la composición de conflictos entre entidades estatales, dirigiendo en forma casi exclusiva su quehacer a la composición de conflictos entre particulares (o en temas en los cuales no se abordan materias calificadas como “políticas”, asuntos en los que la participación del Estado suele darse dentro de las especiales pautas propias del Derecho Penal o el Derecho Laboral). Esta postura doctrinaria concluye su análisis anotando que sólo en el primer caso estaríamos en rigor frente a un “Poder Judicial”, y que en el segundo nos encontraríamos más bien ante una estructura jerarquizada destinada a labores de impartición de justicia.

En el caso latinoamericano, el grueso de las constituciones de nuestro subcontinente avizoraron el quehacer de la judicatura de acuerdo con pautas bastante próximas a las vigentes de los Estados Unidos de Norteamérica, paradigma del primero de los modelos a los cuales hemos hecho referencia. Sin embargo, innumerables son los acontecimientos que demuestran cómo los jueces no pudieron, no quisieron o no supieron estar a la altura de los requerimientos propios del rol que tentativamente se les había asignado.

mente tampoco se han desentendido el grueso de los jueces ordinarios cuando ejercen control de constitucionalidad de las leyes, e incluso buena parte de los Tribunales Constitucionales latinoamericanos y sus magistrados. En la consolidación de esta situación de falta de autonomía, cuando no de abierta subordinación a los dictados del poder político o económico de turno, han tenido una importancia capital, entre otros factores, los vinculados al manejo del sistema de nombramientos judiciales, la implantación de diversos mecanismos de remoción o ratificación de los jueces en el ejercicio de sus cargos, o la coacción a nivel económico y presupuestal.

Por otro lado, pocos rasgos son tan distintivos del presidencialismo latinoamericano como el de su concepción fuertemente centralizada de la gestión pública, por la cual la mayor parte de las decisiones estatales están a cargo de instancias de la Administración Pública con cobertura nacional, y entre ellas, son el mal llamado “Poder Ejecutivo” y el Presidente con sus ministros quienes reservan para sí la última palabra en los temas más relevantes. Las instancias descentralizadas, tanto las que son consecuencia de una descentralización funcional como aquellas son resultado de una descentralización territorial, si existen, suelen solamente tener una cobertura residual de atribuciones en lo político, social o económico.

Esto ha ocurrido incluso en aquellos pocos países latinoamericanos donde se ha adoptado un sistema federal, ya que la fórmula federal —la cual fue presupuesto central en la construcción del modelo presidencial norteamericano— no se ha establecido en la mayoría de los países latinoamericanos, y en los pocos casos en que ha sido reconocida, su aplicación ha sido bastante desnaturalizada, y por ello, no se ha constituido como un contrapeso del poder presidencial. Como elementos que acreditan esta última aseveración tenemos, por ejemplo, que los Gobernadores de los Estados de Venezuela durante mucho tiempo fueron funcionarios designados por el Presidente de la República y sin mayor respaldo de un sufragio universal. Y por si lo expuesto no hubiese sido suficientemente ilustrativo, resultaría entonces de una contundencia indiscutible constatar como en los pocos países federales latinoamericanos existentes se ha hecho un uso abusivo de las llamadas “intervenciones federales” (actuación del gobierno central en la vida social y política de los estados que componen la federación en el momento en que éste lo considerase conveniente), aún cuando la posibilidad de efectuar estas intervenciones en algún caso ni siquiera estaba expresamente recogida en el

texto constitucional correspondiente<sup>(18)</sup>. A lo largo de nuestra historia entonces ni las técnicas de descentralización funcional ni las propuestas de descentralización territorial han permitido limitar o equilibrar eficazmente el poder presidencial en América Latina. La discusión y las propuestas políticas formuladas al respecto, sobre todo en estos últimos veinte años, lamentablemente todavía resultan insuficientes para afrontar un desafío de tamaño magnitud.

Este breve acercamiento a los elementos considerados como más significativos dentro del presidencialismo latinoamericano —y sobre todo, a los dos primeros aspectos que aquí hemos reseñado, tradicionalmente vistos como los rasgos distintivos por excelencia del sistema de gobierno al cual estamos describiendo— puede darnos una idea de la complejidad de las dificultades hoy existentes en nuestro subcontinente para configurar verdaderos Estados de Derecho. Y es que la mera descripción que acabamos de efectuar nos demuestra cuan lejos están (o pueden estar) de cumplirse en América Latina aquellos presupuestos considerados centrales para la plena vigencia de esa manera de entender y ejercer el poder político en una sociedad determinada, como lo son una necesaria limitación del poder, y todo lo que ello implica (separación de poderes, sometimiento de la administración al principio de legalidad, imperio de la ley, etc.); el reconocimiento y tutela de los diversos derechos fundamentales; y el respeto a la supremacía de la Constitución. Es más, y tal como históricamente se han dado las cosas en nuestro subcontinente, el llamado presidencialismo latinoamericano muchas veces no ha sido más que el mascarón de proa para plasmar una actuación autoritaria, incontrolada, y por ende, abusiva del gobernante de turno.

Frente a un escenario como éste, en el cual la tentación de abandonar los canales institucionales constitucional y legalmente establecidos rara vez pudo ser resistida (máxime si buena parte de las veces dichas prescripciones sólo tenía un carácter estrictamente semántico, en el sentido en que su momento Loewenstein le otorgó a este concepto), las alternativas planteadas desde el Derecho Constitucional y la Ciencia Política han sido muy diversas. Nuestro objetivo será entonces aquí el de completar la reseña sobre cuales han sido las principales líneas de pensamiento sobre el particular, y, tomando en cuenta

---

(18) Ello es lo que ocurría por ejemplo en Argentina, en donde el texto original de la Constitución de 1853-1860 no recogía alguna referencia explícita sobre el particular.

los alcances de estas diferentes posturas modestamente adelantar algunos criterios sobre como creemos convendría abordarse un tema de tamaño envergadura y significación, tarea que emprenderemos de inmediato.

### **III. Los caminos planteados para superar las limitaciones del presidencialismo latinoamericano y algunas notas sobre su viabilidad de cada una de estas opciones**

Como ya habíamos adelantado anteriormente, el debate sobre la base del cual esta discusión vuelve a un primer plano en América Latina se potencia con los textos de Juan Linz. Ahora bien, la postura asumida por Linz es por todos conocida, e incluso ya ha sido sintetizada en otro apartado de este trabajo. Cabría entonces más bien analizar si su crítica al modelo presidencial en general, y su preocupación por potenciar las supuestas ventajas del parlamentarismo, nos debe llevar a efectuar un cambio tan drástico como implicaría la adopción de este último sistema de gobierno en América Latina.

Tomar una decisión tan radical como ésta, máxime si ella no parece ir acompañada de un especial respaldo ciudadano, implica contestarse ciertas preguntas, o por lo menos, optar luego de realizar algunas necesarias precisiones. Cabe preguntarse pues si el parlamentarismo tiene las virtudes que se le adjudican, garantiza la estabilidad política como invocan quienes abogan en su favor y, tal vez lo más importante, si es un sistema viable para nuestros países.

Lo cierto es que revisando lo ocurrido a lo largo de la historia y lo previsto en la normatividad de diversos países, fácilmente se comprueba como el modelo parlamentario tampoco es perfecto, y que también ha sufrido sus crisis y evoluciones, tal como lo demuestra lo ocurrido en muchos países parlamentaristas luego de la Segunda Guerra Mundial. Por otro lado, aún en cualquiera de sus múltiples matices, la plena instalación de un régimen parlamentario parece presuponer la existencia de ciertos condicionamientos sociales, políticos y económicos que a primera vista no se darían por lo menos en la mayor parte de América Latina, salvo mejor opinión.

Por otro lado, y frente a la postura impulsada por Linz, y respaldada por autores como Valenzuela, Stepan y Skach, y con matices, por Sartori o Lijphart, surgieron una serie de cuestionamientos y cuestionadores de dichos planteamientos. Tal vez los reparos más certeros fueron los formulados por

Shugart y Carey en su “Presidents and Assemblies”<sup>(19)</sup>. Ambos autores, luego de efectuar un exhaustivo análisis histórico, no solamente pusieron en entredicho aquella supuesta primacía del parlamentarismo sobre el modelo presidencial en términos de mayor estabilidad política, sino que además comenzaron a considerar en forma radicalmente distinta varias de las aparentes debilidades del sistema presidencial. Así por ejemplo, la rigidez de los mandatos pasó a ser vista como un atributo de previsibilidad del régimen de gobierno presidencial; la elección popular del Presidente, una demostración de su transparencia; y el aparente conflicto entre la legitimidad popular presidencial y la legitimidad popular del Congreso será finalmente asumido como una situación que favorece la rendición de cuentas y un pleno funcionamiento de un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*).

Los elementos hasta entonces asumidos como críticas al sistema presidencial son ahora entendidas como virtudes centrales del mismo; es más, y en base a estas consideraciones, hay quienes incluso recomiendan volver a un modelo presidencial “puro”, más cercano al patrón original norteamericano. Sugieren para ello, entre otras cosas, restringir la posibilidad de escenarios multipartidarios, propiciando la implantación de sistemas electorales de corte mayoritario o cercanos a lo mayoritario. Esta es sin duda una propuesta interesante, pero cabe aquí preguntarse también si la clase política latinoamericana, y sobre todo, si sus Congresos y sus congresistas estaría dispuestos a perder ciertas ventajas (reales o aparentes) ya adquiridas, probable consecuencia de volver a un modelo presidencial más apegado a los parámetros norteamericanos.

Ante críticas como las ya esbozadas a las posturas que hemos venido reseñando, resulta importante entonces resaltar que la tendencia que al parecer progresivamente viene imponiéndose en nuestro subcontinente frente a tan compleja situación ha sido la de la paulatina incorporación de nuevos

<sup>(19)</sup> Nos referimos aquí al texto de SHUGART, Matthew y CAREY, John M. – *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992. Esta línea de pensamiento crítico ha sido continuada por Shugart en su trabajo efectuado conjuntamente con Scott Mainwaring, trabajo intitulado “Juan Linz, Presidentialism and Democracy: A Critical Appraisal”. Kellogg Institute, Working Paper N° 200, 1993. Así mismo, se asume esta misma preocupación en otro libro editado en este caso por los ya mencionados Shugart y Mainwaring, *Presidentialism and Democracy in Latin America*, New York, Cambridge University Press, 1997.

mecanismos de control ínter e intraórganos al quehacer presidencial, con la especial particularidad de que dichos mecanismos no son aquellos previstos en los Estados Unidos de Norteamérica para asumir dichas funciones, sino más bien algunos traídos del sistema parlamentario para ser aplicados fuera de su contexto original. Ahora bien, justamente lo explicado ya en otro apartado de este mismo texto nos demuestra como en realidad dicha opción (la cual no es nueva, pues encaja perfectamente con las propuestas elaboradas por el liberalismo existente en el Perú y otros países latinoamericanos durante el siglo diecinueve), está muy lejos de asegurar una adecuada distribución del ejercicio del poder político en nuestro subcontinente.

Es más, esta manera de ver las cosas –propiciatoria de una postura a la cual podríamos denominar “semiparlamentario”– lamentablemente muchas veces ha sido usada por gobernantes de corte autocrático para gobernar sin asumir mayor responsabilidad política por sus actos, responsabilidad que supuestamente correspondería a otros (los ministros), funcionarios cuyo quehacer cotidiano se encuentra bastante desvinculado del carácter fiscalizador que inicialmente se les había atribuido. Todo ello tiene además un especial encanto para los autócratas latinoamericanos, pues la determinación de la eventual responsabilidad ministerial por el Congreso también podría terminar constituyéndose en un elemento que melle la legitimidad y credibilidad ciudadana en esta última y muy importante institución, y como consecuencia de ello, en todo Estado de Derecho que se precie de serlo.

Sin duda en temas como estos no hay verdades absolutas o inamovibles (cualquier opción que pueda plantearse siempre ofrecerá ventajas y desventajas) y mal haríamos repitiendo mecánicamente las alternativas utilizadas en otros contextos. Finalmente el mejor sistema de gobierno es aquel que resulta más funcional para obtener los objetivos buscados (en síntesis, una adecuada distribución del ejercicio del poder político, con todo lo que ello involucra) dentro de aquella realidad sobre la cual se quiere actuar. Resulta entonces importante, antes de efectuar cambios drásticos en la normatividad vigente, explorar la viabilidad de fórmulas como las vinculadas a presidencialismos de coalición, pautas a las cuales buscarían aproximarse los casos brasileño y boliviano; y sin duda, y aún a despecho de la literalidad de lo dispuesto en los diversos textos constitucionales, unir esfuerzos en base a una progresiva construcción de una democracia de consensos (el caso chileno, con todas sus limitaciones, es paradigmático al respecto).

Lo contrario puede llevarnos a potenciar las amenazas ya existentes al asentamiento de regímenes democráticos en nuestros países, ya sea por fórmulas de concentración autoritaria del poder (como lo fueron en su momento los gobiernos de Menem y Fujimori) o por crisis de gobernabilidad cuando el gobernante pierde el control de las responsabilidades que le son propias (el ejemplo de lo ocurrido con De La Rúa nos releva de mayores comentarios sobre el particular). Ninguna de esas dos situaciones nos lleva a algo positivo, y por ello, debieran ser acontecimientos que no deberían volver a producirse en América Latina, salvo mejor parecer.

# UNA DEFENSA CONSTITUCIONAL: LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION<sup>(\*)</sup>

Gerardo Eto Cruz<sup>(\*\*)</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Los pecados de la vida (y del derecho): De palabra, obra u omisiones. III. Hacia una plenitud de vigencia de las normas constitucionales. IV. La inconstitucionalidad por omisión: Alcances del problema. V. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión. VI. Ubicándolo desde la otra orilla: Los que preconizan la inexistencia de la inconstitucionalidad por omisión. VII. Una ojeada en el derecho comparado. VIII. Los mecanismos de fiscalización de las omisiones inconstitucionales. IX. Hacia una configuración de una acción de inconstitucionalidad por omisión. X. Algunas propuestas conclusivas.

## I. Introducción

No cabe duda que la inconstitucionalidad por omisión es uno de los temas más ingratos y erizados de controversias en los predios de la Teoría Constitucional y, en especial, del Derecho Procesal Constitucional. El arsenal teórico en este campo de batalla provoca más de una argumentación polémica de calibre desigual, bien sea por quienes asumen el reconocimiento del fenómeno y tratan de encontrar el mecanismo de solución (*posición a favor*) o de aquellos que niegan su existencia (*posición en contra*). Con todo, más allá de

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor de la Universidad Nacional de Trujillo y de la Universidad "César Vallejo".

estas posturas, el tema que sigue motivando reflexiones es el de encontrar los antidotos o los mecanismos idóneos para conjurar este mal endémico y generalizado en los Estados constitucionales contemporáneos: afirmar la eficacia plena de las normas constitucionales<sup>(1)</sup>.

En este contexto, no resulta exagerado sostener que, de las diversas crisis del constitucionalismo contemporáneo, en la agenda roja de una casi nula solución, se encuentra precisamente este complejo campo de agramante como una de las manifestaciones a las violaciones de la *Lex Legum*, sin dejar de reconocer, por cierto, los países que han establecido expresos mecanismos para enervar este fenómeno; así como de la creativa jurisprudencia de diversos tribunales constitucionales europeos.

Si bien debe recordarse que el objeto de la jurisdicción constitucional, desde sus inicios se concentró básicamente al control de la constitucionalidad de las normas<sup>(2)</sup>, Kelsen, el célebre jurista y jefe de la *Wiener rechtstheoretische Schule* ha sostenido que “la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión”. No sólo a estas conclusiones arribaba Kelsen cuando sostuvo la célebre polémica (*Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*)<sup>(3)</sup> con el autor del *decisionismo político* Carl Schmitt (*Der Hüter de Verfassung*)<sup>(4)</sup>, en torno a quién debía ser el defensor de la Constitución, sino que también expresaba que el menoscabo de la Ley Fundamental “se da sólo cuando se trata del incumplimiento de una obligación”<sup>(5)</sup>. Así, esgrimía que “como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla”<sup>(6)</sup>, y que “los órganos

(1) COLOMER VIADEL, Antonio: “Las normas de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia. (Especial referencia a la situación de los países de América Latina)”. En Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol; 2ª Epoca, N° 9/10, 1994, pp. 19-31.

(2) AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Universidad Externado de Colombia, 1984.

(3) KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Estudio preliminar de Guillermo Gasió, traducción y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin; Tecnos, Madrid, 1931.

(4) SCHMITT, Carl: *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1983.

(5) KELSEN, op. cit., p. 3.

(6) *Idem* *ibid*.

de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución”<sup>(7)</sup>. El propio Kelsen aportó en otro célebre ensayo<sup>(8)</sup> que una Constitución a la que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no es una Constitución.

Hoy, sin embargo, podemos verificar que Kelsen no sólo delineó, sino que, equidistante del *modelo político francés*<sup>(9)</sup> y del *modelo jurisdiccional norteamericano*<sup>(10)</sup>, aportó una extraordinaria solución en torno al control de las normas inconstitucionales y cuyo remedio con distintos *nomen iuris* en los sistemas de jurisdicción constitucional aluden al control de la constitucionalidad<sup>(11)</sup> vía la Acción de Inconstitucionalidad<sup>(12)</sup>, pero no legó un remedio eficaz frente a la inactividad del legislador que también viola frontalmente la enérgica pretensión de validez de las normas constitucionales<sup>(13)</sup>, quedando los textos constitucionales, a la postre, sin posibilidad de ser vivida en su plenitud, precisamente por el *ocio del legislador* que no honra con lo que el testamento del Poder Constituyente delega al Poder Constituido, postergando así, diversas normas programáticas.

En lo que sigue de esta breve ponencia, y dando por supuesto que existe efectivamente dentro de las diversas figuras de inconstitucionalidad, una que es la omisiva, desarrollaremos algunas ideas preliminares para, preferentemente

<sup>(7)</sup> Loc cit., p. 4.

<sup>(8)</sup> KELSEN, Hans: “La Garantía Jurisdiccional de la Constitucional. (La Justicia Constitucional)”, en *Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas*, N° 1, 1974, UNAM, México.

<sup>(9)</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución”, en *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, PUC, Lima, 1990; pp.103-146

<sup>(10)</sup> DORADO PORRAS, Javier: *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*. Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1997.

<sup>(11)</sup> KELSEN comprendía que el control de la constitucionalidad “son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que formar el principal objeto de la jurisdicción constitucional”; en: “La garantía jurisdiccional de la Constitución...”; op. cit., p. 493.

<sup>(12)</sup> BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *La Acción de Inconstitucionalidad*. UNAM, México, 1992 (2ª reimpresión, México, 2000).

<sup>(13)</sup> ETO CRUZ, Gerardo: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1992, p. 240.

auspiciar un tipo de mecanismo jurisdiccional que pretenda encarar y dar solución, dentro de los propios marcos de la jurisdicción constitucional. En tal sentido, preferimos mantener la clásica definición institucional de lo que se entiende por jurisdicción constitucional: como todo proceso jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución<sup>(14)</sup>.

Entendemos también que algunas pistas claves para entender a la inconstitucionalidad por omisión está la de vertebrarla en los marcos de la *Defensa de la Constitución* y de incorporar, dentro de algún mecanismo, remedio, proceso o garantía constitucional<sup>(15)</sup>, una específica, *ad hoc* y que tiene positividad específica en Brasil: la *Acción de Inconstitucionalidad por Omisión*. Por cierto que no se desconoce que, en el entretanto, la creativa jurisprudencia de los tribunales constitucionales, también han encarado vía sentencias atípicas, este problema; sin embargo, una verdadera jurisdicción constitucional que se precie de tal, debe contar institucionalmente dentro del entramado de herramientas procesales, las específicas para conjurar las diversas violaciones a la Constitución, como es el de la omisión inconstitucional.

## II. Los pecados de la vida (y del derecho): De palabra, obra u omisiones

No queremos aquí pretender utilizar un concepto teológico para vincularlo con el campo del Derecho, como *el pecado*; pues es un concepto oscuro y difícil de definir, especialmente si tratamos de interpretarlo en términos no teológicos. Pero la idea del pecado supone *desobediencia*<sup>(16)</sup> a un código moral.

(14) CASCAJO CASTRO, José: "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", en Revista de Estudios Políticos, N° 199, Madrid, 1975.

(15) Sobre el particular, pueden verse las reflexiones y trabajos de TOMAS Y VALIENTE, Francisco: "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", en: *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. CEC, Madrid, 1993, pp. 101-111; BIDART CAMPOS: "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en *El Derecho*, T. 78, Bs. As., pp. 9-11; Luis AGUIAR DE LUQUE: "El Tribunal Constitucional y la Función Legislativa: El control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión", en *RDP*, N° 24, 1987; pp. 9-30; Luis NUNES DE ALMEIDA: "El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones", en *REP*, N° 60-61, abril-set., 1988. Número Monográfico sobre *El sistema político y constitucional portugués (1974-1987)*, pp. 859-889.

(16) RUSSELL, Bertrand: "Si el "pecado" significa "desobediencia a la voluntad conocida de Dios", entonces está claro que el pecado es imposible para aquellos que no creen en Dios o

Ocurre que en el campo del Derecho, la desobediencia no sólo se da por vías de hechos: como dar una ley contraria a un mandato expreso o tácito de la Constitución, o contradecir algún principio o valor fundamental; sino cuando se omite, o sea, se desobedece el Código Político que establece una pauta de comportamiento del Poder Constituido. Para nuestro caso, del legislador ordinario que debe dictar determinadas leyes que la propia Carta fundamental lo exige pero que en los hechos hay una actitud contumaz, renuente; es decir, no se cumple con la obligación. Nuevamente resulta pertinente citar a Kelsen, cuando aborda en su *Teoría General del Derecho y del Estado* el tema de la responsabilidad jurídica. Así, explica que: “Un concepto íntimamente relacionado con el de deber jurídico es el de responsabilidad jurídica. Que una persona (en este caso el legislador) sea legalmente responsable de determinada conducta (que, para nuestro caso es el de dictar una ley que así lo manda una cláusula constitucional) o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario”<sup>(17)</sup>. En este caso estamos ante una responsabilidad institucional del legislador que, paradójicamente, no tiene una sanción, la doctrina contraria al fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión esgrime la *discrecionalidad* que tiene el legislador, en los hechos, sin embargo, hay y habrá siempre un perjuicio.

Estos “pecados” por omisión en el mundo del derecho, en término *lato*, normalmente como se puede verificar, apareja sanciones y basta con apreciar con antiquísimos códigos que ha tenido la humanidad<sup>(18)</sup>, hasta la culminación positiva de los códigos civiles que reflejan el grado más avanzado del Derecho Civil en el campo de las obligaciones; lo propio ocurre en otras esferas del derecho, como es el caso tipo del Derecho Administrativo, Penal, etc.

Sin embargo, en el campo del Derecho Constitucional, los deberes u obligaciones constitucionales, pese a su larga evolución del constitucionalismo,

---

no creen que conocen su voluntad. Pero si “el pecado” significa “desobediencia a la voz de la conciencia”, entonces puede existir independientemente de las creencias teológicas”. *Sociedad humana: ética y política*. Altaya Edit. , Madrid, 1999, p. 97.

(17) KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*, UNAM, México. (Trad. de Eduardo García Máynez); 5ª reimpr., 1995, pp. 75-76.

(18) *Los primeros Códigos de la humanidad*. Estudio preliminar, traducción y notas de Federico Lara Peinado y Federico Lara Gonzáles; Tecnos, Madrid, 1994.

no ha conseguido siquiera consolidar determinados instrumentos procesales que permitan resarcir las diversas conductas omisivas de los órganos llamados a obedecer expresos mandatos que la norma constitucional le encarga, como es el caso del legislador que debe cumplir el testamento del Poder Constituyente. Es cierto que la Constitución ha previsto, desde luego, diversas garantías constitucionales que tienen *telos* bien definidos, como el Hábeas Corpus, el Amparo, la Acción de Inconstitucionalidad, etc.; pero una garantía constitucional específica para enervar la omisión constitucional comparada, salvo algunos países que, como referencia se indicarán en su momento.

### III. Hacia una plenitud de vigencia de las normas constitucionales

Desde el célebre discurso de Ferdinand Lassalle<sup>(19)</sup> hasta la actualidad, la Teoría Constitucional<sup>(20)</sup> ha puesto en evidencia que las normas constitucionales, no todas se cumplen en plenitud; y ello afecta la consolidación de un Estado que afirme los derechos fundamentales y los programas de una Constitución<sup>(21)</sup>. Ello, normalmente se hace patente frente al fenómeno de falta de protección eficaz de los derechos socioeconómicos y que, como advierte Lucas Verdú, “es algo común a todos los países demoliberales que no han alcanzado el suficiente grado de socialización compatible con la libertad, es decir, que no son auténticos Estados democráticos de Derecho ...”<sup>(22)</sup>. De igual temperamento es Francisco Fernández Segado cuando precisamente habla de los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección de los derechos, en este caso los derechos de la segunda generación que, vía la inconstitucionalidad por omisión se posterga su disfrute<sup>(23)</sup>.

(19) LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una Constitución?* Estudio preliminar de Eliseo Aja, Ariel, Barcelona, 1984.

(20) Véase a HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar: “Reflexiones sobre la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Epoca, Año XXV, N° 73, UNAM, 1992, pp. 41-62.

(21) COLOMER VIADEL, Antonio: “Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia”; op. cit., p. 30.

(22) LUCAS VERDÚ, Pablo: “Estado de Derecho y Justicia Constitucional: Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación”, en *REP. (Nueva Epoca)*, N° 33, mayo-junio, 1983, pp. 7 y ss, específicamente p. 42.

(23) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Los nuevos desafíos para la protección jurisdiccional de los derechos”, en: *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*, Revista del

Como ha señalado K.C. Wheare, “la verdadera justificación de las constituciones, el concepto que preside su origen, es el de limitar la acción gubernamental exigiendo que los que gobiernan se amolden a la ley y a las normas”<sup>(24)</sup>. Así, independientemente de las grandes tradiciones y concepciones básicas en torno a la Constitución<sup>(25)</sup>, bien sea que se exprese en la concepción racionalista, sociológica o histórica<sup>(26)</sup>, lo esencial e irreductible es que toda Constitución: *a)* por un lado racionaliza y limita el ejercicio del Poder Político; y *b)* por otro, asegura la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de las personas para la convivencia en común; en realidad la integración de estas dos grandes partes aluden, pues, a la dogmática del cual John James Park hablaba de los “dogmas de la Constitución”<sup>(27)</sup> y de la parte “orgánica”.

No obstante lo anterior, desde el tránsito del viejo concepto político de Constitución que ha estado subyacente desde la antigüedad hasta nuestros días, como recientemente lo acaba de anotar Mauricio Fioravanti<sup>(28)</sup>, hoy el concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte del dato de que ella, aparte de su fuerte carga política que ostenta, es precisamente una norma jurídica, como lo han puesto en evidencia el pensamiento continental europeo, a través de los tribunales constitucionales<sup>(29)</sup>. Pero no sólo es una norma jurídica; sino que es norma suprema y, como tal, se presenta como el fundamento del ordenamiento jurídico de un país<sup>(30)</sup>. En consecuencia, el ideal, como expresa desde una perspectiva latinoamericana Bidart Campos, es el de vivir en la

---

Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Año VII, N° 6, Huancayo, 1998, pp. 108 y ss.

(24) WHEARE, K.C.: *Las constituciones modernas*. Edit. Labor S.A., Barcelona, 1975, p. 143.

(25) GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 7ª edic., 1964.

(26) PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos: *En Defensa de la Constitución*. Colección Jurídica. U. de Piura, Piura, 1997, pp. 49 y ss.

(27) PARK, John James: *Los dogmas de la Constitución*. Edic. y prólogo de Joaquín Varela Suanzes, Edit. Istmo, 1999.

(28) FIORAVANTI, Mauricio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Edit. Trotta. (Trad. de Manuel Martínez Neira), Madrid, 2001.

(29) AA.AA.: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

(30) Al respecto, pueden verse los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991; HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, CEC, 1992; DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona, 1999.

Constitución. Ello ha de suponer que la Constitución debe tener una vigencia plena, para que las democracias del nuevo *millenium* no constituyan simples fachadas huera bajo la hipocresía de un mero documento llamado Constitución.

#### **IV. La inconstitucionalidad por omisión: Alcances del problema**

Aunque la inconstitucionalidad por omisión es un fenómeno que se presenta en la mayoría de las cartas políticas, son pocos, sin embargo, los sistemas comparativos que ofrecen un tratamiento más o menos orgánico. Con todo, se puede encontrar ya algunos sistemas de control de las omisiones inconstitucionales. No hay, por principio, una receta ni un criterio uniforme ni preferido. Y si bien es cierto que existen algunos tipos empíricos de fiscalización o evaluación del fenómeno omisivo, aún no se ha consolidado alternativas de solución; y lo que existe a nivel de las constituciones, deriva de las particulares características propias de su jurisdicción constitucional.

No obstante que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión se presenta en varios aspectos, en forma estricta cabe aludir a la actitud renuente y omisiva del legislador que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales, a fin de tornarlas operativas. La doctrina coincide que la omisión legislativa está vinculado fundamentales a la estructura y naturaleza de determinadas normas o cláusulas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales generan la omisión inconstitucional en sentido estricto, sino sólo aquellas de carácter programáticas que, de ordinario, requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.

Uno de los primeros autores en desarrollar esta problemática fue Costantino Mortati en su célebre “*Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*”<sup>(31)</sup> que apareció a inicios de los 70 y en donde ya se observan casos de pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* de Italia sobre asuntos de omisión inconstitucional<sup>(32)</sup>.

(31) MORTATI, Costantino: “*Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*”, en *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 923 y ss. Apareció también en: *Il Foro italiano*, 1970, v, pp. 153-191.

(32) MORTATI, op. cit., pp. 957 y ss.

La doctrina lusitana igualmente ha desarrollado, probablemente con mayor profundidad el tema, a través de los trabajos de diversos autores, entre los que destacan Jorge Miranda<sup>(33)</sup>, pionero de esta problemática y José Joaquim Gomes Canotilho<sup>(34)</sup>, entre otros.

La doctrina alemana igualmente ha hecho sólidos aportes, a partir de la doctrina de la llamada “exclusión arbitraria de beneficios” (*willkürlicher gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss*) que implica el otorgamiento a determinados grupos de una serie de privilegios, al tiempo que se niega injustificadamente a otros, de tal manera que viola el principio de no discriminación<sup>(35)</sup>; otros aspectos tales como la relación entre laguna inconstitucional y la omisión del legislador han sido abordados por la doctrina germana.

Argentina tiene en Germán Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, entre otros, a los principales exponentes también de esta problemática; lo propio Costa Rica que a partir de su Ley de Jurisdicción Constitucional, ha sido reflexionado por Rubén Hernández Valle<sup>(36)</sup> y Magda Inés Rojas Chávez<sup>(37)</sup>.

<sup>(33)</sup> Jorge MIRANDA probablemente desarrolló en forma pionera esta materia, primero en su trabajo: “Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade”, (Rev. da Facultad de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa, 1968, pp. 70-77; “Inconstitucionalidade por omissao”, en *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Librería Petrony, Lisboa, 1977, pp. 333-352; “Informática e inconstitucionalidade por omissao”, *O Direito*, III, 1989; pp. 569 y ss; y más orgánicamente en su *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

<sup>(34)</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*, Livrería Almedina, Coimbra, 1974, p. 163; *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Edit., 1982; *Direito Constitucional*, Librería Almedina; Coimbra, “Tomemos a Sério o Silencio dos Poderes Públicos. O direito á Emanacao de Normas Jurídicas e a Protecção contra as Omissões Normativas”, en DE FIGUEREIDO TEIXEIRA, Sálvio (coord.) *As Garantias do Cidadão na Justiça*, Saraiva, Sao Paulo, 1993; “Revisar o romper con la Constitución dirigente”, REDC, N° 43, 1995.

<sup>(35)</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Nuevos desafíos para la protección jurisdiccional ...”, op. cit.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “La inconstitucionalidad por omisión”, op. cit., pp. 308 y ss; ETO CRUZ, “La inconstitucionalidad por omisión”; op. cit.

<sup>(36)</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Jurídico*, UNAM, México N° VI, 1979, pp. 9-18; *Las omisiones constitucionales en la novísima Constitución de la Provincia de Río Negro*, Buenos Aires, 1991.

<sup>(37)</sup> HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: “La Justicia constitucional en Costa Rica”, en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; pp. 94 y ss. ROJAS CHÁVEZ, Magda Inés: “Control de constitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Constitucional*, San José de Costa Rica, N° 2, mayo-agosto, 1991; pp. 9 y ss.

El caso de Brasil, no sólo por la influencia lusitana, donde se aborda normativamente y con un espectacular avance en torno a la problemática que nos interesa, ha desarrollado una doctrina indispensable, para poder entender su problemática<sup>(38)</sup>.

## V. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión

El fenómeno de la omisión inconstitucional reviste cierta complejidad distinta, desde luego a la *inconstitucionalidad por acción*. En efecto, el núcleo de toda la problemática radica en el presupuesto de que exista un deber de legislar de parte del órgano encargado de hacerlo, es decir, debe existir una obligación de legislar, bien sea a través de un acto legislativo, formal, ley, decreto legislativo, etc. Ahora bien, independientemente de la forma como se facture o salga la norma en cuestión, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional.

Gomes Canotilho expresa que: “A primeira dificuldade com que se depara radica em saber em que é que consiste uma omissão legislativa. Sem nos embrenharmos no complexo problema da caracterização jurídica de «omissão» e tendo em conta as considerações referentes às imposições constitucionais, a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não «faz» algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo «não fazer»; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”<sup>(39)</sup>

Los presupuestos serían, en líneas generales, los siguientes:

### a) *Que el no cumplimiento o desarrollo de la Constitución derive de la violación de una norma específica*

En consecuencia, no cabe una constatación abstracta o una apreciación global de las normas que aún no se encuentren debidamente reglamentadas.

<sup>(38)</sup> Para una visión orgánica y bibliográfica sobre Brasil, remitimos al trabajo de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, en RVAP. Nº 42, mayo-agosto de 1995, pp. 207 y ss., así como su trabajo orgánico: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas, Madrid, 1998, pp. 273 y ss.

<sup>(39)</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 331

Y es que, así como la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias al comando constitucional, lo propio ocurre con la omisión: se trata de verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarando que tal o cual norma ha sido violada y no al conjunto normativo genérico.

*b) Que dicha norma constitucional no sea exigible en sí misma (operativa), sino de naturaleza estrictamente programática*

En efecto, si bien un texto constitucional debe ser mirado como una “unidad”, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de *naturaleza operativa* (o autoaplicables), de aquellas *programáticas* (que requieren de reglamentación legal), en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción entre dichas normas. Así, la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en la que la inercia del legislador, no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.

*c) Que, en las circunstancias concretas de la producción legislativa falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas.*

En la generalidad de los casos, las omisiones vienen acompañadas por la ausencia de una política legislativa que afronte determinadas situaciones, particularmente en el difícil sector de los derechos de orden económico, social y cultural. Si no hay una toma de decisiones gubernamentales que traduzcan activar medidas indispensables en éste y otros sectores, es muy fácil que la Constitución se sienta convulsionada, pues sus normas programáticas no tendrían el relleno que se le impone al gobernante. Así, pues, frente a la ausencia de ley, y de medidas gubernamentales, la omisión es patente en forma irrefutable.

## **VI. Ubicándolo desde la otra orilla: Los que preconizan la inexistencia de la inconstitucionalidad por omisión**

Un importante sector de la doctrina viene afirmando la tesis de que en rigor, no existiría la aludida inconstitucionalidad por omisión; y que, en todo

caso, no es más que una creación de la teoría y que bien cabe ubicarlo o reconducirlo como una suerte de *inconstitucionalidad impropia*. Al menos esa es la posición de Pérez Royo<sup>(40)</sup>. Otros, esgrimen que la inconstitucionalidad por omisión constituye en sí una “falacia”<sup>(41)</sup>, en virtud a que una eventual sentencia que declare una norma no desarrollada como violación por omisión, afecta la discrecionalidad del legislador de ver en qué momento puede o no dictar dicha ley. Igual parecer es Afonso da Silva de que la omisión inconstitucional es simplemente una *cuestión política* que no puede ser encarada jurisdiccionalmente<sup>(42)</sup>.

José Julio Fernández<sup>(43)</sup> es el que recientemente ha columbrado y quintaesenciado, en el marco de una doctrina general y comparativa, la institución expresada en sus tesis a favor y en contra de esta problemática. Así, siguiendo la tesis de quienes niegan la existencia de esta inconstitucionalidad o no están de acuerdo, argumentan, en líneas generales que:

- a) No existe en los textos en forma expresa o tácita la previsión de esta figura de violación constitucional.
- b) *La estructura de las normas constitucionales*: que esgrimen la posición de que las cláusulas programáticas de una Constitución no son simplemente exigibles si no se dicta una ley de desarrollo constitucional.
- c) *La libertad de conformación del legislador*: que alude al campo de maniobra del Parlamento para definir el programa constitucional. Esto es, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de derecho las plurales opciones políticas.
- d) *La división de poderes*: argumento que afirma que incorporar o reconocer esta omisión constitucional afecta la división de poderes, pues el equi-

<sup>(40)</sup> PÉREZ ROYO, Javier: “Inconstitucionalidad por omisión” en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, T. I. (Manuel Aragón Reyes, Coordinador), Civitas, Madrid, 2001, pp. 66-68.

<sup>(41)</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Goncalvez: “Uma falacia: a inconstitucionalidade por omissão”, en: *O Estado de Sao Paulo*. Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; op. cit., pp. 110-111.

<sup>(42)</sup> DA SILVA, Afonso: *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Edit. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1982, p. 118.

<sup>(43)</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, op. cit., pp. 164 y ss.

librio de la triarquía clásica de los órganos del Estado se quebraría con esta figura.

- e) *La inadecuación de los encargos del legislador*: esto es, un nuevo gobierno no tiene por qué estar obligado a un programa de actuación de un régimen anterior si éste tiene una nueva construcción de la futura realidad.
- f) *El carácter “negativo” de la jurisdicción constitucional*: esto es, todo Tribunal Constitucional, en las célebres frases de Kelsen, “al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de una norma inconstitucional, no produce sino que anula una norma, realiza el acto contrario a la producción jurídica, es decir, que actúa como legislador negativo”. Esta cualidad de legislador negativo excluye de plano cualquier actividad de aquello que es propio del legislador positivo, por lo que el instituto de la omisión inconstitucional sólo permanecería en el plano teórico, pero sin visos de articularse en la práctica.
- g) *Factores extrajurídicos*: que son los que también habilitan a negar la existencia del instituto de la omisión inconstitucional por diversos factores como el político, económico, sociológico, etc.

Las consecuencias de las tesis que niegan la existencia del fenómeno omisivo de inconstitucionalidad, a la larga, afecta la defensa de la Constitución. Recuérdese el aporte vital de Héctor Fix-Zamudio cuando expresa que “la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, *reprimir su desconocimiento* y, lo que es más importante, *lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales* en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”<sup>(44)</sup>.

Una forma de reprimir su desconocimiento, es pues reconociendo *prima facie* la existencia de las omisiones inconstitucionales; y luego, enervándolo,

(44) FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*; 2ª edición. UNAM, México, 1998, p. 24.

bien sea por la jurisprudencia creadora, en su versión de los Colegiados Constitucionales de Alemania, Italia, España, entre otros; o específicamente, a través de mecanismos procesales para resarcir el agravio constitucional, a través de sentencias que declaran dicha situación, supliendo si se quiere al legislador renuente en editar la ley de desarrollo constitucional.

José Julio Fernández Rodríguez, en su trabajo orgánico sobre la materia y que aquí suscribimos, especifica que las consecuencias del rechazo de la inconstitucionalidad por omisión importa configurar, entre otros aspectos, los siguientes: *a)* Existencia de un “fraude” constitucional; *b)* presencia de una mutación constitucional; *c)* el fortalecimiento del Ejecutivo; y, *d)* la desvalorización del carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, quienes afirman la existencia de esta problemática implica que ella aporta una: *a)* Realización del proyecto constitucional; y la afirmación de un Estado social, en la medida en que los derechos, usualmente postergados, son los de naturaleza social; *b)* la relación del Poder Constituyente con el Poder Constituido a través de un Legislador responsable; *c)* la naturaleza y rol del Tribunal Constitucional; y *d)* finalmente la afirmación de las “obligaciones constitucionales”<sup>(45)</sup>.

## VII. Una ojeada en el derecho comparado

Aunque lo más probable es que el instituto mantenga un cierto rechazo, ello sin embargo no ha sido óbice para que, la doctrina y luego el Derecho Constitucional positivo se encargue de ir recogiendo novedosas figuras; por otro lado, en aquellos sistemas de jurisdicción constitucional que no está consagrado, la creación jurisprudencial de los tribunales constitucionales han venido contribuyendo a un perfeccionamiento en el tratamiento de esta figura.

Una visión sucinta y sólo con miras referenciales, llevan a señalar un tratamiento del tema a través de dos áreas:

- a)* Por el lado de los sistemas constitucionales que lo han positivizado en el plano formal y que son:
  - i)* La ex-Yugoslavia que fue un primer precedente en la comparativa constitucional, la misma que fuera consagrada en la abrogada Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia del 21 de febrero de 1974, en el art. 377.

<sup>(45)</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, op. cit., pp. 203 y ss.

- ii) Portugal: que es el segundo caso con la Constitución del 2 de abril de 1976 y cuyo texto luego habría de ser reformado en 1982; en el art. 213 se consagra el instituto.
  - iii) Brasil: prevé en su texto del 5 de octubre de 1988 prácticamente dos grandes procesos constitucionales para conjurar las omisiones inconstitucionales: *a)* por un lado a través de la *acción de inconstitucionalidad por omisión*; y *b)* por otro, la figura del “*mandado de injuncao*” (art. 5 inc. LXXI y art. 102 inc. II a) y art. 105 inc. I, h).
  - iv) Argentina: vía la Constitución de la Provincia federal de Río Negro.
  - v) Costa Rica: vía la Ley de Jurisdicción Constitucional (Ley 7315/1989 del 18 de octubre), en sus arts. 73 inc. f) y art. 75.
  - vi) Hungría: con la Constitución de 1989 en la cláusula 32.A.3.
  - vii) Venezuela: con la Constitución de 1999: art. 336 inc. 7.
- b)* Por el lado de la creación jurisprudencial de los tribunales constitucionales: si bien se ha podido apreciar de modo específico que tanto la doctrina como la legislación constitucional han contribuido a solucionar en parte el control de la inconstitucionalidad por omisión; también ha sido encarado frontalmente a golpe de sentencias por un revolucionario derecho judicial; esta heurística jurisprudencial se ha podido apreciar en la panoplia más avanzada de las cortes constitucionales europeas; en ese contexto, por ejemplo, Pablo Lucas Verdú, refiriéndose al Tribunal Constitucional italiano sostiene que éste ha cumplido y cumple una función de suplencia ante la inactividad de las instituciones llamadas a aplicar la Constitución.

El caso de Italia reviste una particular relevancia, sobre todo a partir del célebre ensayo de Costantino Mortati que rescata diversas tipologías de sentencias constitucionales; y que en la actualidad, se pueden quintaesenciar en los siguientes tipos:

- a)* *Sentencias interpretativas*: que se expresan en “*sentencias interpretativas de accoglimento*” que son las que declaran la inconstitucionalidad de la norma, sino la interpretación contraria a la Constitución. Las “*sentencias interpretativas di rigetto*” son las que reconocen la constitucionalidad de la disposición en tanto son interpretadas en las formas acordes con la Constitución y que es explicitado en la sentencia.

- b) *Sentencias de recomendaciones (o encargos al legislador)*: son sentencias en las que el Tribunal Constitucional expresa exhortaciones al legislador sobre un concreto desarrollo legislativo ulterior. Estas sentencias oscilan desde simples consejos hasta fórmulas más concretas.
- c) *Sentencias aditivas*: que en rigor son las sentencias de creación de normas sustitutivas y que son las que probablemente tienen más relevancia en el control de las omisiones inconstitucionales<sup>(46)</sup>.

### VIII. Los mecanismos de fiscalización de las omisiones inconstitucionales

Como quiera que no hay un consenso orgánico de control que permita o habilite curar los males omisivos que genera la inercia o el ocio del legislador, en el mercado comparativo, por lo menos se ofrecen dos tipos de remedios fiscalizadores; uno que aquí calificamos como *mecanismos indirectos*, y el otro sería el mecanismo de *fiscalización directa*.

- A) *La fiscalización indirecta*: se expresa a través de dos principales institutos:
- a) A través del *derecho de petición*; pero que en este caso, sería una petición que debe redimensionarse, pues de cara a la realidad, el legislador podría suplir su inercia a través de las peticiones que les solicitan las partes interesadas, dentro del marco del derecho a la participación política.
- Con todo, este derecho no dejar de ser un mecanismo muy relativo; sobre todo si queda a la discrecionalidad precisamente del legislador movilizar o hacer suya dichas peticiones.
- b) *La iniciativa popular en la formación de las leyes*: que es otro mecanismo, más real en sus presuntas consecuencias y que responde a una suerte de control político, dentro de los marcos de una *democracia semidirecta*. Con todo, estos mecanismos no dejan de ser formas relativas e indi-

<sup>(46)</sup> Sobre el particular puede verse CERRI, Augusto: *Corso di giustizia costituzionale*, 3ª edic., Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 230 y ss., AINIS, Michele: *Dizionario costituzionale*, Editori Laterza, Roma, pp. 370 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "La tipología de las sentencias del órgano de justicia constitucional", en *Revista Jurídica. Órgano oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*; N° 134, enero 1996 – julio 1999, Trujillo, pp. 691-708.

rectas de resarcir los agravios omisivos de los poderes del Estado. En esta perspectiva, Xifras Heras señala que, “cuando el poder del Estado crea la ley, no suele obrar por propio impulso, pues lo normal es que la iniciativa legislativa vaya precedida de una polémica o pugna entre fuerzas sociales acerca de las cuales el poder actúa como árbitro”.

- B) *La fiscalización directa*: que se expresaría a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión, que la veremos líneas abajo.

## **IX. Hacia una configuración de una acción de inconstitucionalidad por omisión**

¿Cómo enfrentar a la inconstitucionalidad por omisión, puesto que ella existe, independientemente de que los textos constitucionales no lo aludan? Si bien la doctrina ha puesto en evidencia de que una de las formas en que se manifiesta la violación a la *Lex Legum* es omitiendo o incumpliendo la producción de normas de rango infraconstitucional que, precisamente constituyen presupuestos indispensables para que la Constitución pueda tener vigencia y facticidad y se internalice en un sistema político; hoy el tema que merece especial relevancia es la forma en cómo debería resarcirse este complejo fenómeno de omisión violatoria de la Constitución. Ya se ha manifestado que esta problemática, a la larga o a la corta, desemboca ante la jurisdicción constitucional, bien sea de naturaleza *difusa* o *concentrada*. En tal perspectiva, cabe hoy ya señalar que un sistema de jurisdicción constitucional que sólo prevé el control de la inconstitucionalidad por acción, resulta de por sí incompleto, como incompleto de vigencia *aparejaría* irónicamente una Constitución por inactividad del legislador ordinario.

Por principio, ya es tiempo de que, aparte de la rica jurisprudencia que vienen abriéndose paso en los célebres tribunales constitucionales de Italia, Alemania, España, etc., es necesario que, desde una perspectiva latinoamericana, se construyan procesos o garantías constitucionales específicas. No dejaría de tener sustento que se esgrima, para el fenómeno *strictu sensu* de las omisiones inconstitucionales, una garantía constitucional específica: La acción de inconstitucionalidad por omisión.

Aunque la doctrina le asigna un concepto técnico-jurídico a las garantías constitucionales, para los efectos de lo que podría ser una garantía específica

del que venimos esgrimiendo, debe tener, ciertos presupuestos que la habiliten para incorporarse en los circuitos de los demás procesos constitucionales.

Así, una aproximación aunque relativa, sobre los presupuestos en que podría manifestarse la acción de inconstitucionalidad por omisión, en tanto ella en sí resulta ser, genéricamente una garantía o proceso constitucional, serían, en líneas generales, las siguientes:

*A) Que exista un interés constitucional tutelado o asegurado*

En este caso, se trata bien puede ser de que la norma que no se ha creado, afecta a un conjunto de destinatarios que pueden ser personas naturales o colectivas, instituciones, etc., que tengan una vinculación o relación con la ley que debe existir, por cuanto así lo ha dispuesto alguna cláusula constitucional, pero que por diversas razones no existe. Es decir, la ley ha de significar una *relación jurídica* de derechos u obligaciones frente a terceros que pueden ser, como ya se tiene dicho, destinatarios diversos.

En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad, como garantía constitucional misma tutela un interés colectivo que es precisamente hacer posible que los órganos constitucionales cumplan con editar la ley en cuestión. La acción de inconstitucionalidad por omisión ha de superar todo un proceso constitucional destinado a conjurar un mal, un daño, un agravio que afecta no en abstracto, pese a que la declaratoria de la sentencia en sí, tiene ese sentido, pero que en los hechos está configurando en forma difusa o no un agravio. Si bien el agravio no necesariamente tiene que ser directo, estamos pues ante un importante presupuesto de esta singular garantía constitucional: un interés constitucional de hacer posible que en un sistema jurídico se concluya con lo que genéticamente dispuso la obra del Poder Constituyente Originario.

*B) La garantía constitucional de la inconstitucionalidad por omisión importa también una situación fáctica: la existencia de encontrarse peligrosamente amenazado el interés constitucional*

En este caso, se trata del derecho expectatio que supone la existencia de una ley o norma que la Constitución garantiza. Dicha ley se ve peligrosamente amenazada ante la indiferencia del legislador en no crearla. En tal sentido, secuencialmente y por un tiempo razonable de no creación, puede pasar a un

*status* de peligro, vía amenaza por su no edición o creación; luego, pasado un tiempo más que razonable, y sin que quepa invocar la “discrecionalidad del legislador”, estamos ya no ante una amenaza de inconstitucionalidad por omisión, sino antes bien, ante una violación fáctica de la Constitución por la renuencia y contumacia del legislador que no ha contribuido a crear lo que es una exigencia constitucional.

Este presupuesto resulta mucho más complejo por cuanto cualquier garantía constitucional apunta a tutelar algún derecho susceptible de amenaza o violación. Empero, la inconstitucionalidad por omisión no sólo expresa una amenaza; sino una violación, aquí no cabe aludir a una amenaza en tanto se configura dicho concepto como algo real, cierto e inminente; sino que la omisión en sí ya es una violación que se perpetra y que afecta intereses constitucionales. Basta con que algún derecho subjetivo no tenga precisamente respaldo de una ley por su inexistencia, para que en los hechos estemos pues, ante este presupuesto.

*C) Un último presupuesto, dentro de lo estrictamente formal de la garantía constitucional es que exista una organización instrumental idónea para asegurar el contenido o interés constitucional por ella protegido*

En este caso, se trata del órgano de jurisdicción constitucional llamado a resolver la cuestión. Según sean los modelos o sistemas de jurisdicción constitucional, bien sea que se trate de un modelo difuso, éste puede asumirlo el más alto órgano judicial como son las Cortes Supremas, como es el caso de Brasil, México, etc.; y tratándose de los países que tienen tribunales o cortes constitucionales, éstos deben ser los competentes para declarar, vía la acción de inconstitucionalidad, una omisión inconstitucional.

Lo que sí queda por configurar, según las particularidades que se le imprima, son los alcances de una sentencia y la forma en que debería vincular al legislador, a fin de que no se configure una postergación de las cláusulas programáticas por el ocio del legislador.

## **X. Algunas propuestas conclusivas**

1. Una Defensa de la Constitución, como ya se ha esgrimido, supone entre otros aspectos, que cuente la jurisdicción constitucional con mecanismos

específicos que sirvan de antídoto a un mal que se configura por la inercia del legislador. En tal perspectiva, una garantía constitucional específica, bien puede ser la “Acción de Inconstitucionalidad por Omisión”.

2. Dicho proceso constitucional, podría tener determinados perfiles, según sea el sistema de jurisdicción constitucional de cada país. Así, podría caracterizarse, entre otros aspectos con lo siguiente:
  - a) Su regulación legal: debe provenir de un expreso mandato constitucional y debe formar parte de los demás procesos constitucionales con que cuente cada sistema constitucional.
  - b) Respecto al tipo de control constitucional, sería exclusivamente frente a la violación específica de una cláusula constitucional que exige de un expreso desarrollo legislativo y cuya potestad depende exclusivamente de los poderes del Estado desarrollarla.
  - c) El órgano de justicia constitucional en los modelos concentrados, debe ser atribuida exclusivamente a las cortes o tribunales constitucionales; y, en caso de los modelos difusos, la competencia debe estar asignada a las Salas o Cortes Supremas.
  - d) La sentencia estimativa de omisión inconstitucional debe responder a un prius de fuerza obligatoria ante el órgano legislativo, y no a un simple “encargo” o “recomendación” al legislador.

En esta perspectiva, puede la sentencia integrar la falta de desarrollo legislativo, como también disponer el resarcimiento vía una indemnización por el agravio o perjuicio ocasionado, bajo el fundamento del principio de responsabilidad que tiene el Estado.

- e) La legitimidad procesal debería ser tan igual de quienes tienen la potestad para postular demandas de inconstitucionalidad; así, puede ser el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, un porcentaje específico del número legal de congresistas; un número determinado de ciudadanos; los Presidentes de las regiones; las centrales sindicales nacionales; los colegios profesionales, entre otros.

Más allá o más acá de algunas características, la idea que debe primar en las actuales jurisdicciones constitucionales, sobre todo desde la perspectiva latinoamericana, es afirmar una expresa tutela a través del control de la

constitucionalidad por omisión, a fin de que, la supuesta “*discrecionalidad*” de las autoridades estatales no afecten a la norma suprema por su falta de desarrollo legislativo. Por otro lado, no se descarta que exista también un instrumento procesal de “*acciones de inconstitucionalidad por omisión concreta*”, en donde el justiciable puede entablar ante el juez ordinario ya no una omisión absoluta, sino “relativa”, con posibilidad real que el juzgador supla dicha inercia legislativa.

Estos y otros aspectos más que pueden irse avanzando, constituyen las actuales propuestas de diversos constitucionalistas que vienen reivindicando esta figura y su posible solución dentro de las particulares características del mercado constitucional comparado.

Trujillo (Perú), 24 de diciembre de 2001.

# AMNISTIA Y DERECHOS HUMANOS

## (A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”)\*

Domingo García Belaunde (\*\*)

**SUMARIO:** I. Antecedentes. II. Combate al terrorismo y violación de derechos humanos. III. El caso “Barrios Altos”. IV. La denuncia fiscal y el proceso judicial. V. La amnistía en el derecho peruano. VI. Lo que dijo la Corte Interamericana. VII. Creación pretoriana de la Corte Interamericana. VIII. Las aporías que encierra la sentencia y cómo resolverlas. IX. Lo que queda y lo que vendrá.

### I. Antecedentes

Como es de sobra conocido, el Perú durante la década de los noventa, al filo de finalizar el siglo veinte, tuvo un gobierno autoritario presidido por el Ing. Alberto Fujimori, que se caracterizó no sólo por sus estropicios al orden constitucional, sino por sus continuos avasallamientos de los derechos humanos. De hecho, y en la práctica, su gobierno se inauguró guardando las formas en 1990, en medio de una gran crisis económica y con un ambiente caldeado por acciones terroristas que el Estado no había sabido afrontar.

Sin embargo, pronto el nuevo Gobierno se caracterizó por un manejo político duro y represivo, y fue por eso precisamente que dio el golpe de

---

(\*) Ponencia al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, 12-15 de febrero de 2002).

(\*\*) Profesor en el área de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Estado de 5 de abril de 1992, con lo cual hizo desaparecer la oposición al régimen, y defenestró a todo el aparato institucional, concentrando todo el poder para sí. En 1993, con comicios discutibles, Fujimori montó una nueva legalidad, a la que terminó por someter y corromper en sus grandes tramos, reeligiéndose en 1995, al finalizar su primer período de cinco años. Y luego nuevamente en el año 2000, al terminar su segundo período. Tenía la intención de gobernar hasta el año 2005, es decir, un total de quince años, cuando el 14 de setiembre de 2000 se descubrieron videos grabados inconsultamente por el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) monitoreado por el asesor presidencial Vladimiro Montesinos, que mostraban la corrupción generalizada que había soportado el país.

Ante esto, hubo una gran movilización interna de las fuerzas políticas, acompañadas por la presión internacional, que determinó un cambio en la correlación de fuerzas en el Congreso, lo que obligó a Fujimori a acortar su mandato para retirarse en pocos meses. Sin embargo, no pudo esperar tanto tiempo, y el 19 de noviembre de 2000, cuando comprendió que todo estaba perdido, y aprovechando un viaje oficial al Japón, renunció irrevocablemente a la presidencia de la República y buscó refugio en ese país, en donde se le reconoció como ciudadano japonés y súbdito fiel del Emperador.

El 22 de noviembre de 2000, el presidente del Congreso Valentín Paniagua C. es elegido Presidente de la República. Empezó así un gobierno de transición, que tenía que poner las bases de la reinstitucionalización, y además, convocar a elecciones generales, lo que hizo a cabalidad. El nuevo gobierno democráticamente elegido se instaló el 28 de julio de 2001, con Alejandro Toledo como presidente de la República. Y por un período de cinco años.

Esta es la situación actual en el Perú. Pero no fue así durante la década del fujimorismo (1990-2000), como lo veremos a continuación.

## **II. Combate al terrorismo y violación de derechos humanos**

El Perú sufrió desde 1980 una espiral de violencia desatada por un peculiar grupo terrorista, de influencia maoísta y denominado “Sendero Luminoso”. El nombre de esta agrupación está tomado de un célebre texto del conocido marxista peruano José Carlos Mariátegui (1894-1930), que tuvo tan grande influencia en los grupos extremistas de la década del sesenta y setenta del siglo pasado. Y a ese grupo, muy organizado y muy extendido, le sucedió otro denominado “Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”, llamado así en

homenaje al líder indígena que fue uno de los primeros en levantarse contra la autoridad colonial a fines del siglo XVIII (movimiento que llevó a cabo algunos golpes audaces, como la toma de la Embajada del Japón en Lima en 1996, y que tanta repercusión tuvo).

Pues bien, los gobiernos que se sucedieron desde entonces, tuvieron en lo fundamental una actitud defensiva frente al terrorismo, sobre todo en el período 1980-1985, y algo complaciente durante el período 1985-1990. Por cierto, han sido denunciados algunos hechos atroces cometidos durante esos períodos, que están en plena investigación, pero que en todo caso eran hechos aislados, y probablemente, excesos de algunos jefes subalternos. Pero el uso de la violencia descomedida y organizada, no fue una política de Estado durante esos años.

Todo cambió cuando llegó Fujimori al poder en 1990. Por un lado, cierto sector de la Policía Nacional se había especializado en la lucha antisubversiva y estaba dando notables avances, como el tiempo lo demostró después (con la captura del líder de Sendero Luminoso, Abimael Guzmán, actualmente en prisión). Pero por otro, y por el lado del Ejército y sus diversas divisiones dedicadas a la contrainsurgencia y al combate del terrorismo, se desarrollaban labores de aniquilamiento de focos terroristas, que muchas veces no eran tales, o que aun siéndolo, merecían una prisión y juzgamiento adecuados.

Fue así como diversos grupos de élite, al margen de la regularidad castrense, pero con el conocimiento, apoyo y complicidad de los altos mandos del Ejército y en todo caso, del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y que muchas veces adoptaron nombres para mejor identificarse (como el conocido como “grupo Colina”), actuaron al margen de la ley, y fueron responsables de numerosas muertes de personas al margen de todo proceso legal, en forma extrajudicial y sumaria, al que cabría simplemente calificarlo como crímenes de Estado.

De todos estos latrocinios se hicieron denuncias en su oportunidad, y se agotaron todas las instancias, y tuvieron amplio eco en la opinión pública. Pero el gobierno de entonces, se las ingenió para que todo quedara en la impunidad.

### **III. El caso “Barrios Altos”**

El nombre de “Barrios Altos” identifica a un sector de la Lima tradicional, que está en la parte alta y colindante con el centro histórico, y en donde siempre

ha vivido gente de clase media y popular, y que cuenta en su haber con hermosas plazas, iglesias coloniales, y algunas viejas casonas.

Pues bien, el 3 de noviembre de 1991, en una de sus casas de vecindad, se reunió una “pollada”, esto es, una reunión social para dar un festín a base de pollo, en el cual se cobraría una cuota de ingreso, obteniendo así fondos para mejorar ciertos servicios del vecindario.

Sin embargo, el llamado grupo Colina sospechaba, o alguien se lo dijo, que ahí precisamente vivían terroristas encubiertos, autores de diversos atentados en la ciudad de Lima, los que precisamente estarían juntos esa noche.

Encontrando propicia la ocasión, efectivos fuertemente equipados con armas con silenciador y en carros aparentemente de uso oficial, irrumpieron en la localidad, y en menos de cinco minutos hicieron fuego graneado contra todos los presentes, hasta dejarlos aparentemente sin vida. De esta incursión, hecha con mucha celeridad, quedaron catorce muertos y cuatro heridos.

Por cierto, no es la única incursión que ha habido con grupos paramilitares, pero es la primera en importancia y además la que más problemas ocasionó al gobierno de Fujimori, tanto a nivel interno como externo.

#### **IV. La denuncia fiscal y el proceso judicial**

La ola de indignación que esto causó, avalado por hechos simultáneos que por entonces sucedieron, motivó una denuncia fiscal, lo que llevó a que el Juzgado Penal de turno abriese una investigación para ubicar a los responsables de tales actos.

Sin embargo, a poco de iniciado el proceso, el Gobierno, a través de una dócil mayoría parlamentaria, aprobó dos leyes de amnistía, la 26479 de 14 de junio de 1995, complementada por la ley 26492 de 30 del mismo mes y año.

Ellas establecían el corte de todos los procesos y el archivamiento de todo lo actuado por todos los hechos originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo, cometidos en forma individual o en grupos, extendiendo tal amnistía, en especial, a los cuerpos armados, esto es, policía nacional y fuerzas armadas.

Sin entrar a mayores detalles, debemos decir que al final, con un Poder Judicial mediatizado y en gran parte controlado, las leyes de amnistía prevalecieron y todo quedó en nada. Esto es, se cortaron los procesos.

Frente a esto, los interesados recurrieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y luego ésta, trasladó la denuncia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo veremos más adelante.

## V. La amnistía en el derecho peruano

Según el *Diccionario Jurídico* de Cabanellas, la amnistía consiste en una medida legislativa por la cual se suprimen los efectos y la sanción de ciertos delitos, en especial, los que se cometen contra el Estado. En general, es definida como un acto del poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones de cierta clase, aboliendo los procesos comenzados o que deban comenzar, o bien las condenas pronunciadas por tales delitos. Desde este punto de vista, la amnistía, de carácter general, es un atributo del Estado y así ha sido practicada desde siempre.

Todas las constituciones del Perú la han considerado. La de 1979, ejemplar y modélica, lo contempla en su artículo 186 como atribución del Congreso. Y la vigente de 1993, la reconoce en su artículo 102, en los mismos términos.

Como era natural, la amnistía desató un gran debate en la opinión pública, que a su vez repercutió en el mundo académico. Ante la opinión pública, el oficialismo arguía que la amnistía era una facultad irrestricta del Estado, y que era conveniente hacerla para buscar la reconciliación del país, ya que en ese momento, los principales subversivos o habían muerto, o estaban en prisión o estaban con proceso abierto. La oposición, en forma parcial, coincidía con ello, pero estimaba que no podían amnistiarse todos los delitos ni menos aun los que se consideraban sumamente graves.

Por su parte, en el mundo académico se plantearon también las dos posturas, bajo la premisa general de que era factible otorgar amnistías, puesto que el Estado siempre las había otorgado. Se alegaba sin embargo, que en materia de derechos humanos no cabía otorgar amnistías, si bien era cierto que no había en este punto precisión alguna en la normativa vigente. Aquí hubo voces a favor y en contra. Y los que aceptaban que moralmente la amnistía era un acto reprobable, sin embargo, desde un punto de vista formal, reconocían que era perfectamente factible.

Ahora bien ¿cuál era el panorama en ese momento?

Por un lado, el Estado peruano siempre había ejercido el derecho de amnistía, pues como atribución del Estado estaba consagrada en todas las constituciones, como facultad específica del Poder Legislativo.

Sin embargo, la práctica del Estado peruano, hasta donde era posible rastrearla, era casi siempre la de amnistiar a delitos contra el Estado, cometidos desde fuera; lo que se conoce como delitos políticos. Aquí, por el contrario, lo que se trataba era de amnistiar al personal militar y policial que habían cometido excesos o actos contra los derechos humanos, amparados en el aparato represivo del Estado. Más que una amnistía, era en realidad, una autoamnistía.

Pero como contrapartida se sostenía que aun así, era una amnistía, y que ni la Constitución ni los códigos habían hecho semejante distinción, por lo que no podían crearse distinciones en aquello que la Constitución no distinguía.

En forma adicional, cabía agregar que el Sistema Interamericano no había dicho nada sobre el particular. Aun más, los textos internacionales de derechos humanos, y por cierto el Pacto de San José, contemplaban el instituto de la amnistía sin ningún miramiento ni matices.

Y los numerosos casos existentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a esa fecha (opiniones consultivas, sentencias, etc.) contenían enunciados generales sobre la obligación de respetar los derechos humanos por parte del Estado, así como de investigar las violaciones que existieran en esta materia, pero nada decían, *ad litteram*, sobre la amnistía y la imposibilidad de otorgarla en ciertos casos.

Existía, que duda cabe, un movimiento favorable a este sentido restrictivo de la amnistía, pero no era mayoritario, ni tampoco había obtenido eco en la tratadística de la materia ni menos aún había cuajado en nada formalmente obligatorio ni vinculante.

Por tanto, si bien reprobable por los horrendos crímenes que con ella se querían eliminar, y más aun por un gobierno autoritario, no existía, a ese momento, una razón valedera, única, incontestable en contra de tal otorgamiento de amnistía (salvo, por cierto, razones de orden moral).

## **VI. Lo que dijo la Corte Interamericana**

Llegado el caso de “Barrios Altos” a la Corte Interamericana, previo pase por la Comisión, se tomó nota de la situación y que era la siguiente: mediante una artimaña legal, el Perú había aprobado la Resolución Legislativa número

27152 con fecha 8 de julio de 1999, mediante el cual el Congreso dispuso el “retiro inmediato” del Perú de la competencia contenciosa de la Corte, lo cual, por cierto, era un sinsentido. Basado en este argumento, el Gobierno peruano dejó de presentarse ante la Corte y se desentendió de todos los procesos en curso.

Pero cuando la causa llegó a la Corte, el fujimorismo se vino abajo, y el nuevo Gobierno, con una nueva composición de fuerzas políticas en el Congreso, derogó la Resolución Legislativa núm. 27152 antes mencionada, y a través de su representante, se apersonó a la Corte Interamericana reconociendo su competencia contenciosa y la responsabilidad del Estado peruano por los hechos materia de la denuncia (o sea, la conocida como matanza de los Barrios Altos.)

Esto es, al momento de llegar el expediente a la Corte Interamericana, había cambiado el gobierno del Perú, se reiniciaba un lento proceso de reinstitucionalización, se declaró sin efecto legal el pretendido retiro de la competencia contenciosa, y además el Perú reconoció su responsabilidad como Estado, comprometiéndose a abrir las investigaciones del caso materia de denuncia, iniciar las investigaciones y sancionar a los responsables, de acuerdo a los procesos que correspondan.

Dentro de este contexto, se emitió la sentencia de la Corte Interamericana, que entre otros puntos, señala lo siguiente:

- a) Que ha habido responsabilidad del Estado peruano, por la matanza de “Barrios Altos”,
- b) Que el Estado peruano debe investigar y sancionar a los responsables,
- c) Que las leyes de amnistía dadas por el Perú, eran en realidad leyes de autoamnistía,
- d) Que en materia de derechos humanos no caben amnistías y menos aun autoamnistías,
- e) Que en consecuencia, las leyes de amnistía números 26479 y 26492 dadas por el Estado peruano, están en colisión con el espíritu y la filosofía que anima la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y
- f) Que las referidas leyes de amnistía, carecen de efectos jurídicos.

## VII. Creación pretoriana de la Corte Interamericana

Lo que hizo la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos, ha sido una verdadera creación pretoriana, pues partiendo de muy poco, sentó una base realmente importante para el futuro.

En realidad, antes de la sentencia de Barrios Altos, que es del año 2001, sólo habían dos sentencias que habían anticipado ese criterio y que se remontan a 1998 (Loayza Tamayo y Castillo Páez). Esto es, la tendencia jurisprudencial que a partir de este caso señala la Corte Interamericana con carácter vinculante, se inicia en el año 1998 y se cierra, por así decirlo, en el año 2001.

Es evidente que aquí, como en otras oportunidades, ha habido un proceso lento de elaboración, que ha sido posible por los casos presentados a la Corte, que por su especial configuración, son en realidad retos para el juzgador.

Más aun, la Corte Interamericana, al ser posteriormente consultada por el Estado peruano, declaró que ese principio era aplicable a los demás casos análogos que existían en la justicia peruana, ya que lo resuelto no podía circunscribirse al petitorio de la demanda que alcanzaba solamente a las víctimas de la matanza de Barrios Altos, sino a todas las demás víctimas del terrorismo de Estado que se vivió durante el fujimorismo, y que por cualquier motivo no pudieron iniciar un proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

## VIII. Las aporías que encierra la sentencia y cómo resolverlas

Dejando de lado los aspectos positivos de la sentencia, y lo que significa haber llegado a la interpretación que llegó, tenemos que deducir algunas conclusiones y exponer algunos de los problemas que plantea:

- a) Lo primero que hay que llamar la atención es que las leyes de amnistía (o autoamnistía), son de 1995, censurables desde todo punto de vista, pero dadas en un momento en que formalmente no había nada que lo impidiese.

Esto significa que una sentencia supranacional, como la emitida por la Corte Interamericana en el año 2001, está interpretando, en forma retroactiva, los alcances del concepto de amnistía en el Perú, y en consecuencia, en el Derecho Constitucional latinoamericano.

Esto implica que los legisladores de 1995 son así censurados jurídicamente en 2001 por lo que hicieron en aquel año. Claro está, es una san-

ción de nivel jurídico, ya que moralmente lo que hicieron en ese momento no fue algo aceptado por la comunidad jurídica peruana ni internacional.

Y de esta manera, la Corte Interamericana ha puesto de lado los efectos temporales de las decisiones que se adopten, y en consecuencia, ha relativizado el concepto de prescripción. Aún más, podría decirse que en materia de derechos humanos, este instituto tiende a no contar, o simplemente, no existe.

- b) Indudablemente la sentencia de la Corte lo que ha hecho es interpretar o censurar lo dispuesto en una ley, sin afectar la Constitución del Estado, que en este punto no dice nada al respecto. En tal sentido, la Corte se ha vuelto un intérprete vinculante que afecta o limita al legislador en el futuro, y por cierto, condiciona los alcances de los enunciados constitucionales en esta materia, sentando nuevos criterios hermenéuticos.
- c) La Corte no ha derogado las leyes de amnistía; tampoco el Estado peruano las ha derogado ni ha habido ningún intento en ese sentido. No ha dicho que son inconstitucionales ni menos aun que son nulas. Por el contrario, la sentencia ha señalado que *carecen de efectos jurídicos*, con lo cual acepta una técnica similar al control difuso que se ejerce mediante la *judicial review*, cual es dejar intacta la ley, pero declarar que no es aplicable. Dicho en otros términos: carecer de efectos jurídicos o no ser aplicable, son prácticamente lo mismo.
- d) Igualmente, la sentencia de la Corte se enfrenta con diversas situaciones que hay que ponderar. Por un lado, procesos que fueron iniciados y que luego fueron archivados con motivo de la dación de estas leyes de amnistía. En segundo lugar, denuncias en los cuales existen todavía investigaciones o procesos no vinculados con “Barrios Altos”, sino con otros similares y que están en curso. Y finalmente, casos denunciados por la opinión pública y que pueden ser iniciados judicialmente en cualquier momento.

De estas tres situaciones, la realmente complicada es la primera. Esto es, procesos iniciados a raíz de la matanza de los Barrios Altos o en forma concomitante con ésta, y que por mandato de las leyes de amnistía, fueron archivados, produciéndose así cosa juzgada en todos ellos, por expreso mandato constitucional. Estos casos, tanto los llevados en el fuero militar como los llevados en el fuero civil, han sido reabiertos y están

actualmente en trámite, con lo cual, sin lugar a dudas, la cosa juzgada pierde totalmente sus efectos. Habrá que pensar, pues, que en materia de violación de derechos humanos, no existe la cosa juzgada.

- e) Otro aspecto importante es que la sentencia recaída en el caso de Barrios Altos, a pedido especial del Gobierno peruano, ha sido extendida, en cuanto a sus efectos, a todos los demás procesos archivados en los fueros militar y común, que tratan sobre violación de derechos humanos, a los que benefició la amnistía del Gobierno de entonces, pero cuya causa, en cuanto tal, no fue llevada ante la Corte Interamericana, y en consecuencia, no se vio directamente ante esa instancia supranacional.

Ahora bien, la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos, es una sentencia emitida en un caso concreto, a la vista de ciertas situaciones denunciadas y probadas, y en principio, aplicable sólo a ellas.

Sin embargo, la Corte Interamericana ha resuelto, como ya adelanté, que los principios sentados en la sentencia de Barrios Altos, se deben aplicar a todos los demás casos análogos y que quedaron en la impunidad gracias a las leyes de amnistía, y que adicionalmente, ni las víctimas ni sus familiares reclamaron nada ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Con lo cual, un caso concreto, que sienta principios importantísimos, adquiere alcance general: lo que por lo demás es relevante, pues se trata de un punto debatido favorablemente por la doctrina desde mucho tiempo atrás.

- f) En la actualidad, el Estado peruano ha dado fiel cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana y ha procedido a reabrir todos los procesos, iniciando o reiniciando las investigaciones detenidas hace algunos años, los que probablemente terminen con las aclaraciones correspondientes, así como las sanciones a los responsables.

Sin lugar a dudas, lo resuelto por la Corte Interamericana, tiene un alcance rupturista en relación con lo que ha sucedido formalmente en el derecho peruano. Y ello obliga, al aceptar lo dispuesto en la sentencia, a replantear determinadas instituciones e interpretaciones al interior del derecho peruano, que son, sin lugar a dudas, positivas. Y que necesitan una elucidación posterior, que tomará tiempo.

## IX. Lo que queda y lo que vendrá

El gran paso dado por la Corte Interamericana en la sentencia del caso Barrios Altos en 2001, ha representado la culminación de un esclarecimiento jurisprudencial iniciado por la misma Corte en 1998, con las dos sentencias Castillo Páez y María Elena Loayza, cerrándose así, en definitiva, lo que se mostraba antes impreciso y con contornos poco definidos.

Pero también significa un paso adelante que muestra que el movimiento a favor de los derechos humanos, iniciado después de la segunda posguerra, es indetenible y no retrocede. Fisto es, si bien los derechos humanos tienen un desarrollo histórico y por tanto no son eternos ni inmutables, es evidente que ellos se configuran a través del tiempo, pero con la peculiaridad de que no retroceden, sino que por el contrario, avanzan. Y en tal sentido, la sentencia de la Corte Interamericana ha constituido un hito histórico en esta larga lucha por los derechos humanos.

Por cierto, que en el camino han quedado muchas cosas maltrechas, que habrá que replantear. En primer lugar, el papel que en la defensa de los derechos humanos tienen los organismos supranacionales, explicable sólo cuando las vías internas se encuentran bloqueadas o manejadas autoritariamente. Dicho en otras palabras: el defensor de los derechos en el Estado moderno, y más en concreto, de los derechos humanos, deben ser los jueces nacionales de cada país, ya que la jurisdicción supranacional sólo constituye, o debería constituir, un último recurso. Que debe usarse sólo cuando las vías domésticas se encuentren negadas a los ciudadanos de un determinado país. Esto fue precisamente lo que pasó con el gobierno autoritario de Fujimori, que construyó un aparato de corrupción que controló casi todas las instituciones públicas peruanas durante casi diez años (salvo la Defensoría del Pueblo y los municipios).

En segundo lugar, tener presente que en materia de violaciones de derechos humanos, no existe la prescripción ni la cosa juzgada, ni menos las amnistías (que deben mantenerse para otros fines). Así lo ha entendido claramente el Gobierno peruano, que en fecha reciente ha proclamado una amnistía para todos aquellos que participaron en las jornadas cívicas de protesta contra la dictadura en el periodo electoral de 2000, muchos de los cuales se encuentran actualmente procesados. Pero la norma ha aclarado que la amnistía no alcanza

a quienes hayan violado los derechos humanos (Ley 27534 art. 3, de 19 de octubre de 2001).

En tercer lugar, es importante hacer ciertas reformas constitucionales, y por cierto legales, que establezcan claramente la manera como se recepcionan y aplican en el Perú las sentencias internacionales de los organismos supranacionales en materia de derechos humanos. Y adicionalmente, precisar el sistema de fuentes en materia de Derecho Público, pues es sabido, y los hechos recientes no han hecho mas que confirmarlo, que la sentencia es fuente de derecho, sea nacional o supranacional.

Finalmente, ser concientes que el *ius cogens* al que hace referencia la doctrina, es algo que se afirma con los años, y dentro de tal concepto, hay que considerar a los derechos humanos y a los tratados internacionales que los consagran.

Lima, noviembre de 2001.

## BIBLIOGRAFIA

Es muy numerosa en esta materia. Desde un punto de vista general y sobre el sistema interamericano, cf. Karl Vasak, coordinador, *The international dimensions of Human Rights*, UNESCO, Paris 1982, 2 tomos (hay versión castellana); Istvan Pogany, coordinador, *Human Rights in Eastern Europe*, Hants, UK, 1995; Héctor Fix-Zamudio, *Protección jurídica de los derechos humanos*, CNDH, México, 1999; Thomas Buergenthal, *Derechos humanos internacionales*, Ed. Gernika, México, 1996; Juan Carlos Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2 tomos, Ediar, Buenos Aires, 1993; Jorge Carpizc, *Derechos humanos y Ombudsman*, UNAM, México, 1993; AA.VV. *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José 1994; Juan Carlos Wlasic, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Edit. Juris, Rosario, 1998; Juan Antonio Travieso, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José 1999; Germán J. Bidart Campos y Calogero Pizzolo (h). coordinadores, *Derechos Humanos. (Corte Interamericana)*, 2 tomos, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000; Alonso Gómez-Robledo Verduzco, *Derechos humanos en el sistema interamericano*, Porrúa-

UNAM, México, 2000; Héctor Gros Espiell, *Estudios constitucionales*, Montevideo, 1998; Marcos G. Monroy Cabra, *El sistema interamericano*, Ed. Juricentro, San José, 1993; AA. VV. *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, 2 tomos, San José, 1998; José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti, coordinadores, *Constitución y derechos humanos en Iberoamérica*. Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos, Lima, 2001; Sergio García Ramírez, *Estudios jurídicos*, UNAM, México, 2000; id. *El futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, núm. 101, mayo-agosto de 2001; Jorge R. Vanossi, *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, 1969; Juan Alvarez Vita, *Tratados internacionales y ley interna*, Universidad de Lima, Lima, 2001; AA.VV. *México y las declaraciones de derechos humanos*, Héctor Fix-Zamudio, coordinador, UNAM-CIDH, México, 1999; Francisco Córdoba Z., *La Carta de Derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Edit. Temis, Bogotá, 1995; Francisco José del Solar, *Los derechos humanos y su protección*, Lima, 2000.

Sobre diversos aspectos del Sistema Interamericano, problemas y alcances, cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Porrúa, 2da. edición, México, 2001 (especialmente el capítulo tercero, con trabajos de Carlos Ayala Corao, Germán J. Bidart Campos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Sergio García Ramírez, Juan Carlos Hitters, Carlos A. Morales-Paulín y Alejandro Saiz Arnáiz).

Sobre el fujimorismo y su contexto, cf. Sally Bowen, *El expediente Fujimori (El Perú y su presidente 1900 - 2000)*, Lima, 2000; Fernando Tuesta Soldevilla, editor, *Los enigmas del Poder (Fujimori 1990-1996)*, Lima, 1996; John Crabtree y Jim Thomas, coordinadores. *El Perú de Fujimori*. Universidad del Pacífico, Lima 1999; Julio Cotler y Romeo Grompone, *El Fujimorismo. (Ascenso y caída de un régimen autoritario)*, IEP, Lima, 2000; Pedro Planas, *El fujimorato*, Lima, 1999; Carlos Ivan Degregori, *La década de la antipolítica. (Auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos)*, Lima, 2000.

Sobre los temas pendientes, cf. AA.VV. *Las tareas de la transición democrática*, Lima, 2000.

Sobre la amnistía dada en 1995, se esgrimieron diversos enfoques. Sin ánimo exhaustivo, véanse, Samuel B. Abad Yupanqui: Cuando la amnistía se convierte en impunidad: visiones desde el Derecho Constitucional en “Temas de Derecho”, núm. 2, 1995; César Landa Arroyo: Límites constitucionales de la función legislativa: a propósito de la sentencia de la jueza Saquicuray en

“Diálogo con la jurisprudencia”, año II, núm. 3, 1996; Sigifredo Orbegoso Venegas: Amnistía: luces y sombras de un debate nacional en “Revista Jurídica del Perú”, núm. 3, 1995 y Domingo García Belaunde: La amnistía: pro y contra en “Revista Jurídica del Perú”, núm. 4, 1995. El punto de vista oficial está representado por Enrique Chirinos Soto, en su artículo: La ley de amnistía en “Justicia militar”, suplemento del diario oficial “El Peruano”, Lima 13 de agosto de 1995.

Sobre el retiro del Perú de la competencia contenciosa de la Corte, vid. el especial de la Revista Peruana de Derecho Público, núm. 1, 2000 (contiene artículos de Héctor Gros Espiell, César Landa Arroyo y Francisco J. Eguiguren Praeli).

La posición de la Iglesia Católica fue siempre crítica frente al fujimorismo, si bien hubieron excepciones. Así, el Obispo de Ayacucho Monseñor Juan Luis Cipriani, de la orden del Opus Dei y muy cercano colaborador del régimen autoritario de Fujimori, declaró en 1994 y en una entrevista periodística, que la defensa y el sentido de los derechos humanos “era una cojudez” (sic) (cf. las entrevistas en la revista “Caretas”, núm. 1307 de 14 de abril de 1994 y en el diario “El Comercio” de 23 de mayo de 1999; un amplio comentario en el diario “Liberación” de 13 de setiembre de 2000). Más tarde, Cipriani fue elegido por la Santa Sede como Cardenal del Perú, momento en el cual trató de diluir el sentido de sus afirmaciones, para posteriormente pedir perdón público por sus errores en homilía en la Catedral de Lima. Sin embargo, la postura de Cipriani representa —o representó— una opinión muy difundida en los círculos gubernamentales de entonces, así como en muchos grupos conservadores (sobre todo empresariales).

La totalidad de los documentos relacionados con el tema que nos ocupa, pueden verse en *Amnistía vs. Derechos Humanos*, Defensoría del Pueblo, Lima 2001; sobre los alcances de la sentencia de la Corte, es interesante la entrevista a Antonio A. Cançado Trindade: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en “Ideele” Lima, núm. 138 (junio de 2001) y núm. 139 (julio de 2001).

Sobre el *ius cogens*, cf. Fabián Novak T. y Luis García-Corrochano M.: *Derecho Internacional Público*, Lima, 2000, tomo I. pp. 419-434.

# LA DEMOCRACIA DIRECTA EN EL PERU: ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES DEL REFERENDUM DURANTE EL REGIMEN DICTATORIAL DE ALBERTO FUJIMORI (\*)

Francisco Miró Quesada Rada (\*\*)

**SUMARIO:** I. El referéndum y la democracia directa en el Perú. II. El referéndum en la Constitución y en la Ley 26300. III. Inconstitucionalidad de las Leyes 26592 y 26670. IV. El fallo del Tribunal Constitucional. V. El fallo controvertido del Jurado Nacional de Elecciones. V. Colofón.

## I. El referéndum y la democracia directa en el Perú

La institución de la democracia directa, que denominamos referéndum, adquiere vigencia plena en la Constitución de 1993, junto con otras instituciones de participación popular directa, como la iniciativa popular en la formación de las leyes, la revocatoria de autoridades, remoción de funcionarios públicos y rendimiento de cuentas. La revocación se aplica a los alcaldes, regidores, presidentes regionales, jueces de paz y, presumiblemente si es que la Ley lo establece, a los jueces de primera instancia, pero no afecta a los congresistas. Asimismo, existen leyes que regulan esta institución, la 26300, Ley de Participación y Control Ciudadanos, que en el capítulo V trata del referéndum

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. (Universidad Nacional Mayor de San Marcos) Perú.

y las consultas populares; la Ley 26592, Modificatoria de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos y la Ley 26670, que modifica el inciso “c” del artículo 39 de la Ley 26300. Estas dos últimas leyes fueron inconstitucionales. A nivel de participación vecinal, en los gobiernos locales, rigen las ordenanzas 065, que norma la participación de los vecinos en los asuntos comunales ante los municipios y la 084, que reglamenta la participación vecinal en las sesiones extraordinarias del Concejo.

El ejercicio del derecho de referéndum se aplicó por primera vez para la aprobación de la Constitución vigente. Este referéndum se realizó en estricta aplicación de la Décimo cuarta disposición transitoria. Esta disposición establece que, una vez aprobada la Constitución por el Congreso Constituyente Democrático, entra en vigencia, conforme al resultado del referéndum regulado por Ley Constitucional.

Luego se produjeron dos importantes intentos de convocatoria a referéndum. El primero relativo a la privatización de la Empresa Estatal Petro-Perú y el otro a la Ley de “interpretación auténtica”, relacionada con la reelección presidencial. Estos intentos de referéndum, que nacieron por iniciativa del pueblo peruano, fueron materia de arduo debate y motivaron que la mayoría del Congreso elaboraran dos leyes conducentes a limitar la participación directa del pueblo, en temas de suma importancia como son la privatización y la reelección. Ambas normas violan artículos de la Constitución y son por eso inconstitucionales.

## **II. El referéndum en la Constitución y en la Ley 26300**

La Constitución incorpora el referéndum en diversos artículos, pero para efectos de analizar la inconstitucionalidad de las Leyes 26592 y 26670, previamente vamos explicar los artículos 31 y 32 de la Carta Magna y el Título Quinto de la Ley 26300.

El artículo 31 establece que “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”. Es decir, en lo que atañe al referéndum, en esta primera parte del artículo, se trata de un derecho de participación directa. Siendo el referéndum una institución de la democracia directa, significa que los ciudadanos tienen el derecho a participar directamente en los asuntos públicos a través de esta institución. Si la

participación es directa entonces no puede haber intermediación alguna por parte de otro organismo del Estado, no puede existir un intermediador entre el gobierno y la ciudadanía. En todo referéndum el ciudadano al pedir que una norma o decisión política le sea consultada, establece una relación directa con el organismo público, en nuestro caso el Jurado Nacional de Elecciones, para que luego de cumplir con los requisitos de Ley, autorice la realización del referéndum que será convocado por la autoridad correspondiente. El artículo que comentamos, señala en su parte final que “es nulo o punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”. Ello significa que si por cualquier medio, como el caso del referéndum, éste es limitado o prohibido en su naturaleza, vale decir, en la consulta directa de dispositivos legales, el acto en sí mismo es nulo y quienes decidieron su prohibición o limitación deberán ser sancionados.

El artículo 32 señala las normas que pueden ser sometidas a referéndum; la reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación de normas con rango de Ley, ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización. También indica que la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas, las normas con carácter tributario y presupuestal, los tratados internacionales en vigor, no pueden someterse a referéndum. Igualmente como se ha visto, existe el derecho a la iniciativa legislativa popular en la formación de las leyes y para la reforma de la Constitución, que puede ser planteada por un mínimo de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%).

La Ley 26300 recoge el derecho de referéndum establecido en la Constitución y lo distingue de la iniciativa legislativa. Cabe precisar que esta distinción es correcta de acuerdo a la doctrina, porque una cosa es la iniciativa de referéndum, cuando los ciudadanos piden que una norma sea consultada, y otra es la iniciativa legislativa, cuando los ciudadanos presentan un proyecto de reforma constitucional o un proyecto de Ley. En diversos artículos, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43, del Título V de la Ley 26300 se norma el referéndum. Mantiene dicho título el carácter *post legem* del referéndum. Señala que puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor de 10 por ciento del electorado nacional e indica los casos en que procede:

1) Para la reforma total o parcial de la Constitución; 2) Para la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; 3) Para la desaprobación de las leyes, decretos de urgencia y de las normas a que

se refiere el inciso anterior. Es decir, además de las leyes, normas regionales y ordenanzas municipales; 4) En las materias a que se refiere el artículo 190 de la Constitución, o sea, para la constitución de regiones, y para la integración o cambio de circunscripción de los distritos y las provincias.

Un caso de sumo interés es el señalado en el artículo 41 de la Ley que comentamos. De acuerdo a este artículo, si una iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, los interesados podrán iniciar un proceso de referéndum. En este caso se tendrá que adicionar las firmas necesarias. En este artículo, se precisa la opción que tienen los ciudadanos de pedir que una iniciativa de Ley sea sometida a referéndum, si ella fuera rechazada o sustancialmente modificada por el Congreso, pero no indica que todo referéndum requiere de una iniciativa legislativa. Este artículo guarda relación con el artículo 16 de la Ley 26300, que ha sido modificado por la Ley 26592.

El artículo derogado, forma parte del capítulo sobre la iniciativa legislativa de la Ley mencionada. Con justo criterio se establece en este artículo que si el proyecto de Ley es rechazado por el Congreso puede ser sometido a referéndum, e igualmente se puede solicitar referéndum cuando se han introducidos modificaciones sustanciales, que desvirtúan la finalidad primigenia del proyecto de Ley. Este artículo, como es obvio, se refiere a la iniciativa de Ley, es decir, al proyecto de Ley que los ciudadanos presentan al Congreso, siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos establecidos como lo señala el artículo 4 de la Ley 26300. Y, sólo si el proyecto de Ley es rechazado o radicalmente enmendado por el Congreso, los ciudadanos tienen la opción de pedir que se consulte en un referéndum.

De esta manera, la Ley 26300 en muchos aspectos favorece al ciudadano, sin embargo el porcentaje fijado del 10% de las firmas del total del electorado nacional, a nuestro entender, es sumamente elevado. La Ley 26300 no limita el derecho de referéndum, al contrario lo estimula y amplía, en concordancia con los artículos 2 inciso 17, 31, 32, de la Constitución. Igualmente esta Ley distingue entre iniciativa popular y referéndum.

Entonces, si existe una Ley y los ciudadanos piden que ella sea consultada, debe hacerse la consulta directa y sólo en el caso de que no haya Ley, los solicitantes deben presentar un proyecto de Ley. Lo que significa que los ciudadanos no están obligados a presentar un proyecto, cuando piden que

una norma sea sometida a referéndum, de acuerdo con la Ley 26300. Además, y esto es lógico, si la Ley existe y ha sido promulgada, ¿para qué presentar un proyecto alternativo, cuando la voluntad ciudadana es que dicha Ley sea sometida a referéndum?

Puede darse el caso que, existiendo una Ley, los ciudadanos presenten un proyecto de Ley alternativo. En esta situación deben someterse a consulta popular el texto legal y el texto del proyecto. Pero esta situación no es una obligación, es opcional, deja al libre criterio de los peticionarios ambas posibilidades.

### **III. Inconstitucionalidad de las Leyes 26592 Y 26670**

Ambas leyes aprobadas por el Congreso son respuestas a dos situaciones jurídicas y políticas distintas y tienden a limitar el derecho ciudadano, reconocidos por la Constitución. La Ley 26592 se promulgó a raíz de que un grupo de trabajadores de la empresa petrolera nacional, Petro-Perú, que constituyen la Federación Nacional de Trabajadores Petroleros y afines (FENPETROL), solicitó al Jurado Nacional de Elecciones, planillones con la finalidad de recolectar firmas para que la ciudadanía se pronuncie a través de un referéndum sobre la privatización de esta empresa pública. Estos planillones fueron distribuidos a nivel nacional por los interesados y se inició la recolección de firmas. En este contexto, sectores del oficialismo dijeron que no podía realizarse el referéndum porque no existía una Ley específica de privatización y que este proceso se llevaría a cabo de todas maneras. Sostuvieron que no se había presentado una iniciativa de referéndum, la cual era necesaria para este caso. Indicaron también que la pregunta que debería acompañar a los planillones, sobre la privatización de Petro-Perú, no era pertinente.

Ante este planteamiento, los dirigentes de FENPETROL, a instancia y recomendación del Jurado Nacional de Elecciones, elaboraron un Proyecto de Ley, que fue adjuntado al expediente de los peticionarios. Ellos se ampararon en el artículo 4 de la Ley 26300, que establece el procedimiento de la iniciativa, pues como es lógico al no haber Ley, era necesario el Proyecto de Ley que, de cumplirse con la recolección de firmas debería ser sometido a consulta popular. Fue en este contexto que el Congreso aprobó la Ley 26592, modificatoria de los artículos 13, 15 y 16 de la Ley 26300. Precisamente el artículo 16, somete el referéndum a la iniciativa, al establecer que: “Todo referéndum requiere

una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta Ley, siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso”. El carácter totalizador de la norma en su primera parte deroga cualquier posibilidad de referéndum que no esté previamente acompañado de una iniciativa, aun en el caso de que existiera una Ley.

Entonces las leyes ya no podrán ser sometidas a referéndum si previamente no se presenta un proyecto de Ley por iniciativa popular. Además, este proyecto de Ley tiene que ser desaprobado por el Congreso, para que haya referéndum, pero, además, el referéndum debe ser autorizado por medio del voto aprobatorio de dos quintos de los congresistas, que son 48 legisladores. De todo esto se deduce que de aprobarse el proyecto de Ley por el Congreso, se convierte en Ley, pero sino no se aprueba; para que haya referéndum se requiere que 48 congresistas voten a favor de su realización. En este caso el referéndum queda encadenado a la iniciativa de Ley y a la decisión de un número de parlamentarios. Este hecho desnaturaliza la esencia del referéndum, como mecanismo de consulta popular directa, porque limita la participación popular directa a la decisión de un grupo de congresistas. En otros términos tergiversa la esencia del referéndum, al establecer un mecanismo de intermediación entre la ciudadanía y la autoridad.

Se tiene que pasar primero por el filtro del Congreso, de esta manera al haber intermediación del Congreso, la naturaleza directa de la consulta popular pierde su esencia y su razón de ser. No hay una prohibición, pero si hay una limitación a la voluntad popular. Por el contrario, en la Ley 26300 se establecía que el referéndum se lleva a cabo, cuando se cumplen los requisitos establecidos por la Ley, el que es convocado por el Jurado Nacional de Elecciones. Es decir, a la autoridad electoral correspondiente en un plazo no mayor a cuatro meses, después de acreditadas las respectivas iniciativas. Esta última frase es viable para los casos en que se requiera necesariamente de una iniciativa, que como hemos visto sólo es posible cuando no hay Ley o cuando a criterio de los solicitantes se decida presentar un proyecto de Ley alternativo a la Ley vigente.

Es evidente que el artículo 16 de la Ley 26592 es inconstitucional, porque viola el artículo 31 de la Constitución, al limitar el derecho de referéndum, no solo a la iniciativa de Ley previa, sino a la aprobación de un porcentaje de congresistas. Contra esta Ley, un grupo de congresistas de la minoría

interpusieron una acción de inconstitucionalidad, que se sustenta en los siguientes fundamentos de derecho, que insertamos:

“A continuación expondremos las razones en las cuales consideramos imprescindible la declaración de la inconstitucionalidad de la Ley N° 26592.

1. *La Ley N° 26592 desnaturaliza la institución del referéndum derogándola indirectamente.*

La Ley N° 26592, desnaturaliza la institución del referéndum al condicionar y supeditar inconstitucionalmente la validez de la expresión de la voluntad de millones de ciudadanos, gruesos sectores de la población –vía referéndum–, al marco normativo propuesto en la mencionada Ley:

“siempre que haya contado con el voto favorable de menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso”. Es decir, la expresión de voluntad del electorado dependerá del ánimo y de la contingencia de los congresistas y de la capacidad de conformación de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso. Este requisito confunde y mezcla ilegalmente dos sujetos legitimados: los ciudadanos y los congresistas.

La mencionada Ley, más allá de adecuar los plazos y procedimientos para una supuesta aplicación de la consulta popular, lo que en realidad hace es recortar y limitar la realización de los procesos de referéndum.

De acuerdo al Derecho Constitucional, el referéndum es un medio para que se produzca la expresión DIRECTA de la voluntad de la ciudadanía. Es una consulta al pueblo para que éste genere, ratifique o modifique, una decisión jurídica y/o política, mediante voto popular obligatorio. Es un instituto de democracia directa, mediante el que puede expresarse directa y validamente la voluntad del cuerpo electoral sobre un asunto sometido a su consulta. Como lo señala el profesor Marcial Rubio, el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas, son mecanismos de democracia directa porque a través de ellos el pueblo participa directamente, sin intermediarios, en el ejercicio del poder.

El referéndum, como otras instituciones de la democracia directa se ha constituido para ampliar la democracia y permitir que los ciudadanos directamente puedan aprobar y desaprobar leyes. Se trata de recurrir directamente la voluntad popular, fuente de toda la legitimidad política, para

consultarle de manera inmediata sobre un tema de interés público. Dado que se alude a la fuente del poder político, directamente a la propia voluntad popular, ésta puede expresarse en contra de lo que deciden los parlamentarios o el ejecutivo. El referéndum apela a una fuente de decisión superior a las propias instituciones, porque apela a “una manifestación directa de la voluntad popular”.

Como puede apreciarse entonces, el referéndum es un mecanismo que tiene por objeto, que el pueblo directamente y “sin intermediarios” exprese su voluntad. Su propia razón de ser está precisamente es una alternativa al proceso de adopción de la toma de decisiones clásicas por medio del Congreso —procedimiento legislativo—, alternativa que en ningún momento pretende reemplazar o sustituir los diferentes mecanismos de la democracia representativa, sino por el contrario complementarlos. Justamente por ser una de las fuentes de legislación alternativa es tan importante la separación entre representantes y ciudadanos en el aspecto de quién es el sujeto legitimado para proponer el referéndum. Y, esto porque eventualmente, el referéndum podría realizarse para rectificar la propia función parlamentaria, reduciendo el plazo de elección o reduciendo las facultades parlamentarias e incluso acabando con prerrogativas parlamentarias, o corrigiendo una decisión legislativa.

Los sujetos titulares que solicitan el referéndum son, de acuerdo a los diferentes sistemas, diversos. En algunos casos son sólo un número preestablecido de ciudadanos, en otros además de ellos, un número preestablecido de legisladores. Sin embargo, en la diversidad, siempre la iniciativa popular directa de un grupo de ciudadanos tiene la condición de sujeto titular para reclamar la necesidad del referéndum, ha sido la opción de la Constitución y de la Ley peruana que ha exigido la existencia de un número de firmas no menor al 10% del número de votantes para que se realice el referéndum. Lo cierto es que no existe en el derecho comparado la posibilidad planteada por la Ley 26592, de exigir, además de la decisión ciudadana expresada en un número de firmas, un número determinado de representantes al Congreso.

Por esta razón, pretender establecer restricciones como las que exige el art. 1° de la Ley 26592, referido a la modificación del art. 16° de la Ley 26300, no sólo entraña un desconocimiento de dicha institución fundamental de las democracias modernas, sino que implica su desnaturalización, y en la práctica, su derogación como posibilidad de expresión y ejercicio del derecho a la

participación política del electorado, del pueblo peruano, consagrado en nuestra Constitución Política. En este caso los intermediarios serían los congresistas, quienes en contra de la exigencia popular del referéndum podrían negar el ejercicio de ese derecho aun frente a las exigencias de más de un millón de ciudadanos.

## 2. *La Ley N° 26592 modifica la Constitución Política sin observar el procedimiento constitucional de reforma.*

La Constitución de 1993, en su artículo 32, señala las materias que pueden ser sometidas a referéndum: la reforma total o parcial de la Constitución; la aprobación de normas con rango de Ley; las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización.

Y, la misma Constitución establece en su artículo 32 *in fine*, los casos en los que una materia puede o no ser sometida a referéndum: “No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal ni los tratados internacionales en vigor”. Esta es una enumeración taxativa. Fuera de estos casos todas las otras materias pueden ser sometidas a control ciudadano, mediante referéndum. El proyecto sin embargo crea otra categoría prohibida: las leyes que no hubieran obtenido dos quintos de los votos de los congresistas de la República (48 congresistas). Se trata pues de una ilegal modificación de la Carta Política a través de una Ley. El artículo 206 de la Constitución establece las formas específicas de reforma constitucional que, en el presente caso, no se han respetado”.

## **IV. El fallo del Tribunal Constitucional**

Ante la acción de inconstitucionalidad el Tribunal falló: “Que de no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 26592, exigidos por el artículo 4 de la Ley 26435, este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, a declarar infundada la demanda”.

El fallo del Tribunal Constitucional es inapelable, porque dos magistrados consideran que la Ley 26592, que a mi entender encadena el referéndum y es inconstitucional, no viola los principios constitucionales que constituyen el fundamento de derecho, de quienes interpusieron la acción de

inconstitucionalidad. El voto singular en minoría tiene una extensa fundamentación, pero de ella se pueden sustraer tres argumentos esgrimidos que constituyen la base de esta fundamentación y someterla a un análisis. Estos argumentos son: 1) La tesis de la configuración. 2) El planteamiento relativo a las facultades legislativas del legislador y a la desnaturalización del referéndum. 3) El argumento de la democracia semidirecta.

La configuración: En este caso, los dos magistrados sostienen que tanto en el inciso 17 del artículo 2, como en el artículo 31 de la Carta Magna, no existe mayor configuración del referéndum. No hay una configuración “real y concreta” del referéndum. Esta falta de configuración es lo que ha permitido que el legislador, por medio de una Ley, le fije a esta institución de la democracia directa “los justos contornos”. En otros términos, el legislador define y le otorga forma al referéndum.

Configurar, viene del latín *configurare* y quiere decir dar determinada figura a una cosa. El voto en minoría confunde el fondo normativo con su estructura formal. En la Constitución hay un conjunto de normas que se refieren al referéndum; entre las cuales son tres las más importantes: el inciso 17 artículo 2, artículo 31 y artículo 32. Estas normas tienen un valor intrínseco, que consiste en el valor normativo del referéndum y expresa la voluntad del legislador, quien desea que haya referéndum.

El primer párrafo del artículo 31 de la Constitución dice que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum..., lo que significa que ese derecho está reconocido por la Constitución. El mismo derecho también es reconocido explícitamente en el artículo 32, cuando se refiere a las normas que pueden ser sometidas a consulta popular. Desde el momento en que aparece en la Constitución la figura del referéndum, éste normativamente adquiere valor jurídico, independientemente de una posterior configuración, porque no es la forma lo que define la norma, ni tampoco es la forma lo que le da un valor normativo al referéndum, porque ese valor está claramente explicitado en la Constitución.

El referéndum es un mecanismo democrático de participación directa del pueblo. Si el legislador lo incorpora en la Constitución, es porque quiere que el pueblo participe directamente. En tal sentido, si partimos del hecho real y concreto (*juris tantum*) que el referéndum es un mecanismo de participación directa, cualquier intromisión de persona o institución que se

interponga entre la voluntad ciudadana que quiere que haya referéndum y la autoridad, altera la característica básica de una consulta popular directa. Si hay cualquier forma de intermediación el acto ya no es directo, sino indirecto. Como vemos, la tesis de la configuración no resuelve el problema latente sobre la intermediación. Cuando se legisla sobre una institución democrática, lo primero que debe hacer el legislador es elaborar normas que protejan, encaucen y permitan el adecuado funcionamiento de esta institución. Definirla en su real sentido e incluso precisar su contenido procesal, no constituye una facultad que desvirtúe el sentido de la norma.

El valor normativo del referéndum no está solo en la Ley, sino en la Constitución. La Ley es una consecuencia lógica que se deriva de la norma constitucional, entonces, por eso mismo, debe ajustarse al mandato de la Constitución. El valor normativo otorgado por la Constitución es implícito, es decir vale por sí mismo. La Ley va a explicitar lo que está implícito en la Constitución. Que se fije números o porcentajes para las firmas e incluso la modalidad de la consulta no significa que estas formalidades establecidas por la Ley primen sobre el valor normativo que le otorga la Constitución al referéndum. De acuerdo con la doctrina, la forma debe adecuarse al fondo, si ésta adecuación desvirtúa la esencia de una institución, que como la del referéndum es la consulta popular directa, la formalidad no solamente es inconstitucional sino que queda totalmente vacía de contenido. Es absolutamente irrelevante. Pero el fallo de los dos magistrados, respecto a que al referéndum le falta “configuración”, también carece de fundamento porque la formalidad y el procedimiento están establecidos en la Ley 26300, de Participación y Control Ciudadanos.

#### *A) Facultad del legislador y desnaturalización del referéndum*

Es obvio que la facultad del legislador es dar leyes, modificarlas y derogarlas, pero éste no es el caso específico en lo que atañe al referéndum. La Ley 26592, como hemos visto no prohíbe el referéndum, lo limita al obligar al ciudadano a que necesariamente presente una iniciativa de Ley, cuando en la Ley primigenia 26300, esta iniciativa de Ley no era una obligación sino una facultad, o una necesidad cuando no existiera Ley. En este último caso, está claro que los ciudadanos deberán presentar un proyecto de Ley, pero no es justo ni legítimo que existiendo una Ley y existiendo también la voluntad ciudadana de que esa Ley sea sometida a referéndum, se le exija presentar un

proyecto de Ley alternativo. En este caso el legislador está obstaculizando la libertad del ciudadano para decidir. A esta obligación de presentar necesariamente una iniciativa se le agrega otra exigencia: que en el caso de no ser aprobado el proyecto de Ley; para que sea sometido a referéndum debe contar con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso. Aquí hay una clara intermediación de una minoría de congresistas. Por consiguiente, a consecuencia de esta intermediación, se impide al ciudadano decidir directamente. Los dos magistrados que emitieron su voto en minoría argumentan que esta limitación no es una desnaturalización del referéndum. Pareciera que no se dan cuenta, o no han querido darse cuenta, que el objetivo de la Ley 26592, es precisamente limitar el referéndum y que al limitarlo desnaturaliza el derecho ciudadano a participar directamente en los asuntos públicos mediante referéndum, acto que es nulo y punible. La facultad que tiene el legislador para dar, modificar o derogar leyes, no significa que también esté facultado para “desconfigurar”, lo que está definido normativamente en la Constitución.

### *B) La democracia semidirecta*

Los magistrados dicen que el modelo de las instituciones que canalizan la participación popular en los asuntos públicos, que ha previsto la Constitución, no corresponde estrictamente a la democracia representativa, ni a la democracia directa sino a la combinación de ambas. Por consiguiente lo que en el fondo hay en nuestra Constitución es una democracia semidirecta “modelo dentro del cual es perfectamente legítimo e incuestionable, la opción interpretativa escogida por la norma cuya constitucionalidad injustamente se ha pretendido cuestionar”. Que haya democracia semidirecta, no significa en lo que atañe a la participación directa del pueblo, es decir a ese espacio de democracia en donde el ciudadano actúa libremente sin intermediación, que tenga que introducirse una institución de la democracia representativa como parte del proceso de referéndum. De acuerdo con la doctrina, la democracia es una sola y puede expresarse a través de los representantes del pueblo o a través del mismo pueblo en persona, como dice Rousseau. Para que este sistema funcione, en estricta puridad, no puede haber interferencia de una institución o de una práctica democrática en otra. Por eso se cuestiona el presidencialismo plebiscitario, que es una expresión autoritaria del uso del referéndum, pues se “salta a la garrocha”, los canales intermediadores entre el pueblo y sus

representantes. De igual forma, se cuestiona que sean los representantes quienes se interpongan a las decisiones directas del pueblo. Cada una de estas instituciones son autónomas y deben convivir en armonía respetando su independencia y procedimientos, pero en ningún caso interferirse.

### *C) Aplicación al referéndum del modelo jurídico matemático de Chávez Molina*

El doctor Juan Chávez Molina, destacado jurista y ex parlamentario, en un artículo titulado “La inaplicable resolución del Tribunal Constitucional” (El Comercio 07.01.97), al analizar la sentencia que resuelve infundada la demanda interpuesta por 36 congresistas, para que se declare inconstitucional el artículo Cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 26435, en la parte que existe seis votos conforme a los siete que lo integran, explica que “para que haya resolución se requiere una mayoría calificada de 85.71%; seis votos conformes de los siete que integran el Tribunal. La mayoría calificada de 85.71% seis de siete votos, funciona tanto para declarar la inconstitucionalidad, como para establecer, recíprocamente, la constitucionalidad de una norma con rango de Ley”. Si nosotros aplicamos este certero criterio a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26592, en donde de siete miembros, cinco han votado por la inconstitucionalidad de esta Ley, los niveles de porcentaje a favor del referéndum, son mayores. Siguiendo el modelo propuesto por Chávez Molina, podemos afirmar que ni los cinco votos en mayoría que declara fundada la demanda, ni el voto singular conjunto de dos magistrados en contra del voto en mayoría, alcanzan el 85.71%, es decir, seis de siete votos establecidos en la Ley; en consecuencia, como dice Chávez Molina, “no hay acuerdo ni a favor ni en contra.

No alcanzan, en ambos casos, la mayoría exigida por Ley”. Dos votos de cinco que declaran infundada la demanda, representan 28.57% y los cinco votos a favor de la demanda el 71.43%, que sumados dan el cien por ciento. Esto quiere decir que en el caso concreto de la Ley 26592 que encadena el referéndum a una iniciativa obligatoria y a la intermediación de un número determinado de congresistas, “no se cumple la mayoría requerida por Ley. No hay resolución”.

Entonces, si se pretende aplicar el voto en minoría de dos magistrados, “para hacer valer que la demanda es infundada y que la Ley impugnada es

constitucional, sería incurrir en nulidad *ipso iure*, de manera que no se puede convalidar, porque estaría contra el mandato expreso de la Ley”, como indica el jurista peruano. Todo este embrollo, gestado por las Leyes 26592 y 26670, esta segunda norma tragicómica, que ratifica el referéndum y modifica artículos de la Ley 26300, constituye una compleja y engorrosa madeja tendiente a obstaculizar que el pueblo, cuando lo juzgue necesario, ejerza directamente el poder a través del referéndum. Tal situación ya no es un problema jurídico, es un problema político, al que bien se puede aplicar las palabras del filósofo de la política italiano Paolo Flores D’Arcais: “Toda zona de sombra e impermeabilidad sustraída al ciudadano, restringe la democracia y dispone su ocaso. Debilita la democracia, favorece la crisis, en forma mucho más peligrosa que cualquier crisis de sobrecarga, regrese a la nada”.

## V. El fallo controvertido del Jurado Nacional de Elecciones

Con anterioridad a la presentación de la acción de inconstitucionalidad que se ha analizado un grupo de ciudadanos, los señores: Javier Diez Canseco Cisneros, Lourdes Flores Nano, (en ese momento eran congresistas), Alberto Borea Odría y Mauricio Mulder Bedoya, apoyados por la asociación cívico política denominada Foro Democrático cuya finalidad es defender y divulgar la democracia y la constitucionalidad en el país se dirigen a la Oficina Nacional de Procesos Electorales, solicitando que se le otorguen planillones con la finalidad de recolectar firmas para someter a referéndum la Ley 26657, que interpreta el artículo 112 de la Constitución, referido a la reelección presidencial. Esta solicitud es denegada, por resolución jefatural N° 069-96-ONPE. Frente a esta situación los solicitantes apelan ante el Jurado Nacional de Elecciones, que por resolución No 491-96-JNE, revoca la resolución jefatural de la ONPE y dispone que la referida oficina proporcione a los peticionarios el material solicitado. En los considerandos de la resolución emitida por el Jurado Nacional de Elecciones, se precisa que “la Ley 26300, al regular los derechos reconocidos en los artículos 31 y 32 de la Constitución Política, señala en el artículo 39, los cuatro casos en que procede el referéndum, de los cuales, los expresados en los incisos a), b) y c) referente a la reforma constitucional, aprobación de normas legales y demarcación política, respectivamente, requieren de iniciativa legislativa rechazada; en tanto que el mencionado en el inciso “c”, destinado a la desaprobación de leyes, por su naturaleza, no está condicionado a dicho requisito; pues, como facultad el voto popular para rechazar una norma, no está expuesto a deliberaciones que

son necesarias para la aprobación de leyes”. A partir de esta interpretación previa, el JNE, deduce que, como es intención de los recurrentes no presentar una iniciativa legislativa para derogar la Ley de interpretación del artículo 112, sino la desaprobación de esta norma interpretativa, no proceden los requisitos precisados en los artículos 1 y 2 de la Ley 26592.

Al mes siguiente en octubre de 1996, el Jurado Nacional de elecciones, emite la Resolución No 630-96-JNE. que ratifica la Resolución 491-96 del 25 de setiembre y resuelve declarar que la Ley 26670 no es aplicable al expediente promovido por los ciudadanos Lourdes Flores Nano, Alberto Borea Odría, Javier Diez Canseco Cisneros y Mauricio Mulder Bedoya.

Esta Resolución se ampara en los siguientes considerandos:

- 1) Que la Resolución Jefatural 069-96.ONPE, viola el artículo 181 de la Constitución, porque de acuerdo a dicho dispositivo las Resoluciones del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, son dictadas en instancia final, no son revisables y contra ella no procede recurso alguno.
- 2) Que de acuerdo al artículo 31 de la Constitución, los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción y revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas, siendo nulo y punible todo acto que prohíba o límite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.
- 3) Qué según lo prescrito en el artículo 138 de la Carta Magna, de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y otra legal; en concordancia con el artículo 51 del mismo texto legal, la Constitución prevalece sobre toda norma legal, la Ley sobre normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.
- 4) Que conforme a lo dispuesto en el inc. 2 del artículo 139 de la Carta Magna vigente, ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones; tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite.
- 5) Finalmente, que de acuerdo al artículo 103 de la Constitución peruana ninguna Ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

Es decir que apelando a importantes preceptos legales y doctrinarios, como son *a)* la inapelabilidad de una resolución que proviene de una instancia superior y definitiva. *b)* El derecho que la Constitución otorga a los ciudadanos de ejercer el referéndum y otras instituciones de la democracia directa. *c)* El principio de jerarquía de las normas. *d)* El principio normativo de que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante órgano superior o interferir en el ejercicio de sus funciones. *e)* La ratificación del principio de cosa juzgada y *f)* La ratificación del principio de retroactividad de la Ley. El Jurado Nacional de Elecciones da solución a esta controversia.

Igualmente el Jurado Nacional de Elecciones se ampara en la doctrina referente a la intencionalidad, es decir, al ánimo de los recurrentes. Aquí el ánimo, la intención de los recurrentes no es presentar una iniciativa legislativa, sino que haya referéndum para desaprobado una Ley. Existe pues el *animus referendi*. Esta puntual fundamentación del Jurado Nacional de Elecciones distingue, de acuerdo a la doctrina y a los principios generales del Derecho, lo que es el mandato de la Ley positiva y la intencionalidad del recurrente, en cuanto que también, esta intencionalidad tiene un amparo legal en el inc. “c” del artículo 39 de la Ley 26300. De esta manera dio una solución doctrinaria y legal al problema que generó la Ley 26592, la misma que establece en su primera parte, que “todo referéndum necesita una iniciativa legislativa aprobada por el Congreso”.

De acuerdo al artículo 181, tal como se ha indicado las resoluciones del JNE son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables. Contra ella no procede recurso alguno. Ante esta situación la mayoría del Congreso insiste en que el artículo 16, modificado por la Ley 26592, obliga necesariamente de que todo referéndum requiere de una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso. Al no poder oponerse a la resolución del JNE, decide elaborar la Ley 26670, que tiene tres artículos y tres disposiciones transitorias. En esta Ley se ratifica el referéndum y se deroga el inciso c) del artículo 39 de la Ley 26300. Este inciso establece, que el referéndum procede para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia... Asimismo ratifica la condicionante del referéndum a la iniciativa, que debe ser desaprobada por el Congreso y condiciona esta desaprobación al voto favorable de no menos de los dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso.

De esta manera no sólo se deroga un elemento esencial de todo referéndum, cual es la desaprobación de una Ley, sino que se reincide en la

limitación de un derecho ciudadano establecido en el artículo 31 de la Constitución. Más aún, con la intención de que no haya referéndum en torno a la Ley de interpretación de la reelección presidencial, se dispone que la Oficina Nacional de Procesos Electorales de oficio y bajo responsabilidad, resolverá los casos de quienes vienen recogiendo firmas para iniciar posteriormente algún referéndum y notificará a los promotores de los mismos para que se adecuen a lo dispuesto por esta Ley. Amparado de la Ley 26670, el ciudadano Manuel Antonio La Torre Bardales, interpuso recurso de oposición, alegando que previamente los actuados deben pasar al Congreso de la República para la aprobación de la instancia. Violando todos los principios que el Jurado Nacional de Elecciones había apelado para promulgar la Resolución 491-96-JNE, que revoca la resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y la Resolución 639-96-JNE, que declara nula la Resolución Jefatural 111-96-ONPE e inaplicable la Ley 26670, para el expediente promovido por los ciudadanos antes mencionados que reclamaban que dicha Ley no es de aplicación a la solicitud de recolección de firmas, se pronuncia confirmando una segunda resolución jefatural de la ONPE, 092-98, y dispone que lo actuado, es decir, el pedido de realización del referéndum pase al Congreso de la República. De esta manera el Jurado Nacional de Elecciones bloqueó la consulta popular, para que el pueblo se pronuncie en referéndum sobre la viabilidad o inviabilidad de la Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución.

Pero esta vez la resolución que comentamos no fue aprobada por unanimidad, pues se produjo el voto singular del magistrado Ramiro de Valdivia Cano. Dicho magistrado fundamentó su voto amparándose en el principio de inapelabilidad de resoluciones dictadas en instancia final y definitiva, que no son revisables y contra ellas no procede recurso alguno. Es decir el magistrado se amparó en el principio de cosa juzgada, insistiendo que dado este caso, no se puede cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias y retardar su ejecución como pretendió hacer la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE). También sostiene este magistrado que se ha violado el principio de jerarquía de las normas, y en tal sentido se pronunció resolviendo declarar nula la resolución jefatural ONPE, materia de la nueva controversia y se reanude el trámite de revisión de las firmas para que luego de este acto, se proceda a referéndum. Más allá de los argumentos de este magistrado, a través de su voto singular, que estaba de acuerdo a Ley, el hecho es que el Jurado Nacional de Elecciones había sido penetrado y corrompido por el fujimorismo y ahora

también denominado fujimontesinismo, pues como se comprobó luego del análisis de los cassettes que había grabado el asesor presidencial Vladimiro Montesinos, el presidente del Jurado Nacional de Elecciones consultaba con el asesor presidencial y uno de sus miembros no sólo trató con este asesor las formas de impedir la realización del referéndum, sino que recibió dinero para fallar en contra de esta consulta popular. La corrupción también se había posesionado del Jurado Nacional de Elecciones, que no sólo en este caso, sino durante el proceso electoral presidencial y congresal del 2000, fue pieza fundamental del fraude.

## V. COLOFON

Al restablecerse la democracia en el Perú, el 25 de setiembre del 2001 el Congreso de la República aprobó la Ley 27520 que deroga las Leyes 26592 y 26670 y restituye la plena vigencia de la Ley 26300, denominada Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. Esta Ley reivindicativa del referéndum, en su verdadera esencia, se debió a la iniciativa de los congresistas Javier Diez Canseco y Daniel Estrada.

### **Documentos consultados y analizados**

- 1) Constitución de la República del Perú.
- 2) Ley de Participación y Control Ciudadanos, 26300.
- 3) Ley 26670.
- 4) Ley 26592.
- 5) Resolución 630-96-JNE.
- 6) Resolución 631-96-JNE.
- 7) Resolución 553-98-JNE.
- 8) Voto singular del Dr. Ramiro de Valdivia Cano, miembro del Jurado Nacional de Elecciones.
- 9) Acción de inconstitucionalidad contra la Ley 26592 y 26670 presentada por un grupo de congresistas.
- 10) Fallo del Tribunal Constitucional en contra de la Acción de inconstitucionalidad.

- 11) *Democracia Directa: Práctica y normatividad*, Francisco Miró Quesada Rada. Editorial San Marcos, 1998.
- 12) *Democracia Directa y Derecho Constitucional*, Francisco Miró Quesada Rada. Artes y Ciencias Editores, 1990.
- 13) “La inaplicable resolución del Tribunal Constitucional”, Juan Chávez Molina. El Comercio, 07.01.97.

# CONTROL Y MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL EN EL PERU (\*)

José F. Palomino Manchego (\*\*)

**SUMARIO:** I. Justificación del tema. II. El modelo de magistratura constitucional en el Perú. III. Tribunal Constitucional kelseniano y Tribunal Constitucional peruano. IV. El control judicial de constitucionalidad de las leyes: ¿Un modelo puro? V. El control judicial de constitucionalidad de las leyes en los procesos ordinarios. VI. La regulación del control judicial de constitucionalidad en los procesos de tutela de los derechos fundamentales. VII. El control judicial de constitucionalidad de las normas de carácter general: La Acción Popular. VIII. Conclusiones.

## I. Justificación del tema

Uno de los temas que más incidencia tiene en las actuales circunstancias es el relativo al control constitucional. Habiendo transcurrido cuatro lustros de la implantación del modelo dual o paralelo, resulta pertinente hacer un balance global de la función tuitiva y operatividad que han tenido el Tribunal

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradezco las atinadas observaciones y sugerencias de Domingo García Belaunde, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos, quienes se han tomado la paciencia de leer con minuciosidad el presente trabajo, y proporcionarme valiosísima información bibliográfica.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

Constitucional (“intérprete supremo”) y el Poder Judicial (juez ordinario), sobre la base de las relaciones entre ambos órganos –como también ha sucedido con el Poder Legislativo– a las que se han calificado de “tensiones”, “conflictos”, “fricciones”, “invasiones”<sup>(1)</sup>, o “guerra de las cortes”<sup>(2)</sup>, metáfora esta última que se utilizó para referirse a las relaciones conflictuales que se suscitaron en los años sesenta y setenta del siglo XX entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas.

En tal sentido, la presente ponencia, ajustándose las cuentas al cabo de veinte años, se enmarca en el desarrollo de una sucinta exposición de los modelos de control constitucional que se aplican en el Perú, y la problemática que ha acarreado en el marco de ese proceso expansivo y, al parecer indetenible. Lo cual constituye un reto, tanto para el juez ordinario, como para el “juez de la Constitución”. A mayor abundamiento, la expansión de la jurisdicción constitucional<sup>(3)</sup> ha repercutido notablemente en las democracias de Europa y de América Latina.

## II. El modelo de magistratura constitucional en el Perú

Apuntado lo anterior, hemos de significar que el modelo de jurisdicción constitucional actualmente vigente en el Perú, es el que un grueso sector de la

(1) Para nuestros efectos, *vid.* los trabajos que se incluyen en Eliseo Aja (Editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998. También, Jesús María Santos Vijande: «Doctrinas» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios, Editorial Comares, Granada, 1995. Antecede Prólogo de Andrés de la Oliva Santos. De igual forma se pueden consultar las ponencias aparecidas en Ramón Punset Blanco y Jesús Santos Vijande: *Jurisdicción Ordinaria y Tribunal Constitucional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996; y en el colectivo a cargo de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz: *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997. *Vid.*, en el mismo sentido, el reciente trabajo de Marina Gascón Abellán: “Los límites de la justicia constitucional”, en *Temas Procesales*, N° 25, Bogotá, 2001, págs. 53-64.

(2) *Vid.*, por ejemplo, Rosario Serra Cristóbal: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1999. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

(3) Sobre el tema, es de obligada consulta Domingo García Belaunde–Francisco Fernández Segado (Coordinadores): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1998 y Lucio Pegoraro: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1998.

doctrina nacional, siguiendo las ideas de García Belaunde<sup>(4)</sup>, se ha inclinado por calificar de *dual* o *paralelo*. Con ello, se ha querido expresar que la facultad de impartir la justicia constitucional en nuestro país, no la ejercen exclusivamente los jueces del Poder Judicial, en el esquema del denominado sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Tampoco recae únicamente en el Tribunal Constitucional, al estilo del control concentrado de raíz kelseniana, ni, en fin, tal tarea se ha encargado a un órgano que represente una solución de mixtura orgánica (un *tertium genus*), producto de la conjunción de los dos modelos, originarios, de control jurisdiccional de las leyes.

Contemplado así, la *jurisdictio* constitucional ha sido confiada, simultáneamente, tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional, ambos de estructura orgánica distinta y con competencias, algunas veces originarias y exclusivas (*verbi gratia*, el proceso de inconstitucionalidad o el Conflicto entre órganos constitucionales, residenciados en exclusiva, en sede del Tribunal Constitucional, o la Acción Popular, proceso constitucional residenciado en sede exclusiva del Poder Judicial), y en otras compartidas (como sucede con los procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y de Cumplimiento, donde la posibilidad que un proceso sea conocido por el Tribunal Constitucional, exige previamente su tránsito por sede judicial, y siempre que allí se haya obtenido sentencia desestimatoria para el quejoso o accionante).

Importa decir, sin embargo, que tal dualidad de magistratura constitucional<sup>(5)</sup> no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control constitucional de las leyes, el americano y el kelseniano<sup>(6)</sup>. Ello, debido a que la recepción constitucional y las leyes que

(4) Domingo García Belaunde ha dado cuenta de estos vocablos desde el año 1987, y continúa replanteando el tema. Entre varios, *vid.*, sus libros: *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edición revisada, corregida y aumentada, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego y *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2001.

(5) Cfr. Néstor Pedro Sagüés: "Un tema polémico: La magistratura constitucional especializada", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de mayo de 1985.

(6) Desde una perspectiva diferente, últimamente, *cf.* Ernesto Blume Fortini: "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución", en *Derecho*, N° 50, Lima, 1996, pág. 167.

desarrollan ambos modelos, han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, que bien podría llevarnos a hablar de la configuración, en puro rigor, de un sistema *dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad*<sup>(7)</sup>.

### III. Tribunal Constitucional kelseniano y Tribunal Constitucional peruano

En el Perú no se ha introducido un sistema de concurrencia o dualidad de modelos *originarios* de magistratura constitucional. Ello es patente de los propios términos en los que se ha configurado nuestro Tribunal Constitucional, por tantas cosas distinto al Tribunal Constitucional moldeado por el ilustre Hans Kelsen (1891-1973)<sup>(8)</sup>, que ha servido de modelo o paradigma para caracterizar en el mercado comparado al *modelo concentrado* o *européo*<sup>(9)</sup>. Como es sabido, el esquema de Tribunal Constitucional ideado por Kelsen, que fue plasmado originalmente en la Constitución austriaca del 1º de octubre de 1920<sup>(10)</sup>, es un modelo de jurisdicción *concentrada*, constituido en único Tribunal, y que por tanto aparece separado del resto de tribunales de la justicia ordinaria. A éste se confía la dilucidación de las controversias estrictamente jurídico-constitucionales, con absoluta abstracción de los conflictos e intereses que subyacen, tanto en lo referente a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de los mismos<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> *Vid.*, salvo la divergencia de los modelos puros y los que actualmente funcionan, Alessandro Pizzorusso: "I sistemi di giustizia costituzionale: Dai modelli alla prassi", en *Quaderni Costituzionali*, N° 3, Bologna, 1982, págs. 521-533.

<sup>(8)</sup> *Cfr.*, por todos, Michel Troper: "Kelsen y el control de constitucionalidad" en *Derechos y Libertades*, Año II, N° 4, Madrid, 1995, págs. 307-331; Constanza Margiotta Broglio: "La Corte Costituzionale e il modello kelseniano", en *Quaderni Costituzionali*, N° 2, Bologna, 2000, págs. 333-369; y Giorgio Bongiovanni: *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998. Al final, se incluye bibliografía especializada.

<sup>(9)</sup> *Cfr.* Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", en *Ius et Veritas*, Año V, N° 9, Lima, 1994, págs. 17 y sgtes.

<sup>(10)</sup> Para mayores detalles, *vid.* Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad. (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 246-261. Antecede Prólogo de Ignacio María de Lojendio Irure.

<sup>(11)</sup> *Cfr.* Marina Gascón Abellán: "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41, Madrid, 1994, pág. 63.

Sintetizado lo hasta aquí trazado, resulta que en el esquema kelseniano, corresponde al Tribunal Constitucional guardar la compatibilidad de la ley con la Constitución, de tal forma que cada vez que el Tribunal advierta que una norma jurídica no guarda fidelidad a la Carta Magna, ésta se verá con la expulsión del ordenamiento jurídico, proyectando sus efectos *pro praeterito*, aún cuando no siempre, y *pro futuro*<sup>(12)</sup>. Porque en este enjuiciamiento de la ley, de comprobarse la inconstitucionalidad de la norma objeto del control, el resultado del juicio habrá de llevar al Tribunal a expulsarla del ordenamiento, lo que llevó a Kelsen calificar su labor como propia de un *legislador negativo*<sup>(13)</sup>. Ciertamente, tras esa configuración del Tribunal Constitucional, subyacen una serie de valoraciones históricas, ideológicas y políticas de la experiencia constitucional europea, en las que aquí no podemos detenernos<sup>(14)</sup>. Lo que sí importa destacar, es que dicho modelo de Tribunal, orgánica y competencialmente, es tributario de una específica concepción en torno a la idea de Constitución que Kelsen maneja<sup>(15)</sup>. Esta concepción, no es otra que la de entenderla como una norma organizativa y procedimental, cuyo objeto va a consistir en fijar la competencia de los órganos del Estado, así como regular la producción de las normas generales<sup>(16)</sup>. La Constitución, en el pensamiento kelseniano, no es una norma que asegure los valores fundamentales de la convivencia social y que vincula a todos sin excepción<sup>(17)</sup>, sino esencialmente

(12) AA.VV. *Effetti temporali delle sentenze delle Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Guiffre editore, Milano, 1989.

(13) *Cfr.* Hans Kelsen: "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", citado, págs. 27-28.

(14) *Cfr.* Mauro Cappelletti: "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Comparado", en *La Justicia Constitucional. (Estudios comparativos)*, traducción del italiano de Luis Dorantes Tamayo, UNAM, México, D.F., 1988, págs. 81-86. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

(15) Sobre el tema, *vid.* Beniamino Caravita: *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. La corte costituzionale Austriaca*, Cedam, Padova, 1985, en especial, págs. 57-67.

(16) Para un análisis detallado, *vid.* Hans Kelsen: *Teoría General del Estado*, reimpression, traducción del alemán de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, D.F., 1970, págs. 325-327.

(17) *Cfr.*, el libro clásico de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpression, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994; y Francisco Rubio Llorente: "La Constitución como fuente del Derecho", en su libro *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 43 y sgtes.

la que estructura los órganos del Estado, señala los procedimientos de creación de las demás normas del ordenamiento estatal, y en esa medida, directamente vinculante, con carácter exclusivo, sólo al legislador ordinario<sup>(18)</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional, como pieza que busca garantizar la coherencia del sistema de fuentes formales del Derecho, se convierte en un órgano al que no cabe sino asumir, en exclusiva, la defensa del orden constitucional, orden que únicamente puede verse afectado por la principal expresión del órgano que representa la voluntad general, la ley. Expresado en esos términos, la custodia de la Constitución no es otra cosa que la custodia de las relaciones de fidelidad del legislador a la Constitución en la creación de las normas generales, esto es, la custodia de que no se altere o socave los grados normativos del ordenamiento jurídico, necesariamente escalonado y presidido por ella.

Tal concepción de Constitución kelseniana y el papel que le corresponde realizar al Tribunal Constitucional supondrá, como premisa central del modelo, la separación radical de dos órdenes jurisdiccionales:

- a) El primero, la jurisdicción de la constitucionalidad, al cuidado del Tribunal Constitucional, y
- b) El segundo, el Poder Judicial, al que se someterá la ley, y en esa medida se preverá la imposibilidad de enjuiciarla constitucionalmente, como jurisdicción de la legalidad.

No es nuestra intención detenernos a indagar las repercusiones que detrás de tal configuración entre las jurisdicciones de la constitucionalidad y el de legalidad pudieran presentarse. A los fines que perseguimos, sólo nos interesa poner de relieve, por un lado, que la configuración actual de los Tribunales Constitucionales, inclusive en la propia Austria<sup>(19)</sup>, ya no responde a aquel esquema que la inspiró<sup>(20)</sup>. Ello ciertamente no es sólo consecuencia del papel

(18) Una exposición detallada en Gustavo Zagrebelsky: *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, págs. 28-33.

(19) Como observa Enrique Alonso García: "El Tribunal Constitucional austriaco", en AA.VV. *El Tribunal Constitucional*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 407 y sgtes.

(20) "Que el sistema de justicia constitucional ideado por Kelsen no se materializa hoy en ningún ordenamiento jurídico, es cosa bien sabida". Cfr. Raúl Canosa Usera: "Jurisdicción

que los Tribunales Constitucionales vienen asumiendo en el control de constitucionalidad de las leyes, sino de la propia mutación del concepto de Constitución<sup>(21)</sup>.

Por de pronto, hoy está lejos de considerarse que la Constitución sólo sea un cuerpo de normas organizativas y reguladoras del procedimiento de creación de las demás fuentes del Derecho. La Constitución contiene entre sus preceptos, y muy significativamente en la tabla de los derechos fundamentales, lo que la doctrina germánica ha reconocido como el sistema de valores materiales del ordenamiento jurídico, normas portadoras de valores, y por eso mismo, caracterizadas por tener una fuerte dosis de indeterminación y ambigüedad<sup>(22)</sup>. Como consecuencia de ello, hoy la Constitución no es una norma que sólo tenga como destinatario al Poder Legislativo, pues a ella se encuentran vinculados, además, todos los poderes públicos (entre ellos el propio Poder Judicial), y aún a los propios *privatos*.

Tal vinculación, que entre los poderes públicos comprende al Poder Judicial, va a requerir, por de pronto, que aquella sujeción del juez tenga que necesariamente observarse no ya solamente a la ley, sino desde una doble perspectiva. En primer lugar, “a la Constitución, que han de cumplir y, por lo mismo, no pueden ignorar o inaplicar; y en segundo lugar, a la ley, a la que están sometidos...”<sup>(23)</sup>, sólo si ésta se encuentra conforme a la Constitución. No puede, por otra parte, obviarse que el postulado kelseniano en torno al Tribunal Constitucional de ser un “legislador negativo”, también haya sufrido serios replanteamientos.

---

constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”, en *Ius et Praxis*, Año 4, N° 1, Talca (Chile), 1998, pág. 11. El presente número está dedicado al tema “Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y relaciones”.

(21) *Cfr.* Roberto Blanco Valdés: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, págs. 87 y sgts. Antecede Prólogo de José Antonio Portero Molina.

(22) Sobre estos problemas, puede verse Alejandro Nieto: “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, vol. 1, Madrid, 1983, págs. 371-415.

(23) Una exposición detallada se puede encontrar en Manuel Aragón Reyes: “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (número monográfico dedicado al tema “La vinculación del Juez a la Ley”), N° 1, Madrid, 1997, pág. 183.

Efectivamente, los Tribunales Constitucionales de nuestro tiempo, auto restringiéndose en su labor de legisladores negativos, han desarrollado una función cercana a lo que puede caracterizarse como la típica de un *legislador positivo*<sup>(24)</sup>, originando tensiones y recelos con otros órganos constitucionales. En el ejercicio de esta función, si bien el Tribunal no crea normas generales, como lo hace el Poder Legislativo, sin embargo desecha, convalida o innova contenidos interpretativos de la ley, a través de las llamadas sentencias interpretativas<sup>(25)</sup>, transforma el sentido de un precepto a través de las sentencias manipulativas<sup>(26)</sup>, o bien ejerce labores paralegislativas, como sucede con el caso de las sentencias aditivas<sup>(27)</sup>.

A su vez, otro tanto ha sucedido con el carácter del juicio de constitucionalidad que Kelsen planteara como función del Tribunal Constitucional. Es bien cierto que el Tribunal, al conocer la impugnación directa de una ley a través de la Acción de Inconstitucionalidad<sup>(28)</sup>, no puede entrar a valorar circunstancias de hecho. Tiene que limitarse a realizar un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos de diversa jerarquía, debiendo reflejarse finalmente en la *ratio decidendi*: fundamentación de la decisión

---

<sup>(24)</sup> Cfr. Francisco Rubio Llorente: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en su libro *La forma del poder*, citado, págs. 495 y sgtes.

<sup>(25)</sup> Cfr. Javier Jiménez Campo: “Qué hacer con la ley inconstitucional”, en AA.VV. *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 47 y sgtes. y Francisco Javier Díaz Revorio: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

<sup>(26)</sup> Fundamentalmente, Alessandro Pizzorusso: “Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano”, en AA. VV. *El Tribunal Constitucional*, vol. I, citado, págs. 275-296.

<sup>(27)</sup> Una exposición completa en Carlo Colapietro: *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990; Rubén Hernández Valle: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José (Costa Rica), 1995, págs. 378 y sgtes.; Francisco Tomás y Valiente: “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 101 y sgtes.

<sup>(28)</sup> Una visión *in globo*, con especial referencia a México, se puede consultar en Joaquín Brage Camazano: *La Acción de Inconstitucionalidad*, 1ª reimpresión, UNAM, México, D.F., 2000. Antecede Prólogo de Francisco Fernández Segado. Para el caso español, *vid.* María Luisa Balaguer Callejón: *El Recurso de Inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001. Antecede Prólogo de Joaquín Almunia.

(*descriptive ratio*) y fundamentación de la norma (*prescriptive ratio*). Sin embargo, cuando conoce procesos como el Amparo, el Habeas Corpus, el Habeas Data, juzga de manera idéntica a como lo hacen los jueces de la jurisdicción ordinaria, valorando hechos y, eventualmente, realizando un control concreto de las normas, y no un mero juicio de compatibilidad lógica que lleva, en caso de hallarse con normas contrarias a la Constitución, a inaplicarlas con efectos *inter partes*, al estilo del modelo norteamericano de la *judicial review*.

Una opción de tal naturaleza, lejos está de corresponderse con el inicial planteamiento de Kelsen en torno al Tribunal Constitucional, desde que sus supuestos estructurales han mudado. Como ha sostenido Manuel Aragón<sup>(29)</sup>, si hay en la actualidad un rasgo que puede caracterizar la expansión de la Justicia Constitucional en nuestro tiempo, ese rasgo es sin duda alguna la “relativización” de las diferencias entre los modelos originarios de control de constitucionalidad<sup>(30)</sup>, relativización de un modelo originario al que la configuración competencial de nuestro actual Tribunal Constitucional ciertamente no ha podido escapar<sup>(31)</sup>.

#### **IV. El control judicial de constitucionalidad de las leyes: ¿Un modelo puro?**

A su turno, un proceso de recreación no tan dramático, pero no por ello menos importante, es posible de advertir en el otro modelo de jurisdicción constitucional institucionalizado entre nosotros, esta vez siguiendo el paradigmático modelo de la *judicial review* norteamericana. Importa recordar

<sup>(29)</sup> En Manuel Aragón: “La justicia constitucional en el siglo XX. Balances y perspectivas en el umbral del siglo XXI” en AA.VV. *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, UNAM, México, D.F., 1998, págs. 177-178. Antecede Presentación de José Luis Soberanes Fernández.

<sup>(30)</sup> Para lo que actualmente viene sucediendo en nuestro Continente, *vid.* Héctor Fix-Zamudio: “La Justicia Constitucional en América Latina”, en su libro compilativo *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D.F., 1997, págs. 105 y sgtes. Idem: “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, en AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, México, D.F., 1995, págs. 63 y sgtes.

<sup>(31)</sup> *Cfr.*, entre nosotros, César Landa Arroyo: “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, págs. 98 y sgtes. Del mismo autor, *vid.* *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Fondo Editorial de la PUC, Lima, 1999. Antecede Presentación de Peter Häberle y Prólogo de Pablo Lucas Verdú.

que el modelo de control *judicial* de constitucionalidad en el Perú, es directamente tributario del que se estableció en los Estados Unidos de Norteamérica, en el célebre *Leading case*<sup>(32)</sup> *Marbury vs. Madison*, redactado en 1803 por John Marshall (1755-1835)<sup>(33)</sup>, bien que con algunos matices.

En primer término, es bien conocido que al modelo difuso de control de constitucionalidad suele atribuírsele como características predominantes, que la competencia para efectuar el control de validez de la ley, la ejercen *todos* los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de su jerarquía. Es difuso o disperso, precisamente porque no se encuentra concentrada la atribución del control en una instancia única, como es el caso del Tribunal Constitucional. En segundo lugar, la actividad del control tiene que efectuarse al interior de un proceso judicial ordinario, en el que no se discute en forma abstracta la constitucionalidad o no de la ley, sino en forma concreta, en el *interregno* de una controversia ordinaria, cuya determinación requiera previamente la aplicación de la ley en cuestión. No existe un proceso principal donde se juzgue la constitucionalidad de la ley, sino un incidente, cuya dilucidación va a servir al juez para resolver el principal.

Si el juez ordinario advierte que la norma legal es contraria a la Constitución, la deja de aplicar en el caso concreto, teniendo por tanto, el resultado del control sólo efectos para las partes que participan en dicho proceso (*inter partes*), y no generales (*erga omnes*), como sucede en el modelo concentrado. Sin embargo, esto que en términos generales puede predicarse del control judicial de constitucionalidad, en el Perú, a través de la legislación

(32) *Vid.* Domingo García Belaunde: “¿Existe el «*leading case*» en el derecho peruano?” (en curso de publicación).

(33) La sentencia completa y en castellano del emblemático *case Marbury vs. Madison*, en Revista Mexicana de Derecho Público, N° 3, Enero-Marzo, México, D.F., 1947, págs. 315-343. Ahora, también en la Revista Peruana de Derecho Constitucional, N° 1, Lima, 1999, págs. 665-689. El tema ha adquirido repercusiones a partir de la década de los años cincuenta del siglo pasado en la era de Earl Warren y Burger, especialmente en lo concerniente al control constitucional y a la interpretación de la Constitución desarrollada en el Tribunal Supremo. Para mayores alcances, *vid.* Javier Dorado Porras: *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1997. Para una visión general, *vid.* John Marshall: *'Judicial Review' e stato federale*, traducción del inglés por Annagrazia Bassi, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998. Antecede Presentazione con el título “John Marshall e il problema della *Judicial Review*”, de Giuseppe Buttà.

ordinaria ha sufrido importantes *aggiornamientos*, que impiden hacer referencia de él como si se tratase de un modelo puro, que concurre al lado del modelo de control concentrado.

Expresado en términos generales, la actual regulación jurídica del control judicial de constitucionalidad de las leyes, según se trate de la competencia y en función de la materia que conocen los jueces ordinarios, puede distinguirse con fines metodológicos de la siguiente manera:

- a) El régimen del control judicial de constitucionalidad de las leyes que se practica en el ámbito de los procesos propios y exclusivos del Poder Judicial (casos penales, civiles, mercantiles, laborales, etc.)
- b) El que resulta de los procesos constitucionales que conoce el Poder Judicial y eventualmente el Tribunal Constitucional (procesos de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y de Cumplimiento).
- c) El que se produce como consecuencia del control normativo de los reglamentos o normas de carácter general, a través de la Acción Popular.

## V. El control judicial de constitucionalidad de las leyes en los procesos ordinarios

En el Perú, el modelo del control difuso de constitucionalidad de las leyes fue incorporado en el ámbito legal por vez primera en el Código Civil de 1936, y constitucionalizado cuatro décadas después, en la Carta de 1979, orientación que ha mantenido la Constitución de 1993 a través del artículo 138<sup>(34)</sup>. Ahora bien, con exclusión de los procesos de defensa de los derechos fundamentales<sup>(35)</sup>, el control de constitucionalidad de las leyes que realizan los jueces, en los procesos ordinarios, ha sufrido algunos afinamientos a través de la legislación infraconstitucional. Ello no ha significado la limitación de la competencia de los jueces de todos los grados jerárquicos de efectuar el

(34) Esta identificación se puede percibir muy claramente en Jorge Danós y Martha Souza: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en Francisco Eguiguren (Director) *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, págs. 281 y sgtes.

(35) Además de los numerosos e importantes comentarios de Domingo García Belaunde, resulta básico su ensayo "Garantías constitucionales en la Constitución de 1993", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, CAJ, Lima, 1994, págs. 253 y sgtes.

control<sup>(36)</sup>. Sin embargo, sí ha supuesto un relativo alejamiento del modelo original americano de la *judicial review*.

En efecto, tal modificación consiste en la obligación que se ha impuesto a los jueces de elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que en un proceso cualquiera adviertan la inconstitucionalidad de una norma legal y la inapliquen con efectos particulares. Ello, con el objeto de que sea la Sala Suprema la que, en definitiva, determine si la evaluación practicada por el juez de menor jerarquía fue el adecuado, y en consecuencia, válida la no aplicación de la ley para el caso concreto, a tenor del artículo 14 del texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ). Sin embargo, la experiencia no engaña, es inusual en la práctica, mereciendo un mejor replanteo en el futuro.

Vale recordar que el artículo 14, desarrollando el principio de supremacía de la Constitución y el control difuso, prescribe que:

“De conformidad con el artículo 236 de la Constitución (actualmente el 138 de la Carta del 1993), cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

---

<sup>(36)</sup> Precisamente el reconocimiento a los jueces del Poder Judicial de la competencia para inaplicar leyes inconstitucionales, es una de las profundas diferencias que mantiene nuestro ordenamiento jurídico con otros, como el español o el italiano, donde si bien los jueces del Poder Judicial son, a la vez que jueces de la legalidad, también jueces de la constitucionalidad, sin embargo, se encuentran impedidos de inaplicarlas, ya que frente a tal supuesto deberán de someter su duda al Tribunal Constitucional a través de la denominada cuestión de inconstitucionalidad. Cfr. Edgar Corzo Sosa: *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998 y Mauro Cappelletti: “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, en su libro *La Justicia Constitucional. (Estudios de Derecho Comparado)*, citado, pág. 294.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por Acción Popular<sup>37</sup>.

De esta forma, saliéndose del contorno que ofrece el control difuso al estilo americano, donde todos los jueces son competentes para someter una ley al test de constitucionalidad, sin que su decisión tenga que ser revisada por alguna instancia superior (a no ser que sea en virtud del ejercicio de los medios impugnatorios), en nuestro país el control judicial exige que, practicado el control y dispuesta la inaplicación de la ley inconstitucional, sea la Corte Suprema de Justicia la que decida en definitiva sobre la validez o no del resultado del control efectuado por cualquier instancia judicial. Se introduce así, en buena cuenta, un órgano *filtro* de control de la interpretación constitucional que pudieran realizar los jueces.

Como se sabe, tal peculiaridad no responde al planteamiento originario de la *judicial review* americana. En este modelo, cualquier juez está en la capacidad de inaplicar una norma que considere inconstitucional sin que quepa revisión alguna, a modo de consulta, ante la máxima instancia del Poder Judicial, sino únicamente como consecuencia del conocimiento de la causa por el inmediato superior jerárquico, al haberse hecho ejercicio de los medios impugnatorios que el ordenamiento procesal prevé.

La introducción de tal singularidad, ha sido justificada por la necesidad de uniformizar la jurisprudencia y de dotar al ordenamiento jurídico de un mínimo de certeza en lo que a su comprensión respecta, estableciéndose algunos límites a los jueces en el ejercicio de tal atribución, a raíz de los problemas que normalmente se suscitan en aquellos sistemas que no cuentan con técnicas del precedente vinculante, y de los que nuestro país, no ha sido ajeno en el pasado próximo<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> La literatura es abundante, sin embargo, pueden resultar de sumo provecho Francisco Eguiguren Praeli: "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del modelo y los nuevos problemas", en *Pensamiento Constitucional*, Año 5, N° 5,

## VI. La regulación del control judicial de constitucionalidad en los procesos de tutela de los derechos fundamentales

Aunque se haya dejado entrever que la regulación jurídica antes descrita también se extiende para el caso de los procesos instaurados con el objeto de tutelar los derechos fundamentales, sin embargo estimamos, que tal regulación no les alcanza<sup>(38)</sup>. En efecto, si los jueces de los derechos fundamentales llegaran a la determinación de que la norma legal que van aplicar en el proceso constitucional de la libertad<sup>(39)</sup> no admite una interpretación conforme a la Constitución, y por tanto, se encuentran ante la necesidad inexorable de que, declarándola inconstitucional, la inapliquen para el caso concreto (y tal inaplicación suponga la expedición de una sentencia estimatoria), dicha sentencia no podría ser elevada en *consulta* a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, dado *que la Ley Procesal Constitucional* que regula este conjunto de procesos constitucionales *no permite que las resoluciones judiciales estimatorias puedan ser impugnadas o revisadas por una instancia superior*.

Se ha dicho que, dado que el artículo 14 de la LOPJ no contiene una excepción a la alzada en consulta en caso de inaplicación de una ley, sino más bien un mandato general (“cualquier clase de proceso o especialidad”), no cabría establecer excepciones, y por tanto, tratándose de sentencias estimatorias en las que se inapliquen normas inconstitucionales al interior de estos procesos, también existiría la necesidad de que éstas fueran elevadas en consulta a la

---

Lima, 1998, págs. 119 y sgtes. ; César Landa Arroyo: “Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: El caso peruano”, en *Pensamiento constitucional*, Lima, 1995, págs. 101-103 y Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Jorge de Esteban.

<sup>(38)</sup> Así, Francisco Eguiguren Praeli: “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: La evolución del modelo y los nuevos problemas”, citado, págs. 128-129, donde el asunto se aborda de manera generalizada.

<sup>(39)</sup> Llamamos procesos constitucionales de la libertad, siguiendo a Cappelletti, a aquellos mecanismos de defensa que el ordenamiento constitucional ha previsto con el objeto de tutelar los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, los derechos constitucionales. *Cfr.* Mauro Cappelletti: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, traducción del italiano de Héctor Fix-Zamudio, Instituto Mexicano de Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, D.F., 1961. Antecede Prólogo de Mariano Azuela. También, José Luis Cascajo Castro: “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 199, Madrid, 1975, págs. 149-197.

Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Creemos, no obstante lo anterior, y lo que se persigue con propiciar el conocimiento en consulta de este tipo de sentencias estimatorias, que la actual regulación procesal que rige dichos procesos constitucionales no contiene una habilitación de competencia para que ello sea ventilado por la Corte Suprema de Justicia.

Y es que, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 (en adelante LOTC), que regula las instancias competentes en las “acciones de garantía”, no contiene la posibilidad de que esta máxima instancia judicial pueda conocer de las resoluciones judiciales expedidas por las instancias inferiores, salvo el caso del Amparo contra resoluciones judiciales, donde la Corte Suprema actúa no como ente revisor, a través de la “consulta”, de lo resuelto por los jueces jerárquicamente inferiores, sino como segunda instancia. En efecto, de conformidad con el numeral 2° de la referida Cuarta Disposición Transitoria de la LOTC, las Cortes Superiores de Justicia constituyen la segunda y última instancia judicial, y en caso de que éstas expidieran resoluciones denegatorias, únicamente cabe la interposición del *recurso extraordinario*, que se tramita y conoce por ante el Tribunal Constitucional<sup>(40)</sup>.

Por lo demás, este criterio han venido compartiendo diversas instancias judiciales, como es el caso de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que se ha venido negando a elevar en consulta a la Corte Suprema de Justicia, casos como éstos donde se inaplicaban leyes inconstitucionales. También es el caso de la propia Corte Suprema de Justicia, que cuando se ha acudido a ella vía recurso de queja por denegatoria de la elevación en consulta, ha optado por remitir al Tribunal Constitucional los actuados para que sea esta instancia la que resuelva. El Tribunal, como no podía ser de otro modo, y sobre la base de que el recurso de queja no le faculta a resolver este tipo de problemas, y que la competencia de los órganos de justicia sólo puede ser establecida en virtud de una ley, se ha negado a pronunciarse sobre el asunto. (Por ejemplo, la resolución recaída en el Exp. N° 029-98-Q/TC).

<sup>(40)</sup> Cfr. Samuel Abad Yupanqui: “El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*, N° 11, CAJ, Lima, 1995, págs. 246 y sgtes.

## **VII. El control judicial de constitucionalidad de las normas de carácter general: La Acción Popular**

No obstante lo anterior, donde tal vez el modelo original de control judicial de constitucionalidad tenga forzosamente que hacer quiebra, sin lugar a dudas, se presenta a propósito de la competencia de los jueces para realizar el control de legalidad y constitucionalidad de las normas generales de rango infralegal, mediante lo que en nuestro ordenamiento se denomina Acción Popular. A través de la Acción Popular, que cuenta con un criterio de legitimación bastante amplio, los jueces del Poder Judicial, especialmente las dos últimas instancias jerárquicas (Corte Superior y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República), se encuentran facultados para realizar un control acerca de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que puedan expedir el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de Derecho Público (art. 1° de la Ley Procesal de la Acción Popular N° 24968).

Es menester añadir que en dicho proceso, en vía principal, como lo hace el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, los jueces del Poder Judicial realizan un juicio de compatibilidad abstracta entre un reglamento o, en general, respecto de decretos que tengan alcances generales, con la Constitución, y con la ley, bien sea por infracción por el fondo, o por vicios en el procedimiento de su aprobación. Alejándose del originario control judicial de constitucionalidad, donde el sometimiento de una norma al control se realiza sobre la base de unos hechos que exigen la aplicación de la norma cuestionada para resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, en la Acción Popular el objeto principal del litigio se ha de centrar en determinar la adecuación o compatibilidad de los reglamentos y normas de carácter general con la Constitución y/o la ley, independientemente de eventuales hechos y conductas que puedan verse reguladas o afectados como consecuencia de su aplicación<sup>(41)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> Para los alcances de este control constitucional de las normas de rango infralegal entre nosotros, *vid.* Jorge Danós Ordóñez: "La garantía constitucional de la Acción Popular", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 4, CAJ, Lima, 1990, págs. 151 y sgtes. Una perspectiva general, en Francisco Caamaño: *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, especialmente págs. 75 y sgtes.

Dado que la Acción Popular tiene como característica, la de fomentar un control abstracto de normas de carácter general, hace que el proceso que realiza el control sea necesariamente un proceso principal, destinado a ese único propósito, y ya no de carácter incidental. Consecuencia de ello, es que el resultado del control, de no encontrarse conforme al parámetro del control (Constitución o Ley), siguiendo al modelo de jurisdicción constitucional concentrado, tenga que verse necesariamente con el resultado de su expulsión del ordenamiento jurídico. En este caso, no con efectos *inter partes*, como acontece en el modelo americano del control judicial, sino con efectos generales, pudiendo comprender la declaración de inconstitucionalidad y/o ilegalidad la totalidad o una parte de la norma.

Al igual de lo que sucede con el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, donde el modelo originario se ha visto rebasado, ya sea por la práctica de los propios Tribunales Constitucionales, o por la configuración constitucional y legal que a propósito de sus competencias se hayan previsto, otro tanto ha sucedido en el ámbito del control judicial de constitucionalidad donde también hay nuevas peculiaridades. Ello no solamente en relación con el control de las normas con rango de ley, en el que se ha podido observar la introducción de determinadas particularidades por conducto de la legislación infraconstitucional, sino también en los propios términos en los que se ha configurado el *control* de la constitucionalidad de las normas de carácter general, configuración del modelo que se ha visto fuertemente *influenciado por el modelo concentrado del control*, del que ha tomado gran parte de los propios términos de su configuración original<sup>(42)</sup>.

De las consideraciones que llevamos hechas, llegamos a dos puntos que nos permitan ingresar a desarrollar las particularidades en que las relaciones

---

<sup>(42)</sup> Dicho sea de paso, esta tendencia a mixtificar el modelo de control judicial de constitucionalidad con el otro, el concentrado, no es tampoco un rasgo que pueda predicarse únicamente de nuestro país. Se ha advertido inclusive respecto del propio modelo originario de los Estados Unidos, donde el principio del *stare decisis* para muchos ha supuesto que la Suprema Corte se asemeje cada vez más a un auténtico Tribunal Constitucional, bien que no tenga ese nombre, ni, en fin, se encuentre fuera del Poder Judicial. Cfr. Francisco Rubio Llorente: "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en su libro *La forma del poder*, citado, págs. 463-504, y Héctor Fix-Zamudio: "La declaración general de inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo", en su libro *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, D.F., 1993, págs. 173-174.

entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial puedan presentarse. En primer lugar, el que nuestro ordenamiento atribuya de competencias formal y materialmente constitucionales a ambos órganos de la jurisdicción, y que su ejercicio necesariamente tenga que indagarse a partir de las peculiaridades anotadas, impide que en el Perú pueda hablarse lícitamente de la existencia de dos órdenes jurisdiccionales, cada uno con ámbitos competenciales materialmente definidos por el ordenamiento (o una parte de él) al que sirven: el Poder Judicial como jurisdicción de la legalidad, y el Tribunal Constitucional como jurisdicción de la constitucionalidad, bien que sí se tenga que forzosamente reconocer que tal atribución de competencias no ha supuesto la unión orgánica de ambos órdenes jurisdiccionales, sino a la inversa, esto es, que se presenten como estructuralmente separados.

En segundo lugar, que a ambos órganos de la jurisdicción se les haya asignado la calidad de “jueces constitucionales”, esto es, que coexistan en la aplicación de la norma fundamental, plantea necesariamente, como problema, el tópico de la unidad interpretativa de la Constitución; unidad interpretativa que puede verse afectada tras la coexistencia de ambos y la posibilidad latente de que dichos órganos entiendan una autonomía funcional *in sue ordine*, por virtud del cual su separación orgánica vaya a suponer no sólo una dualidad de jurisdicciones, sino, lo que es grave, el rompimiento de la unidad del ordenamiento<sup>(43)</sup>, y con él, los principios que la informan, empezando, desde luego, con el primero de ellos: la seguridad jurídica.

Resta advertir que, el problema no es en lo absoluto fácil de resolver, pues supone el tránsito de una serie de variables que discurren por todo el ordenamiento jurídico. Ya ha sido puesto en evidencia por Hans Peter Schneider, quien ha podido decir, con sobrada razón, que el “esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo”<sup>(44)</sup>, debido a lo complejo que resulta articular la existencia de un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional, ambos sometidos al texto constitucional.

(43) Especialmente en Raúl Canosa Usera: “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta”, citado, pág. 15, para quien la tarea “hermenéutica de ambas jurisdicciones (va a) coincidir con el mismo objeto -la totalidad del Orden Jurídico-”.

(44) Cfr. Hans Peter Schneider: *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 198. Antecede Prólogo de Luis López Guerra.

## VIII. Conclusiones

1. El concepto de Constitución (que históricamente tenía la labor de limitar el poder político) debe concebirse teniendo en mira dos principios rectores: *a)* la supremacía constitucional y *b)* la rigidez constitucional. El devenir histórico es parte sustancial en la evolución de la Constitución y una realidad que debe de aceptarse. Como consecuencia de ello, se tendrá a la vista un nuevo enfoque normativo y jurisprudencial.
2. El control constitucional como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional (Sagüés lo denomina el *alma mater* de la disciplina) camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional. Con lo cual, la Constitución adquiere su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico. Por lo demás, no se puede concebir ni analizar el control constitucional si es que no se toma en cuenta su génesis histórica.
3. Los órganos constitucionales que interpretan y diseñan la Constitución (ora el Tribunal Constitucional, ora el Poder Judicial) no deben extralimitarse en su función y rol protagónico, para evitar caer en contradicciones.
4. En esa línea, se sacaría provecho en los mecanismos jurisdiccionales y en el ensamblaje jurisdiccional, respetándose por cierto las esferas funcionales de ambas jurisdicciones, en la inteligencia, que en el Perú hay una dualidad de órganos que delimitan sus competencias, evitando las fricciones y las disfuncionalidades, que cumplen la labor de defensa de la Constitución.
5. Los nuevos procesos constitucionales diseñados en el Código Político de 1993, por el simple hecho de no tener una tradición jurídica, se han visto en la necesidad de ser regulados bajo un prisma distinto al sentir y voluntad de lo que quiso el constituyente.
6. De acuerdo con el criterio orientador de la comunidad constitucional peruana, todas las garantías constitucionales deben de aglutinarse en una suerte de Código Procesal Constitucional, tal como el que acaba de darse en la provincia argentina de Tucumán<sup>(45)</sup>.

Lima, enero de 2002.

<sup>(45)</sup> *Vid.* el ensayo de Sergio Díaz Ricci: “El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica”, en Revista Peruana de Derecho Público, Año 1, N° 1, Lima, 2000, págs. 269-274.

# EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO<sup>(\*)</sup>

Aníbal Quiroga León<sup>(\*\*)</sup>

*A Domingo García Belaunde, maestro  
del Derecho Constitucional peruano,  
con amistad y gratitud.*

“Durante el periodo que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta la década del 80, los cultores de este tema, se refieren en forma recurrente a la jurisdicción o justicia constitucional, sin importar, por ahora, las diferencias o matices que algunos han introducido. Lo importante, sin embargo, es que existe esta referencia. Y en concordancia con ella, siguiendo las orientaciones de Cappelletti y Fix-Zamudio, se habla en un primer momento de control jurisdiccional de las leyes, o “*jurisdicción constitucional orgánica*” y de “*jurisdicción constitucional de las libertades*”, o de la “*libertad*”, como prefiere Fix-Zamudio. Y dentro de esa línea, se agrega a “*jurisdicción constitucional transnacional*”, para referirse al ámbito, cada vez mayor, del derecho comunitario. (...).

Pero esos contenidos son válidos y plenamente aceptables en la medida que hablemos de “*jurisdicción*” o “*justicia constitucional*” o equi-

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Ex-Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Editor General de la Revista DERECHO-PUC de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

valentes. Pero cuando se piensa que por encima de lo que es la jurisdicción, o sea, la mecánica operativa de declarar un derecho o definir una situación, existen órganos que tienen a su cargo esa tarea, y procesos que se tramitan ante ellos, entonces, por la fuerza de las cosas, se va a un "*Derecho Procesal Constitucional*". (...).

Y tal clasificación tripartita, iniciada por Cappelletti, válida en su momento, pierde hoy su valor científico, si bien, por comodidad, se sigue utilizando. Y el Derecho Procesal Constitucional sólo se entiende desde una Teoría General del Proceso, que es una sola y que alimenta todos los procesos, como lo vio bien Carnelutti. Y aceptando su carácter procesal, resulta inevitable seguir la doctrina general para armar esta nueva disciplina".

DOMINGO GARCIA BELAUNDE

*De la Jurisdicción Constitucional al  
Derecho Procesal Constitucional.*

"Si parece no ofrecer duda que las normas reguladoras del proceso constitucional deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales, no está tan claro que el Derecho Procesal Constitucional, como el Derecho procesal administrativo, el Derecho procesal laboral y otras ramas del Derecho procesal, deben considerarse autónomos entre sí. (...).

A solución análoga ha de llegarse respecto de Derecho procesal constitucional. Partiendo de la unidad fundamental del proceso y utilizando los conceptos propios del Derecho procesal, ha de estudiarse el conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos de que el mismo conoce. (...).

Siendo el Derecho Procesal Constitucional una rama del Derecho procesal, no ofrecerá distintos problemas la determinación de su naturaleza jurídica que la del Derecho procesal en general. (...).

Tradicionalmente ha sido considerado el Derecho procesal como un Derecho de carácter secundario instrumental respecto del derecho material. De aquí que se haya llegado a designar "Derecho adjetivo" o "Derecho formal". Y, concretamente, el Derecho Procesal Consti-

tucional, las normas reguladoras del proceso cuyo objeto son pretensiones fundadas en Derecho constitucional, se ha considerado como instrumental. Su papel es la defensa de la Constitución.

Reaccionando GUASP contra esta afirmación, ha dicho que, indudablemente, el Derecho procesal es un Derecho instrumental, pero no del Derecho material, sino de otras finalidades superiores a las que el propio Ordenamiento jurídico material está igualmente subordinado: jurídicamente, la sustantividad de la actividad procesal, actuación de pretensiones, hace que las normas a ellas referentes sean sustantivas también. La base de esta posición está en la concepción del proceso, no como institución que tiende a la actuación de la Ley, a la tutela de los derechos subjetivos o una justa composición de la litis, sino como institución de satisfacción de pretensiones. (...)."

JESUS GONZALEZ PEREZ

*Derecho Procesal Constitucional.*

**SUMARIO:** Introducción. I. El Derecho Procesal Constitucional. II. Las acciones de garantías constitucionales. III. Las acciones de control constitucional. IV. El Tribunal Constitucional. V. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. VI. El control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada y de efectos generales: la Acción Popular. VII. Los denominados "conflictos de competencia" y su control por parte del Tribunal Constitucional. VIII. La acción contencioso-administrativa. Anexo I: Las normas administrativas en materia procesal constitucional. II: Legislación sobre las acciones de garantías constitucionales. III: Legislación sobre las acciones de control constitucional.

## Introducción

La presente ponencia tiene como necesario antecedente el trabajo publicado el pasado año en el libro colectivo *Derecho Procesal Constitucional*, impecablemente editado por el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. de México, bajo la dirección del Prof. Eduardo Ferrer Mc. Gregor Poissot, joven jurista mexicano de promisor futuro, quien nos invitara a formar parte del grupo de investigadores cuyos trabajos allí aparecen.

Hace algunos años que venimos trabajando de manera decidida el tema del Derecho Procesal Constitucional en el Perú desde nuestra actividad académica, con el apoyo e impulso de amigos y maestros del Derecho Constitucional, con el objetivo de desarrollar –en un primer momento– la definición y adecuada comprensión de los diversos *instrumentos* que el Derecho Constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación y desarrollo, tal como lo informa la propia Constitución; en tanto que –en un segundo momento– determinar y dar forma al esquema básico de estructura y funcionamiento de los mismos. Esto, que parte de la especial interpretación constitucional<sup>(1)</sup>, llega a los confines del Derecho Procesal Constitucional desarrollando toda su gama, no siempre bien comprendida y, lamentablemente, muchas veces mal tratada en la norma, en la sentencia o en la vida práctica del Sistema Jurídico nacional.

El Derecho Procesal Constitucional, al decir del eximio profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas que la doctrina del derecho comparado contiene y que fueran diseñados en la Constitución de 1979(D), y que permanecen notoriamente reformulados en la Constitución de 1993 de actual vigencia. Al desarrollarlos, efectuamos una somera revisión de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales concebidos y destinados a la consecución de esta defensa y el control de la constitucionalidad, en su caso.

Estos diversos, y a veces disímiles, instrumentos tienen como escenario de acción tanto en el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control inter-órganos, como aparece de la Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes, y los derivados de las Acciones de Garantía, cuanto en el Tribunal Constitucional a partir de la Acción de Inconstitucionalidad (la acción directa contra la ley), la posibilidad de conocer en Revisión Extraordinaria de última instancia respecto de las Acciones de Garantía denominadas Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento cuando sean denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial (en denominación que parafrasea a Cappelletti *Jurisdicción Negativa de la Libertad*), donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, si bien autónomas en su conformación, relacionadas en este extremo (como una derivación de la

---

(1) QUIROGA LEON, Anibal: "La Interpretación Constitucional"; en: DERECHO No. 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú; F. Ed., Lima, 1985; pp. 323 y ss.

*Jurisdicción de la Libertad*, según el decir del insigne Maestro italiano Mauro Cappelletti). También comprende la determinación de la Contienda de Competencia Constitucional –tanto positiva cuanto negativa– de los diversos órganos constitucionales y, finalmente, la Acción Contencioso-Administrativa destinada a impugnar ante el Poder Judicial los actos administrativos y los hechos de la administración que contengan efectos intersubjetivos.

Un aspecto importante que en esto debe ser tratado es el estudio del verdadero *intérprete auténtico* de la Constitución habida cuenta del silencio que sobre ese punto contiene la Carta Política, el rol del Parlamento, el funcionamiento de Poder Judicial, la natural función del Tribunal Constitucional y el apasionante tema del valor normativo de las sentencias del propio Tribunal Constitucional en materia de Acción de Inconstitucionalidad y de Contienda de Competencia Constitucional<sup>(2)</sup> que hacen de esta atribución, una trilogía no siempre bien conocida, ni mejor entendida.

Toca en ello la revisión de la génesis y naturaleza jurídica de las normas constitucionales, el carácter específico de su interpretación, estructura y alcances, para ingresar al estudio de los dos grandes sistemas comparados de control de la constitucionalidad: la *Judicial Review*, o Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes, o Sistema Americano de Control de la Constitucionalidad de las leyes; y el Sistema Concentrado, o Sistema Europeo, o Sistema Ad-Hoc de control de la constitucionalidad de las leyes que deriva en la existencia del Tribunal Constitucional; para arribar al esquema mixto que trae el modelo peruano, tanto de la Constitución de 1979(D), como en la actual Constitución de 1993<sup>(3)</sup>.

Junto a ello aparecen, como ya queda dicho, los instrumentos constitucionales de sede judicial propiamente dicha, denominados Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Amparo Constitucional, con la posibilidad de lograr suspensión del acto reclamado en vía de medida cautelar, la Acción de Hábeas Data, la Acción de Cumplimiento, la Acción Popular –como control directo y abstracto de orden judicial de la legislación derivada de

(2) QUIROGA LEON, Aníbal: “El Modelo de la Constitución de 1979”; en: *La Constitución Diez Años Después*, AAVV; Fund. F. Naumann y Cons. & Soc., Lima, 1989; pp. 38 y ss.

(3) QUIROGA LEON, Aníbal: “Control ‘Difuso’ y Control ‘Concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional Peruano” en: DERECHO PUC N° 50, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Fdo. Ed. Lima, DIC. 1996; pp. 207 y ss.

alcance general proveniente de la administración pública—, la Acción Contencioso-Administrativa, para culminar con la Contienda de Competencia Constitucional –positiva y negativa– ante el propio Tribunal Constitucional; todos ellos contenidos en el esquema de instrumentos que el Derecho Procesal Constitucional peruano prevé en la Carta Constitucional en defensa de la legalidad y de la constitucionalidad de los Principios Constitucionales y Derechos Fundamentales de las personas, cada uno con sus respectivas características jurídicas, normatividad aplicable y efectos jurídicos.

## I. El Derecho Procesal Constitucional

En el origen y definición del concepto de Justicia o Jurisdicción Constitucional podremos encontrar que<sup>(4)</sup>:

“El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional<sup>(5)</sup> surge con el proceso mismo de la

(4) QUIROGA LEON, Aníbal: “Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano” en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, AAVV, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima 1990; pp. 152 y ss.

(5) Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, FIX-ZAMUDIO *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1965)*; Op. Cit., como en el trabajo que tiene con Jorge CARPIZO “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”; Revista Parlamentaria Iberoamericana, N° 2, Madrid, 1986 la denota incuestionablemente como “Justicia Constitucional”; en tanto que GARCIA BELAUNDE “Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979”; en Revista DERECHO PUC N° 35; P.A. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1981; así como en el ensayo “Sobre la Jurisdicción Constitucional” optó sin lugar a dudas por la denominación de “Jurisdicción Constitucional”. KElsen, como bien apunta GARCIA BELAUNDE la denota indistintamente –quizás por la variedad idiomática o la traducción-. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debemos la opción de GARCIA BELAUNDE en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de “Justicia Constitucional” que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor “justicia” dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (FIX-ZAMUDIO) y un iusfilósofo (GARCIA BELAUNDE) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Hoy, para unos y otros, el tema aparece superado, al haberse llegado al denominador común de *Derecho Procesal Constitucional* (ver GARCIA BELAUNDE, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al*

constitucionalización del Estado moderno. Surge cuando el avance del Constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa –y de su mecanismo– de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de CROMWELL en 1658<sup>(6)</sup>. Como lo apunta el propio SCHMITT<sup>(7)</sup>, en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el Siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el pro-

---

*Derecho Procesal Constitucional*; Ed. Grijley e Inst. Iberoamericano de Derecho Constitucional–Sección Peruana, 2ª. ed., Lima, 2000; *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Marsol e Inst. Iberoamericano de Derecho Constitucional–Sección Peruana, Trujillo, 1998; GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*; Civitas S.A., Madrid, 1980). Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional”; *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, Ed. Reus, Madrid, 1988, CAPPELLETTI, Mauro: “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional” en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y LOPEZ AGUILAR, Juan Fernando: “Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España”; en: *Revista de las Cortes Generales* N° 12, Madrid, 1987; al propio FIX-ZAMUDIO, Héctor: *La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad*; doc. de trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”, Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de GARCIA BELAUNDE a la obra de BOREA ODRÍA, Alberto: *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy*; Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1985; p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general”; SOUSA CALLE, Martha y DANOS ORDÓÑEZ, Jorge en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*; Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987. pp. 281 y ss.

<sup>(6)</sup> SCHMITT, Carl: *La Defensa de la Constitución*; Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983; pp. 27 y ss. Prólogo de Pedro DE VEGA y traducción de Manuel SANCHEZ SARTEO.

<sup>(7)</sup> Op. cit.

blema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931<sup>(8)</sup>.

Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional.”

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado *Derecho Procesal Constitucional*, al decir de González Pérez<sup>(9)</sup>, quien señala lo siguiente:

“Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho Procesal Constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.

El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.”

García Belaunde<sup>(10)</sup> con singular acierto, resume por su parte, que:

“La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del Siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentan-

(8) Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe “De la Defensa de la Constitución”, se refiere además a las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos. Op. cit. y cita N° 5, STOERK. *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

(9) GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

(10) GARCIA BELAUNDE, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Inst. Iberoamericano de Derecho Constitucional -Sección Peruana-; Bib. Peruana de Derecho Constitucional, Fac. de Der. y CCPP, UNMSM; 2da. Ed., Lima, 2000.

do así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos<sup>(11)</sup>.

(...)

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América Latina, en torno a la *Jurisdicción Constitucional*. O la *Justicia Constitucional*, como algunos querían.

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso del Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía *Justicia Constitucional* cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales<sup>(12)</sup>, y *Jurisdicción Constitucional*, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez,<sup>(13)</sup>. Esta tesis, no obstante su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

(11) CORWIN, Edward S: *The "Higher Law" background of American Constitutional Law*, Cornell University Press, 1955.

(12) FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Venticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional. 1940-1965*, UNAM, México, 1968.

(13) *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

(...)

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del Derecho Procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo *jurisdiccional* puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aún teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como *Derecho Judicial*, pero que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca<sup>(14)</sup> lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustantivamente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustantivamente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Canelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

(...)

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen por qué necesariamente ser reflejo de la realidad, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, e incluso arbitrario, no vemos por qué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de *Derecho Procesal Constitucional*, hasta ahora mayoritariamente en ma-

---

(14) MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Derecho Procesal Jurisdiccional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.

nos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcala-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Vescovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando —hasta nuevo aviso— el concepto de *“Derecho Procesal Constitucional”*.

En este punto podemos determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta Constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de las dos últimas centurias, con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional.

Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, los mismos que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional y que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídico<sup>(15)</sup>; en tanto que, en otros casos estos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; los mismas que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, desarrollándose sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, de la que, como hemos visto, emana la naturaleza normativa de la misma.

Una primera y rápida revisión de la Constitución peruana de 1993 nos podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el Art. 200 de la Carta Constitucional; puesto que si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993 encontraremos que en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado Art. 200, tenemos que el Art. 138 en su segunda parte,

(15) “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico”, Cit. por KAEGLI.

el Art. 148 y el Art. 202 Inc. 3 forman parte también del Derecho Procesal Constitucional peruano.

Así, encontramos que este esquema nos determina que son 9 los Procesos Constitucionales contemplados en nuestra Carta Constitucional, los que a continuación pasamos a enumerar:

1. Control Difuso o *Judicial Review* de la Constitucionalidad de las normas legales (Art. 138);
2. Acción Contenciosa Administrativa (Art. 148);
3. Hábeas Corpus (Art. 200 Inc. 1);
4. Acción de Amparo (Art. 200 Inc. 2);
5. Hábeas Data (Art. 200 Inc. 3);
6. Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (Art. 200 Inc. 4);
7. Acción Popular (Art. 200 Inc. 5);
8. Acción de Cumplimiento (Art. 200 Inc. 6); y,
9. Contienda de Competencia Constitucional (Art. 202 Inc. 3).

Por ello, podremos organizar en un primer intento todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: (i) las acciones propiamente de garantía, por un lado; y, (ii) las acciones de Control Constitucional, por el otro. La diferencia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestado además el tipo de proceso a través de la pretensión específica, y sus efectos, que se vaya a solicitar al Juzgador Constitucional.

En nuestro Ordenamiento Jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el Difuso (*Judicial Review*) o Americano; y (ii) el Concentrado o Europeo.

Lo antes expuesto determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la *jurisdicción constitucional* pueda ser válidamente ejercida no solamente por los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los Magistrados ordinarios del Poder Judicial, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la

justicia ordinaria. En consecuencia, en nuestro medio podemos decir que la *jurisdicción o justicia constitucional* se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada ahora en el ya mencionado Art. 138, 2da. parte, de la Constitución, como cuando conocen y resuelven las acciones de Garantía Constitucional.

Hemos señalado en el párrafo precedente, que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radical está en la pretensión que se formule al Juzgador Constitucional. Así, tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de Garantías Constitucionales, y cuya pretensión está destinada a la defensa y protección de los derechos fundamentales materiales de las personas; y las Acciones de Control Constitucional, cuya pretensión, en todas sus variantes, estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus Organos y Organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

De acuerdo a lo antes expuesto serían propiamente acciones de Garantía Constitucional: (i) el Hábeas Corpus, (ii) la Acción de Amparo, (iii) el Hábeas Data y (iv) la Acción de Cumplimiento. En tanto que serán acciones de Control Constitucional: (i) la Acción de Inconstitucionalidad, (ii) el Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes (iii), la Acción Popular, (iv) la Contienda de Competencia Constitucional; y, (v) la Acción Contencioso Administrativa.

## II. Las acciones de garantías constitucionales

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución Peruana agrupa a estas acciones en conjunto, habiéndose incurrido en el error de agruparlas a la par de las acciones de control, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales. Ello, a decir de González Pérez<sup>(16)</sup>, responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del Derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

(16) GONZALEZ PEREZ, Jesús: Op. cit., p. 50.

En adición a lo antes expuesto habría que señalar que no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una Ley Orgánica que regule todas las *Acciones de Garantía Constitucional* <sup>(17)</sup>, hasta la fecha no se han dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, ni de que se promulgue un *Código Procesal Constitucional* como ya se hemos apuntado con anterioridad, y es por ello que encontramos dispersas en los diferentes ordenamientos procesales normas legales de naturaleza procesal constitucional, lo que ha conllevado la existencia en nuestro medio de un tan escaso como confuso desarrollo jurisprudencial en esta materia. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por el inevitable –y hasta necesario y saludable– confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, “concretización” <sup>(18)</sup>, aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo *pro-activo* de estos instrumentos de la defensa y control constitucional.

### III. Las acciones de control constitucional

Son aplicables también a las Acciones de Control Constitucional las antes mencionadas deficiencias que hemos anotado en el tratamiento legislativo de las Acciones de Garantías Constitucionales, puesto que la dispersión de la normatividad en esta materia es de orden general, esto es se da en todo el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

Hemos señalado en la parte general relativa a los procesos constitucionales que, la pretensión que es objeto de juzgamiento en una Acción de Control Constitucional estará constituida por la defensa del texto constitucional, y su prevalencia sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía. En todos los procesos constitucionales de control se buscará por finalidad el respeto irrestricto del texto constitucional, a través de su necesaria interpretación por parte de la autoridad (llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional) que tenga bajo su conocimiento una causa de control constitucional. Ello sin

<sup>(17)</sup> Entiéndase ello como todos los Procesos Constitucionales.

<sup>(18)</sup> HESSE, Konrad: *La Interpretación Constitucional*, cit. por QUIROGA LEON, Aníbal, *La Interpretación Constitucional*.- en: DERECHO PUC No. 39, Rev. de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú; Lima, 1985; pp. 323 y ss.

perjuicio de señalar que, en las Acciones de Garantía Constitucional al juzgarse la violación o no de un derecho fundamental, se está realizando también interpretación constitucional.

El Juzgador de una causa que verse sobre control constitucional, tendrá bajo su conocimiento una pretensión *abstracta*; esto es, deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea *subsunción legal*, si realmente la norma legal (en sentido amplio), o el acto administrativo (en sentido particular), transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional.

#### IV. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el *Órgano de Control de la Constitución*<sup>(19)</sup>. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V *De las Garantías Constitucionales* ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad-hoc de la constitucionalidad, también conocido como el *Modelo Europeo* o de *Justicia Constitucional Concentrada*<sup>(20)</sup>, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Organos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la

<sup>(19)</sup> Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001 se ha sugerido que se la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de *intérprete supremo de la Constitución*. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de 1978, desarrollada en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979.

<sup>(20)</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1968)*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la *fuertza vinculante bilateral de la norma constitucional*; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno; donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional -que hoy está más vigente que nunca- ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men* por el actual, democrático y jurídico *Government by laws* <sup>(21)</sup>. Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

El Tribunal Constitucional se halla definido, como ya queda dicho, en el Art. 201 de la Constitución que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- a) Ser el órgano del control constitucional;
- b) Ser autónomo e independiente; y,
- c) Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un periodo adicional.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente que las calidades del Magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

---

<sup>(21)</sup> KAEGI y VON IHERING, cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985; pp. 49 y ss.

En su tercera parte la Constitución se ha preocupado de establecer que los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas que la Carta Política ha reconocido a los Congresistas de la República. Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de Magistrado no es susceptible de reelección para un periodo igual e inmediato.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por el Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. Finalmente, en su parte in-fine, la norma prescribe que los Fiscales del Ministerio Público y Magistrados del Poder Judicial en actividad y que cumplan con el requisito ya indicado, deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación al Tribunal Constitucional.

La función de control directo que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se halla definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

- a) La determinación en instancia única de que una Ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada *erga omnes* por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (Art. 200, Inc. 4, Art. 202, Inc. 1 y Art. 204 de la Constitución);
- b) La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las Acciones de Garantía Constitucional de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial y por la vía del Recurso Extraordinario de Revisión en la llamada *Jurisdicción Negativa de la Libertad*; y
- c) La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los Organos Constitucionales, sea este positivo o negativo, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento cada una de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el *órgano de control de la Constitución*.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo *européo* o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929<sup>(22)</sup>, implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, *intérprete vinculante u obligatorio* en virtud de la concordancia Art. 204 ab-initio de la Constitución y Art. 35 de la LOTC<sup>(23)</sup>, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, será la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean *autoaplicables*, sean *programáticas*, sean “*estructurales*”), las segundas son de básico

(22) QUIROGA LEÓN, Anibal: “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano”; en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, AAVV, A. Quiroga L.-Compilador; F. De. PUC del Perú, Lima, 1990; pp. 153 y ss.

(23) En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y Dictámenes N°s 1419/94 y 1421/94) se definía en el Art. 1 esta interpretación como “Suprema” (Suprema: (del lat. *supremus*); adj. Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II3. Que no tiene superior en su línea (...))” Dic. de la Lengua Española; Real Academia Española; XXI De. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, t. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. Cit. por GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, 1ª. ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980.

contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado *Control Concentrado* o *Control Ad-Hoc*, esto es, de índole abstracto —y por tanto incompatible en ese punto con el *Control Difuso* o *Judicial Review*<sup>(24)</sup>— en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a *caso concreto* alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen<sup>(25)</sup> *Legislador*

(24) “En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente *difuso, incidental, especial, declarativo*; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*”, FIX-ZAMUDIO, Héctor: “La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad”; en: *Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos*; M. A. Porrúa, México, 1988; pp. 337 y ss.

(25) El calificativo de “legislador negativo” que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional pretende “desjurisdiccionalizar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su *independencia* (...); cuando habla de “legislador en sentido negativo” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribe Kelsen: “un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual

*Negativo*, esto es, con poder derogatorio directo (Art. 204 ab-initio de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una *norma sub-constitucional* <sup>(26)</sup>, de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, p.e., el Art. I del Título Preliminar del Código Civil peruano<sup>(27)</sup>, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*.

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una *demanda* en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una *iniciativa legislativa negativa* que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el Art. 203 de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía *quirúrgica* del Sistema Jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea *quirúrgica* que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el *vacío* que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará

---

o de manera general- funciona como un legislador en sentido negativo". Cit. por PEREZ TREMPES, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1981; pp. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La cita de Kelsen se refiere a: KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado*; (trad. de García Máynez), UNAM, México, 1979; pp. 303 a 334.

(26) ALONSO GARCIA: *La Interpretación Constitucional*; CEC, Madrid, 1984; p. 13.

(27) Código Civil peruano. Título Preliminar. "Art. I.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado".

jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

Ante la evidente trascendencia que supone para el sistema jurídico la *derogación de una Ley* nuestra legislación prevé una mayoría calificada de los miembros del Tribunal Constitucional para que se declare la *inconstitucionalidad* de una Ley. Así tenemos que la opción legislativa ha previsto la necesidad de 6 votos conformes de los 7 miembros del Tribunal Constitucional para el caso que se declare la *inconstitucionalidad* de una Ley.

## V. La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes

El *Control Difuso* o, también llamado *El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes* nace, como lo reconoce hoy de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, como consecuencia de la expedición de la ahora ya célebre sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, en un *Writ of Mandamus* (una suerte de *Acción de Cumplimiento*) bajo la presidencia del *Chief of Justice John C. Marshall*, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de *legislatura repugnante* y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho<sup>(28)</sup>.

El llamado *Sistema Difuso* o de *Judicial Review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional *innominado* de toda Constitución escrita<sup>(29)</sup>. Hoy en día, en los

(28) FURNISH, Dale: *La "Revisión Judicial"...*; op. cit., p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte "más importante" de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 2; Lima, 1988; pp. 100 y ss.

(29) Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EEUU y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una

países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de *Sistema Difuso*, esto es, atributo *distribuido* o *difundido* entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice *difuso* por que no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial), como un atributo de este y no susceptible de *transvase* por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos *inter-partes* y mediante declaración judicial de *inaplicación*, sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible<sup>(30)</sup>. Así

---

exclusiva y auténtica “creación” o “redefinición jurisprudencial” efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Ver FURNISH, Dale; Op. cit., pp. 96 y 97.

<sup>(30)</sup> Dice Dale Furnish: “La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) (...) la Corte ha (auto) establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto) limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la *judicial review* (...); sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esa limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la Judicial Review. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley; (...) B) Se requiere un “caso o controversia” auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (La Corte (...) no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un

aparece de modo uniforme entre nosotros en los Arts. 8 de la LOPJ(D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979(D), 138, 2da. parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente TUO de la LOPJ, que a la letra dice:

“Art. 14.- De conformidad con el Art. 236<sup>(31)</sup> de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Los son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.”

Esto quiere decir que la Justicia Constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la *Judicial Review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer,

---

juicio auténtico entre partes adversarias. (...) Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. (...) Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, *abstracta* o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. *Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema*; (...) C) La Corte Suprema no intervendrá en una “cuestión política” (esto es, en actos no judiciales); (...) y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso (...). FURNISH, Dale.- Op. cit., pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un “caso concreto” ver: BLUME FORTINI, Ernesto: “El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”; en: *Pensamiento Constitucional* N° 3, Año III, F.Ed. PUC del Perú; Lima, 1996.

(31) Véase el Art. 138, 2ª parte, de la Constitución Política peruana de 1993.

además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está *añadida* a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al *caso concreto, interpartes*, nunca le puede relevar de su función de hacer *reparto* o *distribución de los bienes jurídicos tutelados* —cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos— materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de *contralor concreto de la Constitución* como parte adicional de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario, y con una pretensión material y concreta.

Como se aprecia, la justicia constitucional concentrada, o ad-hoc, bajo el modelo kelseniano, que corresponde al Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, y hasta opuestos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del Siglo pasado e inicios de la presente centuria (la doctrina francesa la llegó a denominar despectivamente la *dictadura de los jueces* aludiendo a su no legitimación popular directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, esta es *erga omnes*. Mientras aquélla está difuminada entre todo el sistema judicial con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un sólo órgano diseñado en la Constitución para ese efecto. Mientras aquélla surge del valor que deterrmina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada.

Si lo anterior es así, cabe concluir que no se debe, ni se puede, esperar que el Tribunal Constitucional ejerza válidamente la atribución de la *Judicial Review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, es decir, de la acción directa del control de las leyes; por ser esta abstracta, por ser aquella perteneciente al ámbito específico de la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme en la inequívoca acepción de la segunda parte del

Art. 138 de la Carta Constitucional, sistemáticamente situado dentro del Capítulo reservado al Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, *excluye* implícitamente; para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden válidamente analogizar, ni extender interpretativamente, pues son taxativas y excepcionales —baste ver el principio general del derecho contenido en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil<sup>(32)</sup>—. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial ¿No se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente debe reconocerse que la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional ad-hoc, o concentrada, es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución; en tanto que el control constitucional con la *Judicial Review* a través del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o ad-hoc antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *Judicial Review* basada en el Poder Judicial, no siempre bien dispuesto o en aptitud de repetir adecuadamente el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del *Stare Decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *Common Law*<sup>(33)</sup>.

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la *Jurisdicción Negativa de la Libertad* (Art. 202, Inc. 2 de la Constitución), dado que dicha facultad, expresa, pero excepcional por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional siempre que hayan

(32) Código Civil peruano. Título Preliminar.- “Art. IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

(33) DE BERNARDIS, Luis Marcelo: *La Garantía Procesal del Debido Proceso*; Bib. Universitaria de Derecho Procesal - Aníbal Quiroga León-Director; Cult. Cuzco, Eds., Lima, 1995; pp. 82 y ss.

sido denegadas al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *Recurso Extraordinario de Revisión* (Art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano). Esto significa que en la facultad excepcional de la *Jurisdicción Negativa de la Libertad* el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer tal caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *Jurisdicción Negativa de la Libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *Judicial Review* como derivación judicial (reconducción desde el Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar<sup>(34)</sup>, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de *autocontrol de sus poderes* o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

Para graficar la importancia de estas facultades, y la complejidad de sus delimitaciones, citaremos a Fernández Segado<sup>(35)</sup>, reputado Catedrático español, a propósito de las célebres *Sentencias* del Tribunal Constitucional peruano en los casos de la Ley N° 26435, Art. 4<sup>(36)</sup>, referida al quórum válido para votar las causas de inconstitucionalidad, y la Ley N° 26657 expedida por el Congreso Nacional a propósito de la *Interpretación Auténtica* del Art. 112 de la Constitución Política del Perú que pretendió facilitar el acceso lícito del Presidente de la República a un tercer periodo de gobierno (siendo que el texto expreso faculta

<sup>(34)</sup> Ver supra N° 21 *ab initio*.

<sup>(35)</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "El Control Normativo de la Constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado" en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, K. Adenauer-Stiftung A.C.-CIEDLA, Bs. As., Ed. 1999.

<sup>(36)</sup> El Congreso de la República remitió al Presidente de la República la Ley la autógrafo de la Ley que modificaba el Art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho proyecto de Ley fue observado por el Poder Ejecutivo. A la fecha se encuentra nuevamente en la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República. El mencionado Proyecto de Ley tiene por finalidad reducir el quórum calificado de 6 votos a 5 votos a fin que se declare la inconstitucionalidad de una Ley.

sólo dos) y donde el Tribunal Constitucional, en una acción directa contra esta Ley de *Interpretación Auténtica*, ante la imposibilidad de declarar su inconstitucionalidad por falta de quórum en la votación (6 sobre 7 según el Art. 4to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), decidió por sí y ante sí, aplicarle el *Control Difuso* del Poder Judicial:

“Esta argumentación resulta, a nuestro entender, por entero improcedente, pues presupone el entendimiento del control abstracto de inconstitucionalidad que refleja la acción de inconstitucionalidad como una suerte de procedimiento litigioso con partes enfrentadas por intereses contrapuestos, con ignorancia de que el control abstracto de normas no se origina en función de un conflicto de intereses concreto, sino simplemente por una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una ley singular. Es por ello mismo por lo que la doctrina alemana se habla de un “*proceso objetivo*” en el que los órganos que lo han iniciado no adoptan, en su calidad de titulares de los intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes (de demandantes propiamente dicho), actuando en cierto modo como defensores de la Constitución. A este respecto, Söehn<sup>(37)</sup> ha señalado que estamos ante un procedimiento unilateral, no de contienda; es decir, se trata de un procedimiento sin partes o litigantes.

(...)

La acción de inconstitucionalidad iba a desencadenar dos Sentencias bien dispares: en una de ellas, suscrita tan sólo por los tres Magistrados que más tarde serían (por ello) destituidos (por el Congreso Nacional luego de un *Impeachment* o Juicio Político), a partir de una decisión improcedente y sin apoyo constitucional alguno, de aplicar el “control difuso” y no el “control concentrado”, se declaraba *inaplicable* la citada Ley Interpretativa No. 26.657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del (entonces) Jefe de Estado. Creemos innecesario reiterar lo ya expuesto entorno a la ineludible necesidad de separar el control difuso del concentrado. Como dijera García

<sup>(37)</sup> Op. cit., ver cit. N° 54. SOEHN, H. (1976): “Die abstrakte Normenkontrolle” en: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. (Homenaje al Tribunal Constitucional Federal Alemán con motivo de su XXV aniversario), Tübingen, t.I, p. 304.

Belaúnde<sup>(38)</sup>, en realidad esta resolución (fue) una valiosa y honorable expresión de tres Magistrados sobre la inaplicabilidad, pero nada más. Se trata de un documento de indudable fuerza moral, revelador de una encomiable independencia de criterio, pero sin valor jurídico.

(...)

Y ello reclama una reflexión adicional. El Tribunal Constitucional es un Órgano Jurisdiccional; obvio es decirlo, y sin embargo resulta necesario recordarlo cuando el comportamiento de algunos Magistrados más parece regirse por los parámetros políticos propios de los Parlamentarios que por los que caracterizan a los Jueces en todo orden”.

Es precisamente por ello, y dentro de esta misma problemática, que en su momento nosotros sostuviéramos que:

“Para los efectos de cualquier determinación de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se halla obligado a respetar la regla preexistente de seis votos conformes (...), y por que la misma se halla vigente y obliga a todos en la República, máxime a los Magistrados del Tribunal Constitucional a los que se halla especialmente dirigida, y por que no se puede violar la ley en aras de preservar la ley; es decir, la derogación de la segunda parte del Art. 4to. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional peruano que fue demandada es consecuencia de dicho fallo, y no causa del mismo, por lo que en esta vía del control directo está expresamente vedado su inobservancia, siendo que no habiendo caso concreto o subjetivo alguno (es una acción de control directo o abstracto), y no proviniendo esta causa de la denominada “jurisdicción negativa de la libertad”, tampoco cabe aceptar el sofisma de la “inaplicación para el caso concreto” de que trata la segunda parte del Art. 138 de la Constitución del Perú de 1993 en consonancia con el Art. 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reserva esta facultad para los jueces jurisdiccionales del Poder Judicial del Perú. Sólo se podrá alzar contra la ley y disponer su fulminación por inconstitucionalidad si se observa la regla moral del cumplimiento de la ley, sin valerse de artificios pseudo-jurídicos para “recrear” una solución inexistente, habilitada *exprofesso* para este caso, pues

---

(38) GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Dos a Cero”, en: Diario *Expreso* de Lima, ed. del 21 de febrero de 1997.

de lo contrario no tendría el Tribunal Constitucional fuerza moral suficiente para sancionar los excesos legislativos del Congreso cuando puede caer directamente y sin escrúpulos en el mismo proceder: ¿Con qué autoridad moral podrá el Tribunal Constitucional deponer el viciado acto legislativo del Congreso si habrá de proceder con igual intención politizando indebidamente su fallo y su función?<sup>39</sup>.

## VI. El Control de la Legalidad y Constitucionalidad de la legislación derivada y de efectos generales: la Acción Popular

La Acción Popular es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del Derecho Procesal Constitucional que provee la Constitución Política del Estado a los justiciables para el control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada, esto es para el control en *sede judicial* de las normas administrativas con carácter general cuando éstas contravengan la Constitución o las leyes. Es, por tanto, una acción de control directo de la legislación derivada (ley en sentido material), de orden abstracto (de puro derecho en trabajo de subsunción interpretativa) y de legitimación abierta sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad, en puridad, corresponde al Poder Judicial como agente del control constitucional.

No es ésta, reiteramos, en puridad, una *acción de garantía constitucional* (como erróneamente se la expresa en el texto del Art. 200 de la Carta Constitucional), sino una de *control directo por parte del Poder Judicial sobre de la legalidad y/o la constitucionalidad de las leyes administrativas* (reglamentos en especial, y normas reglamentarias en sentido lato) de la administración pública en general, cualquiera sea su origen o posición.

La doctrina y la legislación ponen en sede del Poder Judicial, la posibilidad que éste de un modo abstracto pueda determinar si aquello normado por la Administración Pública, en la denominada legislación derivada se adecua o no a los parámetros establecidos en la Ley y en la Constitución.

El control directo que la Acción Popular establece dentro del ámbito de competencia del Organo Jurisdiccional es, en primer lugar, un control

<sup>(39)</sup> QUIROGA LEON, Aníbal: *Control "Difuso" y control "Concentrado" en el Derecho Procesal Constitucional peruano*, op. cit., p. 233.

legislativo; en tanto que en segundo lugar éste puede llegar a ser un control constitucional y convierte al Órgano Jurisdiccional en Juez Constitucional de la legislación derivada de la administración pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una Acción Popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal, p.e. (reglamento vs. ley) sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno.

Nuestra Carta constitucional ha optado por otorgar competencia al Poder Judicial para que en su sede se determinen a través de la Acción Popular, si los Reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales colisionan con la Ley y con la Constitución, debiéndose de realizar el examen de la legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda *ilegalidad* supone siempre una necesaria *inconstitucionalidad*.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la Acción Popular, no tendrá otra finalidad que la de preservar la legalidad y constitucionalidad de los Reglamentos y normas administrativas de carácter general, y para que ello sea determinado por el Juzgador Constitucional deberá necesariamente de llevarse a cabo un exhaustivo análisis de subsunción de la norma que supuestamente vulnera la ley y/o la Constitución, partiendo éste de la indispensable labor interpretativa de la Ley y la Constitución. Débese considerar necesariamente en este análisis la premisa básica de interpretación de que toda norma nace siempre bajo la presunción de ser válida y constitucional.

## **VII. Los denominados “Conflictos de Competencia” y su control por parte del Tribunal Constitucional**

Como hemos señalado precedentemente, el Conflicto de Competencia es también un Proceso Constitucional, siendo su finalidad la *interpretación del Texto Constitucional y con ello el control por parte del Tribunal Constitucional del ejercicio de las facultades que le son atribuidas a las diferentes entidades del sector público*. Es un proceso que lo podemos clasificar dentro de la jurisdicción constitucional como un *proceso de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las competencias constitucionales y legales*.

Los procesos constitucionales sobre Conflicto de Competencia pueden ser clasificados en dos:

- (i) Conflicto negativo de competencia, cuando un órgano demanda ante el Tribunal Constitucional para que se le atribuya una competencia a su contendor, quitándosela de encima mediante una interpretación vinculante; y,
- (ii) Conflicto positivo de competencia, cuando un órgano constitucional demanda al Tribunal el que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberán de restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

Sobre la base de lo antes expuesto, conforme a lo dispuesto en el Art. 202, Inc. 3, de la Constitución los *Conflictos de Competencia* que serán juzgados por el Tribunal Constitucional solamente se refieren a aquellos que se susciten de las atribuciones que la Carta Constitucional confiere a los diferentes estamentos del Estado, a raíz de la distribución o asignación de facultades que todo texto constitucional conlleva intrínsecamente.

Al desarrollarse legislativa la norma constitucional antes mencionada se ha determinado que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia se limita a los siguientes *conflictos de competencia*:

- (i) Entre el Poder Ejecutivo y uno o más Gobiernos Regionales o Municipales;
- (ii) Entre dos o más Gobiernos Regionales, Municipalidades, o de ellos entre sí; y,
- (iii) Entre los Poderes del Estado entre sí o cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí.

Sin embargo, no ha habido una importante intervención del Tribunal Constitucional en el ejercicio de esta facultad. Cabe señalar que la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha determinado que si el conflicto que es sometido a su conocimiento proviene de una Ley o de una norma con rango de Ley, la vía procesal para la solución de dicha controversia constitucional se reconduce a la *Acción de Inconstitucionalidad*, y se la tramitará como tal.

Lamentablemente hasta la fecha nuestro Tribunal Constitucional no ha desarrollado una jurisprudencia considerable respecto a esta competencia. Este proceso constitucional no ha tenido tal vez la importancia que, por

ejemplo, ha logrado en España a raíz de los conflictos que cotidianamente surgen entre el Gobierno Central y las diversas Comunidades Autónomas.

### VIII. La Acción Contencioso-Administrativa

La Acción Contencioso-Administrativa es el proceso que, a nuestro juicio constitucional, el texto expreso de la Constitución prevé con la finalidad de que el administrado<sup>(40)</sup> pueda solicitar al Poder Judicial el control de los actos administrativos (representados formalmente en Resoluciones Administrativas) de efectos particulares, y con ello la prestación de orden subjetiva que este le negado de modo previo, siempre dentro del control *interórganos* que tan acertadamente definiera en su momento Kart Loewenstein. Para este efecto, ya hemos expuesto en la parte primera de la presente Ponencia las definiciones concernientes a la Administración Pública, los Actos Administrativos, sus características, naturaleza, clases etc.

Desde la vigencia del Art. 240 de la Constitución Política del Estado de 1979(D) se definió –como ya se ha dicho– a la Acción Contencioso-Administrativa como aquella *acción de control interórganos* que puede interponer el ciudadano o el administrado contra cualquier acto o resolución de la administración pública en general que *causa estado*, lo que ha sido expresamente reiterado en el Art. 148 de la Carta Política de 1993 en actual vigencia, norma constitucional que a la letra dice:

“Art. 148.- Las resoluciones administrativas *que causan estado* son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”. (subrayado agregado).

<sup>(40)</sup> A partir del 7 de enero del 2002 ha entrado en vigencia la Ley N° 27584 “Ley del Proceso Contencioso-Administrativo”, por la cual se confiere también a la Administración Pública la posibilidad de interponer la Acción Contenciosa Administrativa contra aquellos Actos Administrativos que hayan sido expedidos en contra de los intereses del Estado. Creemos que ello no se condice con la norma constitucional antes expuesta. Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe precisar que encontramos ciertamente un avance legislativo el contar con una norma que regule el trámite de este proceso constitucional, puesto que hasta este momento la ley que regía la Acción Contenciosa Administrativa era el Código Procesal Civil, a todas luces impropio, lo que se prestó a muchas confusiones al querer aplicarse a este tipo de proceso las normas que rigen sobre un proceso de naturaleza y pretensiones civiles.

En ese sentido, el Art. 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en actual vigencia señala que:

“Art. 23.- La acción contencioso-administrativa de que trata el Art. 240 <sup>(41)</sup> de la Constitución se rige, en cuanto a sus reglas de competencia, procedencia y procedimiento, por su propia ley.”

La remisión a una ley posterior (reserva legislativa) a que se refiere el Art. 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha sido ya cubierta como anotamos precedentemente mediante la Ley 27584, de reciente vigencia y que constituye un avance en el desarrollo legislativo en materia procesal constitucional, puesto que no creemos que haya tenido un resultado positivo el equiparar a la Acción Contenciosa Administrativa dentro de los alcances de un proceso civil, en tanto que como se desprende de la introducción de la presente Ponencia, el Derecho Procesal Constitucional es una rama independiente que ha ido cobrando autonomía a raíz del desarrollo de los instrumentos que la Constitución otorga a los ciudadanos a fin de accionar en defensa de lo que allí se dispone.

La Acción Contencioso-Administrativa de que trata el Art. 148 de la Constitución es, por su naturaleza jurídica, una acción constitucional de control de la legalidad y constitucionalidad del Poder Judicial sobre los actos y hechos administrativos de carácter y efecto particular en los ciudadanos por parte de la Administración Pública. Allí, en el núcleo de la naturaleza jurídica, es que se halla el concepto de *causar estado* en tanto define a los actos y hechos de la administración de efecto y carácter subjetivo y particular sobre los administrados (le causan status jurídico en su esfera de intereses, le afectan el status jurídico de sus derechos subjetivos) en contraposición con los actos y hechos normativos de la administración pública que, precisamente, *no causan estado* directo por ser de carácter objetivo, *erga omnes*, genéricos. En consecuencia, la definición constitucional de *causar estado* que actualmente se halla en el Art. 148 de la Constitución se refiere, sin duda alguna, a la definición de su naturaleza y sentido jurídico (de los actos y hechos –actividad– de la administración pública que afecta los derechos subjetivos o materiales de los ciudadanos y que, por tal motivo, legitiman de modo activo a éstos -y sólo a éstos o quienes de ellos deriven legítimamente su derecho- a recurrir al Poder Judicial para

(41) Hoy referido al Art. 148 de la Constitución Política del Perú de 1993 en actual vigencia.

solicitar al Juez la prestación que ha sido previamente negada en el procedimiento administrativo que le es antecedente.

En efecto, la operatividad del ejercicio de esta acción contencioso-administrativa, determina que la demanda se interponga contra todo acto o resolución de la Administración Pública que causa estado, esto es que afecte los derechos subjetivos de los particulares, a fin de que se declare su invalidez o ineficacia, concediéndose al mismo tiempo por la autoridad judicial la prestación material que fuera el objeto del reclamo administrativo originario y que la autoridad administrativa ha denegado de modo previo. Por lo tanto, el objeto mediato de la Acción Contencioso-Administrativa será lograr que el Poder Judicial controle la legalidad y/o constitucionalidad de los actos y resoluciones administrativas de efectos intersubjetivos, esto es, de carácter particular (he ahí la definición de causar estado que contiene el precepto constitucional que le da sustento); en tanto que el objeto inmediato será la expectativa del administrado demandante de obtener de la autoridad judicial, en vía de rectificación, lo que le ha sido previamente negado por la autoridad administrativa en el procedimiento antecedente.

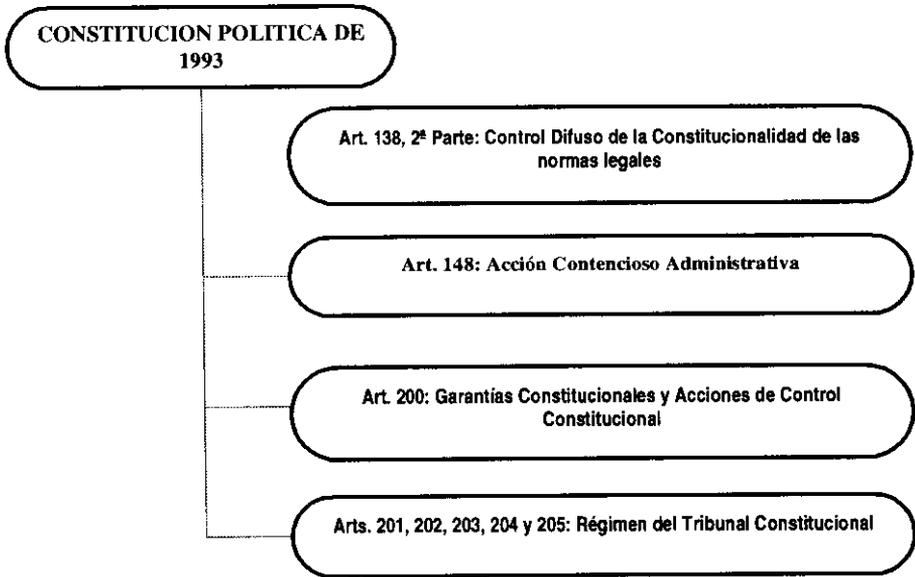
Por lo tanto, el sujeto pasivo de la Acción Contencioso Administrativa será siempre la Administración Pública o el Organo Administrativo titular del acto administrativo o hecho de la administración que ha negado de modo previo tal prestación . De allí la supremacía que la Constitución le concede al Juez ordinario por sobre todos los actos de la Administración Pública que contengan efectos intersubjetivos o particulares, es decir, que causen estado al ciudadano disconforme, permitiéndole su revisión y, eventual rectificación en sede judicial.

Lima, diciembre de 2001.

# ANEXO I

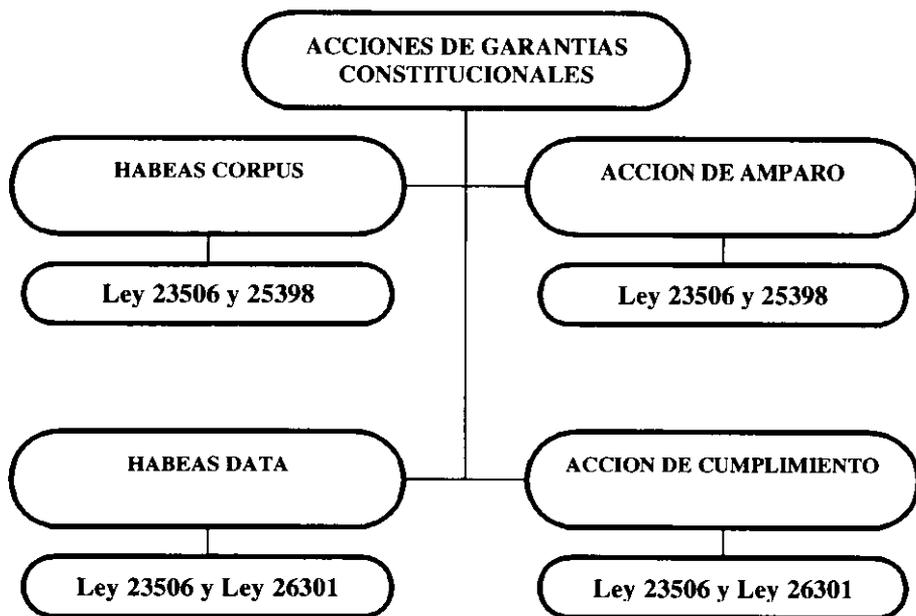
## EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERU

### Las normas constitucionales en materia procesal constitucional



## ANEXO II

### LEGISLACION SOBRE ACCIONES DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES



## ANEXO III

### LA LEGISLACION SOBRE ACCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL



# CONSTITUCION Y ETNIA EN EL PERU (\*)

Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio (\*\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. En la época de la República. III. La Constitución de 1979. IV. Las comunidades campesinas y nativas en Constitución de 1979. V. ¿Qué dice la Constitución de 1993? VI. Principales reivindicaciones colectivas. VII. La denominada jurisdicción indígena. VIII. Particularidades del artículo 149. IX. A manera de conclusión.

## I. Introducción

El lema “*Por mi raza hablará el espíritu*”, consignada en la amable invitación que nos cursara el Comité Organizador del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional nos permite decir algo sobre la etnia en el Perú. América y Europa, no siempre han mantenido relaciones como las establecidas en la actualidad, por el contrario, el Continente americano les era totalmente desconocido a los europeos, para luego tomar máxima importancia una vez descubierto este lugar del mundo, por la enorme cantidad de metales preciosos hallados y apreciados por los colonizadores de aquella época.

En el Perú al igual, que en las demás colonias europeas, se establecieron un dominio político, social y económico, con el establecimiento de conceptos totalmente diferentes sobre la persona, sobre el gobierno, sobre la concepción

---

(\*) Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, a desarrollarse durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

(\*\*) Profesor de la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo-Perú. Magistrado de carrera del Poder Judicial.

del mundo, sobre la economía, etc., que los pobladores oriundos o nativos de esos lugares no pudieron comprender en forma inmediata por no responder a la realidad en que ellos se desarrollaron. Obviamente por la forma de organización política predominante en aquella época (XVI) se estableció el coloniaje en estas partes, fundamentalmente para Centro y Sud América, que duró por espacio de tres siglos, en el que los pobladores originarios fueron totalmente marginados de las decisiones gubernamentales, habiendo sido convertidos en súbditos de última categoría.

Han habido concepciones que inclusive negaban que los nativos de estos lugares no poseían alma, fundamentándose en sus aspectos raciales y culturales, habiéndose expresado en aquella época con toda valentía Bartolomé de las Casas en defensa de los indígenas de esta parte del país. Por el contrario Juan Ginés de Sepúlveda afirmaba entre otras razones que hacían legal y necesaria la guerra contra los naturales, la gravedad de sus pecados, la rudeza de su naturaleza y la consecuente facilidad que habría para difundir la fe cristiana; mientras que Las Casas defendía lo contrario: no era justo hacer la guerra a los naturales y la evangelización debía realizarse de modo pacífico<sup>(1)</sup>. Incluso tal situación de colonización determinó la discusión académica en la Universidad de Salamanca, habiendo destacado las ideas de Francisco de Vitoria, quien sostenía que la necesidad del poder en la comunidad política, pero que no reside en ningún hombre en particular, sino en el conjunto de los hombres; luego es partidario del derecho de resistencia que no debe ser parcial o individual, sino general y encarnada en por los órganos generales del pueblo<sup>(2)</sup>.

## II. En la época de la República

La ruptura del dominio español y la fundación de la República determinó una organización política independiente; sin embargo, quienes conformaban las grandes poblaciones de campesinos no participaron en el pacto político de organizar la República. Quizás tampoco comprendieron adecuadamente el significado de la República, sin lograr diferenciarla exactamente entre gobierno republicano independiente con gobierno colonial. Esto ocurre en todos los

<sup>(1)</sup> José de la Puente Brunke, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Una visión desde la historia*, en Fabián Novak y Juan José Ruda (Editores) *Declaración Universal de los Derechos Humanos 50 años*, p. 23.

<sup>(2)</sup> S. Y. M. López Zurini, *Nociones de Historia del Derecho Político*, p. 84.

países latinoamericanos con sólidas raíces indígenas o nativas, no es que el Estado sea necesariamente intolerante con éstos, sino que dichos grupos, básicamente etnoculturales, que no integran el núcleo del pacto social, viven aislados de los centros dominantes del Estado, en territorios por lo general fronterizos o no integrados al espacio económico, base del poder central<sup>(3)</sup>.

Los grupos étnicos de selva o también conocido con el nombre de nativos de la selva peruana, que conforman más de 36 agrupaciones con idiomas y concepciones diferentes entre ellos, aunque con un denominador común, grupos que habitan la selva peruana fueron totalmente ignorados en el pacto político hasta la Constitución de 1920, donde se comenzó a definirse un nuevo entendimiento y una progresiva aceptación de la diversidad cultural y étnica del país, como un elemento histórico, social, económico importante y empezaron a plasmarse en las normas condiciones específicas que pudieran garantizar el mantenimiento a largo plazo de la diversidad<sup>(4)</sup>; más que mantenimiento aceptación de la una realidad ignorada en las anteriores cartas.

Este reconocimiento se expresó en el artículo 58 de la Carta de 1920 cuando textualmente expresa el indicado dispositivo:

*"El Estado protegerá la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.*

*"La nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden."*

La raza indígena es considerada como sector no integrante del Estado peruano en aquella época, obviamente son considerados peruanos por el hecho de haber nacido dentro del territorio peruano, sin embargo no les fueron reconocidos sus derechos al sufragio por no saber leer y escribir conforme lo establecía la misma Constitución en su artículo 66 de la Constitución.

La Constitución de 1933, dedicó el Título XI a las *Comunidades de Indígenas*, reconociendo su existencia legal y personería jurídica. El Estado garantiza la integridad territorial de las comunidades, reservando a la ley la organización del catastro correspondiente. El artículo 209 de la Carta de aquel año, establece que la propiedad de las comunidades es imprescriptible y enajenable,

(3) César Lana Arroyo, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, p. 37.

(4) Roque Roldán y Ana María Camayo, *Legislación y Derechos indígenas en el Perú*, p. 63.

exceptuando sólo por causa de utilidad pública, previa indemnización. El instrumento acotado también establece su inembargabilidad. Lo interesante de la Constitución de 1933 es que sin utilizar la terminología actual de multietnicidad y pluriculturalidad, ha establecido que el Estado debe dictar leyes civiles, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiaridades indígenas exigen conforme puede apreciarse del artículo 212. La Constitución mencionada no desconoce la condición de peruanos y ciudadanos a todos los nacidos dentro del territorio y a los mayores de edad, los casados mayores de 18 años de edad, sin embargo, no se les reconoce el derecho a sufragio por no saber leer y escribir. Es decir, el analfabeto que en su mayoría pertenecen a las comunidades no participan en las decisiones políticas del país.

### III. La Constitución de 1979

Desde 1933 hasta el año de 1979 se han suscitado acontecimientos de trascendencia mundial y continental, es así que después de la finalización de la segunda conflagración mundial se produce *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de fecha 2 de mayo de 1948, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana; luego la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución número 271, de fecha 10 de diciembre de 1948; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en resolución 2200 A del 16 de diciembre de 1966; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptada por la Asamblea General en resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entre otros., han influenciado para que en la Constitución de 1979, elaborada por la Asamblea Constituyente de 1978 en los últimos años de la dictadura militar, se consignent los conceptos más adecuados sobre los derechos humanos elaborados hasta tal fecha. Inclusive a favor de los grupos étnicos o pueblos indígenas.

De ahí que en el Preámbulo de la Constitución de 1979 declara que existe el propósito de *promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotadores ni explotados, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a las formas superiores de convivencia y apta para recibir y*

*aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo.* Luego el legislador constituyente, al establecer *los derechos de toda persona*, en el inciso 2º del artículo 2 de la Constitución 1979, prescribe la igualdad de la persona ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.

Con respecto a la educación, la ciencia y la cultura, a través del artículo 34 se dispone preservar y estimular las manifestaciones de las culturas nativas, como también las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía. Luego también se promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes; luego, garantizando a las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria en su propio idioma o lengua, conforme lo dispone el artículo 35. En el artículo 88, dispone que el Estado rechaza toda discriminación racial, siendo solidario con los pueblos oprimidos del mundo. Los dispositivos anotados, demuestran que existe el reconocimiento que la población peruana tiene una estructura social compleja, es decir multiétnica, por tanto, pluricultural. En el constituyente de 1979 estar particularidades de la sociedad peruana han sido adecuadamente comprendidos. Reconociendo también que existe una situación de discriminación entre estos sectores sociales por diversas razones el Estado reitera su rechazo a todo forma de discriminación.

#### **IV. Las comunidades campesinas y nativas en la Constitución de 1979**

La Constitución de 1979 (art. 161) introduce la diferencia entre Comunidades Campesinas de las Nativas. Con término de comunidad campesina se identifica a las poblaciones de los Andes peruanos los que se identifican por el lenguaje, por la propiedad colectiva sobre sus tierras y por su tradición histórica; mientras por comunidades nativas, a las poblaciones que habitan la selva peruana con similares características a las poblaciones andinas, pero ubicados en áreas geográficas totalmente distintos. Se les reconoce a cada una de ellas su existencia legal y su personería jurídica. La misma carta les reconoce también su autonomía en su organización, en el trabajo comunal que desarrollan, en el uso de la tierra, luego en lo económico y lo administrativo, dentro del marco que la ley establece. Se establece que el Estado respeta y protege las tradiciones de la Comunidades Campesina y Nativas, propiciando la superación cultural de sus integrantes.

El Estado (art. 162) promueve el desarrollo integral de las Comunidades sean Campesinas o Nativas. Al mismo tiempo, la Carta establece que debe fomentarse las empresas comunales y cooperativas. Luego la Carta establece que sus tierras son inembargables, imprescriptibles e inalienables; pero con respecto a lo último se establece la excepción establecida por ley y *fundada en interés de la Comunidad*, solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta, o también en *caso de expropiación* por necesidad y utilidad pública. En ambos casos con previo pago en dinero. También se establece la prohibición del acaparamiento de tierras dentro de las comunales.

## V. ¿Qué dice la Constitución de 1993?

La Constitución de 1993 fue redactada por el Congreso Constituyente Democrático después del autogolpe que dio el presidente de entonces Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, quien estableció el *Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional*, y luego lo sometió a referéndum. Es necesario indicar que en el Perú no se habían producido cambios políticos y sociales que requerían la adopción de nuevos principios jurídicos y políticos, que ya no se hallaban en compatibilidad con la Constitución vigente. No obstante la existencia de trabajos que sustentaban la necesidad de reforma de la Constitución de 1979, a los de diez años de vigencia de la Constitución<sup>(5)</sup>; sin embargo, llegamos a tener una nueva Constitución. Después de introducir ciertas mecanismos con el propósito de fortalecer más el autoritarismo la Constitución de 1993 no viene a ser más que copia de la de 1979, sobre todo en cuanto respecta a los derechos fundamentales, por tanto, se aprecia lo siguiente en cuanto respecta a nuestro tema:

Ha establecido como derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural. Luego reconociendo al mismo tiempo y protegiendo la pluralidad étnica y cultural de la Nación (art. 2-19). Con respecto al idioma y con la misma orientación establecida del reconocimiento de la pluralidad cultural se establece también como idiomas oficiales el quechua, el aymara y demás lenguas aborígenes, de acuerdo a ley (art. 48). Luego, reconoce la existencia legal y su personalidad jurídica de las Comunidades Campesinas y de las Comunidades Nativas (art.

---

(5) Hacemos referencia a la publicación efectuada por la Fundación Friedrich Nauman, *La Constitución diez años después*, luego al trabajo de Francisco Eguiguren P., *Los retos de una democracia insuficiente*.

89). También se reconoce a las comunidades su autonomía en su organización, en el trabajo comunal, en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece.

Se señala también que la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono, pasan a dominio del Estado para su adjudicación en venta (art. 88). Conforme puede apreciarse, con la Constitución de 1979 las tierras comunales podían ser objeto de transferencia en interés de la misma comunidad siempre que haya acuerdo para ello, por la mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de la Comunidad; y en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública; en ambos casos, con pago previo en dinero. Sin embargo, en la Constitución de 1993 se han dejado de lado estas modalidades de afectación de la propiedad comunal para introducir la figura del abandono de tierras comunales como causal para que las mismas pasen al dominio del Estado a fin de que pueda ser objeto de venta.

Luego la novedad fue la introducción del artículo 149 en el Capítulo VIII que corresponde al Poder Judicial, donde a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas se les concede el ejercicio de funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. Esta potestad podía desarrollarla con apoyo de la Rondas Campesinas. Se estableció la posibilidad de la coordinación de dicha jurisdicción especial con Juzgado de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

## VI. Principales reivindicaciones colectivas

Los grupos o colectividades indígenas han planteado reclamos de carácter colectivo en forma homogénea no solo dentro del país, sino también los que existen otras realidades a la nacional. Siendo las siguientes.

- a) *La tierra.* Esta fue o es la reivindicación tradicional más importante porque representa su propio medio de subsistencia económica y por la existencia de la unidad entre la tierra y el indígena en la cosmovisión de estos pueblos. Por esta razón las Constituciones peruanas de 1920 (art. 41), 1933 (arts. 298 y 209), 1979 (art. 163) y la última de 1993 (art. 88), reconocen las propiedades de las comunidades protegidas por el Estado, reconociendo su intangibilidad e imprescriptibilidad, a excepción de la última Constitución.

La mayor preocupación por la tierra sino ha sido superado en el cien por ciento, lo ha sido en su mayor parte con el proceso de Reforma Agraria que ha desarrollado el Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado, proceso de reforma considerada la más radical inclusive que la gestada por Fidel Castro en Cuba.

Países que no han tenido procesos traumáticos de modificación de relaciones en el campo, como Colombiana, después de reconocer que la tierras comunales son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63), postula la conformación de entidades territoriales comunales y su delimitación efectuado por el gobierno nacional con participación de los representantes de las comunidades de indígenas (art. 329). Mientras que la Constitución argentina reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, regulan la de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, establecen al mismo tiempo que estas tierras no serán enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos (art. 75-17).

Otras constituciones posiblemente teniendo en cuenta que fueron objeto de usurpación, plantean la necesidad de su “recuperación” como la ecuatoriana (art. 84-2) que reconoce el derecho de los indígenas a la adjudicación gratuita de la tierra, del mismo modo la paraguaya, prescribe que el Estado les proveerá de tierras a los indígenas (art. 64)<sup>(6)</sup>.

- b) *Las lenguas, la educación y las culturas indígenas.* Indicaremos que frente a la oficialidad de la lengua dominante del Estado se plantea también el problema de la oficialidad de la lengua de la pueblos o comunidades de indígenas. La Constitución del Paraguay (art. 140) declara que son idiomas oficiales el *castellano* y el *guaraní*. Mientras que las demás Constituciones<sup>(7)</sup>, incluida la peruana de 1979 (art. 83) y la de 1993 (art. 48), proclamando que el castellano es la lengua oficial del Estado, también consideran las lenguas indígenas oficiales en las zonas donde estas predominan, o sencii-

<sup>(6)</sup> Vicente José Cabedo Mallol, “Los pueblos indígenas y sus derechos en las Constituciones Iberoamericanas”, en *Revista Iberoamericana de autogestión y acción comunal*, segunda época, p. 76.

<sup>(7)</sup> Las Constituciones de Ecuador, Colombia y Nicaragua.

llamente indicando en sus territorios. Específicamente en la Constitución derogada de 1979 la redacción era la siguiente: *“Es castellano es el idioma oficial de la República. También lo son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y la forma que la ley establece. ...”* La Carta de aquella época reconociendo que en el Perú existen más lenguas en los diferentes grupos étnicos, indica que las demás lenguas aborígenes constituyen patrimonio cultural de la Nación. Mientras que la Constitución vigente tiene la siguiente textura: *“Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según ley”*.

Con relación a la educación la Constitución de 1993 (art. 17) establece que fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona; luego también indica el dispositivo, que preserva las manifestaciones culturales y lingüísticas del país. La Constitución de 1979 (art. 35) prescribía que el Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes, garantizando el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas *a recibir educación primaria en su propio idioma o lengua*.

En Perú es cierto que existen muchas lenguas que corresponden a las Comunidades Campesinas y Nativas, siendo las principales el quechua y aymara, sin embargo estas no tienen una grafía propia, sujetándose a la lengua castellana, siendo por tanto su utilidad muy limitada, por tanto tenía razón el texto de la Constitución de 1979 cuando limitaba la educación bilingüe a la educación primaria. La educación bilingüe en la educación media y superior afrontaría una serie de dificultades técnicas, puesto que los nativos para leer su lengua previamente deberían aprender el dominio de la lengua castellana. Por otro lado, teniéndose en cuenta que toda la gama de la cultura se encuentra en lengua española o idiomas exrangeros (alemán, inglés, francés, etc.) se torna casi imposible continuar recibiendo a los miembros de la comunidad educación en su lengua nativa.

Se puede admitir que es una reivindicación de los pueblos indígenas el expresarse y recibir educación en su propia lengua; sin embargo, la articulación de una educación en su propia lengua se limita sólo hasta cuando le sea útil, luego él mismo comprenderá que su lengua autóctona limita su desarrollo, y se verá obligado a abandonar para expresarse en otros idiomas. En otros términos el indígena a la larga comprenderá la necesidad de integrarse culturalmente a la educación formal de la sociedad y del Estado.

- c) *El derecho consuetudinario.* Con respecto a las costumbres que regulan las relaciones de grupos de indígenas, se ha llegado a plantear que se trata de un verdadero sistema jurídico, creados alrededor de sus cosmovisiones, que cuentan con sistema propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social.

Con relación a este aspecto en las Constituciones se establecen tres tendencias; la primera, que reconoce el Derecho indígena y el ejercicio de funciones jurisdiccionales, en base al mismo y por las propias autoridades indígenas; las segundas, que reconocen el Derecho indígena, pero la referida jurisdicción indígena; por último, las que no hacen referencia ni al Derecho indígena ni, por su puesto, a su jurisdicción <sup>(8)</sup>.

## VII. La denominada jurisdicción indígena

En la actualidad, la gran mayoría de Estados Iberoamericanos que cuentan con poblaciones indígenas en sus territorios, reconocen en sus Constituciones la diversidad étnica y cultural de sus naciones. Se trata, sin duda, de un reconocimiento de una realidad sociológica como la existencia de culturas distintas a las “culturas nacionales dominantes”<sup>(9)</sup>.

El movimiento de plena comprensión y reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de nuestras sociedades fundamentalmente latinoamericanas se produce a partir de la década del 90 por las reformas parciales o totales de sus Constituciones al que también se suma el Perú con la Constitución de 1993, no obstante en muchas Constituciones se introdujeron reformas a partir de 1961<sup>(10)</sup>. Las diversas reformas constitucionales introducidas patentizan la preocupación de muchos estadistas en el ineludible reconocimiento de la condición pluriétnica de tales sociedades y en la necesidad de la práctica de un pluralismo jurídico que exprese el reconocimiento de

<sup>(8)</sup> Vicente José Cabedo Mallol, *ob. cit.* p. 81

<sup>(9)</sup> *Ibidem*, p. 75

<sup>(10)</sup> Las reformas constitucionales se dieron en la Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Chile (Ley indígena de 1993), Bolivia y Argentina (1994) y Ecuador (1996 y 1998); pero estos cambios prosiguieron a otros como los de Venezuela (1961), Panamá (1972), Costa Rica (1987, Ley), Ecuador (1978), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), según datos proporcionados por Víctor Hugo Cárdenas, *Leción Inaugural*.

otros órdenes jurídicos, distintos al estatal, como la forma más evidente y práctica de una democracia jurídica<sup>(11)</sup>.

Es así que la Constitución colombiana establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Dejando a la ley que establezca las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (art. 246). La Constitución boliviana no utiliza la terminología de jurisdicción sin embargo, reconoce que las autoridades naturales de las comunidades indígenas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de las normas como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. Reservando a la ley que compatibilice estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado (art. 171-III).

### ***A) Diversos conceptos sobre el derecho alternativo***

El reconocimiento de la diversidad cultural y étnica conduce, a partir de la década del ochenta el planteamiento de desarrollo de una teoría jurídica alternativa, basada en la crítica de las concepciones formales, teniendo en cuenta a los usos que en la práctica hacen los indios del derecho y de sus costumbres jurídicas para construir estrategias de defensa de sus intereses y de maniobras de su complejidad social<sup>(12)</sup>. Luego se plantea que el análisis de los diversos conflictos y su solución, es un método útil, la urdimbre del sistema legal tradicional y su relación con el sistema jurídico nacional, puede admitirse la existencia de un subsistema del derecho consuetudinario más que un sistema paralelo, que influye en los procesos jurídicos y administrativos a nivel local<sup>(13)</sup>.

---

*Administración de justicia y pueblos indígenas*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia Pueblos Indígenas*, pp. 165-166.

<sup>(11)</sup> Rolando López Godínez, *Pluralidad jurídica, derecho indígena y teoría del Estado*, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, p. 316.

<sup>(12)</sup> Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (compiladores), *Entre la Ley y la Costumbre, Derechos consuetudinarios en América Latina*, p. 19.

<sup>(13)</sup> *Ibidem*.

Además se plantea la existencia de una presión ejercida por la ley nacional, externa al grupo, que producen disfunciones y resistencias, conduciendo al nacimiento de un organismo regional de defensa que asume la resolución de conflictos y la administración de justicia de acuerdo a los valores tradicionales de la comunidad y de la familia<sup>(14)</sup>. Luego, similar al planteamiento anterior también existe el concepto de que en el mundo andino ha surgido nuevas formas de control social que las leyes del Estado comienzan a reconocer como tales y que son el resultado de la resistencia del mundo campesino al derecho ciudadano y formal, al cual perciben como hostil y distante<sup>(15)</sup>.

Existen también planteamientos en el sentido de que el derecho consuetudinario no es precisamente indígena sino propio de comunidades campesinas. También subsiste el planteamiento de que los problemas son de carácter étnico o de clase. Luego debe tenerse en cuenta que en otros contextos también se han observado innovaciones jurídicas de tipo consuetudinario, o que algunos califican como derecho alternativo, precisamente porque no están previstos en las leyes existentes y se producen al margen de éstas. El planteamiento en referencia ha recogido lo que ocurren en los grandes asentamiento humanos latinoamericanos donde han surgido formas de mantenimiento del orden, de reglamentación de controversias, solución de conflictos y de control social, al margen de las legislaciones vigentes<sup>(16)</sup> como la denominadas Rondas Campesinas en Cajamarca frente al robo de ganado o abigeato. El denominado derecho indígena estará sujeto al mismo proceso de cambio y de innovación de reglas consuetudinarias al igual que cualquier grupo social, obviamente a falta de presencia del poder del Estado y sobre todo por falta de fortaleza y legitimidad de la función jurisdiccional. Pero, hay una tendencia mayoritaria que sostiene que en el derecho consuetudinario indígena es necesario tener en cuenta que está vinculado a otros fenómenos de cultura y de identidad étnica, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores culturales propios de la etnia.

---

(14) *Ibidem*, p. 20. El planteamiento corresponde a Francisco Ballón al analizar la justicia nativa de los aguayrunas del Alto Marañón en Perú.

(15) *Ibidem*. El planteamiento corresponde a Ana María Vidal.

(16) Rodolfo Stavenhagen, "Derecho Consuetudinario en América Latina", en *Entre la Ley y la Costumbre, el Derecho consuetudinario indígena en América Latina*, p. 35.

## B) Concepto de jurisdicción

Nuestra cultura jurídica nos conduce a tener muy claro que la jurisdicción es ejercida por los Juzgados y Tribunales, que tienen por función determinar el derecho en un caso concreto con carácter de irrevocabilidad<sup>(17)</sup>; en otros términos, consiste en que la autoridad investida para tal función, resuelva los conflictos que se generan dentro de la sociedad en estricta aplicación de las normas existentes dentro del sistema. Esta actividad del Estado se presenta como dirigida a la tutela concreta e individualizada de intereses ajenos insatisfechos, mediante la comprobación definitiva y la consiguiente actuación de la norma jurídica en el caso concreto; para lo cual el juez se limita a interpretar la norma jurídica y a aplicarla en el caso concreto, sin crear nunca un nuevo derecho<sup>(18)</sup>. Luego hay que tener en cuenta que, por otro lado, se ha establecido la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (art. 139-1), lo que significa que los juzgados y tribunales integrantes del Poder Judicial son los únicos en ejercer la potestad jurisdiccional, pero que esos mismos juzgados y tribunales no pueden ejercer, en principio, nada más que la potestad jurisdiccional. Este precepto constitucional conduce a salvaguardar la pureza de la división de poderes; pero no frente a las intromisiones de otros poderes del Estado en el Poder Judicial –lo que resulta protegido mediante el principio de exclusividad en el sentido positivo, sino frente a las posibles extralimitaciones del Poder Judicial mismo, es decir frente a las tentaciones legislativas o ejecutivas de jueces y magistrados<sup>(19)</sup>.

El texto constitucional reconoce excepcionalmente la jurisdicción militar y la arbitral (art. 139). En casos de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. La Carta establece que los civiles serán sometidos a este fuero sólo en casos de traición a la patria y por delito de terrorismo que la ley determine (art. 173). Quizás en este punto es necesario hacer referencia que el régimen gubernamental pasado en Perú, con el propósito de someter a este fuero a los civiles, llamó “terrorismo agravado” a simples delitos contra el patrimonio mediante la promulgación del Decreto Legislativo 895 (23-05-

(17) Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, p. 757.

(18) Paolo Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, pp. 520-521.

(19) Luis María Díez-Picazo, *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, pp. 49-50.

98) que posteriormente mediante Ley 27235 (20-12-99) se cambió la denominación por la de “terrorismo especial”.

En este punto, es necesario resaltar que los fallos del fuero militar están sometidos a revisión por la Corte Suprema (art. 141); sin embargo, ésta opera sólo cuando el fallo concierne a pena de muerte (art. 173). También, la Constitución, establece que el Jurado Nacional de Elecciones, administra justicia en materia electoral (art. 178-4); es decir, se reconoce una función de carácter jurisdiccional en materia electoral. Cuyas resoluciones son dictadas en instancia final, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno (art. 181).

La denominada jurisdicción arbitral, aunque no es reconocida como una verdadera jurisdicción, sin embargo sirve para resolver conflictos a quienes voluntariamente se someten a ella, sin embargo hay asuntos que no pueden ser objeto de la misma<sup>(20)</sup>. Se considera necesario indicar que la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú nombrada por el ex presidente Valentín Paniagua, recomienda un expreso reconocimiento a nivel constitucional de los denominados medios alternativos de resolución de conflictos (conciliación, negociación y arbitraje), sin desconocer ni minimizar el rol de la justicia estatal, dada la importancia que han tomado en los últimos años estos medios.

Conforme puede apreciarse, no obstante postular la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, se ha establecido jurisdicciones especiales en materia castrense, electoral, inclusive la arbitral; pero se desarrolla o funciona dentro del sistema jurídico estatal; es decir regulado por éste; sin embargo, con el establecimiento de la denominada jurisdicción campesino nativa se sujeta el funcionamiento de ésta a las costumbres de los grupos sociales, postulados como sistema independiente al sistema jurídico imperante. El sistema jurídico en referencia no ha sido construido o reconstruido con categorías y conceptos propios, manteniéndose sólo en conceptos sociológicos y antropológicos.

### ***C) Antecedentes para el establecimiento de este mecanismo***

En la legislación nacional peruana encontramos el antecedente de conceder a estos grupos sociales la potestad de resolver sus problemas todavía

---

<sup>(20)</sup> El arbitraje está regulado por la Ley 26572 de fecha 5 de enero de 1996.

con el *Estatuto de Comunidades Campesinas*<sup>(21)</sup>, donde se facultaba al órgano de gobierno, *Consejo de Administración de la Comunidad Campesina*, la aplicación de ciertas sanciones a sus miembros, por decisión del *Consejo* o por acuerdo de la *Asamblea General*, de acuerdo al reglamento interno. La disposición prescribía (arts. 28 y 30) que el reglamento de cada comunidad debería de establecer el número de faltas, las respectivas sanciones y el procedimiento. Fundamentalmente la tendencia fue de sanción administrativa que jurisdiccional. Por otro lado, la legislación pertinente para las Comunidades Nativas (D.L. 22175, art. 19) estableció que los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se susciten entre los miembros de la comunidad, así como las faltas que se cometan, debían de ser resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva por los órganos de gobierno.

El Código Civil vigente<sup>(22)</sup> en el Libro I que concierne al Derecho de las Personas, sección cuarta regula las Comunidades Campesinas y Nativas, los define como órganos tradicionales y estables de interés público; establece la necesidad de su inscripción en el registro respectivo como su reconocimiento legal. Se establece la presunción de propiedad comunal poseídas de acuerdo a su reconocimiento e inscripción de la comunidad; establece que la asamblea general es el órgano supremo de las comunidades y que los cargos directivos y representantes son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio. Regula también la existencia del padrón comunal actualizado con fecha de ingreso, luego sobre su catastro. El Código Civil no menciona para nada la denominada función jurisdiccional de las comunidades.

Es necesario consignar en este punto aunque no como antecedentes, sino como fuente de la regulación externa, el Convenio 169 de OIT relativos a los pueblos indígenas y tribales en países independientes<sup>(23)</sup>, que establece (arts. 8 y 9) que al momento de aplicar la legislación nacional debe tenerse o tomarse

(21) El D.S. 37-70 A, de fecha 17 de febrero de 1970.

(22) Promulgado el 24 de julio de 1984, siendo Presidente de la República el arquitecto Fernando Belaunde Terry y Ministro de Justicia Max Arias Schreiber Pezet, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, en sus artículos 134 al 139.

(23) Instrumento aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 02 de diciembre de 1993. Instrumento de ratificación del 17 de enero de 1994. Depositado el 2 de febrero de 1994. Fecha de vigencia para el Perú 2 de febrero de 1995.

en cuenta su *costumbre o su derecho consuetudinario*. Luego les concede también el derecho de conservar *sus costumbres e instituciones propias* siempre y cuando que no sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionales reconocidos. Se permite la represión de los delitos cometidos por sus miembros siempre que las sanciones no sean contrarias a los derechos humanos internacionales reconocidos. Luego prescribe que en las sanciones impuestas a los miembros de los pueblos indígenas no debe obviarse sus costumbres y culturas. Lo expuesto ha contribuido para que el constituyente de 1993 opte para conceder potestad jurisdiccional a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas de acuerdo a la tendencia de la época.

### **VIII. Particularidades del artículo 149**

El Constituyente de 1993 concede el ejercicio de la función jurisdiccional a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas; es decir, declarar derecho en base al derecho consuetudinario con apoyo de Rondas Campesinas. Esta función jurisdiccional debe ejercerla en el ámbito territorial que le compete. Luego plantea que debe establecerse formas de coordinación con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. El dispositivo no se ha desarrollado por cuanto el Estado no ha promulgado esa ley de coordinación de esa jurisdicción con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. Tampoco existe una norma que regule el apoyo de la Ronda Campesina a la función jurisdiccional de las autoridades de las Comunidades Campesinas como nativas. La Comisión de Estudio de las Bases para la Reforma Constitucional se ha pronunciado en el sentido que considera oportuno consignar un ámbito de acción de la impartición de justicia a nivel de las comunidades campesinas y nativas, y en su caso, las rondas campesinas, debiendo de reiterarse los criterios expresados en el art. 149 de la Carta de 1993.

### **IX. A manera de conclusión**

Es indudable que, las comunidades o sectores indígenas en el país tienen costumbres que regulan su convivencia diferentes a los de otros sectores sociales. Sin embargo, afirmar que es un sistema jurídico totalmente distinto al oficial y que pueda establecer su propia jurisdicción, es un planteamiento extremado que puede quedar sólo en la literatura de un articulado, sin que exista una materialidad real de los postulados.

No debe confundirse entre el surgimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos, de autodefensa, de seguridad, etc., en ciertos lugares donde se presentan espacios de ausencia del Poder del Estado por cuestiones geográficas, sociales, económicas, etc., con la existencia de costumbres con legados históricos que dan solidez y base a una jurisdicción totalmente distinta a la del Estado Constitucional.

Lo coherente es que en el sistema jurídico nacional se incorpore esas diferencias, esa diversidad de las Comunidades o pueblos indígenas, para que las normas jurídicas sean realmente expresión de la naturaleza pluricultural y multiétnica del pueblo peruano. En otros términos integrar esa diversidad para consolidar un Estado Constitucional Democrático. El problema indígena no puede ser tratado como una cuestión ajena e independiente a los problemas del Estado. Se considera que el problema de las comunidades es problema del Estado.

La diversidad cultural no puede por ningún motivo quebrar ni debilitar el Estado democrático constitucional sino debe fortalecerla, en la medida en que se incorpore instituciones, conceptos y valores necesarios para una integración adecuada. El planteamiento no puede confundirse con el denominado proceso de homogeneización sobre todo compulsiva.

Debe establecerse los mecanismos más idóneos para que los grupos de sociales de indígenas puedan participar en el pacto político e integrarse paulatinamente al Estado y mediante mecanismos democráticos al Estado y al Derecho respetando su diversidad e identidad cultural

Debe integrarse al Derecho los medios o mecanismos indígenas que son adecuados para el fortalecimiento de la Democracia y con la finalidad de que el Denominado Derechos Oficial no los discrimine menos los margine.

No puede admitirse conceptualmente la articulación de un derecho indígena con elementos y categorías constitutivos propios al margen de desarrollo del Derecho en su conjunto, sin que articule mecanismos de integración.

El problema indígena subsiste por cuanto el desarrollo del Derecho y del Estado y sus instituciones, no los ha integrado ya que hubo concepciones que justificaron tal situación, hecho que limitó el desarrollo realmente democrático de la sociedad peruana.

Tampoco puede llegarse a concepciones míticas y utópicas de la cuestión indígena. Hay que darle su verdadera dimensión en el conjunto de todo el problema que afronta cada Estado y especialmente el Estado peruano.

Estemos de acuerdo o no con el proceso de la globalización y el desarrollo de las comunicaciones, éstas han revolucionado últimamente. En qué medida beneficia o perjudica la identidad étnica, siempre la identidad cultural será un aspecto rescatable del mundo globalizado.