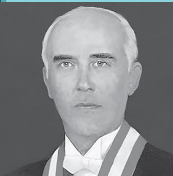


# **DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**Materiales de enseñanza**



**Dante Paiva Goyburu**





# DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Materiales de enseñanza

Dante Paiva Goyburu

***Derecho procesal constitucional. Materiales de enseñanza***

© Autor: Dante Martin Paiva Goyburu  
Diagramación: Asociación Fondo de Investigadores y Editores

© Editor: Dante Martin Paiva Goyburu  
Dirección: Ca. Humboldt 175, Bellavista-Callao  
Correo: dpaivag@unmsm.edu.pe  
Callao - Perú

Primera edición: agosto de 2023  
Tiraje: 300 ejemplares

ISBN: 978-612-00-8808-1  
"Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú" N.º 2023-05371

**Prohibida su reproducción total o parcial. El presente volumen se realiza en estricta observancia de las autorizaciones que disponen los artículos 43, 44 y concordantes del Decreto Legislativo N.º 822 - Ley sobre el Derecho de Autor**

Esta obra se terminó de imprimir en los talleres gráficos de la Asociación  
Fondo de Investigadores y Editores en el mes de agosto de 2023.  
Jr. Las Herramientas N.º 1901-1925-1931 mz. D lt.3 urb. Lotización Industrial San Remo,  
Lima, Lima, Lima

*A Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego,  
el magnífico dueto de la ciencia y docencia constitucional peruana.*



# PRESENTACIÓN

---

¡La lectura de los clásicos es obligatoria en la formación del abogado! Esta es una de las lecciones categóricas que aprendí de José Palomino Manchego como su alumno en San Marcos, quien a su vez la recibió de Domingo García Belaunde. Una valiosa enseñanza que han brindado a las diversas generaciones de profesionales que forman en las aulas universitarias.

Los clásicos son aquellos textos que no pasan de moda, que perduran y permiten forjar bases sólidas en quienes pretenden echar raíces en el mundo de la ciencia jurídica. Solo así se asegura que las ideas fundantes en las distintas disciplinas jurídicas mantengan el arraigo sobre el que se cimentan los sistemas jurídicos. Si bien progresivamente han surgido nuevas teorías y enfoques (propio de la dinámica de las ciencias) existen obras paradigmáticas que son de obligatoria lectura, en todo tiempo y lugar, a las cuales deben sumarse los estudios que teniendo una especial didáctica hagan más comprensibles las instituciones jurídicas vigentes en un orden social determinado.

Motivados por nuestra labor docente en pregrado y postgrado es que hemos visto oportuno editar un compendio de lecturas dirigidas sobre todo al estudiante peruano, y que lo familiaricen con el Derecho Procesal Constitucional. Es por ello que la presente obra inicia con el texto completo de la histórica sentencia *Marbury vs. Madison* (germen de la judicial review, también conocido como el control difuso), así como el clásico ensayo de Kelsen “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (que sustenta teóricamente el control concentrado de constitucionalidad de las leyes). Completan el primer capítulo los trabajos de dos importantes académicos vinculados con integridad y dedicación a la magistratura constitucional, así tenemos el texto de Víctor García Toma (ex presidente del Tribunal Constitucional), el cual esquematiza los diferentes tipos de control que conviven en el Perú, y la reflexión de Helder Domínguez, magistrado y actual director del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, sobre el rol de la jurisdicción constitucional en las democracias.



Nuestro segundo capítulo corresponde a una selección de lecturas de autores peruanos que analizan los procesos constitucionales vigentes, partiendo con el trascendental Habeas Corpus, explicando su evolución Domingo García Belaunde (quien hizo la primera tesis en la historia peruana en abordar orgánicamente dicho recurso ¡una obra pionera!). Respecto del Amparo hemos escogido a Gerardo Eto, ex magistrado del Tribunal Constitucional, quien tiene diversos estudios sobre el tema y lo han convertido en una autoridad sobre el mismo. Acerca del Habeas Data, incluimos el trabajo de Juan Morales Godo, recordado docente sanmarquino, ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política. Cerrando lo que concierne a los procesos de tutela de derechos, sumamos el trabajo de Luis Sáenz Dávalos, docente y especialista en jurisdicción constitucional, en el cual analiza el proceso de cumplimiento.

Continuando con este capítulo, pero en la parte de los procesos orgánicos, tenemos el artículo de Raúl Ferrero “El control de la constitucionalidad de las Leyes”, considerado con justicia el trabajo pionero sobre la jurisdicción constitucional concentrada en el Perú; añadimos a éste el artículo escrito por su hijo, el ex magistrado Augusto Ferrero Costa, el cual rinde tributo al legado de su padre y con ello tenemos la visión teórica del proceso de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional. Incluimos además nuestro trabajo sobre el proceso de acción popular, el cual fue analizado a partir del Código Procesal Constitucional vigente desde julio de 2021. Y sobre el proceso competencial, incluimos el trabajo de José F. Palomino Manchego y Harold Castillo Veintimilla, en el cual evalúan los alcances del proceso de conflicto de competencias y las aplicaciones que el mismo puede tener.

La bibliografía sobre el Derecho Procesal Constitucional ha ido aumentando progresivamente; no obstante, como también enseñan nuestros maestros, cantidad no significa calidad necesariamente. Si bien entusiasma el interés que viene alcanzando la producción académica sobre la materia en las últimas décadas, sumado al desarrollo de conferencias y congresos, hay que ser cuidadosos en los textos que se escogen y el método que emplean. Es irresponsable creer y enseñar los procesos constitucionales solo mediante la lectura de sentencias, un craso error derivado de un peligroso pragmatismo. Es por ello que ofrecemos esta obra al público, para que se difunda de la manera más amplia, sin ningún fin de lucro, solo nos motiva el propósito de enseñar el Derecho Procesal Constitucional de la forma correcta ¡con sólidas bases teóricas! y mediante éstas se construyan argumentos adecuados al momento de resolver las causas sometidas a la jurisdicción constitucional.

Este volumen recoge una cantidad específica de trabajos, pero es inviable incluir a toda la producción académica realizada por los colegas peruanos que trabajan en la temática desde hace muchos años, ejerciendo la docencia y el litigio. En este sentido, la falta de algún autor en este compendio no pretende soslayar sus aportes, y más bien alentamos a que sigan con esa vocación y dedicación tan necesaria para fortalecer la ciencia procesal constitucional peruana, donde la difusión del conocimiento y el debate de las instituciones es indispensable.

En el contexto de las nuevas tecnologías, la obra tiene como anexos códigos QR, los que dirigen al lector mediante su celular a bibliotecas digitales, como las Domingo García Belaunde, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional peruano, todos estos con variados libros, disponibles para descargar libremente, del ámbito jurídico y amplios volúmenes dedicados al Derecho Procesal Constitucional. También se ponen los accesos del Google Drive del autor y del Dr. José Palomino Manchego, donde se encuentran recogidos los libros, artículos y demás producción académica que se actualiza periódicamente. Tenemos la plena confianza que estos elementos asegurarán que los lectores cuenten con la mayor bibliografía disponible bajo los medios que nos ofrecen los entornos virtuales.

Una destacada mención en la bibliografía iberoamericana nos merece “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana”, del egregio maestro Héctor Fix-Zamudio, y que en el presente 2023 cuenta con su primera edición peruana gracias al esfuerzo de los profesores García Belaunde y Palomino Manchego. Ponemos a disposición la versión electrónica de este importante trabajo que marca un hito para el Derecho Procesal Constitucional en nuestra región.

Y para quienes practiquen la docencia en Derecho Procesal Constitucional se está incluyendo el enlace al Syllabus de Derecho Procesal Constitucional elaborado por Gerardo Eto Cruz, publicación de gran tiraje y acogida que ayuda en el plano metodológico a la construcción apropiada de un curso sobre jurisdicción constitucional, el cual debe apostar por una formación integral, teórica y práctica, de esta crucial disciplina, y es que los procesos constitucionales son esenciales para la protección de los derechos fundamentales y la garantía de la supremacía constitucional.

Agradezco de especial forma a mi alma mater, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ser un docente ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política es una motivación inmensa, el estimulante diario para desarrollar nuevas ideas para el desarrollo de nuestras clases. Asimismo, extendiendo mi gratitud a los estudiantes que se han matriculado en los cursos que he impartido a lo largo de los años; siempre me deberé a sus inquietudes y anhelos por brindarles una educación de calidad. Recalco además que el curso de Derecho Procesal Constitucional que imparto lleva el nombre de Domingo García Rada, en homenaje a uno de los más grandes maestros que tuvo nuestra histórica Facultad, un referente categórico para la magistratura peruana y un héroe del civismo y la democracia. Que su ejemplo, dedicación e integridad sea la luz que guie a las generaciones de profesionales que se forman en las aulas y que vean en el Perú la posibilidad de construir una mejor sociedad, sin claudicar al progreso de la Patria, y sumemos a que nuestro país, como dijo nuestro inmortal historiador, sea “más grande que sus problemas”.

Dante Paiva Goyburu

Lima, 13 de julio de 2023

# ÍNDICE



## I. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional) - Hans Kelsen..... 13
- Sentencia del caso Marbury contra Madison (1803).....64
- La jurisdicción constitucional: El modelo peruano - Víctor García Toma. ....87
- La jurisdicción constitucional en el desarrollo de la Democracia - Helder Domínguez Haro..... 151

## II. SOBRE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ

- Los orígenes del habeas corpus - Domingo García Belaunde. ....165
- El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo - Gerardo Eto Cruz. ....181
- El proceso de hábeas data - Juan Morales Godo. ....212
- Breves notas sobre el ámbito de protección en el proceso de cumplimiento y algunas cuestiones procesales poco abordadas por nuestra doctrina - Luis R. Sáenz Dávalos. ....229
- El control de la constitucionalidad de las Leyes - Raúl Ferrero. ....243
- Raúl Ferrero Rebagliati: Precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú - Augusto Ferrero Costa. ....248
- El proceso de acción popular - Dante Paiva Goyburu.....252
- El proceso competencial: ¿Un nuevo recurso procesal para anular sentencias o dejarlas sin efectos? - José Palomino Manchego / Harold Castillo Veintimilla. ....268

## III. ANEXOS

- Página web de Domingo García Belaunde.....295
- Revista Peruana de Derecho Público. ....296
- Syllabus de Derecho Procesal Constitucional.....297
- Sobre la jurisdicción constitucional - Hans Kelsen (edición peruana)..... 298
- La garantía Jurisdiccional de la Constitución mexicana .....299
- Derecho y Docencia como vocación. Libro Homenaje a José Palomino Manchego..... 300
- Producción académica de José Palomino Manchego.....301
- Producción académica de Dante Paiva Goyburu. ....302
- Biblioteca del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. ....303
- Portal del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. ....303



I. **SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**



*Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego, en la sede del Tribunal Constitucional de Austria, (Viena) marzo de 2014.*



*Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego, en el patio central de la facultad de Derecho de la Universidad de Viena, junto al busto de Kelsen, antiguo Decano de la facultad, marzo de 2014.*



## **LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL)\***

*Hans Kelsen*

### **NOTA PRELIMINAR**

Para todos aquellos interesados en el tema de la Constitución y su defensa, es de suma importancia el famoso texto de Hans Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Fue originalmente presentado a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, momento en el cual su autor, aparte de magistrado del Tribunal Constitucional austríaco, era profesor de Derecho Público de la Universidad de Viena. El texto alemán no tuvo mayor repercusión más allá de la propia comunidad académica germánica, y solo se publicó en Berlín al año siguiente, con el resto de las ponencias presentadas a dicho evento. Sin embargo, consciente de la importancia de su planteo, Kelsen la envió a París a su discípulo Charles Eisenmann para que la tradujese al francés y la divulgase en ese mundo académico, seguro que de esta manera tendría una mayor repercusión. El texto francés, como se sabe de la comparación efectuada por los estudiosos, es en sustancia igual al alemán, con la ventaja para el primero de que se le da un título —pues no lo tiene el texto alemán— se incluye una introducción explicatoria, algunos añadidos y además una mejor distribución de sus párrafos con

(\*) Traducción: Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión: Domingo García Belaúnde.



los correspondientes títulos, que lo han hecho, por tal circunstancia, el preferido para su estudio. En la práctica, la versión francesa debida a Eisenmann —por lo demás bastante ceñida y, en consecuencia, de no fácil lectura— fue publicada el mismo año de 1928 en la prestigiosa *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Como si no fuese suficiente, incorporado al recién fundado “Institut International de Droit Public”, Kelsen viajó a París y participó en la sesión del Instituto de fecha 20 de octubre de 1928, con la presencia de Mirkine Guetzévitch, Gascón Jèze (presidente del Instituto), Gascón y Marín, Léon Duguit, Barthélemy, entre otros. De las actas publicadas se desprende que Kelsen usó para su exposición la versión francesa debida a Eisenmann —con lo cual dio a entender a las claras que la aprobaba— y tuvo un animado debate sobre el tema, en un medio no muy convencido de sus tesis. El *Annuaire* del Instituto, recogiendo sus actividades del año anterior, fue publicado en 1929, dando cuenta de la sesión y de la versión íntegra de la ponencia presentada por Kelsen en francés, al cual hizo pequeños ajustes. Es decir, fue publicado el mismo texto dos veces en versión francesa, los años 1928 y 1929. Esto explica por qué ha sido esta versión la que ha predominado en el uso de la literatura jurídica occidental, con la excepción por cierto, de la comunidad alemana, que por lo demás no ignoraba este hecho.

Y fue así que durante años solo se tenía conocimiento del importante planteo kelseniano a través de la famosa *Revue* y en menor grado del *Annuaire* que por cierto tenían amplia circulación. Pero en 1975, con motivo de mi primer viaje a México para asistir al luego denominado “Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, conocí a Rolando Tamayo y Salmorán, quien habiendo hecho sus estudios doctorales en París, había tenido el acierto de traducir al castellano el texto kelseniano que finalmente publicó en el “Anuario Jurídico” que por entonces editaba el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y correspondiente a su primer número aparecido en 1974. Esta sería, pues, la primera vez que se tradujo a otro idioma. Y desde entonces llenó el vacío que existía de este importante texto, gozando de la reproducción fotostática y del uso de nuestros colegas latinoamericanos.

En mi caso personal, en los cursos que por entonces tenía a mi cargo, en especial en la Universidad Católica de Lima, lo hice de obligada lectura y yo mismo fui un lector atento y concienzudo del texto durante varios años. Pero pasadas las primeras impresiones advertí que tenía algunos pasajes no muy claros, debido a una traducción quizá algo apresurada y sobre todo proveniente de los entonces llamados errores de imprenta, fruto del uso del linotipo, que era en aquellos días lo habitual en el mundo editorial. Y quizá también del descuido del corrector de pruebas. Y advertí adicionalmente algunas omisiones, que si bien no desmerecían el texto, reclamaban una nueva y paciente revisión. Estaba pues ante una traducción muy solvente, pero necesitada de algunos ajustes.

Fue así que contando con una fotocopia del texto francés que tenía en mi archivo desde años atrás, hice un cotejo lo más minucioso que pude y con la

aprobación del propio traductor, Rolando Tamayo y Salmorán, así como del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de entonces, Jorge Madrazo, lo publiqué nuevamente en Lima, en una versión más cuidada y sobre todo más fiel al original. Y lo fue en la revista estudiantil *lus et Veritas* correspondiente a 1994 (número 9). Y desde entonces ha circulado grandemente.

Pero pasados los años, he creído necesario confrontar nuevamente la versión castellana con su original francés, así como con las otras traducciones a lenguas romances existentes y las que fueron apareciendo mientras tanto. Y tener presente algunos comentarios de amigos y colegas que me han hecho algunas observaciones, en especial Francisco Fernández Segado, quien me llamó la atención sobre algunos puntos que se nos habían escapado a ambos (a Tamayo y a mi) y más recientemente a Luis García-Corrochano Moyano, quien con toda paciencia hizo un cotejo minucioso de la traducción con el original francés y me hizo observaciones muy acertadas que en gran parte aquí se recogen. Luis Sáenz Dávalos leyó igualmente el texto y me hizo útiles sugerencias. Y esta versión, revisada y mejorada, es la que publico aquí y que espero que siga prestando los mismos servicios que la versión anterior. Soy consciente de que no existe traducción inmejorable, pero creo que la realizada por Tamayo hace tantos años, ahora cuidadosamente cotejada, revisada y corregida, presenta algo que no desmerece los esfuerzos realizados. Aún más, he tratado de mantener la fidelidad al texto, que fue el objetivo primigenio del traductor original, sin concesiones literarias para mejorar su presentación, como por lo demás es una tentación que de continuo se presenta en este tipo de tareas. Las fichas de los textos a las que aquí me refiero son las siguientes:

- i) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)* en “Anuario Jurídico”, núm. 1, México, 1974, editado por la UNAM, pp. 471-515. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, que es tomada de la publicación efectuada en 1929. De este texto existen separatas con el mismo título.
- ii) Con posterioridad, se ha publicado como folleto bajo el sello de la UNAM, México, 2001, 107 pp. Es la reproducción textual de la versión publicada en 1974, pero con errores y omisiones que antes no existían y que son fruto del descuido de esta edición. Al parecer, no se consultó aquí al traductor.
- iii) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)* en “*lus et Veritas*”, núm. 9, Lima, junio de 1994, pp. 17-43. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Revisión de Domingo García Belaunde.

Esta versión se ha publicado en folleto en Bolivia y tiene los siguientes datos:

Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)*, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Capítulo Boliviano, Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2006, 78 pp.

*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* en “*Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*”,

Paris, avril-mai-juin, 1928, tomo 45, año XXXV, pp. 197-257. Es el que he usado en esta oportunidad para el correspondiente cotejo.

De esta versión se hizo una separata que circuló ampliamente y cuya ficha es la siguiente:

*La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* par Hans Kelsen, Professeur de Droit Public a l'Université de Vienne. Extrait de la "Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'Etranger", avril-mai-juin, 1928, Paris, Marcel Giard ed., 1928, 61 pp.

- iv) Con el mismo título se publicó en el *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, P.U.F., Paris, 1929, pp. 52-143, que incluye además el acta de la sesión del 20 de octubre de 1928 del Instituto en la cual se debatió el texto de Kelsen con la presencia de éste.
- v) *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (Esencia y desarrollo de la jurisdicción estatal) en "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer"*, Heft 5, W de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, pp. 30-88. Es la versión alemana originaria que ha sido reproducida en ese idioma varias veces.
- vi) *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia costituzionale)* en Hans Kelsen, "La giustizia costituzionale", Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 143-206. Traducción de Carmelo Geraci.
- vii) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)* en Hans Kelsen, "Escritos sobre la democracia y el socialismo", Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155. Traducción de Juan Ruiz Manero.
- viii) *A garantia jurisdiccional da Constituição* en Hans Kelsen, "Jurisdição constitucional", Editora Martins Fontes, Sao Paulo, 2003, pp. 121-186. Traducción de María Ermantina Galvao. Pocos meses antes (abril de 2002) había aparecido una traducción al portugués con el mismo título a cargo de Ana Bela Cabral y publicada en "Sub iudice" (Coimbra, Portugal), núms. 20-21, Janeiro-Junho de 2001, que presenta algunas diferencias con la brasileña.

Todas las traducciones existentes han sido realizadas desde la versión francesa de 1928 debida a Charles Eisenmann.

Lima, julio de 2008.

**Domingo García Belaunde**

*Post scriptum:* La presente versión ha sido publicada en la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional", núm. 10, julio-diciembre de 2008 y luego en el misceláneo "Kelsen, Marshall y Bello", Centro de Documentación e Información Jurídica, Managua, febrero de 2009, gracias a la iniciativa de Iván Escobar Fornos y en la "Revista

Peruana de Derecho Público”, número 20, enero-junio de 2010. Pero puesto a la tarea de armar y publicar este volumen, me propuse darle una nueva revisión que me ha servido para precisar algunos puntos de orden menor, pero que estimo que la mejoran. De esto debo agradecer de manera especial a Óscar Sarlo, que se tomó la tarea de analizar el texto con detenimiento, así como el sugerente análisis que sobre la ponencia de 1928 ha realizado Jorge Isaac Veitya y que se publica como anexo a la reimpression de la clásica monografía de Héctor Fix-Zamudio titulada “*La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*”, Edit. Porrúa, México, D.F., 2015. (Lima, diciembre de 2015).

**SUMARIO:** Preámbulo. I. El problema jurídico de la regularidad. II. La noción de Constitución. III. Las garantías de la regularidad. IV. Las garantías de la constitucionalidad: 1. La Jurisdicción Constitucional. 2. El objeto del control de la constitucionalidad. 3. El criterio del control de constitucionalidad. 4. El resultado del control de constitucionalidad. 5. El procedimiento del control de constitucionalidad. V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

## **PREÁMBULO**

El presente estudio trata el problema de la garantía jurisdiccional de la Constitución, denominada generalmente Justicia Constitucional, desde un doble punto de vista. Se expone, en primer lugar –cuestión teórica– la naturaleza jurídica de esta garantía fundándose, en última instancia, en el sistema sobre el cual el autor ha dado ya una explicación de conjunto en su “Teoría General del Estado” (Allgemeine Staatslehre, Berlín 1925)<sup>1</sup>.

El estudio busca luego –cuestión práctica– los mejores medios para realizarla: el autor se apoya en este aspecto en las experiencias que ha tenido después de varios años en su calidad de magistrado y ponente permanente del Tribunal Constitucional de Austria. En efecto, la Constitución austriaca, votada en 1920 sobre la base de un Proyecto elaborado por el autor a petición del Gobierno austriaco, ha dado a la institución de la Justicia Constitucional un desarrollo más completo que ninguna Constitución anterior.

## **I. EL PROBLEMA JURÍDICO DE LA REGULARIDAD**

1. La garantía jurisdiccional de la Constitución –la Justicia constitucional– es un elemento del sistema de las medidas técnicas que tienen como fin ase-

---

<sup>1</sup> Traducida al castellano por Luis Legaz Lacambra; cf. H. Kelsen: *Teoría General del Estado*, Labor, Barcelona, 1934; con reimpressiones en México y en España.

gurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas funciones tienen en sí mismas un carácter jurídico: constituyen actos jurídicos. Son actos de creación de Derecho, esto es, de normas jurídicas o actos de ejecución del Derecho creado, es decir, de normas jurídicas vigentes. En consecuencia, tradicionalmente se distinguen las funciones estatales en legislación y ejecución, distinción en que se opone la creación o producción del Derecho a la aplicación del Derecho, considerada esta última como una simple reproducción.

El problema de la regularidad de la ejecución, de su conformidad a la ley, y por consiguiente, el problema de las garantías de esta regularidad, son temas muy frecuentemente abordados. Por el contrario, la cuestión de la regularidad de la legislación, es decir, de la creación del Derecho y la idea de garantías de esta regularidad atraviesa ciertas dificultades teóricas.

¿No se incurre, quizá, en una petición de principio cuando se pretende medir la creación del Derecho conforme a un patrón que ha sido creado por el propio objeto que se piensa medir? Y la paradoja que reside en la idea de una conformidad del Derecho al Derecho es tanto más grande que —en la concepción tradicional— se identifica, sin más, legislación y creación del Derecho y de ahí ley y Derecho. De suerte que las funciones reunidas bajo el nombre de ejecución: la justicia y, más especialmente la administración, parecen por así decirlo, que son funciones exteriores al Derecho, y que hablando estrictamente del Derecho, no crean sino solamente aplican el Derecho, que reproducen un Derecho cuya creación estaría acabada antes de ellas. Si se admite que la ley es todo el Derecho, regularidad equivale a legalidad. No resulta entonces evidente que se pueda extender más la noción de regularidad.

Pero esta concepción de la relación entre legislación y ejecución es inexacta. Estas dos funciones no se oponen de modo absoluto como la creación a la aplicación del Derecho, sino de manera puramente relativa. En efecto, observando más de cerca, cada una de ellas se presenta a la vez como un acto de creación y de aplicación del Derecho. Legislación y ejecución, no son dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del Derecho, y dos etapas intermedias. Este proceso no se limita a la sola legislación sino, comenzando en la esfera del orden jurídico internacional, superior a todos los órdenes estatales, sigue con la Constitución para llegar, en fin, a través de las etapas sucesivas de la ley, del reglamento, de la sentencia y del acto administrativo, a los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) de estos últimos.

En esta enumeración en la que no consideramos más que las fases intra-estatales, solo se pretende indicar, esquemáticamente, las etapas principales de este proceso, en el curso del cual el Derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar, mediante el

Derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.

Ciertamente, la realidad puede diferir de este tipo ideal. Entre otras modificaciones posibles al curso típico del procedimiento de creación del Derecho, ocurre por ejemplo, que no es necesario que el reglamento, es decir, una norma general que emana de las autoridades administrativas, se inserte entre la ley y el acto individual; incluso, puede suceder que el reglamento intervenga inmediatamente con base a la Constitución y no únicamente en ejecución de una ley. Sin embargo, aquí nos situaremos, en principio, en la hipótesis típica indicada.

Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del Derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del Derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del Derecho frente a la ley, y creación del Derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Estos, a su vez, son aplicación del Derecho si se mira hacia lo alto y creación del Derecho si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados (*Vollstreckt*).

El Derecho, en el camino que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*), no deja de concretarse. De manera que si la Constitución, la ley y el reglamento son normas jurídicas generales, la sentencia y el acto administrativo constituyen normas jurídicas individuales.

La libertad del legislador, quien no está subordinado más que a la Constitución, se encuentra sometida a límites relativamente débiles. Su poder de creación continúa siendo relativamente grande. Sin embargo, a cada grado en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de la libre creación disminuye.

2. Cada grado del ordenamiento jurídico constituye a la vez una producción de Derecho, frente al grado inferior y una reproducción del Derecho, ante el grado superior.

La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del Derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico. No es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material (*Vollstreckungsakte*) y las normas individuales —decisión administrativa y sentencia— o, en la relación entre estos actos de ejecución (*Vollziehungsakte*) y las normas generales legales y reglamen-

tarias, en donde se puede postular la regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre el reglamento y la ley, y entre la ley y la Constitución. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

Garantías de la Constitución significa, entonces, garantías de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes.

3. Que la aspiración a las garantías de la Constitución se manifieste vivamente y que la cuestión sea científicamente discutida todavía en la actualidad —o más exactamente solo en la actualidad— se debe, a la vez, a razones teóricas y a razones políticas. De una parte, no hace mucho tiempo que apareció en la doctrina la idea de la estructura jerárquica del Derecho o, lo que es lo mismo, de la naturaleza jurídica de la totalidad de las funciones estatales y sus relaciones recíprocas. Por otra parte, si el Derecho de los Estados modernos, que presenta cantidad de instituciones destinadas a asegurar la legalidad de la ejecución, no toma, por el contrario, sino medidas muy restringidas para asegurar la constitucionalidad de las leyes y la legalidad de los reglamentos, esto obedece a motivos políticos. Y estos motivos no dejan de tener influencia en la formación de la doctrina, la cual debería ser la primera en proporcionar explicaciones sobre la posibilidad y la necesidad de semejantes garantías.

Así sucede en particular en las democracias parlamentarias de Europa surgidas de monarquías constitucionales. La teoría jurídica de la monarquía constitucional tiene todavía en la actualidad —pese a que esta forma de Estado tiende a pasar a un segundo plano— una gran influencia. Sea de modo consciente —ahí donde se quiere organizar la República sobre el modelo de la monarquía, con un fuerte poder presidencial—, o de manera inconsciente, la doctrina del constitucionalismo determina en una gran medida la Teoría del Estado.

La monarquía constitucional, que surge de la monarquía absoluta, tiene, como consecuencia, una doctrina que, en varios sentidos, se encuentra guiada por el deseo de hacer creer que la disminución del poder que ha sufrido el monarca —antes absoluto— es pequeña e insignificante, tratando incluso de disimularla completamente.

Es cierto que en la monarquía absoluta, la distinción entre el grado que ocupa la Constitución y el grado que ocupan las leyes es teóricamente posible; sin embargo, esta distinción no juega prácticamente papel alguno. La Constitución consiste en un solo principio: toda expresión del monarca es una norma jurídica obligatoria. No existe pues, una forma constitucional particular, es decir, normas jurídicas que sometan a reglas diferentes la

confección de leyes y la revisión de la Constitución. Así, el problema de la constitucionalidad de las leyes no tiene sentido.

La transición a la monarquía constitucional guarda, precisamente en este aspecto, una modificación decisiva que se manifiesta de manera muy característica, en la expresión “monarquía constitucional”. La creciente importancia que adquiere en adelante la noción de Constitución, la existencia de una norma —que es precisamente la Constitución— según la cual las leyes no pueden ser hechas sino de una cierta manera —con la colaboración de la representación nacional—; el hecho de que esta norma no pueda ser modificada tan fácilmente como las otras normas generales —las leyes—, es decir, la existencia, al lado de la forma legal ordinaria, de una forma especial más complicada: la forma constitucional —mayoría calificada, votación múltiple, asamblea constituyente especial—, son hechos que explican el desplazamiento del poder decisorio en la monarquía constitucional. Podría, pues, pensarse que la monarquía constitucional debería ser un campo propicio para la afirmación enérgica del problema de la constitucionalidad de las leyes, por tanto, de las garantías de la Constitución. Sin embargo, es exactamente lo contrario lo que ha tenido lugar.

En efecto, la doctrina constitucional ha encubierto el nuevo estado de cosas que resulta peligroso para el poder del monarca. En oposición con la realidad constitucional, la doctrina constitucional presenta al monarca como el único factor, o al menos, el verdadero, de la legislación, declarando que la ley es la expresión de su sola voluntad y que la función del Parlamento se reduce a una adhesión más o menos necesaria, secundaria y no esencial. De ahí su famosa tesis del “principio monárquico” que no se deduce de la Constitución sino que, por así decirlo, se encuentra inserto desde fuera para interpretar la Constitución en un sentido político determinado, o más exactamente, para deformar el Derecho positivo con la ayuda de una ideología que le es extraña. De ahí también la famosa distinción entre la obligatoriedad de la ley, que emana solo del monarca, y el contenido de la ley, convenido entre el monarca y la representación nacional. Este método da por resultado que no se considere una imperfección técnica de la Constitución, sino como su sentido profundo, que una ley deba ser considerada válida con tal que haya sido publicada en el Diario Oficial (*Bulletin des lois*) con la firma del monarca, sin considerar el hecho de si las prescripciones relativas a su adopción por el Parlamento hayan sido respetadas o no.

En esta forma se reduce prácticamente a la nada —al menos teóricamente— el progreso capital que va de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional, y en particular, con respecto al problema de la constitucionalidad de las leyes y de sus garantías. La inconstitucionalidad de una ley firmada por el monarca y a *fortiori* su anulación, en absoluto no pueden, en este contexto, aparecer a la conciencia jurídica como cuestiones de interés



práctico. Además, la doctrina constitucional —apoyándose menos en el texto de la Constitución que sobre la ideología a la que hemos hecho referencia— reivindica para el monarca no solamente la sanción de los textos legales, sino, además, con ella y en ella, la exclusiva promulgación de las leyes. Firmando el texto votado por el Parlamento, el monarca debe certificar la constitucionalidad de la confección de la ley. Existiría así, según esta doctrina, una cierta garantía, al menos respecto a una parte del procedimiento legislativo, pero es justamente la instancia que debería ser controlada la que posee la función de control.

Sin duda, el refrendo ministerial vincula una responsabilidad al acto del monarca, pero la responsabilidad ministerial está desprovista de interés práctico en la monarquía constitucional, en la medida en que se encuentra dirigida contra los actos del monarca y no funciona cuando se trata de vicios en el procedimiento legislativo que incumbe al Parlamento, puesto que es el mismo Parlamento el que la pone en práctica.

En la actualidad la teoría —todavía muy admitida y difundida con la ayuda de los más diversos argumentos—, de que es necesario retirarle a los órganos de aplicación del Derecho todo examen de la constitucionalidad de las leyes; de que se debe conceder a los tribunales, cuando mucho, el control de la regularidad de la publicación; de que la constitucionalidad en la confección de las leyes se encuentra suficientemente garantizada por el poder de promulgación del jefe del Estado; y la consagración por el Derecho positivo de estas opiniones políticas, incluso en las Constituciones de las repúblicas actuales, se deben en última instancia, a la doctrina de la monarquía constitucional, cuyas ideas han influido, más o menos conscientemente, en la organización de las democracias modernas.

## II. LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN

4. La cuestión de la garantía y el tipo de garantía de la Constitución, es decir, la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico, ya apuntada, está en condiciones de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que solo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de “Constitución” en el cual pensaba ya la Teoría del Estado de la antigüedad, porque esta noción implica la idea de una jerarquía de las formas jurídicas.

A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento. Como quiera que se

defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución —y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado— es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es pues la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal.

De esta noción se deriva la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir. Así aparece la distinción de la forma constitucional y de la forma legal ordinaria. Limitativamente, solo la Constitución, en sentido estricto y propio del término, se encuentra revestida de esta forma especial o —como se dice habitualmente, si no es que felizmente— la Constitución en sentido material coincide con la Constitución en sentido formal.

Si el Derecho positivo conoce una forma constitucional especial, distinta a la forma legal, nada se opone a que esa forma sea empleada también para ciertas normas que no entran en la Constitución en sentido estricto, principalmente para las normas que regulan, no la creación, sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen, no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación, sino además un catálogo de derechos fundamentales de los individuos, o libertades individuales. Es por ello —es el sentido primordial, si no exclusivo de esta práctica—, que la Constitución señala principios, directivas y límites, para el contenido de las leyes futuras.

Proclamando la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la libertad de opinión, la libertad de conciencia, la inviolabilidad de la propiedad, —bajo la forma habitual de una garantía en beneficio de los sujetos, de un derecho subjetivo a la igualdad, a la libertad, a la propiedad, etc.— la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino además, que no podrán

contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es solo una regla de procedimiento, sino además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o directivas formulados en la Constitución, es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.

Es por ello que se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes. Sin embargo, esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No se trata, pues, sino de saber si es la forma legal o la forma constitucional la que debe ser observada. Si el Derecho positivo no diferencia estas dos formas, el establecimiento de principios, de directivas, de límites al contenido de las leyes, no tiene ningún sentido jurídico, y no es más que una apariencia querida por razones políticas, como lo son, por otro lado, las libertades garantizadas constitucionalmente, en el caso frecuente en que la Constitución autoriza a la legislación ordinaria a limitarlas.

5. Si las disposiciones constitucionales relativas al procedimiento y al contenido de las leyes, no pueden ser precisadas más que por las leyes, entonces las garantías de la Constitución no constituyen sino los procedimientos contra las leyes inconstitucionales. Sin embargo desde que la noción de Constitución es extendida —a través de la idea de forma constitucional— a otros objetos distintos del procedimiento legislativo y de la determinación de principios del contenido de las leyes, se hace posible que la Constitución se concrete, no solo en leyes sino en formas jurídicas distintas, en especial, en reglamentos e incluso en actos jurídicos individuales. El contenido de la Constitución puede, en efecto, hacer inútil una ley, como sucede cuando una ley es formulada de tal manera que no hay necesidad de un reglamento para que pueda ser aplicada mediante actos administrativos o jurisdiccionales individuales.

La Constitución puede disponer, por ejemplo, que en condiciones perfectamente determinadas, las normas generales podrán ser dadas, no por el voto del Parlamento, sino por actos del Ejecutivo. Estas normas generales son los Reglamentos de Necesidad que de este modo se encuentran en el mismo nivel que las leyes y tienen la misma fuerza que ellas, las reemplazan y las modifican, y están inmediatamente subordinadas a la Constitución —a diferencia de los simples reglamentos complementarios—. Por tanto, estos reglamentos pueden ser, como las leyes, inmediatamente inconstitucionales

y contra ellos así como contra las leyes inconstitucionales, deben dirigirse las garantías de la Constitución.

Nada se opone, tampoco, a que las normas sean puestas en la forma constitucional y que no solamente contengan principios, directivas y límites al contenido de las leyes futuras y no puedan, consecuentemente ser concretadas por medio de leyes sino que, por el contrario, regulen una materia en forma tan completa que sean inmediatamente aplicables a los casos concretos a través de actos jurisdiccionales e, incluso, administrativos. Esto sucede cuando la Constitución —en ese sentido amplio— determina la manera como son designados ciertos órganos ejecutivos supremos: jefe de Estado, ministros, Cortes Supremas, etc., de tal modo que estos órganos pueden ser creados sin la intervención de una regla de detalle —ley o reglamento— que complete la Constitución, sino que basta con aplicar inmediatamente la propia Constitución.

Esta materia aparece efectivamente incluida en la noción corriente de Constitución (se entiende tradicionalmente por Constitución —en sentido material— no solamente las reglas relativas a los órganos y a los procedimientos de la legislación, sino también las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos y además, la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos) por lo que se designa simplemente el catálogo de derechos fundamentales, esto es, si se quiere expresar de una manera jurídicamente correcta, ciertos principios sobre el contenido de las leyes. La práctica de los Estados modernos corresponde a esta noción y sus Constituciones presentan, en general, estas tres partes.

Si tal es el caso, entonces no son solamente las normas generales —leyes o reglamentos— las que se encuentran inmediatamente subordinadas a la Constitución sino, además, ciertos actos individuales que pueden, por tanto, ser inmediatamente inconstitucionales. El número de actos individuales que se encuentran subordinados a la Constitución de modo inmediato puede, naturalmente, ser aumentado a voluntad; es suficiente con revestir con la forma constitucional, en razón de cualesquiera motivos políticos, las normas jurídicas directamente aplicables a los casos concretos, por ejemplo, votar las leyes sobre las asociaciones o la Iglesias como leyes constitucionales.

Aunque una garantía de la regularidad de los actos de ejecución de esas leyes tenga, en la forma, el carácter de una garantía de la Constitución, es evidente que aquí, por el hecho de que la noción de Constitución ha sido llevada más allá de su dominio originario y, por así decir, natural —el que resulta de la teoría de la estructura jerárquica del Derecho— la garantía específica de la Constitución, de la cual se va a proceder a estudiar la organización técnica —la Justicia Constitucional— no se presenta, puesto que el carácter individual del acto inconstitucional daría lugar a un evidente concurso de la justicia constitucional con la justicia administrativa, sistema

de medidas destinadas a garantizar la legalidad de la ejecución, y particularmente, de la administración.

6. Todos los casos hasta aquí considerados han sido, exclusivamente, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y, en consecuencia, de inconstitucionalidad inmediata. De estos actos se distinguen claramente aquellos que no se encuentran inmediatamente subordinados a la Constitución y que por lo tanto no pueden ser sino mediatamente inconstitucionales.

Cuando la Constitución impone expresamente el principio de la legalidad de la ejecución (*Vollziehung*) en general y de los reglamentos en especial, esta legalidad significa al mismo tiempo —de manera indirecta— constitucionalidad y viceversa. Señalemos aquí, en particular, puesto que se trata de normas generales, al reglamento complementario, en que el interés de asegurar su legalidad puede ser incluido, por razones que se examinarán más adelante, entre las funciones de la Justicia Constitucional.

Por otro lado es necesario subrayar que la inconstitucionalidad directa no siempre puede distinguirse netamente de la inconstitucionalidad indirecta, porque entre estos dos tipos pueden insertarse ciertas normas mixtas o intermedias. Así sucede, por ejemplo, cuando la Constitución autoriza inmediatamente, directamente, a todas las autoridades administrativas o a algunas de ellas, a dictar reglamentos dentro de los límites de su competencia y a asegurar la ejecución de las leyes que deben aplicar. Estas autoridades obtienen su poder reglamentario inmediatamente de la propia Constitución. Pero aquello que deben ordenar, es decir, el contenido de sus reglamentos, está determinado por las leyes que se encuentran entre éstos y la Constitución. Los reglamentos complementarios se distinguen con toda claridad, en virtud del grado de proximidad a la Constitución, del otro tipo de reglamento a los cuales se ha hecho precedentemente alusión, esos que derogan las leyes o las reemplazan, que están inmediatamente subordinados a la Constitución y no pueden ser, por tanto ilegales, sino únicamente inconstitucionales.

Otro caso similar se presenta cuando la Constitución señala principios relativos al contenido de las leyes, verbigracia, en un catálogo de derechos fundamentales. Los actos administrativos hechos en aplicación de estas leyes pueden ser inconstitucionales, en un sentido distinto del que tiene todo acto administrativo ilegal. Así, por ejemplo, si la Constitución dispone que la expropiación no puede tener lugar sino mediante plena y completa indemnización y si, en un caso concreto, se procede a una expropiación sobre la base de una ley perfectamente constitucional —que señala también el principio de plena indemnización— pero en contradicción con sus disposiciones —esto es, sin indemnización—, entonces el acto administrativo no es ¡legal, pero es indirectamente inconstitucional en el sentido habitual, pues no va únicamente contra la ley y contra el principio constitucional general de la legalidad de la

ejecución, sino, además, contra un principio especial expresamente señalado por la Constitución —a saber, que toda expropiación debe ser acompañada de una plena y entera indemnización— excediendo, así, el límite específico que la Constitución impone a la legislación. Con base en esto se comprende que contra los actos ilegales de esta naturaleza se pone en movimiento una institución que sirve a la garantía de la Constitución.

El principio constitucional de la legalidad de la ejecución no solo significa que todo acto de ejecución debe ser conforme a la ley sino también y esencialmente, que no puede haber actos de ejecución más que sobre la base de una ley, es decir, autorizado por una ley. Por consiguiente, si una autoridad estatal —tribunal o agente administrativo— realiza este acto no es, propiamente hablando, ilegal en ausencia de una ley que permita apreciar su legalidad, sino “sin ley”, y como tal, inmediatamente inconstitucional.

Poco importa que este acto “sin ley” no se refiera a ninguna ley o que la mención de una ley sea puramente ficticia, como sería el caso, por ejemplo, en que la administración expropiara un inmueble urbano invocando una ley que autoriza la expropiación de inmuebles rurales en virtud de una reforma agraria. Por muy claro que este caso se distinga del anteriormente examinado de una expropiación ilegal por no estar acompañada de indemnización, no hay que encubrir el hecho que, en general, el límite entre actos “sin ley” y por tanto inmediatamente inconstitucionales, y los actos ilegales, afectados de una inconstitucionalidad simplemente mediata, no es perfectamente nítido.

7. Al lado de las leyes, de ciertos reglamentos y actos individuales de ejecución que presentan los caracteres anteriormente indicados, es necesario considerar, como otra forma jurídica inmediatamente subordinada a la Constitución, los tratados internacionales. Las Constituciones contienen, en general, prescripciones sobre su conclusión, autorizando al jefe del Estado a celebrarlos, acordando al Parlamento el derecho de aprobarlos, exigiendo para su validez interna su transformación en leyes, etc. Los principios constitucionales sobre el contenido de las leyes valen igualmente para los tratados internacionales, o al menos, podrían valer para ello, pues es concebible que el Derecho positivo los exceptuara de estas disposiciones.

Los tratados internacionales deben ser interpretados de modo que tengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual.

No obstante lo anterior, el lugar de un tratado internacional en el edificio del ordenamiento jurídico no se deja determinar perfectamente de ma-

nera unívoca. No se le puede interpretar como una norma inmediatamente subordinada a la Constitución y determinada por ella más que suponiendo que la Constitución es el nivel supremo del ordenamiento jurídico, es decir, interpretando esta relación desde el punto de vista de la primacía del Derecho interno.

Si uno se eleva por encima de este punto de vista y parte de la idea de la superioridad del Derecho Internacional sobre los diferentes órdenes estatales, esto es, si uno se coloca aceptando la primacía del ordenamiento jurídico internacional, entonces el tratado internacional aparece como un orden jurídico superior a los Estados contratantes, creado de conformidad a una norma del Derecho de Gentes, por un órgano propio de la comunidad internacional formado por los representantes de estos Estados. En cuanto a la determinación de los miembros de este órgano (jefes de Estado, ministros de relaciones exteriores, Parlamentos, etc.) el Derecho Internacional delega este poder en los diferentes órdenes estatales o en su Constitución.

Desde este punto de vista, el tratado tiene frente a la ley, e incluso frente a la Constitución, una cierta preeminencia, puesto que él puede derogar una ley ordinaria o constitucional en tanto que lo contrario es imposible. Según las reglas del Derecho Internacional, un tratado no puede perder su fuerza obligatoria sino en virtud de otro tratado, o de otros hechos determinados por él, pero no por un acto unilateral de una de las partes contratantes, especialmente, una ley. Si una ley, incluso una ley constitucional, contradice un tratado, ella es irregular, esto es, contraria al Derecho Internacional; va inmediatamente contra el tratado, y mediatamente contra el principio *pacta sunt servanda*.

Naturalmente, otros actos estatales además de las leyes pueden ser contrarios al Derecho Internacional ya sea que violen, mediata o inmediatamente, el principio del respeto a las convenciones o a otras reglas del Derecho Internacional general. Si, por ejemplo, se admitiera la existencia de una norma de Derecho Internacional según la cual los extranjeros no podrían ser expropiados más que mediante plena y completa indemnización, entonces toda ley constitucional, toda ley ordinaria, todo acto administrativo estatal, toda sentencia que decidiera la expropiación sin indemnización a un extranjero, serían contrarios al Derecho Internacional. Debemos subrayar, por otro lado, que el Derecho Internacional no declara por sí mismo la nulidad de los actos estatales que le son contrarios. No se ha elaborado todavía un procedimiento mediante el cual estos actos irregulares pudieran ser anulados por un tribunal internacional. Así pues, estos actos se conservan válidos si es que no son anulados a través de un procedimiento estatal. El Derecho Internacional no tiene, en última instancia, más sanción que la guerra, sanción que no hace desaparecer el acto que es contrario a sus normas. Esto último no impide que el Derecho Internacional, si se supone su primacía, pueda

constituir una medida de la regularidad de todas las normas estatales, comprendiendo a la más alta entre ellas, la Constitución.

### III. LAS GARANTÍAS DE LA REGULARIDAD

8. Habiendo suficientemente explicado la noción de Constitución y, por tanto, la naturaleza de la constitucionalidad y de la inconstitucionalidad, se puede ahora abordar la cuestión de las garantías necesarias para la protección de la Constitución.

A) Estas garantías constituyen los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado con relación a la regularidad de los actos estatales en general. Las garantías son preventivas o represivas, personales u objetivas.

Las garantías preventivas tienden a prevenir la realización de actos irregulares. Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular.

Los dos elementos pueden, naturalmente, estar unidos en una sola y misma medida de garantía.

Entre las posibles garantías puramente preventivas debe ser considerada, ante todo, la organización en forma de tribunal de la autoridad que crea el Derecho, es decir, garantizando la independencia del órgano —por ejemplo, por medio de la inamovilidad—, independencia que consiste en que no se puede ser jurídicamente obligado, en el ejercicio de sus funciones, por ninguna norma individual (orden) de otro órgano y, en especial, de un órgano superior o perteneciente a otro grupo de autoridades. No está ligado, por consecuencia, más que a las normas generales, esencialmente a las leyes y a los reglamentos legales. El poder acordado al tribunal de controlar las leyes y los reglamentos es otra cuestión.

La idea todavía muy aceptada de que solo la regularidad de la jurisdicción puede ser garantizada de esta manera —organizada en forma de tribunal—, reposa en la errónea hipótesis que sostiene que entre la jurisdicción y la administración existe, desde el punto de vista jurídico, es decir, de la teoría o de la técnica jurídica, una diferencia de esencia. Ahora bien, precisamente desde el punto de vista de su relación con las normas de niveles superiores —relación decisiva para el postulado de la regularidad del ejercicio de la función— no se puede percibir ninguna diferencia entre administración y jurisdicción, ni tampoco entre ejecución y legislación. La distinción entre jurisdicción y administración reside exclusivamente en la forma de organización de los tribunales.



Prueba de esto es la institución de la jurisdicción administrativa, que consiste en que los actos administrativos, es decir, los actos que son normalmente llevados a cabo por autoridades administrativas, son realizados por tribunales, o en que la regularidad de los actos de las autoridades administrativas se encuentra encomendada a un tribunal, y tales actos pueden ser, en consecuencia, anulados en caso de que sean reconocidos como irregulares y, eventualmente, ser incluso reformados, es decir, remplazados por un acto regular.

La oposición tradicional entre jurisdicción y administración, el dualismo del aparato de autoridades estatales de ejecución, fundado sobre esta distinción, no puede explicarse más que históricamente, distinción que se encuentra llamada a desaparecer, si los síntomas no son erróneos, pues ya se manifiesta una tendencia a la unificación de este aparato. No es pues sino históricamente que puede explicarse el por qué se ve en la independencia de un órgano, en relación con los órdenes de otro una garantía en el ejercicio regular de sus funciones.

La organización en forma de tribunal del órgano de creación del Derecho es, no solo la garantía preventiva más característica de la regularidad de los actos sino, incluso, la primera del grupo de garantías que llamamos personales. Las otras son la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria, así como la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular.

- B) Las garantías objetivas, que tienen al mismo tiempo un carácter repressivo acentuado, son la nulidad o anulabilidad del acto irregular.

La nulidad significa que un acto que pretende ser acto jurídico y, en especial un acto estatal, no es tal objetivamente porque es irregular, es decir, no responde a las condiciones que prescribe una norma jurídica de grado superior. Al acto nulo le falta de antemano el carácter de jurídico, de manera que no es necesario para retirarle su cualidad usurpada de acto jurídico, otro acto jurídico. Por el contrario, si un nuevo acto fuera necesario se estará en presencia no de una nulidad, sino de una anulabilidad.

Tanto las autoridades públicas como los particulares, tienen el derecho de examinar, en todas las circunstancias, la regularidad del acto nulo, de declararlo irregular y tratarlo, en consecuencia, como inválido y no obligatorio. Es solo porque el Derecho positivo limita este poder de examinar todo acto que pretende tener carácter de acto jurídico y de decidir sobre su regularidad —reservándolo a condiciones precisas y a ciertas instancias determinadas—, que un acto alcanzado de un vicio jurídico cualquiera puede no ser considerado *apriori* como nulo sino solamente como anulable. A falta de semejante limitación, todo acto

jurídico tocado de un vicio deberá ser considerado nulo, esto es, como si no fuera un acto jurídico.

De hecho, los derechos positivos contienen restricciones muy grandes al poder de tratar como nulo los actos irregulares, poder que, en principio, pertenece por derecho a todos. Habitualmente, los actos de los particulares y los actos de las autoridades son tratados de manera diferente. En general, se constata una cierta tendencia a tratar los actos de las autoridades públicas, aun los irregulares, como válidos y obligatorios hasta que otro acto de autoridad los haga desaparecer. La cuestión de la regularidad o de la irregularidad de los actos de las autoridades no debe ser decidido, sin más, por el particular o por el órgano estatal al que se dirigen dichos actos con la orden de ser obedecidos, sino por la autoridad misma que ha realizado el acto cuya regularidad es discutida o por otra autoridad cuya decisión es provocada mediante un determinado procedimiento.

Este principio aceptado, en una menor o mayor medida, por los diferentes Derechos y que puede calificarse como el principio de la autolegitimación (*Selbstlegitimation*) de los actos de las autoridades públicas, comporta ciertos límites. El Derecho positivo no puede siempre decidir que todo acto que se presenta como acto de una autoridad pública deba, sin distinción, ser considerado como tal hasta que sea anulado por su irregularidad por un acto de otra autoridad. Sería evidentemente absurdo, por ejemplo, exigir un semejante procedimiento para la anulación de un acto establecido por un individuo que no tiene de ninguna manera la calidad de autoridad pública. Pero por otro lado, tampoco es posible considerar *a priori* como nulo todo acto realizado por una autoridad incompetente o compuesta en forma irregular o, todavía, mediante un procedimiento irregular.

El problema de la nulidad absoluta, tan difícil teórica y técnicamente, no interesa sin embargo, a la cuestión de las garantías de la Constitución sino en tanto que es necesario afirmar que la nulidad —que nunca puede ser excluida del Derecho positivo— es tomada en consideración para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y que, consiguientemente, la nulidad de estos actos es, también, en cierto sentido, una garantía de la Constitución.

Ni los particulares ni las autoridades públicas deben considerar como ley a todo acto que se intitule así. Entre ellos puede haber, indiscutiblemente, actos que no tienen de leyes más que la apariencia. Pero no puede definirse por una fórmula teórica general el límite que separa el acto nulo *a priori* que es una pseudo ley, de un acto legislativo viciado, pero válido, es decir, de una ley inconstitucional.

Solo el Derecho positivo podría encargarse de esta tarea. Sin embargo, generalmente no lo hace o, al menos, no conscientemente ni de manera precisa. Muy frecuentemente el Derecho positivo deja el cuidado de responder a esta cuestión a la autoridad llamada a decidir cuando un individuo –sea particular u órgano estatal– se niega a obedecer el acto considerado, invocando que se trata de una pseudo-ley. Pero con ello, el acto en cuestión ha salido de la esfera de la nulidad absoluta para entrar en la de la simple anulabilidad; puesto que en la decisión de la autoridad en que se estima que un acto –al que se ha desobedecido– no era un acto jurídico, no puede verse sino su anulación con cierto efecto retroactivo.

Lo mismo ocurre cuando el Derecho positivo establece un mínimo de condiciones que deben ser reunidas para que el acto jurídico no sea nulo *a priori*; por ejemplo, cuando la Constitución decide que todo lo que se encuentra publicado bajo el título de ley en el Diario Oficial (*Bulletin des lois*) debe valer como ley cualquiera que puedan ser sus otras irregularidades, mientras no haya sido anulada por una instancia calificada para hacerlo. Pues es siempre, al fin de cuentas, una autoridad pública quien debe declarar de manera auténtica si las condiciones mínimas son o no llenadas, sin lo cual cada quien podría dispensarse de obedecer las leyes alegando simplemente que no son tales.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la situación en que se encuentra aquél a quien se dirige un acto con la pretensión de ser obedecido es, sin excepción, la siguiente: él puede, si considera el acto nulo, desobedecerlo, pero obrando siempre por su cuenta y riesgo; es decir, el destinatario corre el peligro de que, enjuiciado por desobediencia, la autoridad que conozca del caso no considere el acto como nulo o declare que cumple con las condiciones mínimas impuestas por el Derecho positivo para su validez, haciendo reserva de su anulabilidad ulterior.

En caso contrario, la decisión de la autoridad significa la casación del acto, decisión que opera con efecto retroactivo hasta el momento en que fue realizado el acto. Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un procedimiento que tiene por objeto la nulidad del acto –que es, en principio, simplemente afirmada por el interesado– y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo éste conducir a una decisión en que se la niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme a su texto, se declara que el acto era nulo.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide sobre el susodicho acto nulo, no existe más que anula-

bilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulabilidad, una anulación con efecto retroactivo.

La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas. La anulación contiene, a decir verdad, diversos grados, en cuanto a su alcance así como en cuanto a su efecto en el tiempo.

Desde el primero de estos puntos de vista, la anulación puede —es una primera solución— limitarse a un caso concreto. Cuando se trata de un acto individual esto se sobreentiende, pero no sucede así cuando se trata de una norma general. La anulación de una norma general se mantiene limitada al caso concreto cuando las autoridades —tribunales o autoridades administrativas— que deberían aplicar la norma pueden o deben rehusar a aplicarla a un caso concreto cuando la consideran irregular, pudiendo resolver, en consecuencia como si la norma no estuviera en vigor; pero, por lo demás, esta norma se mantiene en vigor y debe ser aplicada en otros casos por otras autoridades, cuando éstas no tienen el poder de decidir sobre el particular o teniéndolo, la consideran regular.

La autoridad llamada a aplicar la norma general, que puede retirar su validez para un caso concreto cuando ha reconocido su irregularidad, tiene el poder de anularla —puesto que hacer desaparecer la validez de una norma y anularla son una sola y misma cosa—, pero la anulación es simplemente parcial, limitada al caso concreto. Tal es la situación de los tribunales —no de las autoridades administrativas— frente a los reglamentos según numerosas Constituciones modernas. Pero frente a las leyes, por regla general, están lejos de poseer tan amplios poderes de control. Lo más frecuente es que los tribunales no puedan examinar la regularidad de las leyes, es decir, la constitucionalidad de las leyes en todos los aspectos, sino únicamente verificar la regularidad de la publicación de la ley, no pudiendo, por tanto, rehusar su aplicación en un caso concreto más que a consecuencia de una irregularidad cometida en su publicación.

Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada a ese caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad jurídica que conllevan y que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento o, incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario, prohibiéndose a las autoridades administrativas, cuando son llamadas a intervenir, a rehusar su aplicación. La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limi-

tación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.

En cuanto a su alcance en el tiempo, la anulación puede limitarse al futuro o por el contrario extenderse igualmente al pasado, es decir, con o sin efecto retroactivo. Naturalmente que esta diferencia no tiene sentido más que para los actos que tienen consecuencias jurídicas duraderas, esto es, se refieren, pues, ante todo, a la anulación de normas generales. El ideal de la seguridad jurídica exige que en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que *pro futuro*, es decir, a partir de la anulación. Inclusive, es necesario pensar en la posibilidad de no permitir la entrada en vigor de la anulación sino hasta la expiración de un cierto plazo. Así como puede haber razones válidas para hacer preceder la entrada en vigor de una norma general —ley o reglamento, por ejemplo— de una *vacatio legis*; asimismo podría haberlas para no dejar sin vigencia una norma general anulada sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de la sentencia de anulación.

Sin embargo, ciertas circunstancias pueden hacer necesaria una anulación retroactiva. No hay que pensar únicamente en el caso extremo, precedentemente considerado, de una retroactividad ilimitada, en donde la anulación del acto equivale a su nulidad cuando el acto irregular debe ser reconocido —según la aplicación soberana de la autoridad competente para anularla o en virtud de la exigencia del Derecho positivo de un número de condiciones para su validez— como si fuera pura y simplemente un pseudo acto jurídico. Es necesario pensar en un efecto retroactivo excepcional, limitado a ciertos tipos de actos o a una cierta categoría de casos.

Para la organización técnica de la anulación de un acto, es igualmente de gran importancia saber si la anulación podrá ser declarada por el mismo órgano que ha realizado el acto o si la anulación será confiada a otro. Son, sobre todo, consideraciones de prestigio las que conducen a la adopción del primero de los procedimientos. Se quiere evitar que se menoscabe la autoridad del órgano que ha creado la norma irregular y que es considerado como órgano supremo, o que al menos actúa bajo el control y la responsabilidad de un órgano supremo —particularmente si se trata de una norma general— al autorizar a otro órgano a anular sus actos, colocándose así por encima de aquél, cuando es justamente aquél el que debía ser considerado como supremo.

No es solamente la “soberanía” del órgano que ha realizado el acto irregular sino, además, el dogma de la separación de poderes lo que se trae a discusión para evitar que la anulación de los actos de una auto-

ridad sea hecha por otra autoridad. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de actos de autoridades administrativas supremas en que la instancia facultada a anularlos, en un caso dado, debiera, entonces, encontrarse fuera de la organización administrativa y tener, tanto por su función como por su organización, el carácter de autoridad jurisdiccional independiente, es decir, de tribunal.

Tomando en cuenta el carácter más que problemático de la distinción entre jurisdicción y administración, la invocación de la separación de poderes tiene en este caso tan poco valor como la de la “soberanía” del órgano. Los dos argumentos juegan, por otro lado, un papel particular en la cuestión de las garantías de la Constitución. Bajo el pretexto de que la soberanía del órgano que hace un acto irregular o de que la separación de poderes debe ser respetada, se abandona, en ocasiones, la anulación del acto irregular a la discreción de este mismo órgano, no concediendo a los interesados más que el derecho de hacer una demanda de anulación desprovista de fuerza obligatoria, simples “quejas”, o bien existe un procedimiento regular que debe conducir a la abrogación del acto irregular por su autor. Sin embargo la demanda que da comienzo al procedimiento no obliga a la autoridad más que a iniciarlo pero no a resolverlo de cierto modo; es decir, con la anulación del acto impugnado. Esta anulación queda pues en el poder discrecional, aunque legalmente vinculado, del mismo órgano que ha realizado el acto irregular y al cual no controla ningún órgano superior. Por otro lado, sería necesario considerar un tercer sistema que constituya una transición del segundo tipo ya indicado: la cuestión de la regularidad del acto es decidida por otra autoridad, pero su anulación es reservada al órgano que la realiza. Este órgano, sin embargo puede estar obligado jurídicamente por la decisión del otro órgano a anular el acto reconocido irregular, y la ejecución de esta obligación puede, incluso, estar sujeta a un plazo. Pero aun esta variante no ofrece una garantía suficiente, por lo que es inútil desarrollarla al detalle.

Esta garantía no existe sino cuando la anulación del acto irregular es pronunciada inmediatamente por un órgano completamente diferente e independiente de aquél que ha realizado el acto irregular. Si se atiende a la división tradicional de las funciones estatales en legislación, jurisdicción y administración así como a la tradicional división del aparato estatal en tres grupos de órganos —un aparato legislativo, un aparato jurisdiccional y un aparato administrativo—, entonces se debe distinguir entre el caso en que la anulación de un acto irregular se mantiene al interior del mismo aparato de autoridades —por ejemplo, cuando los actos administrativos o las sentencias irregulares son anulados por un nuevo acto administrativo o por una nueva sentencia, es

decir, por un acto de una autoridad que pertenece al mismo grupo de órganos, autoridad administrativa superior en un caso, autoridad judicial superior en el otro— y el caso en que la autoridad que anula pertenece a otro grupo de órganos. El recurso jerárquico pertenece al primer tipo; la justicia administrativa es un ejemplo del segundo. Es un rasgo característico de los sistemas jurídicos modernos que la regularidad de los actos jurisdiccionales se encuentre garantizada, casi sin excepción, por medios del primer tipo. En efecto, en la sola independencia de los tribunales se ve una garantía suficiente de la regularidad de sus actos.

La anulación del acto irregular plantea la cuestión de su reemplazo por un acto regular. Al respecto es necesario distinguir dos posibilidades técnicas: la autoridad competente puede tener también el poder de sustituir el acto anulado por un acto regular, es decir, tiene el poder no solo de anular sino además el de reformar. Pero la confección del acto regular puede igualmente dejarse a la autoridad cuyo acto irregular ha sido anulado. Si la autoridad se encuentra ligada a la solución de Derecho que la instancia de anulación ha formulado en su fallo, por ejemplo, bajo la forma de motivos, su independencia sufre una restricción, lo que tratándose de la anulación de un juicio no es de pasar por alto para la apreciación de la independencia de los jueces como garantía específica de la regularidad de la ejecución.

#### IV. LAS GARANTÍAS DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Entre las medidas técnicas anteriormente indicadas, que tienen por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución. Sin embargo, esto no significa que no pueda pensarse en otros medios de asegurar la regularidad de los actos que le están subordinados.

Ciertamente que la garantía preventiva personal —la organización del órgano que actúa como tribunal— está, de antemano fuera de consideración. La legislación, de la que aquí se trata principalmente, no puede ser confiada a un tribunal; no tanto a causa de la diversidad de las funciones legislativa y jurisdiccional sino, realmente, en razón de que la organización del órgano legislativo está esencialmente dominada por otros puntos de vista distintos al de la constitucionalidad de su funcionamiento. Es la gran antítesis de la democracia y de la autocracia la que aquí decide.

Por el contrario, las garantías represivas —la responsabilidad constitucional y la responsabilidad civil de los órganos que realizan actos irregulares—, son perfectamente posibles. Ciertamente que en lo que toca a la legislación, no se trata de la responsabilidad del Parlamento como tal, o de sus miembros: el órgano colegiado no es —por diferentes razones— un sujeto apropiado de responsabilidad penal o civil.

Sin embargo, los individuos asociados a la legislación —jefe de Estado, ministros— pueden estar sujetos a responsabilidad por la inconstitucionalidad de las leyes, sobre todo cuando la Constitución dispone que éstos asumen por la promulgación o por su refrendo la responsabilidad de la constitucionalidad del procedimiento legislativo. De hecho, la institución de la responsabilidad ministerial, característica de las Constituciones modernas, sirve también para asegurar la constitucionalidad de las leyes; y se sobreentiende que esta responsabilidad personal del órgano puede ser empleada igualmente para garantizar la legalidad de los reglamentos y, también, en particular, de la regularidad de los actos individuales inmediatamente subordinados a la Constitución.

Sobre este último punto, se puede pensar también especialmente en la responsabilidad pecuniaria por los daños causados por los actos irregulares. Pero, como quiera que sea, la responsabilidad ministerial —la historia constitucional lo prueba— no es en sí misma un medio muy eficaz; igualmente, las otras garantías personales son también insuficientes puesto que no atacan la fuerza obligatoria del acto irregular y, en particular, la de la ley inconstitucional. Es, incluso, difícil tomando en cuenta este estado de cosas, que la Constitución se encuentre garantizada; ella no lo está verdaderamente sino cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible.

## 1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

9. No existe hipótesis de garantía de la regularidad en la que se pueda estar tentado de confiar la anulación de los actos irregulares al propio órgano que los ha realizado, que la de la garantía de la Constitución. Y, ciertamente, en ningún caso este procedimiento estaría más contraindicado; puesto que la única forma en la que se podría ver, en una cierta medida, una garantía eficaz de la constitucionalidad —declaración de la irregularidad por un tercer órgano y obligación del órgano autor del acto irregular de anularlo— es aquí impracticable, porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz. Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.

No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional—.



A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera es, naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento. Pero —abstracción hecha de que no puede hablarse de la soberanía de un órgano estatal particular, pues la soberanía pertenece a todo el ordenamiento estatal— este argumento se desploma solo por el hecho de que debe reconocerse que la Constitución regula, en definitiva, el procedimiento legislativo exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente, de la misma forma en que la jurisdicción y la administración lo están a la legislación, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica, por completo, al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración.

Si, contrariamente a estos puntos de vista, se continúa afirmando la incompatibilidad de la Justicia Constitucional con la soberanía del legislador, es simplemente para disimular el deseo del poder político, expresado en el órgano legislativo, de no dejarse limitar —en contradicción patente con el Derecho positivo— por las normas de la Constitución. Pero, si por razones de oportunidad se aprueba esta tendencia, no existe argumento jurídico que la pueda autorizar.

No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Ciertamente que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al “poder legislativo”, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga —por la independencia de sus miembros— la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales<sup>2</sup>.

Ahora bien, anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Se podría, por tanto, interpretar la anulación de las leyes por un tribunal ya sea, como una distribución del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión del Poder Legislativo. Ahora bien, en este caso, no se habla, generalmente, de una violación al principio de la separación de los poderes, como sucede cuando en las Constituciones

---

<sup>2</sup> Se puede pasar por alto el hecho de que aún esta distinción no es una distinción de principios, pues el legislador —especialmente, el Parlamento— puede aprobar también normas individuales.

de las monarquías constitucionales, la legislación se encuentra confiada, en principio, al Parlamento conjuntamente con el monarca, aunque en ciertas hipótesis excepcionales el monarca tiene, conjuntamente con sus ministros, el derecho de dictar ordenanzas que derogan a las leyes. Nos llevaría muy lejos examinar aquí los motivos políticos que dieron origen a toda esta doctrina de la separación de poderes, aunque ésta sea la única manera de hacer aparecer el verdadero sentido de este principio: la función de equilibrio de las fuerzas políticas en la monarquía constitucional.

Si se quiere mantener este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, solo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que, en lugar de una separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros. Y ello, no únicamente para impedirles la concentración de un poder excesivo en las manos de un solo órgano —concentración que sería peligrosa para la democracia— sino además, para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos. Pero, entonces, la institución de la Justicia Constitucional no está de ninguna manera en contradicción con el principio de la separación, sino, por el contrario, es una afirmación de éste.

La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto, fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el Gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la Jurisdicción Constitucional.

Habría lugar, cuando más, a examinar si el hecho de considerar la anulación de las leyes como una función legislativa no acarrearía ciertas consecuencias particulares, relativas a la composición y al nombramiento de esta instancia. Pero, en realidad, no ocurre así ya que todas las consideraciones políticas que dominan la cuestión de la formación del órgano legislativo, no son tomadas en cuenta, propiamente, cuando se trata de la anulación de las leyes.

Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar —y ello, únicamente, por principios o directivas generales—, la actividad del legislador negativo, o sea, la actividad de la Jurisdicción Constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada

por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, y constituye principalmente aplicación del Derecho y, solamente en una débil medida, creación del Derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional. Son, pues, los mismos principios esenciales los que se toman en consideración tanto para su constitución como para la organización de los tribunales o los órganos ejecutivos.

A este respecto, no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones posibles. La organización de la Jurisdicción Constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada una de ellas. He aquí, sin embargo algunas consideraciones de alcance y valor generales. El número de miembros no deberá ser muy elevado, y considerando que es sobre cuestiones de Derecho a que está llamada a pronunciarse, la Jurisdicción Constitucional cumple una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. Entre los modos de designación particularmente típicos, no se podría pregonar sin reservas ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el Gobierno. Posiblemente se les podría combinar, haciendo, por ejemplo, elegir los jueces al Parlamento a propuesta del Gobierno, quien podría designar varios candidatos para cada puesto, o inversamente.

Es de gran importancia otorgar, en la composición de la Jurisdicción Constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Se podría llegar a esto concediendo, por ejemplo, a las Facultades de Derecho de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Se podría, asimismo, acordar al propio Tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El Tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes.

Es igualmente importante excluir de la Jurisdicción Constitucional a los miembros del Parlamento o del Gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados. Es muy difícil, pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional toda influencia política. No se puede negar que los especialistas pueden —consciente o inconscientemente— dejarse determinar por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal, por ejemplo, haciendo proveer una parte de los puestos por el Parlamento por vía de elección, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son entregados a especialistas, estos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas, puesto que su conciencia política

se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos.

## 2. EL OBJETO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

10. I. Son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la Justicia Constitucional. Por leyes es necesario entender los actos así denominados de los órganos legislativos, esto es, en las democracias modernas, de los Parlamentos centrales o —tratándose de un Estado Federal— locales.

Deben ser sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional todos los actos que presenten forma de leyes, aun si solo contienen normas individuales, por ejemplo, el presupuesto, o todos los otros actos que la doctrina tradicional se inclina —por una razón u otra— a considerar, no obstante su forma de ley, como simples actos administrativos. El control de su regularidad no puede ser confiado a ninguna instancia más que a la Jurisdicción Constitucional. Pero, igualmente, la constitucionalidad de otros actos del Parlamento que tienen, de acuerdo con la Constitución carácter obligatorio, sin revestir necesariamente la forma de leyes —no siendo exigida su publicación en el Diario Oficial (*Bulletin des Lois*)— como, por ejemplo, el reglamento del Parlamento o el voto del presupuesto (suponiendo naturalmente que no deba efectuarse en forma de ley) y otros actos parecidos deben poder ser verificados por la Jurisdicción Constitucional.

Igualmente, todos los actos que pretenden valer como leyes, pero que no lo son en razón de la falta de una condición esencial cualquiera —suponiendo naturalmente que no se encuentren afectados de nulidad absoluta, caso en que no podrían ser el objeto de un procedimiento de control— así como los actos que no pretenden ser leyes, pero que hubieran debido serlo según la Constitución y que —con el fin de sustraerlas al control de constitucionalidad— han sido inconstitucionalmente revestidas de una u otra forma: votadas por el Parlamento como simples resoluciones no publicables o publicadas como simples reglamentos.

En caso de que la Jurisdicción Constitucional no tuviera que controlar, por ejemplo, más que la constitucionalidad de las leyes, y que el Gobierno no pudiera obtener el voto de una ley, entonces regularía por vía de reglamento una materia que, de acuerdo con la Constitución, no puede serlo sino por vía legislativa. Así, este reglamento que tendría inconstitucionalmente rango de ley debería poder ser atacado ante la Jurisdicción Constitucional. Estos ejemplos no son imaginarios: se ha visto en Austria al Parlamento de un Estado miembro de la Federación tratar de regular una materia por vía de simple resolución no publicable porque sabía que una ley hubiera sido anulada por la Jurisdicción Constitucional. Si se quiere impedir que el con-

trol jurisdiccional no se desvíe, tales actos deben ser competencia de esta jurisdicción. Y este principio debe aplicarse por analogía a todos los otros objetos del control de la constitucionalidad.

11. II. La competencia de la Jurisdicción Constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes. Debe extenderse, primeramente, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y cuya regularidad consiste exclusivamente —ya se ha indicado— en su constitucionalidad. Entre estos reglamentos se encuentran, principalmente, los Reglamentos de Necesidad. El control de su constitucionalidad es bastante importante pues toda violación de la Constitución significa, a este respecto, una alteración a la línea que divide la esfera del Gobierno y la del Parlamento, tan importante políticamente. Mientras más estrictas son las condiciones en que la Constitución los autoriza, más grande es el peligro de una aplicación inconstitucional de estas disposiciones, y tanto más necesario un control jurisdiccional de su regularidad. La experiencia enseña, en efecto, que donde quiera que la Constitución autorice estos Reglamentos de Necesidad, su constitucionalidad es siempre, con o sin razón, apasionadamente discutida. Es muy importante que exista, para decidir los litigios, una instancia suprema cuya objetividad se encuentre fuera de discusión, sobre todo —porque las circunstancias lo exigen— si intervienen en ámbitos importantes.

El control de la constitucionalidad de los reglamentos derogatorios de leyes, por parte de la Jurisdicción Constitucional, no acarrea dificultades en la medida en que estos reglamentos tienen, en la jerarquía de los fenómenos jurídicos, el mismo rango que las leyes y son, en ocasiones, llamados leyes o reglamentos con fuerza de ley. Pero podría atribuirse, igualmente, a la Jurisdicción Constitucional el control de la inconstitucionalidad de los simples reglamentos complementarios. Ciertamente, estos reglamentos no son —ya lo hemos dicho— actos inmediatamente subordinados a la Constitución; por tanto, su irregularidad consiste inmediatamente en su ilegalidad y solo de manera mediata en su inconstitucionalidad. Sí, no obstante lo anterior, proponemos extender a ellos la competencia de la Jurisdicción Constitucional, no es en consideración a la relatividad —precedentemente señalada— de la oposición entre constitucionalidad directa e inconstitucionalidad indirecta, sino tomando en cuenta, más que nada, la frontera natural entre los actos jurídicos generales y los actos jurídicos individuales.

En efecto, el punto esencial en la determinación de la competencia de la Justicia Constitucional consiste en delimitarla de manera adecuada, sobre todo, en relación con la justicia administrativa que existe en la mayor parte de los Estados. Desde un punto de vista puramente teórico, se podría fundar la separación de estas dos competencias en la noción de garantía de la Constitución atribuyendo a la Jurisdicción Constitucional el conocimien-

to de la regularidad de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Se incluirían entonces en su competencia, indubitadamente, asuntos que entran, actualmente, en muchos Estados, en la competencia de los tribunales administrativos, por ejemplo, los litigios relativos a la regularidad de los actos administrativos individuales inmediatamente subordinados a la Constitución. Por otra parte, su competencia no se extendería al control de ciertos actos jurídicos que en la actualidad no pertenecen, en general, a la justicia administrativa, principalmente los reglamentos.

Ahora bien, es la Jurisdicción Constitucional, ciertamente, la instancia más calificada para declarar la anulación de los reglamentos ilegales. Y no solamente porque su competencia no concurre con la competencia actualmente reconocida –en general– a los tribunales administrativos, limitada en principio, a la anulación de los actos administrativos individuales, sino, en particular, porque entre el control de la constitucionalidad de las leyes y el control de la legalidad de los reglamentos existe una íntima afinidad por el hecho de su carácter general.

Dos puntos de vista concurren, pues, en la determinación de la competencia de la Jurisdicción Constitucional: de una parte, la noción pura de garantía de la Constitución, que conduciría a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y solo ellos. Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales, que incorporaría al control de la Jurisdicción Constitucional las leyes y los reglamentos. Es necesario, haciendo a un lado todo prejuicio doctrinal, combinar estos dos principios según las necesidades de la Constitución así considerada.

12. III. Si se incluyen los reglamentos en el ámbito de la Justicia Constitucional, se pueden encontrar ciertas dificultades relativas a su delimitación exacta, en razón de que existen ciertas categorías de normas generales que no se dejan distinguir fácilmente de los reglamentos, principalmente aquellas normas generales que son creadas en la esfera de la autonomía municipal, sea por vía de resolución de los concejos municipales, sea por el municipio, o incluso, aquellas que están contenidas en actos jurídicos que no devienen obligatorios sino mediante la aprobación de una autoridad pública (por ejemplo, tarifas de compañías de ferrocarriles, estatutos de sociedades por acciones, convenciones colectivas de trabajo, etc.)

Entre las reglas generales de Derecho que emanan de una autoridad exclusivamente administrativa, esto es, el reglamento *stricto sensu*, y los actos jurídicos generales de Derecho privado, son posibles una gran cantidad de grados intermedios. Toda línea divisoria entre ellos será, pues, siempre, más o menos arbitraria. Bajo esta reserva, se puede recomendar que se someta al control de la Jurisdicción Constitucional solo las normas generales que emanen exclusivamente de autoridades públicas, trátense de autoridades

centrales o locales, de autoridades estatales en sentido estricto, o autoridades provinciales o municipales. Ya que el municipio —él también— no es sino un miembro del Estado y sus órganos, órganos estatales descentralizados.

13. IV. Como lo habíamos indicado precedentemente, los tratados internacionales deben ser también considerados —desde el punto de vista de la primacía del ordenamiento estatal— como actos inmediatamente subordinados a la Constitución. Ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiárselo a la Jurisdicción Constitucional. Jurídicamente, nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales. Se podría invocar en favor de esta extensión de la competencia de la Justicia Constitucional argumentos no desdeñables. Siendo una fuente de Derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar las leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional esté conforme con la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas que determinan el contenido de las leyes y de los tratados. Ninguna regla de Derecho Internacional se opone a este control de los tratados.

Si, como debe admitirse, el Derecho Internacional autoriza a los Estados a determinar en su Constitución a los órganos que pueden concluir válidamente tratados, es decir, celebrarlos de modo que obliguen a las partes contratantes, no es contrario al Derecho Internacional crear una institución que garantice la aplicación de las normas que él autoriza. No podría invocarse la regla según la cual los tratados no pueden ser abrogados unilateralmente por uno de los Estados contratantes, pues esta regla supone, evidentemente, que el tratado haya sido celebrado válidamente. Un Estado que quiere celebrar un tratado con otro Estado debe informarse de su Constitución. El Estado contratante no debe depender más que de sí mismo, tanto cuando trata con un órgano incompetente de otro Estado, así como cuando el tratado celebrado está en contradicción, en cualquier punto, con la Constitución de su co-contratante, resultando el tratado nulo o anulable. Pero aun si se admitiera, por un lado, que el Derecho Internacional determina inmediatamente en la persona del jefe del Estado al órgano estatal competente para la celebración de tratados y, además, la existencia de una regla del Derecho Internacional según la cual los Estados no estuvieran obligados a aceptar un control de la regularidad de los tratados que celebren con los Estados extranjeros ni su anulación total o parcial por una autoridad de esos Estados, las disposiciones contrarias de la Constitución no serían por ella menos válidas. La anulación del tratado constituiría simplemente, desde el punto de vista del Derecho Internacional, una violación que podría sancionarse con la guerra.

Es una cuestión diferente —política y no jurídica— saber si el interés que tienen los Estados para celebrar tratados permite exponerlos al riesgo de una

anulación por parte de la Jurisdicción Constitucional. Si se hace el balance de los intereses de política interior que hablan en favor de la extensión de la Justicia Constitucional a los tratados internacionales, y de los intereses de política exterior que hablan en sentido contrario, es posible que estos últimos puedan prevalecer. Desde el punto de vista de los intereses de la comunidad internacional sería deseable, indiscutiblemente, atribuir el control de la regularidad de los tratados internacionales, así como el conocimiento de los litigios que puede acarrear su aplicación, a una instancia internacional excluyendo toda jurisdicción estatal, por unilateral. Pero esto es una cuestión ajena al objeto de este estudio y es una solución que el desarrollo técnico del Derecho Internacional actual no permite considerar como posible.

14. V. ¿En qué medida pues, puede comprenderse en la Justicia Constitucional el control de los actos jurídicos individuales? La cuestión no se aplica a los actos de los tribunales. En efecto, el solo hecho de que un acto jurídico es realizado por un tribunal es una garantía suficiente de su regularidad. Que esta regularidad consista inmediatamente o mediatamente en una constitucionalidad no es motivo suficiente para sustraer estos actos de las jurisdicciones de Derecho común y atribuir su conocimiento a un Tribunal Constitucional especial.

Tampoco los actos individuales realizados por las autoridades administrativas deben estar, si se encuentran inmediatamente subordinados a la Constitución, sometidos al control del Tribunal Constitucional, sino, en principio, al de los tribunales administrativos. Esto, ante todo, por el interés de una delimitación clara de sus respectivas competencias a fin de evitar conflictos de atribuciones y dobles competencias que pueden fácilmente presentarse, en razón del carácter relativo de la oposición entre constitucionalidad directa y constitucionalidad indirecta. Se dejaría entonces, a la Jurisdicción Constitucional, únicamente el control de los actos jurídicos individuales que son realizados por el Parlamento, ya sea que revistan la forma de ley o la de un tratado internacional, pero es en tanto que leyes o reglamentos que estos actos entran bajo su competencia.

Se podría, sin embargo, extender la competencia de la Jurisdicción Constitucional a los actos individuales, aunque no estén revestidos de la forma de las leyes o la de los tratados que no estuvieran inmediatamente subordinados a la Constitución, siempre y cuando estos actos tengan el carácter de obligatorios, porque sin esto toda posibilidad de controlar su regularidad desaparecería. Sin duda no se podría tratar sino de un número muy limitado de actos. Se podría, naturalmente, dar a la Jurisdicción Constitucional, por razones de prestigio o por otras razones, el control de ciertos actos individuales del jefe de Estado o del Gobierno —suponiendo que se desea, de manera general, someterlos a un control jurídico—. En fin, señalamos que puede ser oportuno, llegado el caso, hacer del Tribunal



Constitucional una Alta Corte de Justicia encargada de juzgar a los ministros sometidos a responsabilidad, un tribunal central de conflictos, o un tribunal investido de otras facultades, con el objeto de evitarse las jurisdicciones especiales. En efecto, es preferible, de una manera general, reducir lo más posible el número de autoridades supremas encargadas de decir el Derecho.

15. VI. Parece obvio que el Tribunal Constitucional no puede conocer sino las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general —en este sentido, solo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta— aboga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aun en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada —se supone que no ha sido el Tribunal Constitucional el que la ha anulado—, es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba. Pero esto supone una sentencia del Tribunal Constitucional.

La anulación de una norma inconstitucional por la Jurisdicción Constitucional —nos seguimos refiriendo principalmente a las normas generales— no es rigurosamente necesaria más que si esta ley es más reciente que la Constitución. Si se trata de una ley anterior a la Constitución y en contradicción con ella, ésta la deroga en virtud del principio de la *lex posterior*; parece pues superfluo, e incluso, lógicamente imposible anularla. Ello significa que los tribunales y las autoridades administrativas deberán —salvo limitación de este poder por el Derecho positivo— verificar la existencia de una contradicción entre la Constitución y la ley anterior y decidir de conformidad a los resultados de este examen. La situación, en particular la de las autoridades administrativas, difiere enteramente en este punto a la que le es habitual en relación con las leyes.

Esto tiene una importancia muy particular en un período de revisiones constitucionales, sobre todo si estas revisiones son tan fundamentales como las que han tenido lugar en numerosos Estados a consecuencia de la Gran Guerra. La mayor parte de las Constituciones de los Estados nuevos han “recibido”, por ejemplo, el antiguo Derecho material —Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo— que estaba en vigor en su territorio, siempre que no estén en contradicción con su nueva Constitución. Ahora bien, estas leyes, siendo en general muy antiguas y hechas bajo el imperio de muy diferentes Constituciones, se encontraban frecuentemente en contradicción con las disposiciones de la Constitución —naturalmente, no en lo relativo al modo de elaboración de las leyes, sino, en gran medida, en relación con su contenido—.

Si la Constitución dispone, por ejemplo, que no puede darse ningún privilegio sobre la base del sexo, y se interpreta esta disposición como válida únicamente para las leyes posteriores, pero no para las leyes anteriores o para las leyes “recibidas” por la Constitución, y si se debe admitir que la Constitución deroga inmediatamente a las leyes anteriores, sin necesidad de leyes especiales de revisión, la cuestión de la incompatibilidad de estas leyes antiguas con la Constitución puede ser jurídicamente muy difícil de resolver y, políticamente, muy importante. Puede parecer malo abandonar la decisión de estos problemas a las múltiples autoridades encargadas de la aplicación de las leyes, cuyas opiniones sobre el particular serían, posiblemente, muy vacilantes.

Vale, pues, preguntarse si no cabría retirar a estas autoridades el examen de la compatibilidad con la Constitución de las leyes anteriores que la Constitución no ha abrogado expresamente, y confiárselo al Tribunal Constitucional central, lo que equivaldría a retirarle a la Constitución nueva la fuerza derogatoria frente a las leyes anteriores que ella no ha anulado expresamente, sustituyéndola por el poder de anulación del Tribunal Constitucional.

### 3. EL CRITERIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

¿Cuál será el criterio que aplicará la Jurisdicción Constitucional en el ejercicio de su control? ¿Qué reglas deberá seguir como base de sus decisiones? La respuesta a esta cuestión depende, en gran parte, del objeto del control. Es evidente que para los actos inmediatamente subordinados a la Constitución, es su constitucionalidad, y para los actos que no le están más que mediatamente subordinados, es su legalidad la que debe ser controlada, o más generalmente, es la conformidad de un acto a las normas de grado superior lo que debe ser verificado. Es igualmente evidente que el control debe comprender el procedimiento según el cual ha sido elaborado el acto, así como su contenido, si las normas de grado superior contienen disposiciones sobre el particular.

Dos puntos deben, sin embargo, ser examinados con mayor atención.

16. En primer lugar, ¿pueden ser utilizadas las normas del Derecho Internacional como criterio del control? Puede suceder que uno de los actos cuya regularidad se encuentra sometido al control esté en contradicción, no con una ley o con la Constitución, sino con un tratado internacional o con una regla del Derecho Internacional general. Una ley ordinaria que contradiga a un tratado internacional anterior es igualmente irregular con respecto a la Constitución, pues, autorizando a ciertos órganos a celebrar tratados internacionales, la Constitución hace de los tratados un modo de formación de la voluntad estatal, excluyéndolos así –de conformidad a la noción de tratado que ha hecho suya– de la abrogación o de la modificación por una

ley ordinaria. Una ley contraria a un tratado es por consiguiente —cuando menos de manera indirecta— inconstitucional. Pero para poder afirmar que aún una ley constitucional (*Verfassungsgesetz*) violatoria de un tratado es irregular, es necesario situarse en un punto de vista superior al de la Constitución, esto es, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico internacional, pues solo este punto de vista hace aparecer al tratado internacional como un orden parcial superior al de los Estados contratantes y por ello se da la posibilidad de que los actos estatales, en particular, las leyes, reglamentos, etc., sometidos al control de la Jurisdicción Constitucional, violen no solamente las reglas particulares de un tratado internacional y, por tanto, indirectamente el principio del respeto a los tratados, sino además otros principios del Derecho Internacional general.

¿Debe permitirse al Tribunal Constitucional anular los actos estatales, sometidos a su control, por contrariar el Derecho Internacional?

En contra de la anulación de las leyes ordinarias —o de los actos equivalentes o subordinados a estas leyes— contrarias a los tratados, no se puede hacer ninguna objeción seria. En efecto, esta competencia se encontraría, absolutamente, en el dominio de la Constitución, que es también —no hay que olvidarlo— el ámbito de la Justicia Constitucional. Tampoco puede hacerse ninguna objeción seria en contra de la anulación de las leyes y de los actos equivalentes o inferiores a la ley por violación a una norma de Derecho Internacional general, suponiendo que la Constitución reconozca expresamente estas normas generales, es decir, que las integre en el orden estatal, bajo la denominación de normas “generalmente reconocidas” del Derecho Internacional, como lo han hecho ciertas Constituciones recientes. En efecto, en este caso es voluntad de la Constitución que esas normas sean también respetadas por el legislador.

Así pues, tenemos que asimilar por completo las leyes contrarias al Derecho Internacional a las leyes inconstitucionales. La solución es la misma, ya sea que esas normas hayan sido “recibidas” por la Constitución con el rango de leyes constitucionales o no. Pues, en uno y en otro caso, su “recepción” significa que estas leyes no pueden ser excluidas por una ley ordinaria. Esta “recepción” solemne debe traducir la voluntad de asegurar el respeto al Derecho Internacional y es a la solución contraria a la que se llegaría si, no obstante esta “recepción”, toda ley ordinaria pudiera violar el Derecho Internacional sin que en ello se vea, desde el punto de vista de la Constitución que la contiene, una irregularidad.

Pero sucede de modo diferente cuando la Constitución no contiene este reconocimiento al Derecho Internacional general, o si la contiene, cuando se trata de leyes constitucionales contrarias al Derecho Internacional, sea Derecho internacional general, sea, incluso, convencional. Puesto que para la Jurisdicción Constitucional, en cuanto órgano estatal, la validez de las

normas internacionales que él debe aplicar para el control de los actos estatales depende de su recepción por parte de la Constitución, es decir, es la Constitución quien las pone en vigor para el dominio interno del Estado, la propia Constitución que ha creado el Tribunal Constitucional y que podría, en cualquier momento, suprimirlo.

Por muy deseable que fuera ver que todas las Constituciones recibieran –siguiendo el ejemplo de las Constituciones alemana y austríaca– las reglas del Derecho Internacional general, de manera que permitan su aplicación por un Tribunal Constitucional estatal, es necesario, no obstante, reconocer que a falta de este reconocimiento, nada autorizaría jurídicamente al Tribunal Constitucional a declarar una ley contraria al Derecho Internacional. Pero si eso sucediese, la competencia del Tribunal Constitucional se detiene ante una ley de revisión de la Constitución. Ciertamente que, de hecho, es posible que una Jurisdicción Constitucional aplique las reglas del Derecho Internacional aún en estas dos hipótesis. Pero en este caso, la Jurisdicción Constitucional ejercería una función que ya no encontraría su justificación jurídica en el cuadro del ordenamiento estatal. Una ley constitucional no puede atribuir esta competencia al Tribunal Constitucional. Un Tribunal Constitucional que anulara una ley constitucional o incluso, a pesar de la no recepción de las reglas del Derecho Internacional, una ley ordinaria, por violación a las reglas del Derecho Internacional, no podría jurídicamente seguir siendo considerado como un órgano del Estado cuya Constitución lo ha creado, sino como el órgano de una comunidad jurídica superior a este Estado. Y además solo por sus intenciones, porque la Constitución de la comunidad jurídica internacional no contiene ninguna norma que faculte a un órgano estatal a aplicar las normas del Derecho Internacional general.

17. Si la aplicación de las normas del Derecho Internacional por el Tribunal Constitucional se encuentra sometida a las limitaciones que se acaban de indicar, la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas –las normas “supra-positivas”– debe ser considerada radicalmente excluida. Se afirma, en ocasiones, que existen por encima de la Constitución de todo Estado ciertas reglas de Derecho Natural que deberían ser respetadas, también, por las autoridades estatales encargadas de la aplicación del Derecho. Si se trata de principios incorporados en la Constitución o en cualquier otro grado del ordenamiento jurídico y que se deducen del contenido del Derecho positivo por vía de abstracción, sería algo bastante inofensivo formularlos como reglas de Derecho independiente. Sin embargo, estos principios solo pueden ser aplicados con las normas jurídicas en las cuales son incorporados y solamente en ellas. Pero, si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de Derecho positivo, sino que debieran serlo solo porque son justos –si bien los protagonistas de estos principios lo tienen ya, de manera más o menos clara, como Derecho–, entonces se trata simplemente de postulados

que no son jurídicamente obligatorios, que no expresan, en realidad, sino los intereses de ciertos grupos, dirigidos a ciertos órganos encargados de la creación del Derecho y no únicamente al legislador, cuyo poder para realizarlos es casi ilimitado, sino, también a los órganos subordinados que no tienen este poder más que en medida tan reducida que su función comporta una mayor parte de aplicación del Derecho. Sin embargo, la jurisdicción y la administración lo tienen en la misma medida cuando conservan un poder discrecional, es decir, cuando tienen que escoger entre varias interpretaciones igualmente posibles.

Precisamente, en el hecho de que la consideración o la realización de estos principios —a los cuales no se ha podido hasta ahora, a pesar de todos los esfuerzos intentados en este sentido, dar una determinación muy unívoca— no tienen y no pueden tener, en el proceso de creación del Derecho, por las razones antes indicadas, el carácter de una aplicación del Derecho en sentido técnico, se encuentra la respuesta a la cuestión de saber si estos principios pueden ser aplicados por una Jurisdicción Constitucional.

Y no es sino mera apariencia cuando sucede de otro modo, cuando, como ocurre a veces, la misma Constitución se refiere a estos principios invocando los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etc., sin precisar, absolutamente lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo ordenamiento jurídico se esfuerza por ataviarse, la apelación a la equidad, la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad, etc., significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es dejado por la Constitución y la ley.

Las concepciones de la justicia, de la libertad, de la igualdad, de la moralidad, etc., difieren de tal manera según el punto de vista de los interesados, que si el Derecho positivo no consagra alguna de entre ellas, toda regla de Derecho puede ser justificada por una de las tantas concepciones posibles. Pero en todo caso la apelación de los valores en cuestión no significa, y no puede significar, que cuando el Derecho positivo sea contrario a su concepción personal de libertad, de igualdad, etc., pudiera dispensarse a los órganos de creación del Derecho su aplicación. Las fórmulas en cuestión, no tienen, de manera general, una gran significación. Ellas no agregan nada al estado real del Derecho.

Es precisamente en el dominio de la Justicia Constitucional en que estas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Se podría interpretar que las disposiciones de la Constitución invitan al legislador a conformarse a la justicia, a la equidad, a la igualdad, a la libertad, a la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Evidentemente por error, puesto que solo sería así cuando la Constitución fijara una pauta

precisa, es decir cuando la misma Constitución indicara un criterio objetivo cualquiera. Sin embargo, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales, se borrará fácilmente, y no es, por tanto, imposible que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, la anule en razón de que es injusta, siendo la justicia un principio constitucional que él debe, en consecuencia, aplicar. Pero el poder del Tribunal sería tal que devendría insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este Tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y, por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como la de justicia, o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena voluntad de un colegiado de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político, como lo sería el Tribunal Constitucional. Para evitar un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que le es extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible.

#### **4. EL RESULTADO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

18. a) De nuestras anteriores explicaciones se deduce que si se quiere que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del Tribunal Constitucional sea directamente anulado en su sentencia, en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales —este es precisamente el caso principal— fuerza anulatoria.
- b) Teniendo en cuenta la extrema importancia que posee la anulación de una norma general, y en particular de una ley, podría preguntarse si no sería conveniente autorizar al Tribunal Constitucional a no anular un acto por vicio de forma, es decir, por irregularidad en el procedimiento, sino cuando este vicio es particularmente importante, esencial. En tal caso, la apreciación de este carácter es mejor dejarlo a la entera libertad del Tribunal, porque no es bueno que la Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales.

- c) Es también conveniente examinar si no sería bueno, en interés de la seguridad jurídica, que la anulación, en particular de las normas generales y principalmente de las leyes y tratados internacionales, no procediera sino dentro de un plazo fijado por la Constitución, por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, ya que sería extremadamente lamentable tener que anular una ley, o aún peor, un tratado por inconstitucionalidad, después de que ha estado en vigor durante largos años sin haber sido cuestionados.
- d) En todo caso sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión. Pero este interés no existe cuando los hechos anteriores a la anulación no han sido todavía objeto —al momento en que la anulación se produce— de ninguna decisión de autoridad pública, los cuales, si se evitara todo efecto retroactivo a la resolución de anulación, deberían ser juzgados —en virtud de que la norma general es anulada *pro futuro*, esto es, para los hechos posteriores a la anulación— de acuerdo con la norma anulada. A continuación, mostramos que esta retroactividad limitada es, incluso, necesaria en una cierta organización del procedimiento de control de la constitucionalidad.

Si una norma general es anulada sin efecto retroactivo, o al menos, con el efecto retroactivo limitado que se acaba de indicar y si, por tanto, las consecuencias jurídicas que ha producido antes de su anulación subsisten, al menos aquellas que se manifiestan en su aplicación por las autoridades, no se altera en nada los efectos tenidos a su entrada en vigor en relación con las normas que regulaban hasta entonces el mismo objeto, es decir, en relación con la abrogación de las normas que le eran contrarias según el principio de *lex posterior derogat priori*. Esto significa, por ejemplo, que la anulación de una ley por el Tribunal Constitucional no acarrea, absolutamente, el restablecimiento de la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor de la ley anulada: la anulación no hace revivir la antigua ley referida al mismo objeto y que la ley anulada abrogó. De la anulación resulta, por así decirlo, una esfera vacía de derecho. Una materia que hasta entonces se encontraba regulada, deja de serlo, las obligaciones jurídicas desaparecen, la libertad jurídica les sucede.

En ocasiones, esta situación puede producir muy lamentables consecuencias. Sobre todo, si la ley no ha sido anulada en razón de su contenido, sino solo en razón de un vicio en la forma producido durante su elaboración, y en particular, si la confección de una ley que regula el mismo objeto requiere de un tiempo bastante considerable. Para

remediar este inconveniente es bueno prever la posibilidad de diferir los efectos de la anulación hasta la expiración de un cierto término contado a partir de su publicación.

Se puede, al respecto, pensar en otro medio: facultar al Tribunal Constitucional a establecer –conjuntamente con la resolución que anula la norma general– que las normas generales que regían la materia con anterioridad a la ley anulada vuelvan a entrar en vigor. Sería entonces prudente dejar al propio Tribunal el cuidado de decidir en qué caso se puede hacer uso de este poder de restablecimiento de la anterior situación jurídica. Sería lamentable que la Constitución hiciera de la reaparición de este estado una regla general imperativa en el caso de la anulación de normas generales.

Se debería, quizás, hacer la excepción en el caso de que se anulara una ley que consistiera únicamente en la abrogación de una ley hasta entonces en vigor; puesto que el solo efecto posible sería la desaparición de la única consecuencia que ha tenido la ley –la abrogación de la ley anterior–, es decir, la entrada en vigor de esta última.

Por otro lado, una disposición general como la que se acaba de apuntar no podría ser tomada en consideración sino suponiendo que la Constitución limitara la anulación de las normas generales a un cierto plazo a partir de su entrada en vigor, de manera de impedir la vuelta a la vigencia de normas jurídicas demasiado antiguas e incompatibles con las nuevas condiciones. El poder así conferido al Tribunal Constitucional de poner positivamente en vigor las normas, acentuaría mucho el carácter legislativo de su función, además de que solo comprendería a las normas que hubieran sido puestas en vigor, anteriormente, por el legislador regular.

- e) El dispositivo de la sentencia del Tribunal Constitucional será diferente según se trate de un acto jurídico todavía en vigor –especialmente una norma general– al momento en que se dicta el fallo como es el caso normal, o se trate de una norma que ya haya sido abrogada para entonces, pero que debe todavía ser aplicada a hechos anteriores. En el segundo caso, la resolución del Tribunal Constitucional no tiene que anular, como lo hemos indicado con anterioridad, más que un resto de validez; pero no deja de ser una sentencia constitutiva y de anulación. La fórmula de la anulación podría entonces ser, en lugar de “la ley es anulada”, “la ley era inconstitucional”. En consecuencia, se tiene que evitar la aplicación de una ley declarada inconstitucional aun a los hechos anteriores a la sentencia.

El dispositivo será idéntico sin importar que la norma general examinada por el Tribunal Constitucional sea posterior o anterior a la Constitu-



ción con la cual se encuentra en contradicción. En uno o en otro caso, la sentencia pronunciará la anulación de la norma inconstitucional.

- f) Es necesario señalar, en fin, que la anulación no debe aplicarse necesariamente a la ley en su totalidad, o al reglamento en su totalidad, sino que puede también limitarse a algunas de sus disposiciones, suponiendo naturalmente, que las otras se mantengan, sin embargo, aplicables o que no vean su sentido modificado de una manera inesperada. Corresponderá al Tribunal Constitucional apreciar libremente si se quiere anular la ley o el reglamento en su totalidad o solo de algunas de sus disposiciones.

## 5. EL PROCEDIMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

19. ¿Cuáles deben ser los principios esenciales del procedimiento del control de constitucionalidad?

- a) La cuestión de la legitimación para iniciar el procedimiento ante el Tribunal Constitucional tiene una importancia primordial: de la solución que se dé a este problema depende principalmente la medida en la que el Tribunal Constitucional pueda cumplir su misión de garante de la Constitución. La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar una *actio popularis*: así, el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial de las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular. De esta manera, el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No se puede, sin embargo, recomendar esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos.

Entre varias soluciones posibles, se pueden indicar las siguientes: autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que debiendo aplicar una norma tengan dudas sobre su regularidad, a interrumpir el procedimiento en el caso concreto y a interponer ante el Tribunal Constitucional una demanda razonada para el examen y anulación eventual de la norma. Se podría, también, otorgar este poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas —magistrados y Cortes Supremas— o incluso, restringidas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable.

Si el Tribunal Constitucional anulara la norma atacada —y solo en este caso— la autoridad demandante no debería aplicarla al caso concreto que dio origen a su demanda, sino decidir como si la norma —que es, de manera general, anulada pro futuro— no hubiera estado en vigor

cuando el caso se produjo. Este efecto retroactivo de la anulación es una necesidad técnica, porque sin él, las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho no tendrían interés inmediato ni suficientemente fuerte para provocar la intervención del Tribunal Constitucional. Si esta intervención se produce exclusiva, o principalmente, a pedido de las autoridades judiciales y administrativas, es necesario estimularlas a interponer estas demandas atribuyendo a la anulación, en estos casos, un efecto retroactivo limitado.

Sería muy oportuno acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional, a una *actio popularis*, permitiendo a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas –resoluciones judiciales o actos administrativos– en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del Tribunal Constitucional: ya que supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, el pedido de anulación.

En los Estados federales, el derecho de interposición del recurso de inconstitucionalidad debe ser acordado a los gobiernos de los Estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación, y al Gobierno Federal contra los actos de los Estados-miembros. El control de la constitucionalidad en estos casos se refiere principalmente a la aplicación de disposiciones de fondo, característico de las Constituciones de Estados federales, en que se delimita la competencia respectiva de la Federación y de los Estados-miembros.

Una institución completamente novedosa, pero que merece la más seria consideración, sería la de un defensor de la Constitución ante el Tribunal Constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciaría de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares. Es evidente que el titular de semejante función deberá estar revestido de todas las garantías de independencia imaginables, tanto frente al Gobierno como frente al Parlamento.

En lo que concierne particularmente al recurso contra las leyes, sería extremadamente importante otorgar a una minoría calificada del Parlamento el derecho a interponerlo. Y tanto más importante, cuanto que la Justicia Constitucional, como lo habremos de mostrar más adelante, debe necesariamente servir, en las democracias parlamentarias, a la protección de las minorías.

Cabe la posibilidad, en fin, de hacer que el Tribunal Constitucional inicie de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tiene sus dudas. Esto puede ocurrir no únicamente cuando, por ejemplo, llamado a examinar la legalidad de un reglamento, el Tribunal se encuentra con la inconstitucionalidad de la ley con la cual el reglamento está en contradicción, sino también, en particular, cuando el Tribunal es llamado a decidir sobre la regularidad de ciertos actos jurídicos individuales de los cuales solo su legalidad es inmediatamente puesta en cuestión, no siéndolo su constitucionalidad más que mediatamente. Entonces, el Tribunal —como lo harían las autoridades calificadas para interponer recursos ante él—, interrumpirá el procedimiento relativo al caso concreto y procederá, esta vez de oficio, al examen de la norma que él habría debido aplicar al caso. Si la anula, el Tribunal deberá, como lo harían las autoridades demandantes en un caso análogo, resolver el litigio pendiente como si la norma anulada no hubiese sido nunca aplicada.

En el caso en que es llamado a decidir también de la regularidad de actos individuales y en particular de actos de autoridades administrativas, el Tribunal Constitucional debe, naturalmente, ser instado por la acción de las personas cuyos intereses jurídicamente protegidos han sido lesionados por el acto irregular. Si es posible que los particulares sometan el acto jurídico individual al conocimiento del Tribunal Constitucional, por irregularidad de la norma general, en ejecución de la cual el acto individual ha sido regularmente realizado, entonces los particulares tienen, en mayor medida que en el caso de interposición de recursos en ocasión de un proceso judicial o administrativo, la posibilidad de someter, indirectamente, normas generales al conocimiento del propio Tribunal Constitucional.

20. b) En el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se recomienda que, de una manera general, se siga el principio de publicidad y se acentúe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de puro Derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones contenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o, que deben presentar— al Tribunal. Los asuntos que conoce el Tribunal Constitucional son de un interés general tan considerable que no se podría, en principio, suprimir la publicidad del procedimiento que solo una audiencia pública garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del colegiado de jueces no debería ser también en audiencia pública.

Deberán tener acceso al procedimiento de control: la autoridad cuyo acto es atacado, para permitirle defender su regularidad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el particular interesado en el litigio pendiente ante el Tribunal o ante la autoridad administrativa que

dio lugar al procedimiento de control, o el particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento del Tribunal Constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en Derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatorio el patrocinio de abogado, en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio.

21. c) La sentencia del Tribunal Constitucional, cuando encuentre fundada la demanda, deberá declarar la anulación del acto atacado, de manera que aparezca como la consecuencia del mismo fallo.

Para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, el acto de anulación, esto es, la sentencia del Tribunal, debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada. Aunque no puede excluirse *a priori* la idea de proporcionar al Tribunal un órgano informativo propio, un Boletín Oficial (*Bulletin officiel*), para la publicación independiente de sus sentencias de anulación, sería conveniente, en todo caso, publicar la anulación de las leyes y de los reglamentos en el mismo órgano informativo en que han sido publicados, y confiarlo a la misma autoridad. La sentencia del Tribunal deberá, pues, contener, igualmente, la obligación de publicación precisando la autoridad llamada a proceder a tal efecto.

La anulación no entraría en vigor sino hasta su publicación. Sería conveniente que el Tribunal Constitucional pudiera decidir, como lo hemos dicho, que la anulación, especialmente de leyes y tratados internacionales, no surta efecto sino hasta la expiración de un cierto plazo a partir de su publicación, aunque no sea más que para dar al Parlamento la ocasión de reemplazar la ley inconstitucional por una ley conforme con la Constitución, sin que la materia regulada por la ley anulada quede sin reglamentación durante un tiempo relativamente largo.

Si la ley ha sido atacada por un tribunal o una autoridad administrativa, en ocasión de su aplicación a un caso concreto, la cuestión del efecto retroactivo podrá dar lugar a una dificultad. Si la ley anulada no deja de estar en vigor sino hasta cierto tiempo después de la publicación de su anulación y si, por tanto, las autoridades deben continuar aplicándola, entonces no puede dispensarse a la autoridad demandante su aplicación al caso concreto que ha provocado la demanda, situación que disminuye su interés en someter las leyes inconstitucionales al Tribunal Constitucional. Esto constituye un argumento suplementario en favor de la atribución concedida al Tribunal Constitucional de poder reestablecer, anulando inmediatamente la ley, el estado jurídico anterior a la entrada en vigor de la ley anulada. Esta modalidad permite, ciertamente, darle a la sentencia de anulación el efecto retroactivo deseable en el caso concreto que ha dado origen a la demanda, proporcionándole al órgano legislativo el tiempo necesario para preparar una ley nueva que responda a las exigencias de la Constitución.

## V. LA SIGNIFICACIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

22. Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales, no es plenamente obligatoria en su sentido técnico. Aunque en general, no se tenga conciencia de ello —porque una teoría jurídica dominada por la política no permite tomar conciencia— una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde el punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria. Toda ley, todo reglamento, e incluso, todo acto jurídico general realizado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de esa Constitución —a la cual estos actos se encuentran, sin embargo, subordinados y de la que todos ellos deriva su validez—. El Derecho positivo vela, no obstante, para que todo acto que esté en contradicción con una norma superior pueda ser anulado, salvo cuando esa norma superior es la propia Constitución.

Este débil grado de fuerza obligatoria real está en desacuerdo radical con la aparente firmeza, que llega hasta la rigidez, que se confiere a la Constitución cuando se somete su revisión a un procedimiento agravado. Ahora bien, ¿para qué tantas precauciones si la normas de la Constitución, bien que prácticamente inmodificables, se encuentran, en realidad, casi desprovistas de fuerza obligatoria?

Ciertamente que una Constitución que no prevé un Tribunal Constitucional, o institución análoga, para la anulación de los actos inconstitucionales, no se encuentra desprovista totalmente de sentido jurídico. Su violación puede tener una cierta sanción cuando existe al menos la institución de la responsabilidad ministerial, sanción que es dirigida a ciertos órganos asociados en la confección de los actos inconstitucionales, suponiendo que son culpables. Pero, abstracción hecha de esta garantía que —como ya se ha señalado— no es muy eficaz porque deja subsistir la ley inconstitucional, no se puede admitir en este caso que la Constitución indique un procedimiento legislativo único, ni que fije realmente los principios en cuanto al contenido de las leyes. La Constitución, sin duda, dice en su texto que las leyes deberán ser elaboradas de tal o cual manera y que no deben tener tal o cual contenido; pero admitiendo que las leyes inconstitucionales serán también válidas, sucede, en realidad, que las leyes pueden ser hechas de otra manera, y su contenido sobrepasar los límites asignados; ya que las leyes inconstitucionales —ellas también— no pueden ser válidas más que en virtud de una regla de la Constitución; esto es, ellas deben ser, también, en uno u otro modo, constitucionales, puesto que son válidas. Pero eso significa que el procedimiento legislativo expresamente indicado en la Constitución, y las pautas señaladas ahí no son, a pesar de las apariencias, disposiciones obligatorias sino solamente facultativas.

Que las Constituciones a las cuales les falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no sean, de hecho, interpretadas de esta forma, es, precisamente el extraño efecto de este método al cual hemos hecho frecuente alusión, y que disimula el contenido verdadero del Derecho por motivos políticos –que no corresponden propiamente a los intereses políticos de los que la Constitución es expresión–.

Una Constitución cuyas disposiciones relativas a la legislación pueden ser violadas sin que de ello resulte la anulación de las leyes inconstitucionales tiene, frente a los grados inferiores del ordenamiento estatal, el mismo carácter obligatorio que tiene el Derecho Internacional frente al Derecho interno. En efecto, cualquier acto estatal contrario al Derecho Internacional no es por ello menos válido. La única consecuencia de esta violación es que el Estado lesionado puede, en última instancia, hacer la guerra al Estado infractor; la violación entraña una sanción puramente penal.

Igualmente, una Constitución que ignora la Justicia Constitucional tiene como única reacción contra su violación la sanción penal que ofrece la institución de la responsabilidad ministerial. Es esta fuerza obligatoria mínima del Derecho Internacional lo que conduce a cantidad de autores, por error sin duda, a negarle, de manera general, el carácter de Derecho. Son motivos completamente semejantes los que se oponen al fortalecimiento técnico del Derecho Internacional mediante la institución de un tribunal internacional dotado de poderes de anulación y los que se oponen al incremento de la fuerza obligatoria de la Constitución mediante la organización de un Tribunal Constitucional.

Todo lo anterior debe tenerse presente para poder apreciar la importancia de la organización de la Justicia Constitucional.

23. Al lado de esta significación general, común a todas las Constituciones, la Justicia Constitucional tiene también una importancia especial, que varía según los rasgos característicos de la Constitución considerada. Esta importancia es de primer orden para la República democrática, cuyas instituciones de control son una condición de su existencia. Contra los ataques diversos, en parte justificados, que son actualmente dirigidos contra la República democrática, esta forma de Estado no puede defenderse mejor que organizando todas las garantías posibles de la regularidad de las funciones estatales. Mientras más se democratizan, más fortalecido debe ser el control. La Justicia Constitucional tiene que ser, también, apreciada desde este punto de vista.

Asegurando la confección constitucional de las leyes y, en especial, su constitucionalidad material, la Justicia Constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. El dominio de la mayoría no se hace soportable sino cuando es ejercido de manera regular. La forma constitucional especial, que consiste habitualmente en que

la revisión de la Constitución depende de una mayoría calificada, significa que ciertas cuestiones fundamentales no pueden ser resueltas más que de acuerdo con la minoría: la mayoría simple no tiene —al menos en ciertas materias— el derecho de imponer su voluntad a la minoría. Solamente una ley inconstitucional, si es que es votada por mayoría simple, podría entonces invadir, en contra de la voluntad de la minoría, la esfera de sus intereses constitucionalmente garantizados.

Toda minoría —de clase, nacional o religiosa— cuyos intereses son protegidos de alguna manera por la Constitución, tiene un interés enorme en la constitucionalidad de las leyes. Esto es cierto en particular si suponemos un cambio de mayoría en que se deja a la antigua mayoría, convertida ahora en minoría, una fuerza suficiente para impedir la reunión de las condiciones necesarias para una revisión legal de la Constitución. Si se ve que la esencia de la democracia no es la omnipotencia de la mayoría, sino el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la Justicia Constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos riesgosa para la paz social, que la de la minoría.

24. Pero es ciertamente en el Estado federal en donde la Justicia Constitucional adquiere la más grande importancia. No es excesivo afirmar que la idea política del Estado federal no se encuentra plenamente realizada más que con la institución de un Tribunal Constitucional.

La esencia del Estado federal consiste —si es que no se ve en él un problema de metafísica del Estado sino, de acuerdo a una concepción enteramente realista, un tipo de organización técnica del Estado que consiste en un reparto de funciones tanto legislativas como ejecutivas entre los órganos centrales competentes para el Estado— o su territorio en su totalidad (Federación, Imperio, Estado), y una pluralidad de órganos locales cuya competencia se limita a una subdivisión del Estado, a una parte de su territorio (Estados-miembros, provincias, cantones, etc.); los representantes de estos elementos del Estado designados de manera mediata —por los Parlamentos o gobiernos locales— o inmediata —por la población de la circunscripción— participan en la legislación y eventualmente, también en la ejecución central. El Estado federal es, dicho de otro modo, un caso especial de descentralización.

La regulación de esta descentralización toma entonces el contenido esencial de la Constitución general del Estado, la que determina, principalmente, cuáles materias serán reguladas por las leyes centrales, y cuáles por las leyes locales; asimismo, las materias que entrarán en la competencia

ejecutiva de la Federación y las que pertenecerán a la esfera ejecutiva de los Estados-miembros. El reparto de competencias es el núcleo político de la idea federal. Esto significa, desde el punto de vista técnico, que la constituciones de los Estados federales no solo regulan el procedimiento legislativo e imponen ciertos principios sobre el contenido de las leyes, como sucede en los Estados unitarios, sino que fijan, además, las materias respectivamente asignadas a la legislación federal y a la legislación local.

Toda violación de esta línea divisoria que establece la Constitución es una violación de la ley fundamental del Estado federal. La protección de este límite constitucional de las competencias entre la Federación y los Estados-miembros es una cuestión políticamente vital en el Estado federal, donde los conflictos de competencia dan lugar a luchas apasionadas. En el Estado federal, más que en ningún otro lado, se hace sentir la necesidad de una institución objetiva que resuelva estas luchas de modo pacífico; es menester un tribunal ante el cual estos litigios pueden ser sometidos como problemas jurídicos y resueltos como tales; en suma, es necesario un Tribunal Constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un Estado-miembro, así como toda invasión a la competencia de los Estados-miembros por parte de la Federación, es una violación de la Constitución federal que hace de la Federación y de los Estados-miembros una unidad total.

No se debe confundir esta Constitución total, en la cual la distribución de competencias forma su parte esencial, con la Constitución particular de la Federación, que le está subordinada, y que al igual que las Constituciones de los Estados-miembros, es solo la Constitución de una parte, de un elemento del Estado, aunque sea único el órgano llamado a modificar la Constitución total del Estado y la de la Federación.

Si se trata de actos jurisdiccionales o administrativos contrarios a las reglas de competencia, las vías de los recursos judiciales o administrativos de los Estados-miembros o de la Federación ofrecen la posibilidad de anularlos por ilegalidad. No hay necesidad de examinar aquí si esta garantía es suficiente para impedir de manera eficaz que los actos administrativos de la Federación invadan la competencia de los Estados-miembros, e inversamente, en particular, en caso de no existir un tribunal administrativo supremo común a la Federación y a los Estados-miembros, que, en la medida en que es llamado a controlar la conformidad de éstos a las reglas de competencia, es decir su constitucionalidad, realiza ya una función —al menos indirectamente— de Tribunal Constitucional.

Se puede observar sin embargo, tomando en cuenta la oposición de intereses característico del Estado federal entre la Federación y los Estados-miembros y la necesidad particularmente fuerte de una instancia decisiva, y por así decir, arbitral, que funcione como órgano de la comunidad



formada por colectividades jurídicas coordinadas: la Federación y los Estados-miembros, que la cuestión de la competencia que deba acordarse a un Tribunal Constitucional no se presenta exactamente del mismo modo que en un Estado unitario centralizado. Y así, se podría perfectamente pensar en confiar a un Tribunal Constitucional Federal el control de actos administrativos individuales, pero exclusivamente en cuanto a su conformidad con las reglas constitucionales de competencia. Sería necesario, naturalmente, que el Tribunal Constitucional, que tendría que juzgar las leyes y los reglamentos de la Federación de los Estados-miembros, ofreciera, por su composición paritaria, garantías de objetividad suficiente y se presentara, no como un órgano exclusivo de la Federación o de los Estados-miembros; sino como el órgano de la colectividad que los engloba, es decir, de la Constitución general del Estado federal, de la que el Tribunal estaría encargado de asegurar el respeto.

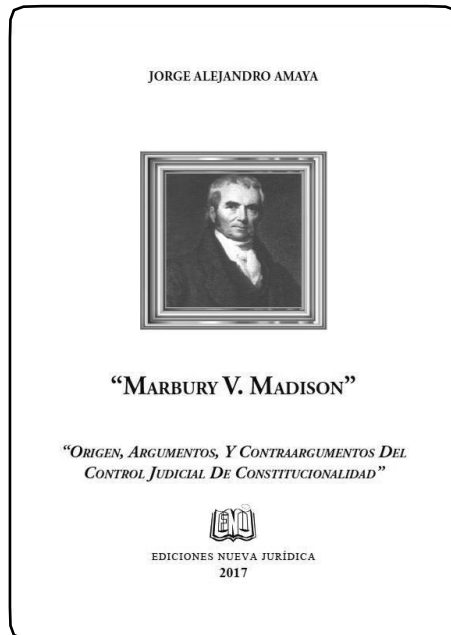
Es una de las paradojas de la teoría del Estado Federal presentar el principio de que el “Derecho federal prevalece sobre el Derecho local” (*Reichsrecht bricht Landrecht*) como si respondiera a la esencia del Estado federal, disimulando, solo por ello, la necesidad de una Jurisdicción Constitucional para el Estado federal. Es fácil demostrar que nada es tan contrario a la idea del Estado federal como este principio, que hace depender la existencia política y jurídica de los Estados-miembros de la buena voluntad de la Federación, a la que se permite invadir inconstitucionalmente, por medio de leyes ordinarias o, incluso, por medio de simples reglamentos, su competencia, arrogándose así, en contradicción con la Constitución general del Estado Federal, las competencias de los Estados-miembros.

El respeto verdadero de la idea federal, que ha encontrado expresión en la Constitución general del Estado, exige que el Derecho de la Federación invada lo menos posible el Derecho local, como a la inversa, y que tanto el Derecho local como el federal sean, en sus relaciones recíprocas, considerados en un plano de igualdad de acuerdo con la Constitución general del Estado, que delimita sus competencias respectivas. Un acto jurídico de la Federación que, excediendo el límite que le fija la Constitución general, invada el ámbito constitucionalmente garantizado de los Estados-miembros, no debe tener más valor jurídico que el acto de un Estado-miembro que violara la competencia de la Federación. Este principio es el único que responde a la esencia del Estado federal, y no puede ser mejor realizado que por un Tribunal Constitucional.

La competencia natural —puesto que resulta de la idea federalista— es que el Tribunal Constitucional debe conocer, en fin, de todas las violaciones a las obligaciones de las cuales pueda hacerse culpables no solo a los Estados-miembros sino, también, a la Federación por el hecho de que sus órganos violen la Constitución general del Estado en el ejercicio de sus fun-

ciones. Lo que se califica de ordinario de ejecución federal (*Bundes-Exekution*) y que constituye un problema tan difícil para la teoría y la práctica del Estado federal, no debería presentarse —ya sea bajo la forma primitiva de una responsabilidad colectiva y restitutoria (*Erfolgshaftung*) o bajo la forma, técnicamente más perfeccionada, de una responsabilidad individual y por omisión (*Schuldhaftung*) del órgano responsable— sino como la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional en el que se establece la inconstitucionalidad de la conducta de la Federación o de un Estado-miembro.

25. La misión que se asigna a una Jurisdicción Constitucional en el cuadro de un Estado federal, hace resaltar de manera particularmente clara la afinidad que existe entre la Justicia Constitucional y una justicia internacional destinada a la protección del Derecho Internacional, aunque no fuera sino por la proximidad de grados del ordenamiento jurídico que se trata de garantizar. Y, como esta jurisdicción tiene como meta hacer inútil la guerra entre los pueblos, entonces ella se afirma —en última instancia— como una garantía de paz política en el Estado.



## LA SENTENCIA COMPLETA EN ESPAÑOL<sup>1</sup>

---

*Corte Suprema de los EE.UU. Marbury contra Madison, 5  
EE.UU. 137 (1803)*

*5 EE.UU. 137 (cranch)*

*William Marbury contra James Madison, secretario de Estado de  
los Estados Unidos.*

### Período febrero de 1803

En el período de diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, solicitaron al tribunal individualmente, por intermedio de su asesor, que ordenara a James Madison, secretario de estado de los Estados Unidos, manifestar las causas por las cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de los nombramientos a cada uno de los demandantes respectivamente donde se los designaba jueces de paz del distrito de Columbia.

Esta petición fue respaldada con las declaraciones juradas de los siguientes hechos: que el Sr. Madison había sido notificado de la presentación de la presente petición; que el Sr. Adams, difunto presidente de los Estados Unidos, envió la nomina de los aspirantes a jueces de paz del distrito de Columbia al senado para su

<sup>1</sup> La traducción de la sentencia que figura en esta obra fue realizada por el autor, con las correcciones efectuadas por la traductora pública legal María del Carmen Sarubbi.

consulta y aprobación; que el senado aprobó y consintió estos nombramientos; que el presidente mencionado firmó formalmente las designaciones como jueces, y que el secretario de estado estampó formalmente el sello de los Estados Unidos a las designaciones mencionadas; que los aspirantes han solicitado al Sr. Madison que les entregue dichas designaciones, quien no accedió a la solicitud; y que se les devolvieron las designaciones mencionadas; que los aspirantes presentaron un pedido de informes al Sr. Madison en su carácter de secretario de estado de los Estados Unidos, solicitando información si las designaciones habían sido firmadas y selladas como se menciona anteriormente; que ni el secretario de estado ni ningún otro funcionario del departamento de estado han brindado una respuesta explícita y satisfactoria a dicha petición; que se presentó una solicitud al secretario del senado por un acta de la nómina de los aspirantes, y de la aprobación y del consentimiento del senado, quien declinó otorgar dicha acta; por lo cual se emitió una orden al cuarto día del corriente período para que diera cuenta de las causas. Esta orden fue debidamente entregada - el Sr. Jacob Wagner y el Sr. Daniel Brent fueron citados para presentarse ante este tribunal, y se les solicitó que presentaran evidencia, se negaron a prestar testimonio, alegando que eran empleados administrativos en el departamento de estado, y no estaban obligados a divulgar ningún hecho referente a la administración o a las negociaciones del departamento.

La corte ordenó a los testigos que declarasen bajo juramento, y que sus respuestas fueran admitidas por escrito; pero fueron informados que en el momento del interrogatorio podían indicar sus objeciones a contestar cada pregunta en particular, si tuvieran alguna.

El Sr. Lincoln, quien había sido el secretario de estado en ejercicio, cuando ocurrieron las circunstancias indicadas en las declaraciones juradas, fue citado para que preste testimonio. Se negó a comparecer. Las preguntas fueron formuladas por escrito.

La corte expresó que no había requerido que se divulgara nada confidencial. Si lo hubiera habido, no estaría obligado a responder, y si creyera que la información requerida la había recibido confidencialmente no estaba obligado a divulgarla, ni tampoco estaba obligado a revelar cualquier información que podría incriminarlo.

Las cuestiones discutidas por el asesor en nombre de los relatores fueron:

1. Si la Corte Suprema puede expedir un mandamiento judicial en cualquier caso.
2. Si este sería aplicable a un secretario de estado, en cualquier circunstancia.
3. Si en el presente caso la corte puede expedir un mandamiento judicial contra James Madison, secretario de estado.

El Sr. MARSHALL Presidente del Tribunal emitió la opinión de la corte.

En el último período, en las declaraciones juradas leídas y archivadas por el secretario, la corte expidió una orden sobre este caso, ordenándole al secretario de estado que exhibiera los motivos por los cuales la Corte debía abstenerse de exigirle la entrega de la designación de William Marbury como juez de paz del condado de Washington, en el distrito de Columbia.

No se ha demostrado ninguna causa, y la presente moción es un mandamiento judicial. Lo particularmente delicado de este caso, la novedad de algunas de sus circunstancias, y la verdadera dificultad que encierran los puntos contenidos en el mismo, requieren una exposición completa de los fundamentos que respaldan la opinión que dará esta corte.

Estos principios han estado, por parte del aspirante, muy hábilmente objetados en pleno tribunal. Según la interpretación de la corte, habrá un modelo innovador en forma, aunque no en general, de los puntos establecidos en aquella polémica.

Según el orden en el cual la corte ha visto este tema, se han considerado y decidido las siguientes cuestiones.

1. ¿Tiene el aspirante derecho a la designación que exige?
2. Si tiene derecho, y ese derecho ha sido vulnerado, ¿las leyes del país le otorgan una reparación?
3. Si se lo otorgan, ¿es éste un mandamiento que corresponde emitir a esta corte?

El primer objeto de la investigación es:

1. ¿Tiene el aspirante derecho a la designación que exige?

Su derecho se origina en una ley del congreso aprobada en febrero de 1801, concerniente al distrito de Columbia.

Después de dividir al distrito en dos condados, el undécimo artículo de la presente ley decreta que, ‘se designará en y para cada uno de los condados mencionados, un número de personas prudencial para ser jueces de paz según considere oportuno el presidente de los Estados Unidos, para desempeñarse en el cargo por un periodo de cinco años. Se desprende de las declaraciones que, de conformidad con la presente ley, la designación de William Marbury como juez de paz del condado de Washington fue firmada por John Adams, presidente de los Estados Unidos en ese momento; después de lo cual se estampó el sello de los Estados Unidos; pero la persona designada nunca tuvo acceso a la misma.

Para determinar si tiene derecho a esta designación, es enteramente necesario investigar si lo han nombrado para el cargo. Si lo han nombrado, la ley estipula el cargo por un período de cinco años, y le dan derecho a la posesión de aquellas evidencias del cargo, que, estando completas, son de su propiedad.

La segunda sección del segundo artículo de la constitución declara que, ‘el presidente nominará y, por y con el consentimiento y aprobación del senado, nombrará embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y todo otro servidor público de los Estados Unidos, cuyo nombramiento no esté dispuesto de otra manera.’

La tercera sección establece que, ‘designará a todos los servidores públicos de los Estados Unidos.’

Una ley del congreso ordena al secretario de estado conservar el sello de los Estados Unidos, ‘para hacer y registrar, y estampar el sello mencionado en todas las designaciones civiles de los servidores públicos de los Estados Unidos que sean nombrados por el presidente, por y con el consentimiento del senado, o por el presidente únicamente; a condición de que el sello mencionado no sea estampado en ninguna designación antes de que la misma haya sido firmada por el presidente de los Estados Unidos.’

Éstas son las disposiciones de la constitución y de las leyes de los Estados Unidos, que afectan a esta parte del caso. Parecen contemplar tres pasos distintos:

1. La postulación. Éste es un acto solo del presidente, y es totalmente voluntario.
2. El nombramiento. Éste también es un acto del presidente, y también es un acto voluntario, aunque puede realizarse solamente por y con el consentimiento y aprobación del senado.
3. La designación. Para conceder la designación a una persona nombrada, podría considerarse quizás como una obligación indicada por la constitución. ‘Podrá, ‘dice aquel instrumento, ‘designar a todos los servidores públicos de los Estados Unidos.’

Los actos de nombramiento a un cargo, y de designación de la persona nombrada, pueden considerarse apenas como uno e igual; puesto que la facultad de realizarlos está establecida en dos secciones separadas y distintas de la constitución.

La distinción entre el nombramiento y la designación será más evidente teniendo en cuenta lo dispuesto en la segunda sección del segundo artículo de la constitución, el cual autoriza al congreso ‘que pueden conceder por ley la designación de los servidores públicos de menor rango que consideren apropiados, solo el presidente, los tribunales de justicia, o los jefes de departamentos’ contemplando así los casos donde la ley faculta al presidente para la designación de un servidor público nombrado por las cortes o por los jefes de departamentos.

En tal caso, emitir una designación sería al parecer un deber distinto al del nombramiento, la realización del mismo quizás, no podría ser rechazada legalmente.

Aunque la cláusula de la constitución que requiere que el presidente designe a todos los servidores públicos de los Estados Unidos, pudo no haberse aplicado nunca a los servidores públicos que hayan sido designados de otra manera que no sea por el mismo presidente, con todo ello será difícil negar la facultad legislativa de aplicarla a tales casos.

Consecuentemente la distinción constitucional entre el nombramiento a un cargo y la designación del servidor público que fue nombrado, sigue siendo igual como si en la práctica el presidente hubiera designado a los servidores públicos nombrados por otra autoridad.

Se deduce también, de la existencia de esta distinción, que, si un nombramiento debiera ser probado por cualquier otro acto público que la designación, la realización de tal acto público crearía el cargo; y si la persona no fuera removable de acuerdo a la voluntad del presidente, le daría derecho a la designación, o estaría facultado al ejercicio efectivo del cargo sin la designación.

Estas observaciones se presuponen solamente con el fin de hacer más comprensibles aquellas que se apliquen directamente al caso particular considerado.

Este es un nombramiento realizado por el presidente, por y con el consentimiento y aprobación del senado, y no se evidencia por ningún otro acto que por la designación en sí misma.

En tal caso por lo tanto la designación y el nombramiento parecen inseparables; sería casi imposible comprobar un nombramiento de otra manera que probando la existencia de una designación: si bien la designación no es necesariamente el nombramiento; es sin embargo prueba concluyente del mismo.

¿Pero en qué etapa se llega a esta prueba concluyente?

La respuesta a esta pregunta parece obvia. El nombramiento que es un acto solo del presidente, debe ser totalmente probado, cuando se comprueba que ha realizado cada paso que debe cumplimentar.

La designación, en lugar de ser el resultado de un nombramiento, debería incluso considerarse como constitutiva del mismo nombramiento; se haría aún cuando el presidente realizara su último acto o, en última instancia, cuando se completara la designación.

El último acto del presidente es la firma de la designación. Ha actuado entonces por el consejo y el consentimiento del senado a la nominación propuesta. El momento para la deliberación entonces ha terminado.

Ha decidido. Su criterio, con el consejo y el consentimiento del senado que concurría con la nominación propuesta, se realizó, y se nombrará al servidor público.

Este nombramiento es evidente por un acto abierto, inequívoco; y siendo el último acto requerido de la persona que lo realiza, excluye necesariamente la idea de ser, en lo que respecta al nombramiento, una transacción incompleta.

Debe tomarse un cierto tiempo cuando debe cesar un servidor público que no puede ser removido a voluntad del ejecutivo. Ese momento debe ser cuando la facultad constitucional del nombramiento se ejerció. Y esta facultad se ha ejercido cuando el último acto requerido de la persona que poseía la facultad, se ha realizado. Este último acto es la firma de la designación.

Esta idea parece haber prevalecido en la legislatura, cuando se aprobó la ley de convertir al departamento de asuntos exteriores en el departamento de estado.

Esta ley decreta que el secretario de estado conservará el sello de los Estados Unidos, 'y hará y registrará expedientes, y estampará dicho sello a todas las designaciones de los servidores público civiles de los Estados Unidos, nombrados por el presidente: 'a condición de que dicho sello no sea estampado en ninguna designación, antes que la misma haya sido firmada por el presidente de los Estados Unidos; ni a cualquier otro instrumento o acto, sin la autorización especial por consiguiente del presidente.'

La firma es una autorización para estampar el gran sello a la designación; y el gran sello se estampa solamente a un instrumento que sea perfecto. Certifica, por un acto que se supone de notoriedad pública, la autenticidad de la firma presidencial.

Nunca debe estamparse el sello antes de que la designación esté firmada, porque la firma, que le da facultad y efecto a la designación, es prueba concluyente de que se concretó el nombramiento.

Una vez que la designación está firmada, la ley prescribe el deber subsecuente del secretario de estado, que no será dirigido por la voluntad del presidente. El secretario de estado debe estampar el sello de los Estados Unidos a la designación, y debe registrarla.

Éste no es un procedimiento que se puede variar, aunque el criterio del ejecutivo sugiera uno que reúne mejores requisitos, este es un procedimiento exacto descrito rigurosamente por la ley, y debe ser cumplido puntualmente.

Es el deber del secretario de estado ajustarse a la ley, y en este aspecto es un servidor público de los Estados Unidos, obligado a obedecer las leyes. Actúa, a este respecto, como ha sido indicado muy correctamente en pleno tribunal, bajo la autoridad de la ley, y no por las instrucciones del presidente. Es un acto ministerial que la ley impone en un servidor público particular para un propósito específico.

Si se supone que la solemnidad de estampar el sello es necesaria, no sólo para validar la designación, sino también para completar un nombramiento, entonces cuando se estampa el sello se realiza el nombramiento, y la designación es válida.

La ley no requiere ninguna otra solemnidad; ni que el gobierno realice ningún otro acto. Todo lo que el ejecutivo puede hacer para investir a la persona en su cargo; está cumplimentado, y a menos que el nombramiento entonces se concrete, el ejecutivo no puede hacerlo sin la cooperación de los otros.

Después de buscar afanosamente los principios en los cuales una opinión contraria puede ser apoyada, no se han encontrado ninguno que tenga suficiente fuerza para respaldar la doctrina opuesta.



Después de haber examinado las pruebas exhaustivamente, y después de permitirles todo el peso que parecía posible otorgarles, la corte no cambió la opinión que se había.

Considerando este aspecto, se ha conjeturado que la designación pudo haber sido asimilada a un instrumento, para cuya validez, la entrega es esencial.

Esta idea se basa en la suposición de que la designación no es simplemente evidencia de un nombramiento, sino que es en sí mismo el nombramiento real; una suposición de ninguna manera indiscutible. Pero con el fin de examinar esta objeción cabalmente, se concede que el principio reclamado para sostenerla, se establece.

Siendo que, de acuerdo con la constitución, el nombramiento debe ser realizado personalmente por el presidente, la entrega del instrumento del nombramiento, si fuera necesario para completarlo, también debe ser concretada por el presidente.

No es necesario que la investidura se realice personalmente a la persona a quien se le otorga el cargo: nunca se realizó así. La ley parecería contemplar que debe ser hecha por el secretario de estado, puesto que ordena al secretario estampar el sello a la designación después de que haya sido firmada por el presidente.

Si bien el acto de investidura sea necesario para dar validez a la designación, esta se entrega cuando ya ha sido realizada y se otorga al secretario para que la selle, registre, y notifique a la parte.

Pero en todos los casos de los autos de autorización, ciertas solemnidades son requeridas por la ley, dichas solemnidades son las que prueban la validez del instrumento. Una entrega formal a la persona no está entre ellas. En casos de las designaciones, la firma manual del presidente, y el sello de los Estados Unidos, son esas solemnidades. Esta objeción por lo tanto no concierne al caso.

También se ha dado lugar como posible, apenas posible, que la transmisión de la designación, y la aceptación de la misma, se podrían juzgar necesarias para completar el derecho del demandante.

La transmisión de la designación es una práctica dirigida por la conveniencia, pero no por la ley. No puede por lo tanto ser necesaria para constituir el nombramiento que debe precederla, y que es el acto mero del presidente. Si el ejecutivo requiriera que cada persona nombrada a un cargo, procurase por sí mismo los medios para su designación, el nombramiento no sería menos válido en esas circunstancias.

El nombramiento es el único acto del presidente; la transmisión de la designación es el único acto del servidor público a quien se le asigna este deber, y se puede acelerar o retardar por circunstancias que no tendrían ninguna influencia en el nombramiento.

Una designación se transmite a una persona que ya ha sido nombrada; no a una persona que se nombrará o no, como la carta portadora de la designación debe ser entregada a la oficina de correos para que esta la entregue fehacientemente, o la malogre.

Puede haber cierta tendencia para aclarar este punto, investigar si la posesión de la designación original es imprescindible para autorizar a una persona, nombrada para cualquier cargo, para realizar los deberes de dicho cargo. Si fuera así, la pérdida de la designación entonces generaría la pérdida del cargo. No sólo la negligencia, sino también el accidente o el fraude, fuego o hurto, podrían privar a un individuo de su cargo.

En tal caso, supongo que no podría dudarse, que una copia del expediente registrado en la oficina del secretario de estado fuera considerada, para todo intento y propósito, igual a la original. La ley del congreso lo manifestó expresamente.

Para dar validez a esa copia, no sería necesario demostrar que la original había sido transmitida y perdida luego. La copia sería evidencia completa de que había existido la original, y que el nombramiento había sido realizado, pero no que la original había sido transmitida.

Si aparece de hecho que la original había sido perdida en la oficina del estado, esa circunstancia no afectaría a la operatividad de la copia. Cuando se han cumplimentado todos los requisitos que autorizan a un servidor público a registrar cualquier instrumento, y la orden para ese propósito se ha dado, el instrumento está considerado por ley como registrado, aunque el trabajo manual de inscripción en un libro de actas para ese propósito pudo no haber sido realizado.

En el caso de las designaciones, la ley ordena al secretario de estado registrarlas. Por lo tanto una vez que están firmadas y selladas, se imparte la orden para registrarlas; y si están inscriptas o no en el libro de actas, para la ley están como registradas.

Una copia de este registro es considerada igual al original, y los honorarios que pagará una persona que requiera una copia son fijados por ley. ¿Puede un encargado de un registro público borrar de ahí una designación que ha sido registrada? ¿O puede denegar la entrega de una copia a una persona que la exige en los términos prescritos por la ley?

Tal copia, igual que la original, habilitaría al juez de paz a proceder en el ejercicio de su deber, porque, igual que la original, certificaría su nombramiento.

Si la transmisión de una designación no se considera necesaria para dar validez a un nombramiento; menos aun su aceptación. El nombramiento es el único acto del presidente; la aceptación es el único acto del servidor público, y está,

en términos del sentido común, posterior al nombramiento. El servidor público puede dimitir, puede negarse a aceptar: pero ni uno ni lo otro son capaces de invalidar al nombramiento como inexistente.

Así lo entiende el gobierno, es evidente del tenor entero de su comportamiento.

Una designación lleva la fecha, y el salario del servidor público que comienza desde su nombramiento; no desde la transmisión o la aceptación de su designación.

Cuando una persona, nombrada para cualquier cargo, rechaza aceptar ese cargo, el sucesor es nominado en el lugar de la persona que ha denegado aceptar, y no en el lugar de la persona que había estado previamente en el cargo y había creado la vacante original.

Es por lo tanto decididamente la opinión de esta corte, que cuando el presidente ha firmado una designación, el nombramiento se concreta; y que la designación está completa cuando el secretario de estado le estampa el sello de los Estados Unidos.

Cuando un servidor público es removible a expensas de la voluntad del ejecutivo, las circunstancias que completan su nombramiento carecen de interés; porque el acto es en cualquier momento revocable; y puede detenerse la designación, si aún está en proceso nombramiento no es revocable y no puede ser anulado. Confiere derechos legales que no puedan ser reasumidos.

El ejecutivo puede hacer valer su influencia según su criterio hasta que se concrete el nombramiento. Pero una vez concretado el nombramiento, su facultad sobre el cargo está terminada en todos los casos, donde por ley el servidor público no puede ser removido por el ejecutivo. El derecho al cargo está entonces en la persona nombrada, y tiene la potestad absoluta e incondicional de aceptarlo o de rechazarlo.

El Sr. Marbury fue nombrado, ya que su designación fue firmada por el presidente y el secretario de estado la selló; ya que la ley que creaba el cargo le otorgó al servidor público el derecho a su puesto por un período por cinco años independiente de la voluntad del ejecutivo, el nombramiento no era revocable; le confirió al servidor público derechos legales que están protegidos por las leyes del país.

Retener la designación, por lo tanto, es un acto que debe considerar la corte ya que no está garantizado por ley, pero que vulnera un derecho legal concedido.

Esto nos plantea la segunda cuestión; que es:

Si tiene derecho, y ese derecho ha sido vulnerado, ¿las leyes del país le otorgan una reparación?

La misma esencia de la libertad civil consiste ciertamente en el derecho de cada individuo de demandar la protección de las leyes, siempre que sufra un daño. Uno de los primeros deberes del gobierno es procurar esa protección. En Gran Bretaña al mismísimo rey le demandan respetuosamente mediante petición, y siempre acata el criterio de su corte.

En el tercer volumen de sus Comentarios, en la página 23, Blackstone indica dos casos en los cuales se otorga una reparación por la mera operación de la ley.

Pero cuando el servidor público no es removible a expensas de la voluntad del ejecutivo, el ‘En el resto de los casos,’ dice, ‘es una regla general e incuestionable, que donde hay un derecho legal, allí también hay una reparación legal ya sea por acción judicial o por la acción de la ley siempre que ese derecho sea invadido.’

Luego, en la página 109 del mismo volumen, dice, ‘Estoy cerca de considerar a tales lesiones como se las conoce en los tribunales del *common law* derecho consuetudinario.

Y remarco por la presente la siguiente observación, que todas las lesiones posibles, que no pueden enmarcarse dentro del conocible exclusivo de los tribunales eclesiásticos, militares, o marítimos, son, por esa misma razón, enmarcadas dentro del conocible de los tribunales de justicia del derecho consuetudinario; pues es un principio establecido e invariable de las leyes de Inglaterra, que cada derecho, cuando esté vulnerado, debe tener una reparación, y que cada lesión su compensación apropiada.’

El gobierno de los Estados Unidos es enfáticamente descripto como un gobierno de leyes, y no de hombres. Dejarán ciertamente de merecer esta alta denominación, si las leyes no suministran ninguna reparación para la violación de un derecho legal concedido.

Si este oprobio se proyecta sobre la jurisprudencia de nuestro país, debe surgir del carácter peculiar del presente caso.

Es el deber de todos entonces investigar si hay en su composición algún ingrediente que lo exima de la investigación legal, o excluye a la parte demandante de la reparación legal.

En la prosecución de esta investigación la primera pregunta que se presenta es si esto se puede arreglar con esa clase de casos que clasificaríamos bajo la descripción de *damnum absque injuria* una pérdida sin lesión.

Esta descripción de casos nunca se ha considerado, y nunca se cree que podría considerarse abarcando cuestiones de cargos de fideicomiso, de honor o de ganancia. El cargo de juez de paz en el distrito de Columbia es uno de estos cargos; es por lo tanto digno de la atención y de la tutela de las leyes.

Ha recibido esa atención y tutela. Ha sido creado por una ley especial del congreso, y asegurado, en cuanto las leyes pueden dar seguridad a la persona

nombrada para que lo ocupe, por un período de cinco años. No es entonces como consecuencia de la inutilidad de la causa perseguida, que la parte damnificada puede alegar que no hay reparación.

¿Está en la forma de la transacción? Es el acto de entregar o de retener una designación que se considera como un mero acto político que pertenece al departamento del poder ejecutivo solamente, para cuyo funcionamiento nuestra constitución le otorga al ejecutivo supremo entera confianza; y para cualquier falta de ética respecto a la cual, el individuo dañado no tenga ninguna reparación.

No debe dudarse que puedan existir tales casos; pero que cada acto del deber que se realice en cada uno de los grandes departamentos del gobierno constituye tal caso, no se puede admitir.

Por la ley referente a los inválidos, aprobada en junio de 1794, que ordena al secretario en guerra colocar en la lista de pensionados a todas las personas cuyos nombres estaban incluidos en el informe que había enviado previamente al congreso. ¿Si rechazara hacer así pues, quedaría el veterano herido sin reparación?

¿Debemos enfrentarnos a que cuando la ley en términos exactos ordena la realización de un acto en el cual hay un individuo interesado, la ley es incapaz de asegurar la obediencia a su mandato? ¿Es a causa de las características de la persona contra quien se hace la demanda? ¿Debemos enfrentarnos a que los jefes de departamentos no están de acuerdo con las leyes del país?

Cualquiera sea la práctica en ocasiones particulares, la teoría de este principio ciertamente nunca será defendida. Ninguna ley de la legislatura confiere tan extraordinario privilegio, ni puede derivar aprobación basándose en las doctrinas del derecho consuetudinario. Después de establecer que se consideran como imposibles los daños corporales infligidos por el rey a un sujeto, Blackstone, Vol. III página 255, dice, ‘pero lesiones a los derechos a la propiedad pueden ser apenas cometidos por la corona sin la intervención de sus servidores públicos: para quien la ley, en materia de derecho, no contempla ningún respeto o delicadeza; pero suministra varios métodos de detectar los errores y la falta de ética de esos agentes por quienes el rey ha sido engañado e inducido a realizar un injusticia temporal.’

La ley aprobada en 1796, autorizaba la venta de las tierras sobre la desembocadura del río Kentucky, el comprador, al pagar su dinero de compra, tiene derecho total a la propiedad comprada; y al entregarle el secretario de estado el recibo redactado por el tesorero junto con el certificado requerido por la ley, el presidente de los Estados Unidos está autorizado a concederle una patente.

Se decretó luego que todas las patentes deberían estar contrafirmadas por el secretario de estado, y registradas en su departamento. Si el secretario de

estado elegiría retener esta patente; o la patente se extraviase, debería denegar una copia de la misma; ¿puede concebirse que la ley no prevea ninguna reparación para la persona damnificada?

No se puede creer que alguna persona podría respaldar tal supuesto.

Se deduce que la cuestión es, si la legalidad de un acto del jefe de un departamento se podría ventilar en un tribunal de justicia o no, deber depender siempre de la naturaleza de ese acto.

Si alguno de los actos pueden ventilarse, y otros no, debe haber alguna directiva en el estado de derecho para que el tribunal dirima en el ejercicio de su jurisdicción.

Algunas veces puede haber dificultad en la aplicación de la ley a casos particulares; pero no puede, se supone, haber mucha más dificultad en establecer la regla.

Por la constitución de los Estados Unidos, el presidente es investido con importantes potestades políticas, en el ejercicio de las cuales utilizará su propio criterio, y es solamente responsable ante la patria en su carácter político, y ante su propia conciencia. Para ayudarlo en el cumplimiento de estas obligaciones, está autorizado a nombrar a ciertos servidores públicos, que actúan por su autoridad y conforme a sus órdenes.

En tales casos, los actos de estos servidores son considerados sus actos; y la opinión que merezca la manera en que el ejecutivo utiliza dicho criterio, todavía existe, y no puede existir ninguna facultad capaz de controlar ese criterio. Los temas son políticos. Respetan la nación, no el derecho individual, y siendo confiados al ejecutivo, la decisión del ejecutivo es concluyente. La aplicación de esta observación se entenderá al referirse a la ley del congreso que establece el departamento de asuntos exteriores.

Este servidor público, como sus deberes están prescriptos por esta ley, debe ajustarse exactamente a la voluntad del presidente. Es el mero órgano por el cual la voluntad de este se manifiesta. Los actos de dicho servidor público, en el ejercicio de su función como tal, no pueden nunca ser ventilados por las cortes.

Pero cuando la legislatura procede a imponer a este servidor público otros deberes; cuando le ordenan imperiosamente realizar ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de esos actos; es siempre el servidor público de la ley; responsable ante las leyes por su conducta; y no puede según su criterio burlar los derechos investidos en otros.

La conclusión de este razonamiento es que, mientras los jefes de departamentos son los representantes políticos o confidenciales del ejecutivo, para ejecutar simplemente la voluntad del presidente, o para actuar en los casos en los cuales el ejecutivo posee potestad constitucional o legal, nada puede estar más perfectamente claro que el hecho de que sus acciones solo pueden ventilarse políticamente.

Pero cuando la ley le asigna un deber específico, y derechos individuales dependen de la ejecución de ese deber, parece igualmente claro que el individuo que se considere damnificado tiene derecho a recurrir a las leyes del país para una reparación.

Si ésta es la regla, preguntémosnos cómo se aplica al caso en consideración en el tribunal. La potestad de enviar la nomina al senado, y la potestad de nombrar a la persona nominada, son potestades políticas, ejercidas por el presidente según su propio criterio. Cuando efectúa un nombramiento, ejerce toda su potestad entera, y su propio criterio se aplica totalmente al caso.

Si, por ley, el servidor público es removible según la voluntad del presidente, un nuevo nombramiento se efectúa inmediatamente, y los derechos del servidor público cesan. Pero como un hecho que ha existido no puede considerarse como que nunca existió, el nombramiento no puede anularse; y por lo tanto si el servidor público no puede ser removido por prescripción de la ley por la voluntad del presidente, los derechos que ha adquirido están protegidos por la ley, y el presidente no puede reasumirlos.

El ejecutivo no tiene autoridad para extinguirlos, y el servidor público tiene el privilegio de afirmarlos como si hubieran sido derivados de cualquier otra fuente.

La cuestión si un derecho fue conferido o no, es, en su naturaleza, judicial, y la autoridad judicial debe juzgar, si, por ejemplo, el Sr. Marbury había prestado juramento como magistrado, y procedió a actuar como uno; en consecuencia de lo cual se le entabló una demanda, su defensa había dependido en el hecho de ser un magistrado; la validez de su nombramiento debería haber sido determinada por la autoridad judicial.

Así pues, si concibe que en virtud de su nombramiento tiene derecho tanto a la designación que se ha hecho para él o a una copia de esa designación, es igualmente una cuestión que se puede ventilar en un tribunal, y la decisión del tribunal sobre ella debe depender de la opinión contemplada en su nombramiento.

Se ha discutido esta cuestión, y la opinión es, que el último momento que se puede tomar como el momento en que se completó el nombramiento, fue cuando, después de la firma del presidente, se le estampa a la designación el sello de los Estados Unidos.

Es entonces la opinión del tribunal:

1. Que al firmar la designación del Sr. Marbury, el presidente de los Estados Unidos lo nombró como juez de paz para el condado de Washington en el distrito de Columbia; y que el sello de los Estados Unidos, estampado en la misma por el secretario de estado, es testimonio concluyente de la veracidad de la firma y de la finalización del nombramiento; y que el nombramiento le otorga derecho legal al cargo por un período de cinco años.

2. Así, teniendo título legal para el cargo, tiene por consiguiente derecho a la designación; una denegación a entregarla es una violación llana de ese derecho, en tal caso las leyes del país ofrecen una reparación.

Queda investigar:

3. Si tiene derecho a la reparación que solicita. Esto depende de:
  - a) La naturaleza del mandato judicial que solicitó. Y,
  - b) La jurisdicción de este tribunal.

- a) La naturaleza del mandamiento judicial.

Blackstone, en el tercer volumen de sus Comentarios, en la página 110, define un mandamiento como, ‘una orden emitida en nombre del rey por el tribunal real, y dirigido a cualquier persona, corporación, o tribunal de inferior judicatura dentro de los dominios del rey, ordenándoles hacer una acción particular especificada en el mismo que se relaciona con su cargo y deberes, y que el tribunal real ha determinado previamente, o por lo menos supuesto, para estar de acuerdo a derecho y justicia.’

Lord Mansfield, en 3 Burrows, 1266, en el caso del Rey contra el Baker y otros, establece con mucha precisión y con carácter explícito los casos en los cuales este mandamiento judicial podría utilizarse.

El juez competente dice: ‘Siempre que hay un derecho para efectivizar un cargo, realizar un servicio, o ejercer una licencia (especialmente si conlleva una cuestión de interés público o está relacionada con una ganancia), y una persona es denegada de la posesión, o se le expropián sus derechos, y no tiene ninguna otra reparación legal específica, este tribunal debería emitir un mandamiento, basándose en razones de justicia, como la orden judicial expresa, por razones de interés público, para conservar la paz, el orden y la buena gobernabilidad.’

En el mismo caso dice, ‘este mandamiento judicial debería utilizarse en todas las ocasiones donde la ley no ha establecido ninguna reparación específica, y donde por razones de justicia y buena gobernabilidad debería haber una.’

Además de las autoridades citadas expresamente, se discutió ampliamente en pleno tribunal, quedó bien claro hasta dónde la práctica se ha ajustado a las doctrinas generales que se acaban de citar.

Este mandamiento judicial, si fuera concedido, sería dirigido a un servidor público del gobierno, y se le ordenaría, utilizando las palabras de Blackstone, ‘hacer una acción particular especificada en el mismo que se relaciona con su cargo y deberes, y que el tribunal ha determinado previamente, o por lo menos supuesto que está de acuerdo a derecho y justicia.’



O, según las palabras de Lord Mansfield, el solicitante, en este caso, tiene derecho a ocupar un cargo de interés público, y se le niega la posesión de tal derecho.

Estas circunstancias concurren ciertamente en este caso.

No obstante, para que el mandamiento judicial sea una reparación apropiada, el servidor público a quien está dirigido, debe ser uno a quien, por principios legales, tal mandamiento judicial pudiera ser dirigido; y la persona que lo solicita no debe poder apelar a ninguna otra reparación legal específica.

1. Con respecto al servidor público a quien sería dirigido. La estrecha relación política, existente entre el presidente de los Estados Unidos y los jefes de departamentos, necesariamente resulta que cualquier investigación legal de los actos de uno de estos altos servidores públicos peculiarmente molesta, así como delicada; y existen ciertas vacilaciones con respecto a la conveniencia de realizar tal investigación.

#### **Cuestiones políticas no judiciales**

A menudo se reciben indicios sin mucha reflexión u observación; y no es muy atinado en casos como este, que la aseveración, de una persona, de sus demandas legales ante un tribunal de justicia, que es el deber de ese tribunal de justicia dar lugar a las mismas, podría considerarse a primera vista como una tentativa para inmiscuirse en el gabinete, y entrometerse con las prerrogativas del ejecutivo.

Es apenas necesario que la corte niegue todas las pretensiones a tal jurisdicción. Una extravagancia, así de absurda como excesiva, que no podría considerarse ni por un momento. La competencia del tribunal es, solamente, decidir sobre los derechos de las personas, no es investigar cómo el ejecutivo, o los servidores públicos del ejecutivo, cumplen con sus deberes de acuerdo a su propio criterio. Las cuestiones, que por su naturaleza política, o que están, por la constitución y las leyes, sometidas al poder ejecutivo, nunca podrán ventilarse en este tribunal.

Pero, si ésta no fuera la cuestión; si lejos de ser una intrusión en los secretos del gabinete, es sobre un instrumento que, según ley, está registrado, y que la ley otorga derecho a una copia del mismo, previo pago de diez centavos; si no es una intromisión con un tema, sobre el cual podría considerarse que el ejecutivo no ejerció ningún tipo de control; que subyace en la exaltada reacción del servidor público, la que impedirá a un ciudadano hacer valer, en un tribunal de justicia, su derecho legal, ¿o prohibirá a un tribunal que haga lugar a la demanda; o que emita un mandamiento, ordenando el cumplimiento de un deber, que no depende del criterio del ejecutivo, sino de leyes específicas del congreso y los principios generales de la ley?

Si cualquiera de los jefes de departamentos comete un acto ilegal, amparado en su cargo, por el cual un individuo sufre una lesión, no se puede pretender que su cargo solamente lo exima de ser demandado en un procedimiento ordinario, y obligado a que obedezca la sentencia conforme a la ley. ¿Cómo puede entonces su cargo eximirlo de este modo particular de decidir sobre la legalidad de su conducta? ¿Qué pasaría si fuera otro individuo la parte demandante? Si tal fuera el caso, ¿daría lugar al proceso?

La conveniencia o no de emitir un mandamiento debe determinarse si está relacionado al cargo de la persona a quien se dirige el mandamiento judicial, o solamente a la naturaleza de los hechos.

Cuando el jefe de un departamento actúa en un caso en el cual el criterio del ejecutivo deba ejercerse; en cuál es el mero agente de la voluntad del ejecutivo; se repite otra vez, que cualquier solicitud para que un tribunal controle, en cualquier aspecto, su conducta, sería rechazada sin vacilación.

Pero cuando la ley le ordena que realice cierta acción que afecta los derechos absolutos de individuos, en cuyo cumplimiento no lo ubican bajo una directiva particular del presidente, y cuyo cumplimiento el presidente no puede legalmente prohibir, y por lo tanto se presume que nunca podría haber prohibido; como por ejemplo, registrar una designación, o una patente para la tierra, que ha cumplimentado todas las solemnidades legales; o para dar una copia de tal registro; en tales casos, no se percibe en qué razones los tribunales del país se excusan del deber de dar lugar al juicio, ese derecho que debe ser otorgado a un individuo damnificado, que si esos mismos servicios los cumpliera cualquier otra persona y no el jefe de un departamento.

Esta parece ser la opinión aceptada en este país, y no es la primera vez así considerada.

Debe tenerse bien presente que en 1792 una ley aprobada, ordenando al secretario en tiempos de guerra incluir en la lista de pensionados a los oficiales y soldados lisiados que los tribunales del distrito le habían informado previamente, ley que fue considerada inconstitucional en cuanto se impuso esta obligación a los tribunales; pero algunos de los jueces entendieron que debían aplicar la ley como si fueran comisionados, y procedieron a actuar e informar con ese carácter.

Esta ley fue considerada inconstitucional en los tribunales del distrito, se revocó, y se estableció un sistema distinto; pero la cuestión es si aquellas personas, que habían sido incluidas por los jueces, como comisionados, tenían derecho como consecuencia de aquel informe, a ser incluidos en la lista de la pensión, era un dilema legal, claramente determinado en los tribunales, aunque el jefe del departamento fuera el responsable de incluir a tales personas en la lista.

El presente dilema pudo dirimirse claramente, el congreso aprobó una ley en febrero de 1793, imponiéndole al secretario en tiempos de guerra, conjuntamente con el procurador general, el deber de tomar todas las medidas necesarias como para obtener un fallo de la suprema corte de los Estados Unidos que reconociera la validez de cualesquiera de los derechos, que se demandaban amparados bajo la ley antes mencionada.

Después de aprobada esta ley, se emitió un mandamiento, dirigido al secretario en tiempos de guerra, ordenándole que incluyera en la lista de la pensión a una persona que declaró por sí misma estar incluida en el informe de los jueces.

Hay, por lo tanto, muchas razones para creer que este modo de juzgar el derecho legal del demandante, fue considerado por el jefe de un departamento, y por el más alto servidor público de la justicia de los Estados Unidos, el más apropiado que se podría seleccionar para este propósito.

Cuando el tema fue expuesto ante el tribunal, la decisión no estaba entre emitir un mandamiento ordenándole al jefe de un departamento, realizar un acto, impuesto por la ley, en cuyo cumplimiento un individuo tenía un interés adquirido, o si no debería emitir dicho mandamiento; la decisión que debía tomarse era, necesariamente, si el informe de las designaciones le otorgaban o no al aspirante un derecho legal.

El fallo en aquel caso se entiende que se ha decidido sobre los méritos de todas las demandas de esta descripción; y las personas, en el informe de los comisionados, necesitan encontrar el modo de proseguir prescripto por la ley subsecuente a la que había sido considerada inconstitucional, para incluirse en la lista de la pensión.

La doctrina desarrollada ahora, por lo tanto, no es de ninguna manera novedosa.

Es verdad que el mandamiento, emitido ahora, no ordena la realización de un acto expreso impuesto por el estatuto.

Es para entregar una designación; las leyes del congreso no se pronuncian en esta materia. No se considera que esta diferencia afecte al caso. Se ha indicado ya que el aspirante tiene un derecho legal concedido a esa designación, que el ejecutivo no puede privarlo del mismo.

Lo han nombrado para un cargo, del cual no puede ser removido a voluntad del ejecutivo; y al ser nombrado, tiene derecho a la designación que el secretario ha recibido del presidente para hacerla efectiva. La ley del congreso no ordena de hecho al secretario de estado que se la envíe, sino que la pone en sus manos para la persona que tiene derecho a la misma; y no puede ser retenida legalmente ni por él, ni por ninguna otra persona.

Se dudaba al principio si la acción de la retención ilegal del bien no era una reparación legal específica de la designación que se le había retenido al Sr. Marbury; en cuyo caso un mandamiento sería incorrecto.

Pero esta duda ha cedido a la consideración de que el fallo de la retención ilegal del bien es para la cosa en sí misma, o a su valor. El valor de un cargo público que no se venderá, es imposible de determinarse; y el solicitante tiene derecho al cargo mismo, o a nada. Obtendrá el cargo al obtener la designación, o una copia de ella del registro.

Éste, entonces, es un caso claro de un mandamiento, para entregar la designación, o una copia de la misma del registro; y queda solamente por investigar: Si puede este tribunal emitir el mismo.

Las leyes para establecer las jurisdicciones de los tribunales judiciales de los Estados Unidos autorizan a la corte suprema ‘para emitir mandamientos judiciales, en los casos garantizados por los principios y los usos de la ley, a cualquier tribunal designado, o a las personas que tienen un cargo, bajo la autoridad de los Estados Unidos.’

El Secretario de Estado es una persona que tiene un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos, está precisamente incluido dentro del espíritu de esta descripción; y si este tribunal no está autorizado a emitir un mandamiento judicial dirigido a tal servidor público, debe ser porque la ley es inconstitucional, y por lo tanto absolutamente incapaz de conferir la autoridad, y de asignar los deberes que la misma pretende conferir y asignar.

La constitución concede todo el poder judicial de los Estados Unidos a una corte suprema, y a los tribunales inferiores que el congreso, ordenase y estableciese.

Este poder se amplía expresamente a todos los casos que provienen de leyes de los Estados Unidos; y por lo tanto, en cierta forma, puede ejercerse sobre el presente caso; porque el derecho demandado está otorgado por una ley de los Estados Unidos.

En la distribución de este poder se declara que ‘la corte suprema tendrá jurisdicción original en todos los casos que afectan a embajadores, otros ministros y cónsules públicos, y en aquellos en que un estado sea una de las partes. En el resto de los casos, la corte suprema tendrá jurisdicción de apelación.’

Se ha insistido en pleno tribunal, que como la concesión original de la jurisdicción a la corte suprema y a los tribunales inferiores es general, y la cláusula, que asigna la jurisdicción original a la corte suprema, no contiene términos negativos o restrictivos; el poder legislativo sigue teniendo la facultad de asignar jurisdicción original a esa corte en otros casos que no estén especificados en el artículo citado; previendo que dichos casos estén bajo la jurisdicción del poder judicial de los Estados Unidos.

Si hubiera sido la intención de dejar librado al criterio del poder legislativo la distribución de la jurisdicción del poder judicial entre la corte suprema y los tribunales inferiores según voluntad de ese cuerpo, habría sido ciertamente inútil

haber continuado definiendo específicamente el poder judicial, y los tribunales en los cuales se enviste ese poder.

Si este fuera el criterio la parte subsecuente de la sección sería meramente sobrante, carecería enteramente de significado. Si el congreso se reserva la libertad de otorgarle a esta corte la jurisdicción de apelación, cuando la constitución ha declarado que su jurisdicción será original; y la jurisdicción original cuando la constitución ha declarado que será de apelación; entonces la distribución de la jurisdicción hecha en la constitución, carecería de sentido.

Las palabras afirmativas son a menudo, en su operación, negativas de otros objetos que aquellos afirmados; y en este caso, se debe darles un sentido negativo o exclusivo si no, no tienen ninguna operatividad en absoluto.

No se puede suponer que una cláusula de la constitución está pensada para no tener efecto; por lo tanto tal razonamiento es inadmisibles, a menos que las palabras lo requieran.

Si la solicitud de la convención, respetando nuestra paz con potencias extranjeras, indujo una disposición que la corte suprema tendrá jurisdicción original en los casos que se supondría que los afectara; con todo esto la cláusula no tendría más aplicación que prever para tales casos, sino no se habría pensado ninguna otra restricción en las facultades del congreso.

Que deben tener jurisdicción de apelación en el resto de los casos, con las excepciones que el congreso podría establecer, no hay ninguna restricción; a menos que las palabras sean consideradas exclusivas de la jurisdicción original.

Cuando un instrumento que organiza fundamentalmente el sistema judicial, lo divide entre una corte suprema, y tantos tribunales inferiores como el poder legislativo pueda ordenar y establecer, además enumera sus facultades, y procede a distribuir las, en cuanto define la jurisdicción de la corte suprema estableciendo específicamente los casos en los cuales tendrá jurisdicción original, y en aquellos otros que tendrá jurisdicción de apelación.

Se desprende de la claridad de las palabras que, en un tipo de casos su jurisdicción es original y no de apelación, y en otros es de apelación y no original. Si algún otro razonamiento hiciera la cláusula inoperante, esta sería una razón adicional para rechazar tal razonamiento, y de adherir a la interpretación obvia.

Para que esta corte entonces este habilitada a emitir un mandamiento, debe ser demostrado que es mediante el ejercicio de la jurisdicción de apelación, o de ser necesario permitirles ejercer la jurisdicción de apelación.

Se discutió en pleno tribunal que la jurisdicción de apelación se puede ejercer en una variedad de formas, y que si esta fuera la voluntad del poder legislativo que un mandamiento se utilizaría para tal propósito, debe obedecerse esta voluntad. Esto es cierto; pero la jurisdicción debe ser de apelación, no original.

El criterio esencial de la jurisdicción de apelación, es que revisa y corrige los procedimientos de una causa ya instituida, y no crea dicho caso. Aunque, por lo tanto, un mandamiento puede ser dirigido a los tribunales, emitir tal orden judicial dirigida a un servidor público para que entregue un papel, es en efecto lo mismo que sostener una acción original en lo que respecta a ese papel, y por lo tanto pareciera no pertenecer a la jurisdicción de apelación, sino a la original. Ni lo uno ni lo otro es necesario en un caso como este, para permitirle a la corte que ejerza su jurisdicción de apelación.

La autoridad, por lo tanto, dada a la corte suprema, por la ley que establece las cortes judiciales de los Estados Unidos, a emitir decretos judiciales dirigidos a servidores públicos, pareciera no estar garantizada por la constitución; y pareciera necesario investigar si una jurisdicción, así conferida, puede ejercerse.

La cuestión, si una ley, contraria a la constitución, puede convertirse en la legislación nacional, es una cuestión profundamente interesante para los Estados Unidos; pero, felizmente, no de una intrincación proporcional a su interés. Parecería simplemente necesario reconocer ciertos principios, que se supone han sido clara y cabalmente establecidos, para tomar una decisión.

Que la gente tiene derecho original a establecer, para su futuro gobierno, los principios tales, que según su opinión, promuevan el bienestar general, es la base sobre la cual se ha erigido toda la estructura de la sociedad americana en su conjunto.

El ejercicio de este derecho original es un esfuerzo muy grande; que ni puede ni debe repetirse con frecuencia. Los principios, por lo tanto, así establecidos son fundamentales. Y como la autoridad, de la cual proceden, es suprema, y pueden actuar raramente, se diseñan para ser permanentes.

Esta voluntad original y suprema organiza al gobierno, y asigna a los distintos ministerios sus respectivas facultades. Puede detenerse ahí; o que establezca ciertos límites que dichos ministerios no pueden exceder.

El gobierno de los Estados Unidos está dentro de la última descripción. Las facultades del poder legislativo están definidas y limitadas; y no se pueden confundir u olvidar esos límites, la constitución está escrita. ¿Con qué fin están las facultades limitadas, y con qué propósito estas limitaciones están por escrito? ¿Pueden aquellos previstos para refrenar estos límites excederlos, en cualquier momento? La distinción entre un gobierno con facultades limitadas e ilimitadas se suprime, si esos límites no le confinan a las personas ante quienes se imponen, y si los actos prohibidos y los permitidos tienen la misma obligatoriedad.

Es un asunto demasiado llano para ser disputado, la constitución controla cualquier acto legislativo contrario a la misma; o, el poder legislativo puede modificar la constitución por una ley ordinaria.

No hay ninguna opción entre estas alternativas. La constitución es una ley superior, suprema, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está al mismo nivel de las leyes ordinarias del poder legislativo, y como otras leyes, se puede modificar cuando el poder legislativo así lo disponga.

Si es válida la alternativa anterior de la modificación, se desprende que una ley dictada por el poder legislativo contraria a la constitución no es una ley: si la última parte de equipararla es cierta, entonces las constituciones escritas son un intento absurdo, de parte del pueblo, de limitar un poder en su propia naturaleza ilimitado.

Todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran por cierto la ley fundamental y suprema de la nación, y por lo tanto la teoría fundacional de cada estado deber ser que, toda ley del poder legislativo contraria a la constitución es nula.

Esta teoría está ligada estrechamente a las constituciones escritas, y por lo tanto esta corte debe considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. No debe por lo tanto perderse de vista en la posterior consideración de este tema.

¿Si una ley del poder legislativo contraria a la constitución es nula, están los tribunales obligados a aplicarla y hacerla efectiva a pesar de su invalidez? ¿O, en otras palabras, aunque no sea ley, constituye una regulación que debe aplicarse como si fuera una ley?

Esta idea derrumbaría de hecho lo que fue establecido en teoría; en primera instancia parecería una idea absurda demasiado gravosa para insistir con la misma. Sin embargo, la consideraremos más atentamente.

Le compete al poder judicial el deber de definir qué es la ley. Los que aplican la regla a los casos particulares, para aplicarla deben necesariamente estudiar e interpretar esa regla. Si dos leyes son contradictorias, los tribunales deben decidir sobre la aplicación de cada una.

Si una ley fuera contraria a la constitución: si ambas la ley y la constitución se aplican a un caso particular, de modo que el tribunal deba decidir cuál de ellas aplicar a ese caso de acuerdo a la ley, ya sea ignorando la constitución; o conforme a la constitución, ignorando la ley: el tribunal debe determinar cuáles de estas reglas en conflicto rigen el caso. Esta es la esencia misma implícita del poder judicial.

Entonces, si los tribunales deben tener en cuenta a la constitución, y la constitución es superior a cualquier otra ley ordinaria del poder legislativo, la constitución, y no tal ley ordinaria, debe regir el caso en el cual ambas leyes se aplican.

Entonces aquellos quienes discuten ante el tribunal el principio de que la constitución debe ser considerada como ley suprema, quedan circunscriptos a

la necesidad de sostener que los tribunales deben rechazar la constitución, y contemplar solamente la ley.

Esta doctrina trastocaría los fundamentos mismos de todas las constituciones escritas. Declararía que una ley que es enteramente nula según los principios y la teoría de nuestro gobierno, está, a pesar de esto, en vigencia, y es totalmente obligatoria. Declararía esto, si el poder legislativo hiciera lo que está expresamente prohibido, tal ley, a pesar de la prohibición expresa, está en realidad vigente. Le estaría otorgando al poder legislativo facultades práctica y verdaderamente omnipotentes con la misma fuerza que profesa en restringir, dentro de límites estrictos, estas facultades. Está prescribiendo límites, y está declarando que esos límites se pueden vulnerar a voluntad del poder legislativo.

Así queda reducido a la nada lo que hemos juzgado la mejora más grande en las instituciones políticas - la constitución escrita, en América donde se consideran las constituciones escritas con tanta reverencia, será por sí misma suficiente para rechazar este modelo.

Pero las expresiones peculiares de la constitución de los Estados Unidos suministran argumentos adicionales a favor de su rechazo.

El poder judicial de los Estados Unidos se aplica a todos los casos que se presentan bajo la constitución. ¿Podría haber sido la intención de aquellos que otorgaron esta facultad decir que, al usarla, no deben examinar a la constitución? ¿Que un caso que se presenta bajo la constitución debería decidirse sin estudiar el instrumento bajo el cual se presenta?

Esto es demasiado extravagante para sostenerlo.

En algunos casos entonces, los jueces deben estudiar la constitución. Y si pueden hacerlo profundamente, ¿qué parte de ella tendrán prohibido leer, u obedecer?

Hay muchas otras partes de la constitución que sirven para ilustrar este tema.

Se establece que 'no se impondrá ningún impuesto o tasa en los artículos exportados de ningún estado.' Supongamos que hay un impuesto a la exportación de algodón, de tabaco, o de harina, y se presenta una acción judicial para recuperarlo. ¿Debe pronunciarse una sentencia en tal caso? ¿Deben los jueces hacer caso omiso de la constitución y considerar solamente la ley?

La constitución establece que 'no se aprobará una ley que condene a un individuo por traición o ley *ex post facto*.'

Sin embargo, ¿si se aprobara tal ley y procesaran a una persona amparándose en la misma, debe el tribunal condenar a muerte a aquellos damnificados que la constitución se esfuerza en proteger?

'Ninguna persona,' dice la constitución, 'será condenada por traición a menos que haya prueba testimonial de dos testigos sobre el mismo acto, o a confesión de parte ante pleno tribunal.'



Aquí la letra de la constitución se dirige especialmente a los tribunales. Prescribe, directamente para ellos, una regulación sobre la evidencia que no podrán apartarse de la misma.

Si el poder legislativo cambiara esa reglamentación y estableciera que un testigo, o una confesión fuera del tribunal, fueran evidencias suficientes para condenar por traición. ¿Debe el principio constitucional ceder ante el principio de la ley del legislativo?

De esta y de muchas otras selecciones que pueden hacerse, es evidente, que los fundadores de la constitución contemplaban este instrumento en general para la organización del poder judicial, así como del poder legislativo.

Si no ¿Por qué ordena a los jueces que presten juramento para apoyarla? Este juramento se aplica ciertamente, de una manera especial, a su conducta en su carácter de servidores públicos. ¡Qué inmoral sería imponérselo, si son meros actores utilizados como instrumentos, instrumentos a sabiendas, para violar lo que juran apoyar!

El juramento de toma de posesión, impuesto también a los miembros del poder legislativo, demuestra totalmente la opinión del poder legislativo sobre este tema. Está en estas palabras: ‘Juro solemnemente que administraré justicia y garantizaré los mismos derechos a todas las personas, sean pobres o ricas; y desempeñaré fiel e imparcialmente todos los deberes que me son impuestos por mi cargo según mi más leal saber y entender, conforme a la constitución y a las leyes de los Estados Unidos.’

¿Por qué un juez jura cumplir con sus deberes conforme a la constitución de los Estados Unidos, si esta constitución no conforma ninguna regla para el gobierno? Si para él está vedada y no la puede consultar.

Si tal fuera el supuesto de la situación, esto es peor que una mofa solemne. De igual manera, prescribir o tomar juramento se convertiría en un delito.

Es también válida la observación que, en la declaración de cuál será la suprema legislación nacional, la constitución es en sí misma la primera que se menciona. Las leyes generales de los Estados Unidos no tienen ese rango. Solamente lo tienen las leyes que serán aprobadas en virtud de la constitución.

De tal modo que la terminología particular de la constitución de los Estados Unidos confirma y consolida el principio, que se supone esencial para todas las constituciones escritas, que toda ley contraria a la constitución es nula, y que los tribunales, así como otros ministerios, están limitados por este instrumento.

La petición debe ser denegada.

# LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: EL MODELO PERUANO

---

*Víctor García Toma*

## ASPECTOS GENERALES

Dicha acepción alude al órgano o conjunto de órganos estadales encargados de impartir justicia en materia constitucional. Por ende, tiene la facultad de conocer y resolver los conflictos vinculados con la prelación jerárquica de las normas adscritas a un determinado ordenamiento jurídico; la amenaza o efectiva vulneración de los derechos fundamentales; el conflicto de competencias o atribuciones entre dos o más órganos u organismos constitucionales; y la renuencia de un ente estatal a acatar el cumplimiento de una norma o acto administrativo.

La jurisdicción constitucional es aquel instrumento institucionalizado que teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y *la necesidad de someter el ejercicio del poder estatal a la racionalidad del derecho*, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental. Su existencia ratifica y preserva la fuerza normativa de la Constitución.

Dicha jurisdicción deviene en el comisionado o vocero que instituye el poder constituyente, a efectos que se encargue del cuidado y resguardo de la constitucio-

nalidad. Para tal cometido, se le ha asignado la función de intérprete del contenido preceptivo del texto supra; amén de garante de su despliegue y adaptación a los retos del tiempo.

Dentro de la jurisdicción constitucional es donde se ejerce la actividad del control constitucional. Por ende, viabiliza la utilización del conjunto de procesos que permiten asegurar la plena vigencia y respeto del orden constitucional; al cual se encuentra sometido toda la normatividad que emane de los poderes constituidos y la conducta funcional de sus apoderados políticos.

El orden constitucional se ve garantizado en su realización y continuidad a través de la referida jurisdicción.

El Tribunal Constitucional en el caso Presidente de la República (Expediente N.º 00020-2005-PI/TC) ha señalado que la Constitución exige que las normas ya creadas o las que se creen tras su vigencia sean compatibles y armónicas con ella: caso contrario deben ser expulsadas del ordenamiento constitucional. Para tal efecto, existe una jurisdicción especializada sobre la materia.

Dicha tutela -como advierte Pablo Lucas Murillo de la Cueva [“El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía popular”. En: *Ius et Praxis*, N.º 14. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989]- revierte necesariamente en la protección de los derechos fundamentales de la persona; más aún -como afirma el propio Murillo-, tal actividad contralora implica la culminación del Estado Constitucional de Derecho, en la medida que constituye la máxima expresión del proceso de justificación y racionalización de la vida política.

Como señala Karl Loewenstein [Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1984]: “*La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda, por el hombre político, de las limitaciones del poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a [...] la autoridad existente*”.

La jurisdicción constitucional opera como un órgano o conjunto de órganos de poder o extrapoder, según sea el caso, encargada de defender la eficacia y efectividad del sistema constitucional. Para ello cuenta con una fuerza político-jurídica capaz de detener, revertir, enmendar, subsanar, inaplicar y hasta invalidar cualquier norma o acto generado por un operador estatal o un particular, contrario a un principio, valor o precepto contenido en el texto fundamental. Más aún, deviene en expresión de su propia eficacia y dinamismo.

## 1. Los alcances de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional solo cobra sentido plenario en el seno del Estado Constitucional de Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y gobernados; el eliminar cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del

Estado; el asegurar el sometimiento de este a la Constitución y al orden jurídico derivado de esta; y el velar por la afirmación de los derechos de la persona.

Ernesto Blume Fortini. [*El control de la constitucionalidad: con especial referencia a Colombia y al Perú*. Lima: Ersa, 1996] expone que la jurisdicción constitucional defiende y preserva la constitucionalidad, entendida esta como el vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que esta diseña.

Víctor Ortecho Villena [*Jurisdicción y procesos constitucionales*. Lima: Rodhas, 2000] señala que “la constitucionalidad como expresión jurídica, política y social es la expresión de la supremacía de la Constitución”. En ese aspecto, la jurisdicción<sup>1</sup> constitucional supone la imagen de un “guardián de la constitucionalidad”.

La constitucionalidad implica la situación que acredita que las autoridades se encuentran comprometidas cabal y seriamente en la realización de los fines, metas y objetivos constitucionales; cumplimiento para el cual -entre otras importantes tareas- se requiere de manera imprescindible que sea complementada con una pluralidad de leyes y demás normas de inferior jerarquía que aseguren su operatividad y funcionamiento.

Este “desarrollo” de la Constitución implica que los legisladores, magistrados, funcionarios de la administración pública y particulares manifiesten a través de sus acciones una vocación de lealtad, fidelidad y nobleza plena con sus postulados; lo cual conlleva, a su vez, que las tareas legislativas encuentren su compatibilización formal y material con la Constitución.

La conexión congruente, eurítmica y simétrica entre los postulados de la Constitución y las normas infraconstitucionales, establece y define el marco de la constitucionalidad.

El control que se ofrece dentro de la jurisdicción constitucional implica asegurar la regularidad del ordenamiento jurídico, así como la tarea paulatina de su integración mediante la interpretación dinámica de la Constitución; en este último rubro expresa la actividad de intérprete sumo de la constitucionalidad.

Esta labor interpretativa-integrativa de la constitucionalidad es vinculante para todos los poderes públicos y expone una acción creadora de efectos genéricos hacia la sociedad. Como señala Luis Sánchez Agesta [*Curso de derecho constitucional comparado*. Madrid: Universidad Complutense, 1980], la jurisdicción constitucional “representa la eficacia práctica frente a la inmutabilidad y la adaptación frente a la cristalización de una ley falsamente divinizada”.

Entre los fundamentos sobre los cuales se erige la noción de jurisdicción constitucional, tenemos los siguientes:

- a) *La Constitución es un corpus normativo* que enuncia regulaciones preceptivas, principios y valores que la elevan a la condición de centro del orde-

namiento jurídico-político-social de una colectividad y por donde transitan todos los aspectos medulares del derecho nacional. Como afirma Luis Carlos SÁCHICA [*El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Bogotá: Temis, 1988], las normas constitucionales no derivan ni son consecuencia del desarrollo de otros preceptos superiores que pudieran orientar y/o condicionar su aplicación, sino que se trata de un conjunto de “normas de normas”.

La existencia de las normas constitucionales tiene una relación inmediata y directa con los hechos políticos, históricos y culturales determinantes de su tendencia, contenido y finalidades de su modo de ser preceptivo, los mismos que son condicionantes a su vez de todo el orden normativo nacional.

Walter F. Carnota [“La interpretación constitucional”. En: *Curso de derecho constitucional*. Tucumán: La Ley, 2001] señala que la Constitución es el referente de vida de todas las demás normas positivas; por ende, “no es un mero catálogo de ilusiones (*wish list*) en donde se apilan y amontonan las aspiraciones sociales, sino que es fuente de legalidad; cuyos preceptos obligan de manera imperativa”.

Al colocarse a la Constitución en la cúspide o cima del ordenamiento jurídico se requiere y exige que las demás normas del sistema le deban fidelidad y acatamiento; de allí que estas últimas tengan que ser redactadas y aprobadas de manera consistente, congruente y compatible con sus sentidos y alcances axiológicos, teleológicos, basilares y preceptivos.

- b) *La Constitución tiene efectos vinculantes erga omnes*, ya que es de acatamiento obligatorio tanto por los gobernantes como por los gobernados.

Pablo Lucas Verdú [“Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes”. En: *Separata de Constitución y Gobernabilidad*. Lima: Instituto de Gobierno de la USMP, 2008] expone que la jurisdicción constitucional asegura el orden constitucional en la medida que garantiza que el texto supra sirva de patrón o medida inexcusable en las relaciones político-jurídicas de una comunidad.

Así, la relación entre gobernantes y gobernados y todo el funcionamiento de la organización estatal se rige por la Constitución. Esto es, la sociedad política “vive” bajo una Constitución; empero no debe olvidarse que la Constitución es aquello que sus intérpretes oficiales dicen que es.

- c) *La Constitución contiene un programa político y asume un modelo de sociedad*, que se debe asegurar en su proclamación y goce, teniendo los derechos fundamentales de la persona, en ese contexto, particular importancia.

Alrededor de la jurisdicción constitucional se entrelazan los sistemas o modelos encargados de la tarea de la salvaguarda de la constitucionalidad, y los procesos a través de los cuales se vela por la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

Su existencia se justifica en razón de la necesidad de revisar la inquietante y creciente “voracidad” legislativa de los órganos estatales; por la necesidad de asegurar la vigorosa defensa de los derechos fundamentales como valladar frente al abuso y la arbitrariedad estatal y el abuso en las relaciones entre privados; y por la necesidad de integrar las lagunas constitucionales.

### 1.1. Los presupuestos jurídicos de la jurisdicción constitucional

Desde nuestro punto de vista los elementos esenciales para el establecimiento de la denominada jurisdicción constitucional serían los siguientes:

a) La existencia de una Constitución morfológicamente rígida

Las constituciones rígidas son aquellas que formalmente solo pueden ser modificadas mediante un procedimiento especial de reforma. Como afirma James Bryce [*Constituciones rígidas y flexibles*. Madrid, 1952], así queda garantizada la supremacía normativa del texto supra.

Dicho presupuesto, permite distinguir los alcances del poder constituyente y los poderes constituidos.

Néstor Pedro Sagüés [*Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1997] expone que la rigidez es la expresión denotadora que permite percibir a la Constitución como una super ley.

b) La existencia de un órgano de control de la constitucionalidad dotado de competencias resolutorias.

Los órganos encargados de la defensa y control de la constitucionalidad deben encontrarse dotados de competencias que les permitan apartar, anular o inaplicar la normatividad infraconstitucional contraria a los principios, valores y normas de la Constitución. Por consiguiente, no basta la mera indicación, sugerencia, opinión o advertencia; se requiere contar con el atributo de la vinculación obligatoria e inapelable de sus decisiones.

c) La existencia de un conjunto de procesos y procedimientos que permitan orientar las demandas o solicitudes relativas a la defensa del control de la constitucionalidad; los mismos que deben concluir con resoluciones o sentencias en donde se utilicen las técnicas propias del derecho.

En ese sentido, se deben determinar los tipos de acciones procesales, las reglas de organización judicial, el marco competencial, el trámite de los procesos y la ejecución de las decisiones relativas al órgano contralor.

Las decisiones que se adopten deben responder al conjunto de rubros vinculados con el quehacer jurídico (léxico, forma de razonamiento, tipo de interpretación, aplicación e integración normativa, etc.).

- d) La acción u omisión de un órgano estatal o de una persona sujeta a una acción determinada forma de actuar según la Constitución; y cuya consecuencia sea la vulneración de lo por ella dispuesto.

## 1.2. La naturaleza de la jurisdicción constitucional

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria; vale decir, constan de dos elementos: el jurídico y el político.

Ello, en razón a que como expusiese el máximo órgano de justicia norteamericano en el caso Estados Unidos vs. Classic (1941), la Constitución de un lado, es un instrumento de gobierno; y del otro es poseedora de un carácter jurídicamente vinculante de sus prescripciones.

Fernando Serrano Migallón [“Jurisdicción constitucional y política”. En: *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Lima: Grijley, 2009] señala que estos están dotados de fuerza política y funciones jurídico-arbitrales de custodia y garantía.

La protección de la Constitución se viabiliza en muchas oportunidades a través de procedimientos y técnicas jurídicas pero con contenidos y proyecciones sustancialmente políticas.

*El primer elemento es jurídico* en la medida en que dirime conflictos y controversias vinculadas con las conductas institucionales o personales sujetas a un orden coactivo, a través de un proceso cuyas decisiones adquieren la autoridad de cosa juzgada, las cuales son factibles de ejecución. Para tal efecto, tiene como referente inexorable toda la dogmática emergente de la ciencia jurídica.

Este componente jurídico aparece cuando a petición de un justiciable, se busca a través de una litis, el esclarecer la verdad de los hechos que afectan el orden constitucional, haciendo prevalecer mediante una sentencia las prescripciones de la Constitución y las demás normas del bloque de constitucionalidad.

Así, aparecen la competencia de decisión en donde se declara judicialmente la resolución de un conflicto; la de ejecución que permite al ente exigir que se cumplan sus mandatos dentro de los límites por él señalados; la de coerción que implica constreñir la voluntad ajena o apremiar a través del poder de policía; y la de documentación que tiene sustento en la necesidad de acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales; así como en la de fijar indubitablemente en el tiempo, el modo y estilo como se desarrollará dicha actividad procesal.

En suma, la actividad jurisdiccional permite o impele a exigir a una persona jurídica o natural, el cumplimiento de una determinada conducta jurídica.

*El segundo elemento es político* en la medida que es la fuente de sus poderes, y, por ende, es basa para el ejercicio dos de las funciones de gobierno: la contralora y la gubernativa.

Mediante la función contralora deviene como plantea Alfonso Santiago (h) [“Los modelos institucionales de la Corte Suprema”. En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Aboco, 2000] en una suerte de “contra-poder” en tanto cautela que las actividades legislativas y las decisiones de gobierno sean compatibles y armoniosas con la Constitución; la que como tal deviene simultáneamente en el proyecto de vida comunitaria pactado por el pueblo, en el estatuto de poder de las relaciones entre gobernantes y gobernados, en la póliza de salvaguardarla de los derechos fundamentales de la persona y en la base y fundamento del orden político-jurídico.

Eduardo Ojeriza [Citado por Alfonso Santiago (h). ob. cit.] señala que “la atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los poderes determina que [...] participen en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema constitucional”.

Jorge Carpizo explica que ella constituye por esencia una función política, enmarcada dentro de la Constitución, que se actualiza a través de esta y “con técnicas, metodologías y parámetros jurídicos, sin desconocer los aspectos valorativos y axiológicos en su interpretación”.

Eduardo García de Enterría [*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994] consigna que en ella se decide conflictos políticos; aun cuando la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos.

El elemento político aparece como expresión del aseguramiento de los límites establecidos por la Constitución al ejercicio del poder. Así, se garantiza la preeminencia de los valores y principios constitucionales relativos al Estado, al Gobierno y la persona, sobre aquellas decisiones políticas manifestadas por los órganos y organismos creados por el texto supra, en la dación de una ley o en un acto extraño a las competencias asignadas.

A la par, ejecuta incidentalmente una función gubernativa en la medida que sus decisiones contribuyen a consolidar la gobernabilidad y la gobernanza de un Estado; amén que algunas de sus decisiones determinan el trazado de específicas políticas globales e incentivan la ejecución de acciones concretas destinadas a su verificación en la praxis política.

El elemento político aparece nítidamente en lo que Alfonso Santiago (h) denomina fallos institucionales. Estos expresan decisiones trascendentes y relevantes para el cuerpo político, y en donde lo que se determina excede con largueza el mero interés de las partes y que, por ende, se proyecta no



solo hacia el presente inmediato, sino que se extiende hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad.

Los órganos encargados del control de la constitucionalidad mediante los fallos institucionales ejercitan un poder político, en razón a que residual o incidentalmente participan en la conducción general de la marcha del Estado, ya que ante ciertos hechos expresados en un proceso constitucional, delinear, esbozan, e indican el rumbo de las políticas generales y hasta orientan a la adopción de medidas políticas, sociales o económicas concretas en un espacio y un tiempo determinado. Más aún, ejercen complementariamente la función legisferante por la vía de la negación de validez, al expulsar o inaplicar una ley contraria a la Constitución.

Manuel Medina Guerrero [*Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, 2001] expone que “desde el momento en que el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos [...] consiguientemente ha de pronunciarse sobre la actuación del Parlamento y el Gobierno, se hace evidente, que a menudo, presenten una notable carga política las controversias que se le plantean, y que, paralelamente, sus decisiones puedan [...] tener repercusiones de tal índole”.

El carácter binario de la jurisdicción constitucional se acredita en atención a que la dilucidación acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, así como la necesidad de defensa de un derecho fundamental frente a un acto de poder (hábeas corpus, amparo, etc.) es una actividad jurídica; empero, en razón al ejercicio de un control de poder el efecto expresivo de la determinación jurisdiccional y la supremacía interpretativa acerca de los alcances del instrumento de gobierno denominado Constitución, le aparejan una actividad conceptualmente política.

En esa línea Mario Capelletti [*La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: UNAM, 1961] señala que la defensa de la Constitución implica un concepto genérico de la salvaguarda de las disposiciones fundamentales que abarcan su ámbito fisiológico o de función orgánica; esto es, el sistema político, social, etc.

Emilio Fernández Vásquez [*Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: Astrea, 1981] señala que la función gubernativa no solo comprende la manifestación de actos políticos, sino que se expresa también en la ejecución directa de una norma constitucional para la seguridad y el orden del Estado. Expone que se trata de “una actividad de orden superior referida a la dirección suprema y general del Estado, dirigida a determinar los fines de la acción del Estado, a señalar las directivas para las otras actividades de orden diverso y a coordinar el ejercicio de otras funciones, buscando la unidad de orientación que corresponde a la fundamental unidad de la soberanía estatal”.

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad queda patentizada, en su esfuerzo para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. En ese contexto, opera como un poder moderador y corrector de los excesos o incurias funcionales de los poderes constituidos. Así, impone una actuación democrática al correcto uso de las potestades funcionales delimitadas por el reparto de las competencias y la protección de los derechos ciudadanos ante el abuso derivado de un acto de poder.

Es evidente que tras la actuación de los órganos encargados de la jurisdicción constitucional en pro del afianzamiento de los mandatos, valores y principios constitucionales, estos por sí mismos despliegan una función política al “encauzarse” la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana.

En ese contexto, aparecen la *potestatum correctionem* y la *potestatum moderaru* que se dirigen a corregir, enmendar y rectificar lo defectuoso derivado de la acción política de los poderes constituidos; así como también a hacer que estos actúen en la justa y precisa medida establecida por la Constitución.

Raúl Bocanegra [“Cosa juzgada, vinculación de fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 1, 1981] expone que “El papel atribuido al Tribunal Constitucional sobre la norma fundamental y las cuestiones sobre las que tienen que pronunciarse, sin perder en absoluto su carácter jurídico, tiene inevitablemente una proyección y trascendencia política, muchas veces de importancia decisiva [...]”.

El elemento político surge en las circunstancias siguientes:

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad se abroga una ley o una norma con rango de ley, por consiguiente, los magistrados constitucionales aparecen como legisladores negativos. Alfonso Santiago (h) [ob. cit.] señala que los órganos de control de la constitucionalidad “ejercen poder político ya que hacen prevalecer su decisión sobre lo dispuesto por el Poder Ejecutivo o Legislativo”. Asimismo, declara que la imposición “frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política”. El propio Karl Loewenstein [ob. cit.] expresa que cuando los órganos de control jurisdiccional ejercen dicha actividad “dejan de ser meros órganos encargados detentadores del poder, es en realidad una decisión política”. El propio Karl Loewenstein [ob. cit.] expresa que cuando los órganos de control jurisdiccional ejercen dicha actividad “dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en detentadores de un poder semejante, cuando no superior, a los de otros detentadores del poder instituido”.

- Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad por ocio legislativo, por consiguiente, puede ordenarse -entre otras opciones- la expedición inmediata de una ley reglamentaria de la Constitución.
- Al plantearse un caso de conflicto de competencia, se resuelve la discrepancia sobre las actividades o tareas asignadas, entre dos órganos u organismos constitucionales, a efectos que se determine la titularidad de las mismas, así como se anulen las disposiciones, resoluciones u actos viciados de incompetencia. En consecuencia, el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia y la carencia de legitimidad de una determinada decisión emitida con vicio de poder de actuación de por medio, rebasa lo meramente jurídico y alcanza los fueros de una función política.
- Al emitirse una sentencia normativa (interpretativa-manipulativa), una ley impugnada de inconstitucionalidad “sale” del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que originalmente la había asignado el órgano legisferente; por ende, los magistrados constitucionales ejercitan una actividad paralegislativa. Al respecto, Luis López Guerra [“Democracia y tribunales constitucionales”. En: *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC, 2000] señala que al realizar una tarea de creación normativa por la vía de la interpretación, se asume una función complementaria a la que ejercita el Poder Legislativo.
- Al resolverse una controversia o conflicto de naturaleza constitucional, la decisión surge luego de una predeterminación de las consecuencias políticas, sociales y económicas que estas ocasionan sobre la actividad del Estado y sobre la vida cotidiana de los ciudadanos.

Es incuestionable que el fenómeno de lo político no solo se presenta en el ámbito de la decisión sino que abarca el referido a la reflexión. Otto Bachof [“Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre el derecho y la política”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 1986] señala que “*Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas [...]. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez [...]*”.

Gerhard Leibholz [“El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la oposición judicial de la política”. En: *Revista de Estudios Políticos*, N° 146, 1966] expone que la magistratura constitucional debe incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas que

desencadenaría la orientación de su determinación. Más aún, a la técnica de interpretación jurídica debe sumarle un enfoque político sistemático.

En efecto, la interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los principios y valores contenidos en la Constitución; vale decir, que, debe contribuir decididamente a asentar la ideología, la doctrina y el programa político inserto en dicho texto.

En esa orientación como vocero del poder constituyente, la jurisdicción constitucional resuelve bajo los cimientos del derecho conflictos de raigambre política, en la medida que estos disponen su solución bajo el resguardo de la ideología, la doctrina o el programa político de la Constitución; ergo, actúan ante la amenaza o vulneración de un valor, principio o precepto expreso o implícito en la Carta Política de un Estado.

En suma, cumple una función política en la medida que a través de su actividad jurisdiccional hace prevalecer los principios y valores políticos establecidos en la Constitución frente a normas y actos emanados de los poderes públicos, corporaciones privadas, etc.

La función política de los órganos encargados del control de la constitucionalidad se liga con los orígenes mismos de la institucionalización de la jurisdicción constitucional.

Al respecto, Alberto Spota [“Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos”. En: *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abaco, 2000] señala que tras la decisión del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* aparece que la Constitución de los Estados Unidos (1787) estableció mediante los artículos III y VI, la concepción de un Poder Judicial (órgano encargado del control de la constitucionalidad) como poder administrador de justicia y simultáneamente como un ente con funciones políticas.

En ese contexto, el citado autor refiere que “lo esencial es que lo judicial no solo es capacidad para administrar justicia, sino fundamentalmente poder político para compeler al cumplimiento de la distribución de competencias entre el Estado federal y los estados miembros”.

Dicha concepción apareció en el contexto de la fallida experiencia confederacional (1776-1787) en donde los estados miembros atentaron contra la unidad del conjunto, como consecuencia de los conflictos de competencia entre el órgano confederal y el derecho de nulificación de los cuerpos políticos miembros. Es por ello que surgió la necesidad de arbitrar dicha problemática política.

A través de esta función política asignada al Poder Judicial se proyectaba evitar la desintegración nacional, como consecuencia de los conflictos de determinación de competencias federales y locales.

Más aún, con la posterior aprobación de la Ley de Organización de la Justicia (1789) se estableció el mecanismo del recurso extraordinario, que no tuvo esencialmente el objeto de dirimir un conflicto entre partes en pugna, sino fundamentalmente obligar al respeto de la distribución de competencias entre la instancia federal y las instancias locales, para así consolidar la identidad del Estado federal.

La singular naturaleza de los órganos encargados del control constitucional, se resume en las afirmaciones del Presidente norteamericano Theodore Roosevelt (p. 1901-1908) cuando en 1902 señaló lo siguiente: “*Los jueces de la Suprema Corte del país, deben ser no solo grandes jurisconsultos, sino deben ser también grandes y constructivos estadistas*”.

### 1.3. Los ámbitos de la jurisdicción constitucional

A nuestro criterio cabe distinguir los espacios de actuación de la jurisdicción constitucional. Ellos serían los siguientes:

- a) El ámbito o espacio orgánico en donde se cautela que la actividad legislativa de los órganos con funciones legisferantes sea armónica y coherente con la Constitución.
- b) El ámbito o espacio personalista en donde se cautela que las conductas funcionales o ciudadanas sean armónicas y coherentes con la parte dogmática y principista de la Constitución; vale decir, resguarda la libertad y demás derechos fundamentales.
- c) El ámbito o espacio competencial de los distintos órganos estatales, en donde se cautela que las tareas asignadas por la Constitución a un órgano del cuerpo político no sean “invasadas” por entes no legitimados o “abandonadas” por su legítimo titular.

Juan Colombro Campbell [“Funciones del Derecho Procesal Constitucional”. En: *Ius et Praxis*, vol. 8. Talca, 2002] clasifica los conflictos constitucionales de la manera siguiente:

- a) Conflictos entre los órganos y organismos constitucionales. En este caso la litis se centra en el reparto de competencias.
- b) Conflicto entre el Estado y los particulares. En este caso la litis se centra en la supuesta amenaza o violación de un derecho fundamental; así como en el incumplimiento de una ley o acto administrativo.
- c) Conflictos entre particulares. En este caso la litis se centra en la amenaza o violación de un derecho fundamental.

#### 1.4. Los objetivos de la jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional se orienta a afirmar el principio de “soberanía” constitucional, la racionalización del ejercicio del poder, la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y la acción interpretativa e integradora de la Constitución.

Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La afirmación del principio de “soberanía” constitucional

Alude a las cualidades o propiedades centrales de la Constitución en lo relativo a su incontestabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio sobre los poderes constituidos al interior del Estado.

En ese sentido, es notorio que frente a los mandatos de la Constitución no cabe oposición, resistencia u obstáculo que impida su verificación práctica; los cuales no pueden ser objeto de transferencia, cesión o delegación por parte de los obligados ante ella; amén de superponerse en su juridicidad y valor político sobre cualquier acto o norma emanada de los poderes constituidos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Es de verse que el orden jurídico y político del Estado, se encuentra estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga simétrica y homológamente a gobernantes y gobernados.

En función a los alcances de la “soberanía” de la que la Constitución es portadora, esta se impone dentro de una comunidad política en dos aspectos:

*En el primero*, la Constitución aparece en el ápice de la pirámide jurídica de un Estado, constituyéndose, por lo tanto, en la fuente y fundamento de todas las demás normas restantes imperantes dentro del Estado; no admitiéndose formal o sustancialmente contradicción alguna.

*En el segundo*, la Constitución aparece en el ápice del orden político al constituirse en la fuente de legitimación del poder político, ya que como afirma José Rivera S. [“Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia”. En: Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002] esta “tiene implícita toda una filosofía que sirve de orientación no solo a los gobernantes sino también a los gobernados”.

La “soberanía” de la Constitución resulta del hecho que esta es la que establece y organiza las competencias de los órganos dotados con poderes políticos, por lo que es superior a las autoridades que se encuentran investidas con las competencias de la naturaleza descrita.

Tras el principio de “soberanía” de la Constitución aparece que la actuación de los órganos políticos y la conducta de los gobernantes y gobernados debe necesariamente operar dentro del cauce constitucional.

En ese contexto, se acredita dicha “soberanía” por cuanto:

- Las normas dictadas por los órganos políticos que sean contrarias al texto o el espíritu de la Constitución, serán consideradas nulas y desprovistas de valor jurídico.
- Los actos realizados por los órganos políticos que sean contrarios al texto o el espíritu de la Constitución, serán declarados nulos y sin efecto legal alguno.
- Las delegaciones o comisiones de competencias privativas de los órganos políticos, serán declaradas nulas y sin efecto legal alguno.
- El incumplimiento de aquellas normas y disposiciones emanadas de los órganos políticos que hubieren acreditado armonía y coherencia con la Constitución, será objeto de sanción política, judicial o administrativa, según sea el caso.

Es dable consignar que del principio de “soberanía” constitucional se desprenden las reglas de supremacía jerárquica y de control de la constitucionalidad.

*La regla de supremacía jerárquica* hace referencia a la prelación de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado.

Al respecto, cabe señalar que Hans Kelsen expuso en su obra *Introducción a la teoría pura del derecho* (1934) que el ordenamiento jurídico de una sociedad política deviene en un sistema de normas dispuestas jerárquicamente entre sí; de modo tal, que, traducido a una imagen visual, se asemeja a una pirámide formada por varios pisos superpuestos; postulando así una prelación normativa con arreglo a la cual las normas se diversifican en una pluralidad de categorías escalonadas según su rango jerárquico. Esta estructuración jerárquica se basa en un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas.

Tal como lo plantea la doctrina, en el ordenamiento constitucional de un Estado debe acreditarse una actividad legisferante sujeta a la regularidad constitucional; vale decir, debe existir una relación de correspondencia y conformidad entre los grados inferiores y superiores de dicho ordenamiento.

Como afirma Francisco Fernández Segado [“La jurisdicción constitucional en la actualidad”. En: *Ius et Praxis*, N° 16. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1990] la pirámide jurídica, “implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización de conformidad con lo cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello a su vez

conlleva a que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizadora, en cuya cúspide obviamente, se sitúa la Constitución”.

Charles Eisenman [Citado por Segundo Linares Quintana. Derecho constitucional e instituciones políticas. Buenos Aires: Plus Ultra, 1976] señala que “la Constitución constituye el grado supremo o desde el punto de vista dinámico, [...] nada le es superior, porque no hay nada que le sea lógicamente anterior”.

En ese orden de ideas las normas constitucionales poseen supremacía jerárquica sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando estas se le oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como anota Manuel García Pelayo [“Estado legal y Estado constitucional de derecho”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988]: “*Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa, o indirecta con la Constitución*”.

*La regla de control de la constitucionalidad* hace referencia a la existencia de acciones procesales concretas destinadas a asegurar la vigencia plena de la Constitución. En ese sentido, consigna la necesidad de la existencia de mecanismos de resolución de los conflictos políticos, sociales o jurídicos que se manifiestan ya sea como actos normativos propiamente dichos; como relaciones intersubjetivas sujetas al derecho constitucional; o como comportamientos político-jurídicos que constituyen amenazas o manifestación concreta de violación a la Constitución.

#### b) La racionalización del ejercicio del poder

Con ello se busca organizar la sujeción del ejercicio del poder público al control del derecho, así como armonizarlo con los fines y valores que este busca alcanzar en el plano de la sociedad.

Como afirmara James Madison [Alexander Hamilton y otros. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974] “*Si los hombres fueran ángeles; no sería necesario el gobierno. Si ángeles fueran a gobernar a los hombres no sería necesario ningún control interno o externo sobre el gobierno. En la organización de un gobierno administrado por hombres sobre otros hombres [...] lo primero que se debe hacer es permitir al gobierno que controle a los gobernados; y luego obligarlo a controlarse a sí mismo*”.

Es por ello que se crea un conjunto de órganos y mecanismos procesales vinculados con la tarea de examinar integralmente la constitucionalidad de las normas que se dictan en el seno de una colectividad política, y que además permiten resolver los conflictos de competencia que pudieran presentarse entre los órganos con poder estatal y los demás organismos constitucionales.



El Tribunal Constitucional en el caso Diodoro Gonzáles Ríos (Expediente N° 02409-2002-AA/TC) ha señalado que la jurisdicción constitucional “verifica que los actos de los operadores del Estado sean conformes a las asignaciones competenciales establecidas en la Constitución”. Por ende, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional y evitar cualquier forma de abuso y arbitrariedad.

c) La vigencia plena de los derechos fundamentales

Con ello se busca asegurar el respeto y protección de los derechos básicos de la persona humana.

Giancarlo Rolla [“El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. En: *Tribunales y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002] consigna que “la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible”.

En ese contexto, es claro que adicionalmente a su rol de cautelador de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, también actúa en pro de la difusión, generalización e implementación de los mismos.

La acción cívica y didáctica sobre esta materia es incuestionable; consiguiéndose así no solo el goce pleno de dichos derechos; sino también información general y fomento de una cultura ciudadana en pro de su respeto y promoción. Sobre lo expuesto, Giancarlo Rolla [ob. cit.] refiere que dicha jurisdicción contribuye “de forma determinante al reforzamiento de la conciencia social, en lo que respecta a la importancia esencial de los derechos de cara a la existencia del Estado democrático de derecho”.

d) La afirmación de la acción interpretativa e integradora de la Constitución

Con ello se busca afirmar los valores y principios contenidos en el corpus constitucional, así como asegurar su correspondencia con la realidad, amén de preservar su vocación de presencia permanente.

Mediante la acción interpretativa se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales, en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben ser aplicados. En ese contexto, la interpretación constitucional se consagra cuando al

percibir *in totum* los elementos que integran la norma objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella, que se adecua a los fines y valores que cimientan el corpus constitucional.

Al respecto, tal como lo señalara en 1907, el magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Charles Evans Hughes [Citado por Segundo Linares Quintana. ob. cit.] *“Nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”*.

Mediante la acción integradora se suplen las omisiones o defectos en que pudiere haber incurrido la Constitución. Así, ante la existencia de una laguna normativa se “crea” o “recrea lógicamente” a favor del ordenamiento constitucional, una disposición jurisprudencial que permita asegurar la “vivencia” de los principios y valores del texto fundamental del Estado.

Es dable advertir que la jurisdicción constitucional en modo alguno representa una contradicción con el principio de separación de poderes en la medida que ella tiene una acción concordada con su naturaleza, objeto y fines; amén que en clave constitucional tiene como todos los órganos estaduales un reparto de competencia a título principal y secundario (administrar, legislar, impartir justicia y controlar) los que en su caso le permite al sistema constitucional apuntalar la idea de equilibrio y balance en el ejercicio del poder.

En atención a lo expuesto, la jurisdicción constitucional que resuelve las tensiones que surgen entre lo abstracto y lo concreto en el ámbito de las normas, o entre lo que manifiesta la Constitución y los comportamientos del Estado y sus ciudadanos, cumple las funciones siguientes:

a) Función de valoración

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional examina, estima y aprecia la relación de concordancia o discordancia existente entre lo preceptuado en una ley o norma con rango de ley en relación a los principios, valores y normas que con carácter supraordinante se encuentran consignados en la Constitución.

Dicho proceso se lleva a cabo en razón a la incertidumbre que genera la norma objeto de valoración acerca de su compatibilidad y subordinación al texto constitucional.

b) Función de pacificación

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional -luego de efectuada la acción de valoración- determina la expulsión u otorga certificación de concordancia de la norma que generaba incertidumbre en cuanto a su validez constitucional.

En cualquiera de las hipótesis descritas la jurisdicción apacigua, aplaca o acaba con todo atisbo de inseguridad, duda, recelo o sospecha

acerca del carácter supraordinado de una ley o norma con rango de ley respecto al corpus constitucional.

c) Función de ordenación

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional ya sea mediante la interpretación acerca del alcance y sentido de los principios, valores y normas contenidas en la Constitución, o por los efectos vinculantes de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley determina la sujeción del Estado y de los particulares en relación a dichas decisiones. Es decir, conlleva la obligación de uniformizar los actos de interpretación y aplicación normativa de conformidad con lo resuelto por el órgano contralor de la constitucionalidad.

La ordenación implica establecer una decisión con efecto vinculante sobre los aplicadores del derecho. Más aún, las consecuencias de lo dispuesto alcanza tanto al Estado como a los particulares.

d) Función de estabilización

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional genera que no se produzca una escisión entre la norma constitucional y la realidad. Esta actividad a través de las sentencias interpretativas, permite que permanentemente se rejuvenezcan los principios y valores constitucionales.

Asentada sobre la moderación y equilibrio, entre el “entumecimiento” y la “progresión” de los significados constitucionales, se promueve una razonable adecuación del sentido de la Constitución a las necesidades sociales de la comunidad, en un espacio-tiempo preciso y determinado.

e) Función de colaboración

Mediante dicha acción la jurisdicción constitucional sugiere, plantea o propone la adopción futura de prácticas funcionales o decisiones normativas con el propósito de optimizar el cabal y pleno funcionamiento del sistema constitucional.

f) Función de transformación

Mediante dicha acción la jurisdicción promueve la evolución de las relaciones coexistentiales en una comunidad política, en verificación práctica de un valor, principio o norma constitucional “congeladas” por el ocio legislativo o las ataduras del orden preexistente al poder constituyente. Ello se formaliza a través de la redefinición de significados y alcances de los derechos constitucionales, el reconocimiento de derechos implícitos, la asimilación de la jurisprudencia supranacional, la cobertura de los vacíos generados por el ocio legislativo, etc.

En ese contexto, son citables los casos de *Brown vs. Consejo de Educación de Topeka* (estableció en 1954 la igualdad e integración social en

las escuelas norteamericanas); caso Reynaldo Sánchez Pérez (estableció en el 2006 el reconocimiento de las denominadas familias ensambladas en el ordenamiento jurídico peruano).

g) Función cívica

Mediante dicha acción la jurisprudencia promueve el cabal conocimiento de las instituciones constitucionales de los derechos constitucionales, el sentimiento, valoración y respeto de la Constitución.

### 1.5. Los orígenes de la jurisdicción constitucional

El concepto de jurisdicción constitucional tiene antecedentes en la experiencia inglesa de los siglos XIII al XIX y en las experiencias francesa y norteamericana de los siglos XVIII al XX.

Al respecto, cabe recordar la posición asumida en Inglaterra por el juez Edward Coke en el célebre caso *Bonham vs. Henry Atkins, George Turner, Thomas Mounford y otros* (1610). Así, en 1606, Thomas Bonham, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido por el Real Colegio de Medicina a un examen de conocimientos. Efectuada la evaluación, fue declarado incompetente indefinidamente -en tanto no fuese considerado técnicamente apto- para la práctica médica, amén de ser multado con cien chelines por ejercer sin la respectiva licencia. En acto de resistencia, Bonham -quien había obtenido su título de medicina en la Universidad de Cambridge- no solo incumplió con pagar la multa impuesta, sino que además continuó ejerciendo la profesión en Londres; acción por la cual fue confinado por desacato, en una prisión por el lapso de siete días por orden del citado colegio.

Al respecto, es dable señalar que en 1518, durante el reinado de Enrique VIII (r. 1509-1547), se creó el Real Colegio de Medicina otorgándole además las Cartas Patentes de la Corporación.

Dichas cartas señalaban que el ejercicio de la profesión médica en la ciudad de Londres o sus suburbios quedaba a criterio de dicha institución; amén de encargarle facultades propias del poder de policía en lo relativo a la vigilancia, investigación y corrección profesional sobre la materia.

Asimismo, mediante un Acta expedida por el Parlamento conocida como la Ley 14 de Enrique VIII (1540) se le confirió facultades punitivas como la determinación de multas (cuyos montos se compartían con la Corona) y detenciones en los casos de desconocimiento de sus competencias corporativas.

Apelando a las reglas del *common law*, Thomas Bonham acudió ante la Corte de Agravios Comunes presidida por Edward Coke, solicitando auxilio

jurídico por considerar que en su caso se había producido una indebida detención.

Dicho magistrado elaboró una resolución judicial en donde a modo de proemio repitió los argumentos jurídicos expuestos en el caso Fuller (1607-1608) cuando el rey Jacobo I (r. 1603-1625) intentó resolver personalmente un conflicto de competencia que había surgido entre la jurisdicción eclesiástica y la del *common law*.

Así, el 13 de noviembre de 1608, este se había enfrentado a todos los jueces ingleses señalando que eran meros delegados suyos; y que, por ende, podía avocarse a cualquier caso que escogiere e incluso tenía potestad para retirarlo de la jurisdicción de los tribunales y decidirlo personalmente. El monarca estimaba que los jueces eran simples “sombras y ministros [...] y puede, si le place, presidir y juzgar en Westminster Hall, poniendo en tela de juicio sus sentencias [...]”.

La respuesta final de Coke a las argumentaciones del rey consistió en señalar en una conferencia dictada el 13 de noviembre de 1608 [E. L. Woodward. *La historia de Inglaterra*. Madrid: Alianza Editorial, 1996] lo siguiente: “*Es verdad que Dios ha dotado a su majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, a la herencia, a los bienes, o a las fortunas de sus súbditos, no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo; el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos [...]*”.

En suma, planteó la supremacía del derecho sobre las prerrogativas del rey.

La historia registra que ante la supina molestia del monarca, quien exigía se le respondiese si él quedaba sometido al derecho, Coke inclinándose todo el cuerpo ante el monarca -en su afán de suavizar el grave momento- contestó: “El rey no debe estar sujeto a los hombres sino solamente a la ley de Dios”.

En relación a las peculiaridades del caso presentado por Thomas Bonham, Coke fijaría en su sentencia lo siguiente: “*Y se desprende de nuestros libros que en muchos casos, el common law controla a las Leyes del Parlamento y en ocasiones debe juzgarlas como inválidas: pues cuando una Ley del Parlamento está contra el derecho y la razón tradicionales, o es repugnante o imposible de ser aplicada, el common law debe controlarlo y juzgar a dicha ley como inválida [...]*”.

Al respecto, debe advertirse que dicha argumentación significaba cambiar la interpretación judicial expuesta en el caso del cirujano Roger Jenkins

(1596); el cual fue hallado culpable de ejercer la medicina sin licencia. La judicatura había convalidado la multa impuesta y el cese de actividad.

En el fallo elaborado por Coke se declaró fundada la petición de Bonham; para tal efecto, contó con la adhesión de los magistrados Warburton y Daniel; el voto en minoría fue suscrito por Walmesley.

En el fondo del asunto se aprecia que la actitud de Coke se inspiró en la necesidad de establecer un control de legitimidad de una ley por ser contraria a los principios del *common law*; vale decir, intentó establecer la supremacía de este último sobre los actos del poder estatal. Por ende, sentó las bases para la aplicación de la *Judicial Review* (revisión judicial).

Sobre la materia, cabe señalar que Coke sostuvo que no era admisible que el Real Colegio de Medicina actuase en propia causa como una suerte de Corte, asumiendo simultáneamente las veces de demandante, fiscal y juez; amén que el referido ente terminaba beneficiándose con parte del pago de la multa que devenía en recurso propio.

Así, en dicha histórica sentencia se consignó lo siguiente: *“La causa por la cual imponen una multa o detienen debe ser determinada y susceptible de ser impugnada; ya que aunque tengan las Cartas Patentes y una Ley del Parlamento, como la parte agraviada no cuenta con otro recurso, ni la acción (writ) de error o algún otro, y como ellos no pueden dictar sentencia porque no son jueces, a pesar de haber una autoridad para hacerlo, la causa de su consignación es susceptible de ser impugnada mediante una acción de falsa o indebida actuación contra ellos [...]”*.

En resumen, Coke estableció que Bonham podía ser multado por el Real Colegio de Medicina por práctica ilícita, más en modo alguno -aun cuando lo permitiese la ley- ordenar encarcelarlo por ello; habida cuenta que según el *common law* no admitía que una persona pudiese ser simultáneamente juez y parte al mismo tiempo.

Cabe señalar que pese al disgusto que ocasionó su decisión a Jacobo I, el juez consiguió ser promovido en 1613 a la condición de magistrado del Supremo Tribunal de Inglaterra. Lamentablemente, tiempo después a instancias del propio rey fue destituido.

La historia registra que Thomas Bonham tras la expedición de la sentencia se trasladó a Oxford para ejercer su profesión.

En el período de la augusta Revolución Francesa apareció la concepción teórica del Jurado o Magistratura Constitucional, cuya elaboración correspondió al abate Emmanuel Sieyés. Este propuso la selección de un grupo de representantes, encargados de vigilar que los actos del Órgano Legislativo se ajustasen a la Constitución (puede concebirse como el origen propiamente dicho de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes).

Sieyès precisó su concepción en las llamadas “Opiniones” que presentó a la Convención (ente parlamentario de la Revolución Francesa), al señalar que para resguardar a una Constitución rígida se requería necesariamente de un jurado de ciento ocho miembros de naturaleza cooptativa, a efectos que ante él se pudiese denunciar los actos y leyes que le fuesen contrarios. Así, estos en caso de ser observados como transgresores de la Constitución, eran declarados nulos y sin valor jurídico alguno.

Textualmente, Sieyès expuso lo siguiente [Citado por Edgar Carpio Marcos. “Un antecedente del Tribunal Constitucional. El juez constitucional. Una lectura heterodoxa de Sieyès”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Lima, octubre 1999]: “*Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada si no se pregunta ¿Quién es su guardián, dónde estará la magistratura de este código? Es necesario ofrecer una respuesta. [...]*”.

*Si queréis dar una salvaguarda a la Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, entonces estableced un Jurado Constitucional [...]. Pido, pues, un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se puedan hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución”*.

La creación de este órgano representativo, extensivo y corrector del fuero parlamentario, estaba destinado a salvaguardar la Constitución de la pasión, la intriga y del descomedido uso del principio de mayoría, expedirá resoluciones de anulación de toda ley incompatible con el texto base de la naciente República.

La composición de dicho ente debía renovarse anualmente por tercios, en las mismas fechas que el cuerpo legislativo. La elección de dicho tercio (treinta y seis representantes) la llevaría a cabo el propio Jurado Constitucional de entre miembros del Parlamento que vencía su mandato.

La conformación primicial del referido Jurado la llevaría a cabo la Convención mediante escrutinio secreto.

La propuesta de Sieyès fue rechazada con dureza durante los debates de la elaboración de la Constitución de 1795. De alguna manera la propuesta será retomada en la Constitución de 1852.

En este recuento, cabe referir el caso de la instauración del concepto de la *Judicial Review* en los Estados Unidos. Cabe señalar que dicha noción no fue explícitamente recogida por la Constitución norteamericana de 1787; sino que surgió como expresión de un largo proceso de “concientización” por la vía jurisprudencial, el mismo que se gestó con anterioridad al texto fundamental anotado (queda claro, para la doctrina, que entre 1776 y 1787 se había consolidado el principio de supremacía normativa).

Según plantea Francisco Fernández Segado [ob. cit.], la proclividad norteamericana hacia la *Judicial Review* se encuentra en la concepción política que subyace en la Declaración de Independencia de fecha 4 de julio de 1776. Esta declaración -invocada por Fernández Segado como “ratio” para la adhesión norteamericana a la *Judicial Review*- contiene en uno de sus párrafos lo siguiente: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad [...]”.

Ahora bien, en la jurisprudencia norteamericana anterior a la constitución del Estado federal, podemos citar los tres antecedentes siguientes:

- En 1776, la Corte Suprema de Rhode Island en el caso *Trevett vs. Weeden* se negó a aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurado en ciertos casos penales, por considerarla contraria a los principios de la Constitución de dicho Estado.
- En 1782, el Tribunal de Apelaciones del Estado de Virginia, en el caso *Commonwealth vs. Caton*, declaró la inconstitucionalidad de una ley local que denegaba la facultad de otorgar indultos al Órgano Ejecutivo; pese a que esta misma había sido conferida por la Constitución de dicho Estado. El mismo principio fue reafirmado por el Tribunal Superior de Nueva York en el caso *Rutgers vs. Waddington*.
- En 1786, en el Estado de Carolina del Norte, en el caso *Bayard vs. Singleton*, la Corte Suprema del Estado se negó a aplicar una ley que suprimía el juicio por jurado.

Con posterioridad a la Convención de Filadelfia en 1787, Alexander Hamilton [ob. cit.] en una saga de artículos escritos en *El Federalista*, plantearía que “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que el amo”.

Como señala Francisco Fernández Segado [ob. cit.]: “En lógica conexión con las consideraciones precedentes, Hamilton atribuirá a los tribunales la



*trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produzca una discrepancia entre esta y cualquier ley ordinaria”.*

Así, pues, Alexander Hamilton [ob. cit.] consignó lo siguiente: “*La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier otra ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superior. En otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intervención del pueblo a la intervención de sus mandatarios”.*

Finalmente, en 1803, la Suprema Corte de los Estados Unidos, a través de la resolución del célebre caso *Marbury vs. Madison*, delineó en definitiva la doctrina de la supremacía de la Constitución, vía su instrumentalización a través de la declaración judicial de constitucionalidad, amén de concebir el papel de la judicatura como intérprete del corpus constitucional. En razón de la importancia de dicho caso y del rol asumido por el Presidente de la Corte John Marshall, procederemos a continuación a resumir lo suscitado en torno a aquel proceso.

#### **1.5.1. El caso *Marbury vs. Madison***

Dicho proceso judicial se generó en el contexto de un abierto conflicto político entre federalistas y demócratas republicanos; vale decir, entre los republicanos y los demócratas de hogaño.

Es del caso señalar que en los estertores de su gobierno, el Presidente de los Estados Unidos John Adams, reubicó en enero de 1801 a su secretario de Estado John Marshall como nuevo Presidente de la Corte Suprema. Asimismo, consiguió que un Congreso adicto aprobase en febrero de 1801, la Ley de las Cortes de Circuito (Circuit Court Act), que creaba dieciséis judicaturas federales de circuito y la Ley Orgánica del Distrito de Columbia (Organic Act of the District of Columbia) que establecía cuarenta y dos juzgados de paz para dicho distrito. Todo ello con el objeto de colocar a conspicuos partidarios que habrían de defenderlo políticamente de la incertidumbre generada por la derrota de su organización en los comicios presidenciales.

En aplicación de dicha ley, el propio Congreso procedió al nombramiento de los titulares de los nuevos juzgados.

El Presidente Adams firmó las resoluciones de nombramiento y Marshall en su primigenia condición de secretario de Estado, selló dichas órdenes el mismo día en que expiraba el mandato presidencial.

John Marshall ferviente partidario federalista; tras un “nombramiento de medianoche” había asumido el cargo de Presidente de la Corte Suprema; empero, había continuado despachando como Secretario de Estado hasta el relevo presidencial a cargo de Thomas Jefferson.

A lo expuesto, debe agregarse que por un error administrativo cometido por un dependiente y a la par hermano de Marshall no se llegó a despachar las resoluciones de William Marbury, Dennis Ramsey, Robert Townsend y William Harper.

En ese contexto, el flamante Presidente Thomas Jefferson ordenó a su secretario de Estado James Madison, detener la remisión de las resoluciones de nombramiento pendientes de entrega; en tanto que el renovado Congreso con mayoría demócrata-republicana acordaba derogar las cuestionadas leyes.

En ese contexto, William Marbury y los otros afectados interpusieron un Writ of Mandamus contra Madison, para que este cumpliera con la remisión de sus resoluciones de nombramiento.

Marshall no obstante su estrecha relación con los hechos reseñados, decidió asumir el conocimiento y resolución de la causa. Para tal efecto, utilizó el método deductivo, centrando el análisis jurídico en tres cuestiones:

- a) El establecimiento de la existencia o no existencia de derechos por parte de William Marbury y demás demandantes, en lo relativo a la recepción de los nombramientos judiciales otorgados durante la administración Adams.

Al respecto, en la sentencia aparece que los nombramientos expedidos durante la administración anterior y con sujeción a lo establecido en la Ley de Cortes de Circuito, tenían el carácter de irrevocables por conferir derechos legítimos que se encontraban protegidos por las leyes de la Federación. Asimismo, estableció que pese a haberse acreditado la no remisión o despacho de las resoluciones, así como la derogación de la ley correspondiente, en modo alguno, ello podía perjudicar los títulos de nombramiento en sí mismos.

- b) La existencia o inexistencia de los mecanismos procesales de defensa del derecho de los demandantes encabezados por William Marbury, en el caso de acreditarse fundada la petición planteada

Al respecto, en la sentencia aparece que William Marbury y demás codemandantes podían ejercitar una acción para hacer efectivo su derecho. En ese supuesto, determinó la aplicación de un apotegma del *common law*: “Where there is a right, there is a remedy” (donde hay un derecho, debe haber un remedio para su defensa).

- c) La atribución de la Corte Suprema de conocer como instancia originaria la petición del mandato de remisión de los nombramientos judiciales

otorgados por el Congreso, a favor de los demandantes encabezados por William Marbury.

Al respecto, en la sentencia se señaló que no cabía interponer la acción de mandamiento judicial (“*mandamus*”) directamente ante la Corte Suprema de Justicia, en los términos previstos en la Ley de Organización de la Judicatura de 1789, en razón a que dicha norma infraccionaba la Constitución al haber ampliado o extendido su jurisdicción originaria. Así, se sostuvo que en este caso la actuación del máximo organismo de justicia solo podía producirse en vía de apelación.

Sobre esta última cuestión cabe recordar que la sección II del artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos establece lo siguiente: *”En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Suprema Corte ejercerá jurisdicción originaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Suprema Corte ejercerá jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescribe el Congreso”*.

Ahora bien, con posterioridad a la aprobación de la Constitución en 1787, el Congreso norteamericano hizo aprobar en la sección 13 de la Ley de Organización de la Judicatura de 1789 lo siguiente: *”Promúlguese que la Suprema Corte tendrá jurisdicción exclusiva en todas las controversias de naturaleza civil en las que un Estado fuere parte, salvo entre un Estado y sus ciudadanos, y salvo también entre un Estado y ciudadanos de otros estados o extranjeros, en cuyo caso tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva. Ejercerá también jurisdicción exclusiva en todo juicio o procedimiento contra embajadores, otros ministros públicos, miembros de su familia o sus empleados domésticos, siempre que pueda intervenir como tribunal de justicia conforme con el derecho internacional; y tendrá jurisdicción originaria pero no exclusiva en todas aquellas causas iniciadas por embajadores u otros ministros públicos o aquellas en las que un cónsul o vicecónsul fuere parte. El juzgamiento de cuestiones de hecho ante la Suprema Corte en todas las causas contra ciudadanos de los Estados Unidos se llevará a cabo por jurados. La Suprema Corte también tendrá jurisdicción por apelación de los tribunales de circuito y las cortes de los estados, y en los casos específicamente mencionados aquí; y tendrán el poder de mandar órdenes a los tribunales de almirantazgo, y mandamientos en casos en que fuesen comprendidos según los principios y las costumbres del derecho, a cualquier tribunal o persona designada en su oficio bajo la autoridad de los Estados Unidos”*.

De conformidad con lo reseñado, la ley atribuía a la Corte Suprema la facultad de emitir directamente *writs* o “*mandamus*” en ciertas circunstancias.

De la lectura de ambos textos se podía apreciar la existencia de falta de coherencia o armonía entre lo señalado en la sección II del artículo 3 de la Constitución y la sección 13 de la Ley de Organización de la Justicia de 1789.

La referida sentencia tomó como soporte jurídico-constitucional para fundamentar su parte resolutive la cláusula de supremacía, recogida en el artículo 6 de la Constitución federal, que señalaba: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de su promulgación y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiera alguna disposición contraria en la Constitución o leyes de los estados".

Es evidente que de la contrastación normativa aparece que la Constitución no le otorgaba a la Corte Suprema competencia para emitir órdenes directas de ejecución de conductas sobre los funcionarios públicos.

El fallo elaborado por John Marshall proclamó el principio esencial de que los puntos en disputa sobre constitucionalidad deben ser discutidos en litigio. Asimismo, consideró que las facultades del Congreso de los Estados Unidos se encuentran delimitadas por el texto de la Constitución, y que los tribunales no deben acatar ni aplicar aquellas normas dictadas por el Congreso que fuesen opuestas a la Constitución, siendo por el contrario obligación de la judicatura reafirmar la vigencia y aplicabilidad del texto fundamental como ley suprema del país.

En puridad, los argumentos de John Marshall recogían las consideraciones expuestas por Alexander Hamilton en el número LXXVIII de *El Federalista*, en donde se planteaba que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional se encontraba sujeto a limitaciones. Estas se ventilarían en la acción jurisdiccional, cuya tarea en este caso consistía en declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución.

A través del fallo de John Marshall -según expresa Francisco Fernández Segado [ob. cit.]- se ponía de relieve que "una Constitución escrita y rígida, como la norteamericana, representa el ápice y la cumbre de la normación". En esa idea, puede afirmarse con Nicolás Pérez Serrano [Tratado de derecho político. Madrid: Civitas, 1984] que "la Constitución [...] es una ley fundamental, la primera en jerarquía e importancia de todas las leyes, de donde resulta obligatorio proclamar su superioridad y supremacía".

Resulta oportuno transcribir a continuación los párrafos más significativos de la histórica sentencia: "*Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida.*"

*Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.*

*Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿obliga a los tribunales a aplicarla no obstante su invalidez? O bien, en otras palabras, no siendo ley, ¿constituye una norma operativa como lo sería una ley válida? Ello anularía en la práctica lo que se estableció en la teoría y constituiría, a primera vista, un absurdo demasiado grueso para insistir en él. Sin embargo, la cuestión merece recibir un atento tratamiento.*

*Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la corte debe decidirlo conforme a ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley, la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.*

*Quienes niegan el principio de que la corte debe considerar la Constitución como ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar solo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente*

*obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.*

*Reducir de esta manera a la nada lo que hemos considerado el más grande de los logros en materia de instituciones políticas -una Constitución escrita- sería por sí mismo suficiente en América, donde las constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar la tesis. Pero las manifestaciones particulares que contiene la Constitución de los Estados Unidos construyen un andamiaje de argumentos adicionales en favor del rechazo de esta interpretación.*

*El Poder Judicial de los Estados Unidos entiende en todos los casos que versen sobre puntos regidos por la Constitución.*

*¿Pudo acaso haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución no debería atenderse a su contenido? ¿Qué un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?*

*Esto es demasiado extravagante para ser sostenido.*

*En ciertos casos, la Constitución debe ser interpretada y analizado su contenido por parte de los jueces.*

*Y si de este modo los jueces pueden abrir y examinar la totalidad de la Constitución ¿qué parte de ella está prohibido leer u obedecer? [...].*

*La Constitución prescribe que ‘No se sancionarán leyes conteniendo condenas penales individualizadas ni leyes retroactivas’.*

*Si, no obstante, tales leyes son sancionadas y una persona es procesada bajo tales leyes, ¿debe la corte condenar a muerte a esas víctimas a quienes la Constitución manda proteger?*

*Dice la Constitución: ‘Ninguna persona será procesada por traición salvo mediante el testimonio de dos testigos sobre el mismo acto o mediante su confesión pública ante un tribunal de justicia’.*

*En este caso, el lenguaje de la Constitución está especialmente dirigido a los tribunales. Les prescribe directamente una regla de prueba de la que no pueden apartarse.*

*Si la legislatura modificara esa norma y permitiera la declaración de un solo testigo o la confesión fuera de un tribunal de justicia como requisitos suficientes de prueba, ¿debería la norma constitucional ceder frente a esa ley?*

*Mediante estos y muchos otros artículos que podrán seleccionarse es claro que los constituyentes elaboraron ese instrumento como una regla obligatoria tanto para los tribunales como para la legislatura.*

*¿Por qué motivo, si no, prescribe a los jueces su cumplimiento? Este juramento apela ciertamente a su conducta en el desempeño de su cargo de carácter oficial.*

*¡Qué modalidad sería imponérselos, si ellos [los jueces] fueran a ser usados como instrumentos -y como instrumentos conscientes- de la violación de lo que juran respetar!*

[...]

*De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda Constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento.*

*Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase”.*

*Como afirma Enrique Álvarez Conde [Curso de derecho constitucional. Madrid: Tecnos, 1999]: “Ciertamente, la Constitución norteamericana no parecía permitir las conclusiones a las que llegó Marshall. Es decir, el atributo de control judicial de las leyes a los tribunales de justicia, no era una competencia establecida por la Constitución, sino que se trata de una función autoapropiada por los tribunales norteamericanos”.*

De lo expuesto en dicha sentencia se colige que el juez John Marshall estableció lo siguiente:

- a) Que William Marbury tenía derecho a reclamar la remisión y entrega de su resolución de nombramiento.
- b) Que la Corte Suprema carecía de competencia para conocer en instancia originaria dicha pretensión.
- c) Que la Ley de Organización de la Judicatura de 1789 era en sí misma contraria a la Constitución.
- d) Que ninguna disposición legal contraria a la Constitución podía ser aplicada en un caso concreto por ser inválida y sin valor jurídico alguno.

A manera de colofón debe indicarse que John Marshall ocupó el cargo de Presidente de la Corte Suprema durante treinta y dos años (1803-1835). En el caso de William Marbury, este nunca llegó a recibir su título de nombramiento como juez de paz, en razón a que pese a haber replanteado su demanda, una serie de demoras procesales ocasionaron que su reclamo excediera el plazo legal de cinco años que duraba el ejercicio de dicho cargo. Finalmente, la causa fue desestimada por abstracta.

No obstante lo expuesto, con mayor organicidad y tecnicismo, la noción jurisdicción constitucional aparecerá en la doctrina constitucional del siglo XX, durante el período de entreguerras (1919-1939). Entre los primeros divulgadores destacan nítidamente el gran tratadista austriaco Hans Kelsen -creador del modelo de jurisdicción concentrada, la pirámide normativa, etc.- y, en menor medida, Boris Mirkine-Guetzévich y M. Charles Eisenmann.

Es de verse, que en Checoslovaquia (1920), Austria (1920), Liechtenstein (1921) y España (1931) se crearon órganos autónomos, especializados y extrapoder conocidos como Tribunales Constitucionales con el objeto de establecer un mecanismo orgánico de defensa de la Constitución. Por ende, su rango jerárquico tenía que ser homólogo a los órganos de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Dichos entes aparecen con la responsabilidad política de defender los valores, principios y normas jurídicas, de los actos de poder espurios dictados mediante mecanismos jurídicos.

La propuesta de Hans Kelsen explicitada en su obra *La garantía constitucional de la Constitución* surge en el marco de una confrontación política entre jueces y legisladores; y de una tensión académica entre los partidarios de una fundamentación positivista del derecho y los alabarderos de la sustentación de la teoría del derecho libre, en donde imperaba la flexibilidad normativa.

Marina Gascón Abellán [*Diccionario de derecho constitucional*. México: UNAM; 2002] sostiene que la creación de un órgano *ad hoc* e independiente encargado del control de la constitucionalidad implicó el intento de conciliar la defensa del texto *supra* y la libertad política del Parlamento frente a la judicatura, así como recuperar la aplicación racional y controlable del derecho.

En efecto, Hans Kelsen consideró que la defensa de la Constitución requería de garantías respecto de los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones mediante actos de libre creación jurídica, desligados de su sujeción al texto *supra*. Por ende, el contralor de la misma no debía ser ningún ente que pudiese mediante sus actos ser su violador. De allí que formulase la creación de un organismo independiente a las competencias del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o Poder Judicial.

En ese sentido, para garantizar la regularidad y juridicidad del funcionamiento de los órganos con poder se requiere de la existencia de un ente independiente de estos, a efectos de salvaguardar el correcto uso de los repartos competenciales establecidos en la Constitución.

En la teoría kelseniana se estimaba que la garantía de la Constitución reposaba en la posibilidad de nulificar los actos de creación normativa. Dicha



facultad no podría ser atribuida al Parlamento por devenir en su potencial infractor, ya que en tal caso este se consideraría competente para efectuar una creación libre de la ley y no como un mero aplicador de la Constitución. Por ende, se hacía necesario implementar un ente técnico e independiente al Parlamento. Dicho ente es concebido como una suerte de legislador negativo; vale decir, con atribuciones para determinar la perención de una norma por inconstitucional.

Asimismo, planteó que tampoco podía ser asignada dicha función al Poder Judicial, en razón a que su ejercicio, requiere de una preparación y perspectiva político-jurídica diferente de la del juez común. Más aún, señaló que dicha actividad contralora se entroncaba más directamente con la gobernabilidad que con la impartición de justicia ordinaria.

En dicha teoría el órgano contralor de la Constitución aparece con propiedades disímiles a las de la judicatura. Entre ellas pueden mencionarse el modo de elección de sus miembros, la ubicación y rol asignado en el sistema político, etc.

En suma, la desconfianza de Hans Kelsen sobre la actividad contralora del Parlamento -y en ese contexto al propio Poder Judicial- se sustentó en la grave posibilidad que se asumiese la práctica de la denominada Teoría del Derecho Libre planteada a comienzos del siglo XX por Eugen Ehrlich y Hermann Kantorowicz. En efecto, ello hubiera implicado la autonómica formulación del derecho incluso por encima de la Constitución, en caso de considerarse necesario para plasmar un grado mayor de justicia.

Como refiere Marina Gascón Abellán [“Los límites de la justicia constitucional”. En: *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo*. Lima: Ara Editores, 2013] el planteamiento de Hans Kelsen aparece enfocado en contrarrestar “un positivismo jurídico desacreditado y un derecho libre desbocado”.

Hans Kelsen consideraba que la creación y aplicación de la ley no eran funciones estatales coordinadas, sino un unívoco proceso; de allí que debía garantizarse la constitucionalidad de las leyes para proteger el carácter supra de la Constitución. Por ende, ideó un control formal sobre la producción legislativa.

Esta concepción se sustentaba además, en la necesidad de asegurar el respeto de las minorías parlamentarias, frente a la mera aplicación rígida del principio de mayor número de adhesiones en torno a una postura.

## **2. Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad**

Estos sistemas o modelos presentan la característica de ser originarios o derivados.

Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad originarios son aquellos que históricamente han surgido como consecuencia de la actividad creadora de principios, categorías y reglas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución. Estos son de dos clases: de control político y de control jurisdiccional (este último tiene dos variables: concentrado y difuso).

Los sistemas de control de la constitucionalidad derivados son aquellos que recogiendo la matriz de algún modelo originario, son objeto de una adaptación a una necesidad o realidad político-constitucional específica. Se insertan en estados carentes de tradición jurídica propia; los cuales en ese contexto se empeñan en desarrollar una tarea de trasplante de instituciones, como sucede con los países del área latinoamericana. En ese orden de ideas, son cuatro las adaptaciones conocidas a la fecha: el control sobrepuesto, el control mixto, el control dual y el control sinérgico.

Ahora bien, la diferenciación de los sistemas o modelos se hace por el tipo de órgano estatal que tiene a su cargo la responsabilidad del control de la constitucionalidad.

## 2.1. Los modelos originarios

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control orgánico político y al control orgánico jurisdiccional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

### 2.1.1. El control orgánico político

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad al órgano parlamentario en su condición de portavoz omnicompreensivo de la soberanía popular. Excepcionalmente, puede ser encargada a un ente *ad hoc* no jurisdiccional constituido sobre la base de una designación puramente política.

La fundamentación de su existencia radica en el principio genérico de la autonomía legislativa, que proscribe el control judicial de la legislación parlamentaria. En ese sentido, se sostiene que la magistratura únicamente puede participar *secundum legem* y no como *legisvus*. Ello en atención a que la magistratura no proviene de la voluntad ciudadana, sino de la designación por un órgano estatal; por tal motivo se encuentra impedido de anular o abrogar una ley, que es la expresión suma de aquella soberanía.

Enrique Álvarez Conde [ob. cit.] expone que en este modelo un mismo órgano -el Poder Legislativo- se convierte simultáneamente en juez y parte de sus propias decisiones. Ello supone el apostar y confiar en la capacidad institucional de la autocensura y la moderación corporativa; en la presencia activa de las minorías parlamentarias como agentes de control de los exce-

sos legisferantes de la mayoría; y residualmente en el derecho de acción de la ciudadanía.

Este modelo se sustenta en la premisa que el Parlamento como expresión directa de la voluntad supra del pueblo, representa un valor político absoluto que no admite ninguna erosión del principio de la omnipotencia de la ley; amén de preservar las decisiones institucionales de renovación legislativa y acción reformadora.

Como expone Víctor Ferreres Comella [*Uno defensa del modelo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2011] el principio de separación de poderes planteado por Carlos Luis de Secondant, barón de la Brede y Montesquieu instituyó la idea del juez vedado de escrutar la constitucionalidad de las leyes. Así en su obra *El Espíritu de las Leyes*, este expone que al Parlamento no solo le corresponde la función de crear sino además de interpretar la ley. Bajo dicho influjo el novísimo republicanismo francés de finales del siglo XVIII, introdujo el denominado Recurso de Urgencia ante la Asamblea Legislativa, por el cual el ente legisferante aclaraba a solicitud del juez, la voluntad de la ley.

A lo sumo, la acción legislativa tenía como parámetros de control el veto del Poder Ejecutivo y la lealtad constitucional del pueblo.

Los antecedentes del control orgánico político pueden encontrarse en la Ley del 16-24 de agosto de 1790, mediante la cual la Convención francesa dispuso que “*los tribunales no podrán tener directa o indirectamente ninguna injerencia en el ejercicio del Poder Legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo sancionados por el rey, bajo pena de prevaricación*”. Asimismo, en la Constitución de 1791 se fijó claramente que “*los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo ni suspender la ejecución de las leyes*”.

Al respecto, como sintetiza Maurice Hauriou [*Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares, 2003] lo expuesto apuntaba a “exaltar la ley y abatir al juez”.

Como hemos expuesto, dicho modelo fue inspirado en los postulados planteados por el abate Emmanuel Sieyès en un texto conocido como Opiniones y sustentada durante los debates de las constituciones de 1791, 1793. Dicho ente alcanzaría una cierta concreción en la Constitución francesa de 1852.

Al respecto, debe anotarse que la desconfianza en el operador jurisdiccional provenía de los ataques ideológicos perpetrados por la en ese entonces *supérstite* magistratura del *Ancien Regime* contra las bases del constitucionalismo democrático emanados de la Revolución Francesa. Como tal encontrará cierta cabida en el constitucionalismo liberal europeo.

La expresión tenue de este modelo en el constitucionalismo liberal europeo, renovará su influencia a través de la Constitución estalinista de 1936; lo que promoverá su impronta al resto de los países de la entonces estentórea orbita socialista.

La incorporación de este modelo en la experiencia estadual marxista leninista emana de la doctrina del centralismo democrático y en donde el Parlamento deviene en el portador clasista de la soberanía nacional.

Al respecto, cabe señalar que en la teoría marxista del derecho se considera que el control de constitucionalidad es parte del engranaje del principio de separación de poderes; el cual es una pauta basilar de la sociedad burguesa en donde el interés de clase hace “necesario” fragmentar el ejercicio de poder y sujetarlo a un sistema de frenos y de contrapesos. En cambio, en el marco de la utopía de la sociedad sin clases, no se hace necesario el control constitucional al margen del poder único e indivisible expresado en la voluntad monolítica del proletariado.

En América Latina aparecerá, entre otras, en la Constitución del Perú de 1826 con la creación de la Cámara de Censores; en la Constitución de Brasil de 1830 y en las constituciones ecuatorianas de 1830 y 1851.

Daniel Soria Luján [*Los mecanismos de defensa de la Constitución en el Perú. El poder conservador y el Consejo de Estado*. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995] refiere que en nuestro país durante la vigencia de la Constitución de 1828, el Parlamento a través de su órgano denominado Consejo de Estado ejerció, por primera vez un control de constitucionalidad al anular mediante una disposición de fecha 26 de enero de 1830 un decreto supremo expedido por el Poder Ejecutivo por el cual se ordenaba observar en todas las instancias de justicia de la República un acuerdo de la Corte de Lima.

Asimismo, mediante disposición de fecha 22 de noviembre de 1832 anuló un decreto supremo expedido por el Poder Ejecutivo que contrariamente a lo dispuesto por la Ley de Presupuesto, transfería una partida de contribución a favor de la provincia de Huaylas al Colegio de Huaraz.

En esa orientación, Francisco Fernández Segado [*La justicia constitucional: una versión del derecho comparado*. Madrid: Dykinson, 2009] expone que en el sistema político francés, el Presidente de la República ejerce una función de arbitraje político; en tanto que el Consejo Constitucional asume la responsabilidad de garantizar desde una perspectiva técnica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos.

Las razones de su aplicación se basan en lo siguiente:

- a) Concentración y unidad de las funciones de elaboración-control de la legislación en el órgano parlamentario, al que se considera como supremo poder estatal.

Se asume que siendo aquel órgano el portador de la soberanía popular, le corresponde en exclusividad el ejercicio del control de la constitucionalidad. Como consecuencia de lo expuesto, surge la atribución multanime de establecer la normatividad general; verificar que su actividad legisferante sea armónica y coherente con el texto fundamental; y vigilar la efectividad de su aplicación.

- b) Defensa del principio de exonerabilidad consistente en la inadmisibilidad de que los actos parlamentarios puedan ser objeto de observancia o control por otros órganos estatales

La tutela de la defensa de la constitucionalidad se deposita en el propio Órgano Legislativo, como consecuencia de razones históricas, ideológicas y pragmáticas que tienden a relieves el papel de dicho ente; a manifestar una vocación recelosa de la actividad jurisdiccional; así como a una imputación prejuiciosa contra el Poder Ejecutivo, acusado de voraz y abusivo.

Entre los procedimientos utilizados por los órganos de control político, tenemos los siguientes:

- a) El procedimiento de la cuestión previa se manifiesta en el momento de deliberar sobre una iniciativa legislativa o de manera precedente a la promulgación de una ley. En este caso, corresponde al Presidente del ente parlamentario el declarar de oficio o a petición de parte que no abrirá paso a la deliberación de fondo de un proyecto de ley, en razón de que la propuesta normativa es aparentemente inconstitucional. Por lo demás, cualquier parlamentario puede solicitar dicha declaración por la razón expuesta.

En ambos casos se apela al Pleno del Parlamento para que se decida preliminarmente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto presentado.

- b) El procedimiento de revisión previa se manifiesta como un acto previo a la sanción de la ley, a pedido de un órgano extraparlamentario.
- c) El procedimiento por acción popular se manifiesta mediante una petición formulada por un mínimo determinado de ciudadanos, a fin de que se reexamine la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Como puede observarse en el primer y segundo caso existe un control *a priori*, y en el tercero un control *a posteriori* o reexaminador de una decisión normativa emanada del Parlamento.

Al respecto, pueden citarse las experiencias siguientes:

La Constitución de Finlandia de 1919, tras la reforma constitucional del 2000, ha ratificado su adscripción a dicho modelo que data de 1882.

En ese sentido, dicho texto señala que es función de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento, el emitir su dictamen sobre la constitucionalidad de las proposiciones de dación de ley.

La referida Comisión tiene carácter permanente. La tradición parlamentaria exige que por lo menos la mitad de sus miembros tenga formación en materias constitucionales; amén de que el ente cuente con el apoyo de expertos externos.

La Constitución cubana de 1976 establece que corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos leyes y demás disposiciones legales. Para tal efecto, al interior de su seno se ha creado la Comisión de Asuntos Constitucionales; la cual es la encargada de emitir dictámenes propositivos a la Asamblea Nacional.

La Constitución china de 1982 señala que corresponde al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional el interpretar y supervisar el cumplimiento de la Constitución; esta incluso tiene facultades de revocación de todas las disposiciones legales contrarias a la Constitución.

Dentro de una óptica especial aparece en la Constitución francesa de 1958 el denominado Consejo Constitucional. Dicho ente se compone de nueve miembros; los cuales son designados paritariamente por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado.

El Presidente del Consejo es designado por el Presidente de la República.

Tiene la responsabilidad de *examinar preventivamente* las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias. Asimismo, se podrá someter a la evaluación de constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, a petición del Órgano Ejecutivo.

La calidad de ente político es esgrimida por Bernard Chenot -ex Presidente de dicho órgano- al afirmar en 1977 que “El Consejo Constitucional es un cuerpo político por su reclutamiento y por las funciones que cumple”. Por ende, deviene en la perspectiva francesa en una “pieza clave de contención política”.

En esa orientación, Francisco Fernández Salgado [La justicia constitucional: una versión del derecho comparado. Madrid: Dykinson, 2009] expone que en el sistema político francés, el Presidente de la República ejerce una función de arbitraje político; en tanto que el Consejo Constitucional asume la responsabilidad de garantizar desde una perspectiva técnica las reglas constitucionales que rigen el funcionamiento de los poderes públicos.

### **2.1.2. El control orgánico jurisdiccional**

Se trata de un modelo que confía el control de la constitucionalidad de manera directa o indirecta en un ente administrador de justicia. Dicho modelo

puede ser clasificado en: americano o de jurisdicción difusa y europeo o de jurisdicción concentrada.

Marina Gascón Abellán [ob. cit.] señala que, entre otros, la distinción radicaría en que el modelo americano o de jurisdicción difusa está orientado primordialmente a generar garantías sobre los derechos fundamentales; en tanto que el modelo europeo o de jurisdicción concentrada está orientado esencialmente a cautelar la conformidad constitucional de la elaboración y contenido de una ley. En ambos casos la acción contralora es asumida por un órgano jurisdiccional

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### **2.1.2.1. El modelo americano o de jurisdicción difusa**

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del Órgano Judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial -*Judicial Review*- o de contralor judicial). Así, la pluralidad de los jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial.

En este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*, sino que son los jueces comunes los que ante una determinada controversia deberán examinar si existe contradicción entre la norma invocada -teóricamente aplicable para amparar un supuesto derecho-, y los alcances de la propia Constitución, por lo que, de ser el caso, aplicarán el texto fundamental y dejarán de hacer uso de la ley inconstitucional.

En efecto, la facultad contralora no se concreta en una sola sala o tribunal, sino que se disemina o dispersa en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una ley inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta; ergo, no puede ser planteada como una acción directa. Por otra parte, la decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicabilidad de la ley al caso concreto, generará su inobservancia. Así, dicha ley no surtirá efecto alguno en el caso sometido a consideración.

Cabe explicar que la inaplicación surge cuando el juzgador debe evitar resolver una litis, en base a una norma inconstitucional.

Como expone Pedro Cruz Villalva [*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: CEC, 1987] “la cuestión se resuelve como un incidente en el desarrollo del proceso y la eventual apreciación de inconstitucionalidad encuentra su reflejo en el fallo dictado como si la norma en cuestión no existiese”.

Al respecto, tal como señala Gumersindo Trujillo Fernández [*Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. Tenerife: Universidad de la Laguna, 1970]: “*El juez no anula la ley, sino que declara una nulidad preexistente, por lo que los efectos de su declaración son lógicamente retroactivos; y dado el carácter incidental de la demanda, limitados al caso concreto (efectos ex tunc e interpartes)*”.

Por tal motivo, la ley en pugna con la Constitución no queda afectada, en principio, en su vigencia general. Ahora bien, en aplicación del principio de *stare decisis*, los jueces quedan vinculados por la fuerza del precedente, por lo que, en la práctica, a través del tiempo tal declaración alcanzará efectos de carácter total.

En suma, a este modelo o sistema se le puede situar bajo el signo de la acción defensiva. La ley calificada de inconstitucionalidad no es anulada, sino que simplemente se rechaza su aplicación dentro del pleito generado por un accionante. Así, vía una decisión judicial el juez “veta” la aplicación de una ley inconstitucional para resolver una controversia. Para tal efecto, reviste su decisión con la autoridad de la *cosa juzgada*.

En resumen, las características del sistema de jurisdicción difusa son las cuatro siguientes:

a) Control extendido

La declaración de inconstitucionalidad es una atribución que corresponde ser ejercida por cualquier autoridad judicial, con prescindencia de su grado o jerarquía funcional.

b) Control incidental

El pronunciamiento de inconstitucionalidad surge a partir de la existencia previa de una cuestión judicial generada a través de cualquier proceso rutinario y planteada entre personas naturales y/o jurídicas.

c) Control con eficacia relativa

El pronunciamiento de inconstitucionalidad solo alcanza a las partes comprometidas en una cuestión judicial. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad solo tiene efectos, en principio, interpartes e inaplicativos.



No obstante lo expuesto, cabe señalar que de manera mediata por efecto del *stare decisis* un pronunciamiento puede alcanzar eficacia plena. Ello subsecuentemente en razón al respeto y acatamiento al precedente vinculante, los órganos jurisdiccionales deberán seguir lo obligatoriamente decidido por otro que en uso de jerarquía lo ha establecido como tal.

d) Control residual

Tal pronunciamiento surge de una actividad “añadida” a la tarea judicial de dirimencia en los conflictos derivados entre dos partes litigantes.

Dale Furnish [“La revisión judicial de la constitucionalidad de la ley en los Estados Unidos”. En: Sobre la jurisdicción constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999] resume los alcances de dicha jurisdicción en que la validez constitucional de una ley, es la última cuestión a examinarse en el marco de un proceso judicial sobre derechos en conflicto.

Expone que existirá abstención de pronunciamiento en caso se constate la existencia de una “cuestión política”. Asimismo, en lo relativo a la Corte Suprema esta tiene discrecionalidad para decidir sobre conocer o no conocer un determinado proceso judicial.

Es de verse que ante lo resuelto por la instancia inmediata inferior (Corte de Apelaciones) la Corte Suprema expide o se abstiene de otorgar el auto de avocación.

Dicho auto es la manifestación del instituto denominado *certiorari*, mediante el cual la Corte Suprema decide discrecionalmente -en atención a la importancia de los intereses jurídicos en juego- el revisar o no revisar una resolución judicial.

### 2.1.2.2. El modelo europeo o de jurisdicción concentrada

En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional especial (se le denomina *ad hoc* o de contralor concentrado), a quien se le ha confiado el control de la constitucionalidad a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal.

En dicha creación tuvo protagónica responsabilidad Hans Kelsen; el cual posteriormente fundamentó sus alcances doctrinarios en una obra denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (1928).

Domingo García Belaunde [*Derecho procesal constitucional. Bogotá: Tecnos, 2001*] señala que el sistema de jurisdicción concentrada se caracteriza por entregar el control a “un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la tríada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial [...]”. Este órgano tiene atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la declaración -que produce efectos generales- de inconstitucionalidad de una ley, declaración que se desarrolla por vía principal y sin necesidad de que exista un conflicto particular previo. Es decir, existe un órgano especialmente encargado de conocer las acciones de inconstitucionalidad.

El resultado de la intervención jurisdiccional ocasiona que la ley cuestionada sea anulada (es decir, se le considere inexistente); decisión que se reviste de la autoridad absoluta que emana de la cosa juzgada. Así, la impugnación de la ley por esta vía, puede llevar a su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico. Ello generalmente se produce desde el momento mismo del pronunciamiento jurisdiccional (efectos erga omnes y ex nunc).

El efecto *ex nunc* (a futuro) se explica por el propósito de tutelar principios como la estabilidad y la seguridad jurídica, que podrían verse gravemente afectados en caso de que se admitiesen alcances retroactivos del fallo declaratorio de inconstitucionalidad.

En puridad, este sistema se basa en la existencia de un órgano estadual, diferente y autónomo de los tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), el cual ejerce control a partir de una privativa jurisdicción constitucional. A este ente, compuesto por magistrados orgánicamente ajenos al cuerpo administrador de justicia ordinaria, se le reserva el derecho excluyente y exclusivo de determinar la inconstitucionalidad de una ley y, por extensión, la facultad de su derogación con efectos rescisorios generales, así como el establecimiento de los mecanismos de corrección del acto inconstitucional.

Eduardo García de Enterría [*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1981*] señala que “Se trata de un control abstracto de las normas, que se rige no en función de un conflicto de interés, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo la norma de decisión, sino simplemente por una discrepancia absoluta sobre la interpretación del texto constitucional con relación a su compatibilidad con una ley singular”.

En resumen, las características de este sistema serían las siguientes:

a) Control condensado

La declaración de inconstitucionalidad corresponde ser ejercida única y exclusivamente por un órgano especializado.

b) Control principal

El pronunciamiento de inconstitucionalidad se produce cuando se plantea directamente ante el órgano especializado, un proceso especial denominado acción de inconstitucionalidad. Por ello, no es necesaria la existencia previa de un juicio, causa o cuestión judicial.

c) Control abstracto

El órgano especializado se encarga de analizar una norma cuestionada de inconstitucionalidad, en forma aislada e independientemente de la existencia de aplicación de una ley a un caso concreto que afecte intereses particulares. En ese contexto, se promueve una resolución de puro derecho.

d) Control con eficacia general

El pronunciamiento de inconstitucionalidad opera de manera derogante y genérica. Las consecuencias de la decisión del órgano especializado afectan al Estado y a todos los ciudadanos y adscritos a él. En tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos erga omnes y abrogativos.

En el sistema de jurisdicción concentrada, el juzgador ad hoc responde en los hechos a una iniciativa legislativo-jurisdiccional en donde se le plantea decida a favor de una “derogación” sui generis, vía la expedición de una sentencia, de una ley inconstitucional.

Este sistema inspirado en el pensamiento de Hans Kelsen, rompió con la tradicional concepción según la cual no se podía modificar, anular o suprimir la vigencia de una ley, ya que ella era, hasta ese entonces, la expresión omnimoda del pueblo reunido en el Parlamento. Al respecto, debe anotarse que Carlos Luis de Secondat, barón de la Brede y Montesquieu [*El espíritu de las leyes*. México: Porrúa, 1992] había señalado lo siguiente: “*El juez es simplemente la boca que pronuncia las palabras de la ley, un ser inanimado que no puede mitigar ni su fuerza ni su rigor*”.

El sistema europeo o de jurisdicción concentrada se presenta en países como Austria, Alemania, España, Italia, etc.

### 2.1.3. Los modelos originarios y las variables de admisión, naturaleza del acto cuestionado y tiempo de impugnación

Los modelos de control orgánico político y orgánico jurisdiccional pueden ser adicionalmente estudiados bajo las variables siguientes:

- a) Por su admisión pueden ser expresos o implícitos

La admisión expresa aparece cuando la Constitución instituye de manera explícita y manifiesta la existencia de un órgano encargado del control de la Constitución. Tal el caso de la Constitución italiana de 1947, la Constitución alemana de 1949 o la Constitución española de 1978.

La admisión implícita es aquella en donde en vía de integración, a falta de expresión manifiesta en la Constitución, el modelo se implanta por decisión jurisprudencial. Tal el caso de Estados Unidos (caso *Marbury vs. Madison*) o Argentina (caso Eduardo Soyo).

Al respecto, en el caso del refugiado español Eduardo Soyo la Corte Suprema argentina resolvió en 1887, de manera idéntica a lo previsto por la Corte Suprema norteamericana en *Marbury vs. Madison*. Así, el propietario de la revista de dibujos y crítica política “Don Quijote”, en la que habían aparecido caricaturas de algunos congresistas, fue arrestado por orden de la Cámara de Diputados. Ante ello, se interpuso directamente ante la Corte Suprema un hábeas corpus fundándose en lo dispuesto en la Ley N° 48. Dicho órgano se declaró incompetente para pronunciarse inmediatamente, ya que ello implicaría extender su jurisdicción originaria más allá de los límites que le fijaba la propia Constitución.

- b) Por la naturaleza del acto cuestionado pueden ser por razones activas u omisivas

El activo aparece cuando el control se produce por la anómala acción legisferante de un ente gubernamental. Tal el caso de Chile.

El omisivo aparece cuando el control se produce por la mora o retardo en cumplir un mandato constitucional de legislar, y a efectos de obtenerse la optimización plena de los principios, valores o normas del texto supra. Tal el caso de Portugal.

- c) Por el tiempo de impugnación pueden ser preventivos, reparadores o mixtos La impugnación preventiva aparece cuando el control se realiza cuando la norma cuestionada se encuentra aún en proceso de gestación; es decir, aún no forma parte del ordenamiento jurídico, y, por tal, carece de obligatoriedad. Tal el caso de China.

La impugnación reparadora aparece cuando el control se realiza sobre una norma vigente y obligatoria y componente del ordenamiento jurídico. Tal el caso de España.

La impugnación mixta aparece cuando el control es pre y post; ergo opera sobre las normas en proceso de elaboración o las declaradas vigentes. Tal el caso de Irlanda.

## 2.2. Los modelos derivados

De acuerdo con la doctrina se comprende como tales al control sobrepuesto, al control orgánico mixto y al control orgánico dual. En el caso peruano se ha creado una expresión contralora que denominamos sinérgico.

### 2.2.1. El control sobrepuesto

Este surge como consecuencia del otorgamiento de competencias de control constitucional concentrado a una Sala de la Corte Suprema de un Estado.

En este modelo el ente contralor se encuentra adscrito al Poder Judicial y ejerce exclusiva y originalmente la función de expulsar del ordenamiento jurídico aquellas leyes incompatibles con los principios, valores o normas de la Constitución.

Al respecto, son citables los casos de Costa Rica, Paraguay, Uruguay, etc.

Recibe tal denominación en razón a que la máxima instancia del Poder Judicial ejerce una función de control constitucional concentrado con carácter monopólico.

En suma, el Poder Judicial aparece como un órgano postizo de control.

### 2.2.2. El control orgánico mixto

Este surge como consecuencia de la mezcla, fusión o combinación de dos o más modelos originarios, constituyendo un modelo *sui generis* que, por ende, deviene en distinto de aquellos que le sirvieron de base. En ese aspecto, Domingo García Belaunde [ob. cit.] señala que “cuando las influencias son tan fuertes [...] se adquiere una nueva fisonomía”. Así, partiendo de un influjo absortivo y recreador se genera en la praxis un modelo relativamente diferente.

Esta mezcla o combinación de dos o más modelos da lugar a un *tertium*, en donde los rasgos sincréticos permiten señalar algo distinto, pero no tanto para calificarlo como original.

En puridad, de la imitación y la recepción surge algo parcialmente diferente.

En este modelo el órgano administrador de la justicia ordinaria -Poder Judicial- ejerce simultáneamente un control difuso y concentrado, según sea la naturaleza de la acción objeto de su conocimiento.

Al respecto, son citables las experiencias de Brasil, Venezuela y México.

En el caso del Brasil, al máximo órgano de la justicia ordinaria denominado Supremo Tribunal Federal se le han conferido las atribuciones que son propias dentro de una jurisdicción concentrada a una Corte o Tribunal Constitucional. Entre las distintas modalidades procesales aparece la acción directa de declaración de inconstitucionalidad, bajo las modalidades de acción de declaración de inconstitucionalidad interventiva y genérica. Empero también aparece el recurso extraordinario para revisar una sentencia supuestamente contraria a la Constitución.

En ese contexto, Ernesto Blume Fortini [ob. cit.] señala que *"A pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de inconstitucionalidad, bajo las modalidades interventiva y genérica. La primera controladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales, y la segunda, cauteladora de la constitucionalidad de las leyes en general"*.

En el caso de Venezuela, existe el control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial; concretamente se cuenta con un control concentrado a cargo de la Corte Suprema que tiene facultades exclusivas y excluyentes para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellos actos violatorios de la Constitución.

En el caso de México, existe un control difuso a cargo de todos los magistrados del Poder Judicial; y simultáneamente se le ha conferido a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad contra normas generales.

En ese sentido Arturo Zaldivar Telo de Sarria [*"La justicia constitucional en México. Balance y ritos"*]. En: *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002] señala que México cuenta "con un sistema de justicia constitucional complejo, formado por distintos instrumentos procesales: a) controversias constitucionales; b) acciones de inconstitucionalidad; c) medios de impugnación en materia política electoral; y d) juicio de amparo".

En relación a lo expuesto, Domingo García Belaunde [ob. cit.] plantea que se trata de un control mixto en razón a que "un solo órgano, la Corte Suprema aparece como única instancia final, pues conoce tanto del control incidental (modelo americano) como del control abstracto (a través de la acción popular de inconstitucionalidad [...]). Es decir, se fusionan armoniosamente las peculiaridades del modelo americano con el europeo, y dan origen a un *tertium quid*".

### **2.2.3. El control orgánico dual o paralelo**

Este modelo surge como consecuencia de la aplicación de dos modelos originarios que coexisten en forma independiente o autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características. Es decir, en este caso existe una aplicación paralela sin proceso alguno de mezcla o fusión entre los modelos originarios trasplantados.

Domingo García Belaunde [ob. cit.] -autor de la nomenclatura- señala que el modelo dual o paralelo “es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”.

En puridad, se trata de un modelo que plantea la coexistencia del control jurisdiccional concentrado y el control jurisdiccional difuso, sin interferencia mutua.

A nuestro entender, dicha acepción es aplicable para el caso de la Constitución peruana de 1979.

En efecto, el artículo 298 del referido texto instituyó al Tribunal Constitucional como órgano de control concentrado; empero, paralelamente en el artículo 236 reconoció al Poder Judicial como órgano de control difuso.

### **2.2.4. El control orgánico sinérgico: el modelo peruano**

En nuestro país aparece un modelo derivado y sinérgico en donde se acredita la existencia de un control político preventivo y un control jurisdiccional reparador en sus dos variables.

Recibe dicha denominación por la asimilación de la pluralidad de modelos originarios; esta variable procura una acción coexistente de varios entes tendentes a lograr un efecto único: la salvaguarda de los principios, valores y normas constitucionales, frente a una actividad legislativa incompatible con la Constitución a ante la expresión de conductas irregulares o arbitrarias de gobernantes y ciudadanos.

Al respecto, cabe señalar que la denominación de sinérgica se ampara en razón a que la Real Academia de la Lengua Española define dicho término como “la acción combinada de diversas acciones tendentes a lograr un efecto único”, así como, a “la asociación de varios órganos para realizar una función”.

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### **2.2.4.1. Aplicación del control orgánico político**

Por una interpretación concordada entre los artículos 94 y 102 de la Constitución y los artículos 70, 90, 91 y 92 del Reglamento del Congreso de la República, dicho ente realiza un control orgánico político.

En ese contexto, importante papel le corresponde a la organización parlamentaria la Comisión Ordinaria de Constitución y Reglamento.

Al respecto, veamos lo siguiente:

### **CONSTITUCIÓN DE 1993**

#### **“Artículo 94.- Reglamento del Congreso**

El Congreso elabora ya prueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley; elige a sus representantes en la Comisión permanente y en las demás comisiones; establece la organización y las atribuciones de los grupos parlamentarios; gobierna su economía; sanciona su presupuesto; nombra y remueve a sus funcionarios y empleados, y les otorga beneficios que les corresponden de acuerdo a ley”.

#### **“Artículo 102.- Atribuciones del Congreso**

Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.
2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.
3. Aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución.
4. Aprobar el Presupuesto y la Cuenta General.
5. Autorizar empréstitos, conforme a la Constitución.
6. Ejercer el derecho de amnistía.
7. Aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo.
8. Prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional.
9. Autorizar al Presidente de la República para salir del país.
10. Ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa”.

### **REGLAMENTO DEL CONGRESO**

#### **Dictámenes**

**Artículo 70.-** *Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan*



*las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Deben incluir una sumilla de las opiniones que sobre el proyecto de ley hubiesen hecho llegar las organizaciones ciudadanas.*

Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.

Los dictámenes pueden concluir:

- a) En la recomendación de aprobación de la proposición en sus términos.
- b) En la recomendación de aprobación de la proposición con modificaciones. Para este efecto se acompaña el respectivo proyecto sustitutorio. El Presidente de la Comisión dictaminadora remite al Pleno la documentación completa de la aprobación del dictamen.
- c) En la recomendación de no aprobación de la proposición y su envío al archivo o en la inhibición de la Comisión por no tener competencia en la materia de la proposición. Las proposiciones rechazadas de plano no requieren dictamen y solo se archivan mediante decreto, informándose a la Oficialía Mayor. *En el acta de la respectiva sesión, debe especificarse las causales que determinan la decisión de la Comisión, tales como la copia de otros proyectos y su incompatibilidad con la Constitución Política, entre otras”.*

#### “Procedimiento de control sobre la legislación delegada

**Artículo 90.-** *El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución

y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.

- c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. *En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros”.*

#### **“Procedimiento de control sobre los decretos de Urgencia**

Artículo 91.- *El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del Decreto de Urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
- b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente el Presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles. La Comisión da cuenta al Consejo Directivo del cumplimiento de esta atribución en el segundo día útil siguiente a la aprobación del dictamen. El Presidente informa obligatoriamente al Pleno y ordena su publicación en el Portal del Congreso o en la Gaceta del Congreso o en el Diario Oficial El Peruano.
- c) *La Comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. En todo caso, presenta dictamen y recomienda su derogatoria si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución Política. En caso contrario, emite dictamen haciendo constar el hecho para*

los efectos a que se contrae la parte final del inciso b) de este artículo.

- d) Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente del Congreso debe promulgarlo por ley”.

#### **“Procedimiento de control sobre los tratados ejecutivos**

**Artículo 92.-** Los tratados internacionales que celebre o ratifica y adhiere el Presidente de la República al amparo del artículo 57 de la Constitución Política se denominan ‘Tratados Internacionales Ejecutivos’ para efectos internos, aun cuando fuere diferente la denominación que en los mismos convenios internacionales se expresen, y *solo pueden versar sobre materias distintas a las contempladas en el artículo 56 de la Constitución Política.*

*Los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley, o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento.* Dentro de los tres (3) días útiles posteriores a su celebración, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los tratados internacionales ejecutivos a que dé curso. La omisión de este trámite suspende la aplicación del convenio, el cual, si ha sido perfeccionado con arreglo a las normas del Derecho Internacional, no surte efectos internos.

Realizado el trámite a que se refiere el párrafo anterior, y a más tardar dentro de los tres (3) días útiles, el Presidente del Congreso remite copia a las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso de la República las que estudian y dictaminan los tratados internacionales ejecutivos puestos en su conocimiento en el plazo de treinta (30) días útiles; *verificando si ha cumplido con lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Constitución Política y la presente Resolución Legislativa.*

En caso de incumplimiento del Presidente de la República al trámite previsto en este artículo, ello no impide el control parlamentario con arreglo a la presente norma.

En la primera sesión siguiente a la recepción de los dictámenes de las Comisiones Dictaminadoras que recomiendan dejar sin efecto un tratado internacional ejecutivo, el Presidente del Congreso lo pone en consideración del Pleno o de la Comisión Permanente. Si el Congreso aprueba los términos del dictamen negativo, emite resolución legislativa dejando sin efecto el tratado, lo que notifica al Presidente

de la República para que dentro de los cinco (5) días útiles siguientes corra aviso a las demás partes. Una vez publicada la resolución legislativa, el tratado pierde vigencia interna.

Sin perjuicio del aviso a las demás partes del tratado, el Presidente de la República al recibir la decisión del Congreso, puede tramitar el tratado en vía de subsanación, conforme lo establece el artículo 56 de la Constitución Política.

El Presidente de la República puede someter a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso, el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que estas los estudien.

La opinión de las citadas comisiones no condiciona al Presidente de la República”.

Cabe señalar que la comisión es un grupo de trabajo especializado de congresistas que entre otras tareas, le compete el estudio y dictamen de los proyectos de ley.

En este caso en particular la Comisión de Constitución y Reglamento expide dictámenes, que son documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un proyecto de ley.

Dicho dictamen aprobado por la Comisión es elevado al Pleno del Congreso de la República; el cual luego del correspondiente debate procede a aprobar o desestimar el dictamen. En dicha circunstancia cabe la posibilidad que un proyecto sea enviado al archivo por haberse encontrado un vicio de inconstitucionalidad que impide la prosecución del trámite de convertirse en ley.

De otro lado, el artículo 108 de la Constitución a través de la figura de la observación presidencial instituye a favor del Poder Ejecutivo una competencia residual de control orgánico político.

En efecto, el artículo 108 de la Constitución textualmente señala que:

**“Artículo 108.- Promulgación de las leyes**

La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

*Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a este en el mencionado término de quince días.*

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

La observación permite que el Presidente de la República solicite al Congreso de la República el reexamen y ratificación de aprobación de una ley por razones de supuesta existencia de vicios técnicos sobre la materia legislada, contradicciones con la política general del gobierno, así como por supuestos vicios normativos de inconstitucionalidad, sean estos formales o materiales.

A manera de colofón, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en el caso cien congresistas de la República (Expediente N° 00019-2005-PI/PC) ha señalado que “aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad, existe sin embargo, de conformidad con el artículo 108 de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

En suma, el Congreso de la República actúa como órgano de control preventivo en el caso de los proyectos de leyes objeto de una cuestión previa de constitucionalidad; como órgano de control reparador en el caso de la revisión de las facultades delegadas (decretos legislativos); y como órgano de control autocorrector en el caso de la observación presidencial sobre leyes aprobadas pero no promulgadas.

#### **2.2.4.2. Aplicación del control orgánico difuso**

El artículo 51 de la Constitución expresamente establece la supremacía jerárquica de la Constitución, al señalar que esta prevalece sobre toda norma legal.

En atención a dicha determinación constitucional aparece como correlato, en el artículo 138 del mismo texto, el establecimiento del denominado control constitucional difuso o *judicial review*.

#### **“Artículo 138.- Impartición de justicia. Control difuso**

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a sus leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Este modelo contralor se encuentra en principio a cargo del Poder Judicial. Así, la totalidad de jueces tiene facultades para establecer

la inconstitucionalidad de una norma dentro del marco de una controversia concreta; esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a los partes intervinientes en dicha *litis*.

En efecto, dicha facultad contralora no se encuentra en un juzgado o sala, sino que se disemina en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una norma inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta; ergo, no puede ser planteada como una acción directa, Asimismo, es dable advertir que la decisión judicial tiene efectos declarativos; consiguientemente, al decidirse la inaplicación de una norma a un caso concreto, generará la declaración formal de su inobservancia, por lo que dicho precepto no surtirá efecto alguno en el caso sometido a consideración.

Este modelo se caracteriza por ser expresión de un control extendido, incidental, con eficacia relativa, residual y declarativa.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 01124-2001-AA/TC) ha señalado que “El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138 de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental.

En el caso de nuestro país, cabe mencionar que en el artículo 10 de la Constitución liberal de 1856 textualmente se reconoció por primera vez el principio de supremacía normativa de la Constitución, al establecer que “Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

La referida norma no fue objeto de desarrollo legislativo ni aplicación jurisprudencial.

Durante la vigencia de la entonces novísima Constitución de 1920 se produjo el caso Cecilia Althaus de Pardo. En puridad, se trató de un hábeas corpus presentado por la esposa de Luis Pardo Barreda (hermano del ex Presidente José Pardo).

El beneficiario de la acción había sido detenido conjuntamente con periodistas, ex congresistas y ex ministros, en razón a su calidad de opositores al régimen de Augusto B. Leguía.

La interposición del hábeas corpus fue respondida por el gobierno con la deportación del beneficiario hacia la ciudad de Nueva York, bajo el eufemismo de “viaje al exterior”.

Más aún, el gobierno dictó la Ley N° 4007 en donde se dispuso el corte y archivamiento definitivo de todos los procesos judiciales abiertos contra las autoridades políticas, como consecuencia de actos realizados en “salvaguarda” del orden público. En suma, enervaba el derecho de los justiciables a la interposición de un hábeas corpus en casos de naturaleza política.

En fecha 26 de agosto de 1920, la Corte Suprema recogiendo íntegramente el dictamen fiscal elaborado por el doctor Guillermo Seoane finalmente declaró fundado el hábeas corpus presentado a favor de Luis Pardo Barreda, disponiendo que este tuviera el derecho de residir en el territorio nacional en tanto no existiese una ejecutoria judicial de expatriación como pena.

La argumentación del fiscal supremo Guillermo Seoane se sustentó en que la Ley N° 4007 era violatoria de los artículos 35 y 36 de la Constitución de 1920; los cuales sustentaban que bajo ninguna circunstancia se podía suspender por ninguna ley o autoridad, el derecho a la interposición de un hábeas corpus. Ergo, implícitamente la Ley N° 4007 fue objeto de inaplicación por infracción al principio de supremacía jerárquica de la Constitución.

Ahora bien, el control difuso se introduce formalmente en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 en donde se establece que “[...] cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”.

Cabe señalar, que dicha competencia contralora fue desdeñada por la propia judicatura por temor a las reacciones a los gobiernos de turno.

En ese sentido, resulta emblemático el caso del ex Presidente de la República José Luis Bustamante y Rivero derrocado y desterrado el 27 de octubre de 1947.

En 1955, José Luis Bustamante y Rivero decidió regresar al Perú; empero, el Cónsul General del Perú en Ginebra (Suiza) le negó la visa de su pasaporte, luego de recibir instrucciones del gobierno encabezado por el dictador Manuel A. Odría.

En razón a ello, el doctor Luis Bedoya Reyes interpuso a favor de aquel un hábeas corpus, por violación al derecho de libre tránsito (ingreso y salida del país).

La Corte Suprema de la República desestimó la referida acción de garantía, amparándose en argumentos tales como:

- a) Que la Ley de Seguridad Interior de fecha 1 de julio de 1949 (Ley N° 11049) se encontraba vigente; por ende, era legal impedir el ingreso al país del beneficiario a efectos de velar por el orden público y mantener la tranquilidad ciudadana ad portas de los comicios electorales de 1956.
- b) Que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 relativo al control difuso de constitucionalidad solo era aplicable al ámbito del derecho civil.
- c) Que el control difuso de constitucionalidad, al margen de lo estrictamente señalado en el Código Civil, no se encontraba reconocido en forma expresa e inequívoca en la Constitución (texto de 1933).
- d) Que el texto supra no le ha otorgado competencia a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de la Ley.

La sentencia elaborada por los magistrados Sayán Álvarez, Lengua, Tello Vélez, Ponce Sobrevilla y Gonzáles marcó indeleblemente la actuación de dicho órgano. Cabe dejar constancia del honorable voto singular expuesto por el doctor Domingo García Rada.

Asimismo, durante el gobierno militar encabezado por el general Juan Velasco Alvarado (1970) se ventiló el caso Fundo Tumán, a raíz de la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716).

Los demandantes plantearon que dicho proceso era infractorio de lo dispuesto en la Constitución de 1933; e incluso que su aplicación era contraria a lo consignado en el propio Decreto Ley.

En ese contexto, la Corte Suprema de la República expresó lo siguiente: “El Poder Judicial carece de la potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, puesto que la Constitución no se la concede como tampoco le acuerda la facultad de apreciación y preferencia establecida en el artículo XII del Título Preliminar del Código, disposición circunscrita al ámbito de los juicios civiles, según lo prescribe la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo Octavo; y por lo tanto extraña a los alcances de la acción de Hábeas Corpus”.

Posteriormente, vía el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Ley N° 14605) se estableció específicamente la facultad de control difuso en la vía judicial ordinaria. Para tal efecto, se declaró que a la Corte Suprema de la República le correspondía pronunciarse en última instancia sobre la inaplicación de una ley por inconstitucional.

En esa orientación, por primera vez a nivel constitucional en el artículo 236 de la Constitución de 1979 se consignó lo siguiente:



“En caso de inconstitucionalidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera.

Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”.

Por último, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O. del Decreto Supremo 017-93-JUS) se determinó lo siguiente:

**“Artículo 14.-**

[...] 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, resuelvan la causa con arreglo a la primera [...]”.

**2.2.4.3. Los presupuestos de aplicación del control difuso**

El Tribunal Constitucional en el caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel (Expediente N° 01124-2001-AA/TC) en aplicación de lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha consignado como presupuestos para la inaplicación de una norma, las siguientes:

- a) Que se efectúe en el proceso judicial, en donde específica y concretamente el objeto de impugnación sea un acto que implique la aplicación de una norma considerada inconstitucional. En esta hipótesis el operador jurisdiccional debe acreditar que la afectación del derecho constitucional de un justiciable es “obra” de la existencia de una norma inconstitucional. Para tal efecto, debe probarse la concatenación lógica siguiente: existencia y reclamo de resguardo de un derecho constitucional por parte de un justiciable; existencia de una norma inconstitucional; y acto de amenaza o violación de un derecho constitucional como consecuencia de intención o efectiva aplicación de una norma inconstitucional.
- b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indiscutible con la solución de la controversia planteada. En esta hipótesis el operador jurisdiccional tomará en cuenta que la norma guarde una conexión relevante, plena e inescindible con la solución de la controversia planteada. Es decir, tal como expone Luis Castillo Córdova [Comentarios al Código Procesal Constitucional. Tomo I, Lima: Plaestra, 2006] “debe tratarse de una norma que regule la totalidad o parte del caso que se ha presentado y que la solución del mismo pase por la aplicación

de esa norma”.

- c) Que no sea posible al operador jurisdiccional obtener una interpretación conforme a la Constitución. En esta hipótesis, el operador jurisdiccional tiene la obligación funcional de encontrar dentro de lo razonable una interpretación constitucional de la ley. En consecuencia, la inaplicación solo es factible cuando se hace imposible “salvar” a la ley de una declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) se establece que “los Jueces y Tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución, cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

#### **2.2.4.4. Los límites al ejercicio del control difuso**

Dicha actividad contralora está sujeta a las consideraciones siguientes:

- a) Que el operador jurisdiccional acredite que la norma objeto de examen haya o pudiera ser utilizada por un funcionario estatal o una persona de derecho privado, ocasionando la violación de un derecho constitucional; que esta sea relevante en la solución de la litis bajo su competencia; y que, no sea posible interpretación alguna que salve su expulsión del ordenamiento jurídico.
- b) Que el operador jurisdiccional respete los precedentes y jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación a esto último, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) señala que este es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. De allí que en el Código Procesal Constitucional aparezca la prohibición a los jueces ordinarios de evadirse de las decisiones del Tribunal Constitucional en materia de interpretación.

En ese contexto, los Jueces no pueden dejar de aplicar una ley o norma con rango de ley, cuya constitucionalidad hubiere sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad. En suma, en dicha hipótesis no opera el control difuso.

Asimismo, tampoco podrán dejar de aplicarse las normas reglamentarias, las normas administrativas y las resoluciones de carácter general que hubieren obtenido por la vía de la acción popular la confirmación de su constitucionalidad, por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Ahora bien, en este supuesto no debe obviarse que conforme lo dispone el

artículo 80 del Código Procesal Constitucional “los jueces deben suspender el trámite de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, hasta que este expida resolución definitiva”.

#### **2.2.4.5. El control difuso y el principio de conservación de las normas**

La doctrina es uniforme al señalar que la declaración de inaplicación solo es admisible cuando el juez no puede encontrar a favor de la norma -en principio aplicable para la solución de un conflicto judicial- una interpretación conforme con la Constitución. Así, Pablo Pérez Tremps [“Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y Jueces Ordinarios”. En: Documentación Jurídica, N° 45-46. Madrid, 1985] expone que cuando una norma admite más de una lectura interpretativa y, en ellas, existe un criterio hermenéutico que posibilita la conservación y aplicación de la ley, el juez deberá utilizar dicha opción de significación armónica y, por consiguiente, no podrá declarar su inaplicación.

En suma, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú (Expediente N° 00024-2004-CC/TC) la inaplicación de una norma por inconstitucional es la última ratio a la que debe acudir un juez; es decir, cuando queda claramente establecido que es imprescindible e inevitable para la solución del conflicto jurídico.

La inaplicación deviene en un acto hermenéuticamente complejo, en la medida que implica preferir la aplicación de la Constitución sobre una norma de rango inferior; la cual ostentaba hasta ese momento del beneficio de la presunción de validez.

El Tribunal Constitucional en el caso Defensoría del Pueblo (Expediente N° 00017-2003-AI/TC) ha señalado que el principio de la conservación de las normas se encuentra sujeto a las reglas siguientes:

- a) Que se verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe por lo menos una que salve a la norma de la declaración de invalidez.
- b) Que la interpretación efectuada resulte razonable. Ergo, implica expresar una justificación lógica. Así, es exigible que la conceptualización, proposiciones y razonamientos en pro de la declaración de compatibilidad constitucional, contengan argumentos coherentes y ordinariamente aceptables por la comunidad.

#### **2.2.4.6. El control difuso y la consulta de oficio**

El instituto procesal de la consulta es obligatorio para el juez o sala que declare la inaplicación de una norma en un caso particular y concreto. Ello, bajo el presupuesto que no existiendo impugnación pendiente de resolver, el superior jerárquico debe revisar la decisión adoptada, a efectos de ratificar la medida adoptada, previniendo los problemas de interpretación en que se pudiese haber cometido.

En suma, la consulta permite verificar la correcta aplicación del control difuso.

Al respecto, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (T.U.O. del Decreto Supremo N° 017-93-JUS) dispone lo siguiente:

#### **“Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso 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, encuentran que hay incompatibilidad en su interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelvan 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, sino fueren impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en la que se aplique este mismo concepto, aún cuando contra estos no procede 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 medio que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin proyección del proceso por acción popular”.

A lo expuesto cabe señalar, que para el caso de la aplicación del control difuso de los procesos constitucionales (hábeas corpus, amparo, etc.) es aplicable lo dispuesto en el artículo 3 del Título I del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que:

#### **“Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas**

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece:

“Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular, la consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley”.

#### **2.2.4.7. Aplicación del control difuso a cargo de otros órganos jurisdiccionales**

El control difuso de constitucionalidad es compartido con otros órganos jurisdiccionales en sentido lato.

En ese entendido, también puede ser efectuado por el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, y el fuero arbitral.

En relación al Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, se dispone que en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa -aquella que encontrándose en vigencia resulta inmediata e incondicional- por ser incompatible con la Constitución; la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá además, la inaplicabilidad de la citada norma.

En ese contexto, en ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 202 de la Constitución, el Tribunal Constitucional puede en el marco de cualquiera de los procesos constitucionales mencionados, ejercer el control difuso de constitucionalidad y legalidad.

En relación al Jurado Nacional de Elecciones, el artículo 178 de la Constitución le otorga competencia para impartir justicia en materia electoral. En ese contexto, le alcanzan las disposiciones prescritas en el artículo 138 del citado texto supra.

En efecto, en su condición de garante orgánico del cabal cumplimiento de las normas electorales previstas en la Constitución, su decisión tiene carácter jurisdiccional; y en función a lo expuesto pasible de aplicar el control difuso.

En lo atinente al fuero arbitral, el Tribunal Constitucional en el caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (Expediente N° 00142-2011-PA/TC) ha dispuesto que “de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deberán preferir la primera”.

Al respecto, ha señalado que “el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna”.

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por dicho órgano.

El control difuso arbitral solo será ejecutable bajo los presupuestos siguientes:

- a) Que se realice sobre una norma aplicable al caso de la que depende la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución.
- b) Que se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

#### **2.2.4.8. El reexamen extrainstitucional de las decisiones en materia de control difuso**

El reexamen extrainstitucional del ejercicio de la competencia de control difuso de las normas, es realizado por el Tribunal Constitucional al amparo de lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

El artículo 201 concordante con el artículo 202 de la Constitución, le atribuye la calidad de órgano de control de la constitucionalidad, lo cual le permite conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad; y en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301) precisa su condición de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

En ese contexto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) dispone que los jueces -por interpretación analógica los operadores jurisdiccionales en sentido lato- no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de constitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Más aún, se encuentran obligados a interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, el artículo VII del citado cuerpo normativo dispone que los precedentes vinculantes dictados por el supremo intérprete de la Constitución tengan carácter vinculante; y, por ende, son de cumplimiento obligatorio.

En resumen, el reexamen del control constitucional ejercido por el Poder Judicial y demás entes con competencia para inaplicar una norma, es asumido por el Tribunal Constitucional (en el marco del conocimiento de cualesquiera de los procesos constitucionales previstos en el artículo 202 de la Constitución) en los casos siguientes:

- a) Cuando se hubiesen desconocido sus precedentes vinculantes.
- b) Cuando se hubiese inaplicado una norma que previamente hubiese obtenido de aquel la declaración de confirmación de constitucionalidad.

Dicha situación fue evaluada por el Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 00006-2006-PC/TC) en atención a que tras haber declarado la constitucionalidad de la Ley N° 27153 -relativa a la regulación de la actividad de juegos de casino y máquinas de tragamonedas- el Poder Judicial vía acciones de amparo declaró la inaplicación de la misma.

Ahora bien, cabe señalar que en relación a la restricción de efectuar el control de constitucionalidad sobre una ley confirmada en su validez por el Tribunal Constitucional, no rige cuando en el marco de la jurisdicción supranacional se hubiese determinado su manifiesta incompatibilidad con un Tratado sobre Derechos Humanos. Así, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el caso Aquilino Portella Núñez (Expediente N° 00275-2005-PH/TC).

En efecto, ello se produjo en el caso de las Leyes de Amnistía N° 26479 y N° 26492 dictadas durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori las cuales fueron declaradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Barrios Altos (2003).

En dicho proceso el supremo intérprete señaló que “el Estado peruano no puede tolerar la impunidad ni de estos ni de otros graves crímenes y violaciones de los derechos humanos [...] por el debido cumplimiento de compromisos expresos contraídos [...] ante la comunidad internacional [...]”.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la obligación de investigar debe cumplirse [...]”.

El Tribunal Constitucional en el caso Jesús Haro Suárez (Expediente N° 00009-2001-AI/TC) ha declarado que el juez puede realizar el control, en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento del supremo intérprete declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, encontrase que su aplicación en un caso concreto y bajo circunstancias específicas podría resultar inconstitucional.

En el caso Colegio de Abogados del Cuzco (Expediente N° 00004-2004-AI/TC) ha señalado que a pesar de la declaración de constitucionalidad de una ley, ocurriese la eventualidad que en un caso concreto, esta pudiese generar consecuencias inconstitucionales, aquella podrá ser analizada en vía de amparo y de ser oportuno aplicarse el control difuso.

En el caso Luis Borja Urbano (Expediente N° 01680-2005-PA/TC) ha expuesto que pese a la existencia de un pronunciamiento con declaración de validez de una ley, en caso se modificase la Constitución, puede evaluarse el supuesto de *inconstitucionalidad sobreviniente por acción de la reforma constitucional*.

#### **2.2.5. Aplicación del control orgánico concentrado**

La Constitución vigente ha instituido al Tribunal Constitucional como órgano concentrado de constitucionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

#### **“Artículo 201.- Tribunal Constitucional**

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”.

#### **“Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional**

Corresponde al Tribunal Constitucional:

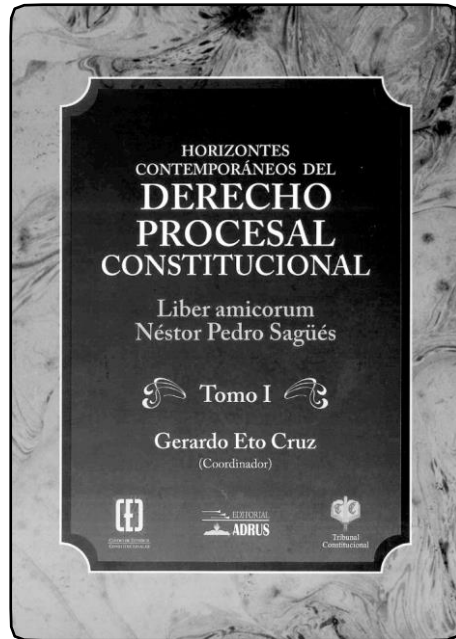
1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme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

#### **“Artículo 203.- Sujetos legitimados para interponer demanda de inconstitucionalidad**

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 Gobernadores 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”.

Dicho órgano cuenta además para el cumplimiento de sus funciones con lo dispuesto en la Ley N° 28301 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y con la Ley N° 28237 (Código Procesal Constitucional).



## LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA

*Helder Domínguez Haro\**

**Sumario:** I. Excurso introductorio. II. Orígenes de la democracia de tipo constitucional. III. Democracia y jurisdicción constitucional. IV. El modelo democrático peruano dentro de las vertientes del control constitucional.

### I. EXCURSO INTRODUCTORIO

En principio, la categoría democracia es una de las palabras más usadas y es, probablemente, al gusto del pensar de cada persona (condicionada por el tiempo y el lugar), la que más definiciones ha suscitado, de todo calibre y en nada

\* Abogado. Profesor de derecho constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima). Director del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial del Perú y Secretario Técnico adscrito a la Presidencia del Poder Judicial ante la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. Ha sido profesor de derecho constitucional en las escuelas de Post Grado de la Universidad César Vallejo (Lambayeque) y Universidad Privada del Norte (Trujillo) y profesor de la Universidad Antenor Orrego (Trujillo). Entre otras publicaciones, es autor del libro “Derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional” (Grijley, Lima, 2008).

\*\* Versión (idioma) quechua de la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo primero: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

pacíficas. Independientemente de su corta duración o concreción en la realidad, la idea de democracia está presente, como ya remarca Lijphart<sup>1</sup> “si la noción de democracia sigue estando llena de complejidades y de paradojas, lo que es claro es que existe”.

No obstante la diversidad de modelos sobre la conceptualización de la experiencia democrática<sup>2</sup>, asumimos la definición de la democracia desde una perspectiva integral, vale decir, como: a) una forma política, un sistema político, una forma de Estado, una organización jurídica-política que se materializa en un Estado Democrático de Derecho, un sistema de reglas de participación política ciudadana, para el ejercicio y control del poder político; b) Una forma de vida, un modo de vivir, plano sustantivo, en la cual la persona en su interrelación con los otros tenga incumbencia cotidiana en el escenario, social, dentro de un mínimo de bienestar socioeconómico para la prosperidad del colectivo humano; y a) una forma de liberación del hombre, que es su halo humanista, principista y ético; en base a un plexo valorativo y en común acuerdo con una racionalidad liberadora-democrática, el ser humano en cuanto ser libre tenga la posibilidad de serlo en la realidad: el libre desenvolvimiento de cada uno sea condición del libre desenvolvimiento de todos<sup>3</sup>.

En esa línea de trabajo, en el derecho positivo constitucional tenemos que la histórica Constitución de México (1917) es categórica al referirse a la forma democrática en relación con la educación, al prescribir en su artículo tercero que “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico social y cultural del pueblo”; y para que no quede duda la Carta Democrática Interamericana (2001) señala en su artículo primero “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

Es pues, una visión integradora de la democracia que responde al ser humano real, íntegro y sociable, al “hombre real, hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere” en palabras de Miguel de Unamuno; y que responde también a la idea de democracia como derecho; por cuanto asume el papel de derecho marco-rector de organización de la sociedad, del poder político y del Estado; y es un derecho marco-fundamental de la persona, en tanto sin ella no se podrá concretizar plena y eficientemente el derecho a la dignidad y las tres generaciones o categorías de derechos.

1 Lijphart, Arend: *Las democracias contemporáneas*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 8.

2 A manera ilustrativa sobre este tema espinoso puede consultarse a nivel inter nacional el libro: Help, David: *Modelos de Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2002; y a nivel nacional: Miró Quesada Rada, Francisco: *Del ágora ateniense al ágora electrónica*, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2007.

3 Domínguez Haro, Helder: *Derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional*, Grijley, Lima, 2008, pp. 145-193; y “La trilogía de la democracia”, en *Revista Perfiles Liberales*, N.º 42, Fundación Friedrich Naumann, Bogotá, 1995, p. 59.

## II. ORÍGENES DE LA DEMOCRACIA DE TIPO CONSTITUCIONAL

La democracia constitucional como puntualiza Bidart Campos<sup>4</sup> no es unívoco: “tiene mucho de convencional y más de vaguedad o hasta de inexactitud”, situación que nos depara a llegar a una definición en términos resolutivos; empero, no en cuanto a sus características más saltantes en la línea de la visión integral de la democracia, esta vez desde una perspectiva constitucional, fruto del fenómeno de constitucionalización de la democracia, con mayor intensidad en el siglo XX.

A reglón seguido, diremos que en esencia, con la expresión “democracia constitucional” se alude a dos situaciones nítidamente diferenciadas por el sentido que se le da a esta otra expresión llamada “Constitución”, que avanza a la par con el desarrollo del constitucionalismo. Si bien como recuerda el constitucionalista Copete<sup>5</sup> existen numerosas teorías sobre el contenido de la Constitución (su desarrollo escapa al presente artículo), nosotros vamos a utilizar los dos sentidos universalmente conocidos.

En su sentido lato, Constitución es sinónimo de organización política y jurídica que posee toda sociedad, Estado; es acción de constituir una determinada estructura estadual, un régimen o sistema político, vale decir, la “concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política existente” en el concepto absoluto schmittiano<sup>6</sup>. De lo que se infiere que “toda democracia es constitucional en el sentido de que proviene de una constitución material que le da vigencia y funcionamiento. No hay, pues, democracia alguna que no sea materialmente constitucional”<sup>7</sup>. Adviértase, que estamos hablando de un orden político constitucional de corte democrático, pues la otra cara de la medalla es la existencia de un orden político constitucional no democrático (piénsese en el absolutismo tradicional monárquico o el nazismo para no ir muy lejos).

En su sentido restringido, Constitución es el conjunto de leyes que están reunidos en un documento formal (corpus constitucional escrito) de carácter supremo, en honor al principio de fundamentalidad (superley) y totalizador del orden estadual. Su origen se ubica en el constitucionalismo moderno -o llamado

4 Bidart Campos, Germán: *La Re-creación del Liberalismo. Política y Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 33. Para un vistazo panorámico vid. Planas Silva, Pedro: *Regímenes Políticos Contemporáneos*, Fondo de Cultura Económica, Lima, 1997, p. 53 y ss. En España importantes instituciones gubernamentales y académicas han publicado en el 2002 el impresionante librarle 2 volúmenes denominado precisamente: *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. Obra que reúne la pluma de un selecto grupo de juristas e intelectuales en torno a un tema de actualidad en justo reconocimiento al gran Rubio Llorente.

5 Copete Lizarralde, Alvaro: *Lecciones de Derecho Constitucional*, Lecner, Bogotá, 1960, p. 2. Puede verse una reciente publicación en sede nacional: Burdeau, Georges: “Una supervivencia: la noción de Constitución”, en *Revista de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, Año 3, N.º 4, Lima, enero-junio 2002, pp. 91-103.

6 El constitucionalista alemán Cari Schmitt distingue un concepto absoluto y relativo de Constitución. Por el primero, entiende a la Constitución como un todo unitario. La relativización del concepto de Constitución se fija sólo en la ley constitucional concreta. La ley constitucional se fija según características externas y accesorias llamadas formales. Vid. Schmitt, Cari: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992, pp. 29-44. En la antigüedad los griegos denominaban *politeia* a la constitución de la Ciudad-Estado, vale decir a la estructura socio-jurídica. Aristóteles en su *Política*, consideraba a la constitución como la organización o el orden establecido entre los habitantes de la ciudad.

7 Bidart Campos, Germán: *La Recreación del Liberalismo. Política y Derecho Constitucional*, cit., p. 33.

individualista- y la democratización del derecho, que advienen básicamente a fines del siglo XVIII, producto de la revolución norteamericana que originará la Constitución estadual de Virginia de 1776 y la Constitución Federal de 1787; y la revolución francesa que originará la Constitución de 1791 (ambos sucesos corresponden a la segunda transformación democrática en la tesis dahliana)<sup>8</sup>. Constitucionalismo y derecho alimentados de los ideales del renacimiento que se configuran en una Constitución documental codificada y orgánica (aspecto formal), que regula una técnica de ejercer el poder político y el reconocimiento expreso de una gama de derechos inherentes al dignidad humana (aspectos de su contenido). Nace así una Constitución moderna. La importancia de la codificación constitucional es contundente cuando se lee el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”. Articulado que explicita el vínculo democracia-Constitución; “si el principio democrático condicionaba la construcción del edificio constitucional, el principio liberal, desde que el constitucionalismo se presenta como un sistema de garantías, condiciona a su vez la idea de democracia”<sup>9</sup>.

Notemos que de esta última acepción Sánchez Viamonte<sup>10</sup> concluye que el “constitucionalismo consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política mediante una constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forma el gobierno ordinario”. Ese es el constitucionalismo liberal y posteriormente social, que inculca en la parte dogmática de la Constitución significativos aportes en relación con los derechos socioeconómicos. Esto es el derecho constitucional formal ante el derecho constitucional consuetudinario presente por aquellas épocas<sup>11</sup>. De lo dicho, la codificación constitucional es la división de dos periodos bien marcados en el desarrollo histórico de la democracia: antecede el movimiento constitucional dieciochesco aquel “preconstitucionalismo” del que nos recuerda el egregio jurista Sagüés<sup>12</sup>. Bastaría mencionar a la Grecia clásica y la experiencia anglosajona del medioevo.

Concretando la labor expositiva, la democracia constitucional ha sido equiparada básicamente con aquella democracia liberal sustentada en un Texto Cons-

---

8 Si bien corresponde a la primera etapa del constitucionalismo liberal, producto de la revolución inglesa, los instrumentos jurídicos siguientes: el Agreement of the People (pacto popular) de 1647 y el Instrument of Government de 1653; posteriormente el Bill of Rights (Declaración de Derechos) de 1689, el Act of Settlement (Acta de Establecimiento) de 1701; conjuntamente con la Petition of Rights de 1620, la Magna Carta de 1215, entre otros documentos, constituyen una Constitución inorgánica y dispersa.

9 Afirmación de Pedro de Vega, citado por: Landa Arroyo, César: *Derecho Político. Del Gobierno y la Oposición Democrática*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1990, p. 85. A modo de comparar criterios léase: Gargarella, Roberto: “Constitución y Democracia”, en Albanese, Susana (et al): *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pp. 70-95. Antecede prólogo de Giuseppe de Vergottini.

10 Sánchez Viamonte, Carlos: *El Constitucionalismo. Sus problemas*. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 15.

11 Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 261.

12 Cfr. Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, T. I, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 2 y 3.

titucional fijo y balanceado normativamente en una “ley de leyes” que ante su “simbolismo emotivo como garantía de seguridad y de limitación”<sup>13</sup> (al quedar desvirtuada por la realidad, por la Constitución material vigente) ha dado pie a que se diga que la democracia constitucional está en crisis y marginada por su impotencia. El jurista Karl Loewenstein<sup>14</sup> sostuvo en su momento, que la Constitución escrita ha sufrido una importante desvalorización funcional y una pérdida de prestigio. Su brillo ha sido empalidecido visiblemente. Si esto es así, por qué hablar de este tema, por qué amargarnos la vida defendiendo acaso lo indefendible.

Precisamente, esta situación será gradualmente superada en los hechos, con la materialización de la presencia de la jurisdicción constitucional y el derecho de la Constitución a la par con la expansión del fenómeno democrático en el siglo XX. Asimismo, la labor de los constitucionalistas sobre la vinculación y problemática de la democracia en predios constitucionales y por ende con la Constitución, está en la agenda presente como se ha evidenciado por ejemplo en certámenes internacionales: VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla 2003) y VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional (Santiago de Chile 2004); y más de pronto en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Lima 2009). Concretamente en este último cónclave se desarrollaron líneas temáticas sobre la Constitución, democracia y autoritarismo, y sobre la jurisdicción constitucional<sup>15</sup>.

### III. DEMOCRACIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Si la democracia es el respeto adecuado de los derechos humanos (fundamentales) y la ley (constitucional), del sistema o régimen político basado en un ordenamiento jurídico, del más alto nivel como es el ordenamiento jurídico-constitucional, cuando se amenaza, vulnera o se contraviene dicho estado de cosas (conflicto) origina la existencia de mecanismos y controles legales y procesales que se encargarán de desaparecer o expulsar dicha amenaza, vulneración o contravención, como sucede con los dispositivos que nos proporciona la ciencia procesal constitucional a través de la jurisdicción constitucional. En consecuencia, en la medida que dichos mecanismos y controles constitucionales sean eficientes, en la medida que aseguren una eficaz protección a los derechos (control de actos) y al orden constitucional (control normativo), se estará cumpliendo con los principios democráticos, con un “*mínimum*” democrático necesario. En blanco y negro, el desarrollo de dicha protección y control conlleva al desarrollo de la democracia (constitucional), es su necesario fundamento<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Bidart Campos, Germán: *Teoría del Estado. Los Temas de la Ciencia Política*, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 217.

<sup>14</sup> Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 222 y ss.

<sup>15</sup> Puede verse el libro colectivo: *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, T. I y II, Idemsa, Lima, 2009, pp.125-306 y 431-846.

<sup>16</sup> Para mayor demostración: Acosta Sánchez, José: *Formación de la Constitución y la Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998. Antecede prólogo de Manuel Jiménez de Parga. Léase Gozalni, Oswaldo Alfredo: *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (vínculos y*

Bajo esa línea secuencial, los mecanismos de protección y control panorámicamente aludidos anteriormente, integran la llamada jurisdicción constitucional; y para los efectos de este vistazo democrático, entiéndase a la jurisdicción constitucional como la potestad que tiene los jueces de impartir justicia en materia constitucional, básicamente procesos constitucionales para la tutela de los derechos fundamentales (*hateas corpus* y amparo) y orgánicos (inconstitucionalidad de las leyes)<sup>17</sup>; con el objeto de cautelar y proteger la Constitución (codificada o no) y la plena vigencia de la constitucionalidad, asegurándose así su defensa, la denominada defensa de la Constitución. Lo que importa además de la función jurisdiccional constitucional, la presencia incluso de órganos jurisdiccionales independientes y distintos al poder judicial, como sucede con los tribunales constitucionales<sup>18</sup>.

A la par con lo antes indicado, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional normativa, la defensa del principio de constitucionalidad de las normas corre a cargo del denominado control constitucional y su principio esencial, el principio de supremacía<sup>19</sup>. Es decir, el control constitucional como un conjunto secuencial de pasos o fases de índole jurisdiccional<sup>20</sup> y como técnica de control de tipo interórganos, que realiza un órgano o poder del Estado (órgano-control) hacia otro órgano o poder del Estado (órgano-controlado)<sup>21</sup>, reservados a la salvaguardia y custodia de la constitucionalidad en su doble faceta orgánica: la Constitución Política y el ordenamiento jurídico-constitucional (parte normativa) y el Estado Democrático o Constitucional de Derecho (parte institucional).

A nivel del derecho comparado existen dos modelos, bases, sectores o sistemas de jurisdicción o control constitucional o jurisdiccional predominantes: el sistema americano y el europeo. Por su importancia y vigencia *grosso modo* veamos dichos sistemas constitucionales tipo o clásicos para la plena evolución y vigencia de la democracia:

---

*autonomías*), UNAM, México, 1995. Como nota adicional, la teoría del control jurídico desde el punto de vista del control de la administración ha sido desarrollado en el libro: García de Enterría, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997.

- 17 Mencionamos sólo dos clases de procesos constitucionales, por cuanto son infaltables en cualquier jurisdicción constitucional. Dependerá el país en concreto y según sus particularidades la presencia de otros procesos constitucionales (conflicto de competencias, inconstitucionalidad de partidos políticos, etc.).
- 18 La bibliografía es ubérrima sobre jurisdicción constitucional, para muestra véase: Eto Cruz, Gerardo: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2009.
- 19 Sagüés, en su libro anteriormente nombrado *Elementos de derecho constitucional* (T. I), desarrolla una minuciosa clasificación de los sistemas o formas de control constitucional que conviene revisar. La bibliografía sobre el control constitucional es enorme, a modo de introducción arbitraria hispano latinoamericana, puede verse: Domínguez Haro, Helder: *Derecho a la Democracia. Repensando un modelo societario constitucional*, cit., p. 239.
- 20 O bajo las variables sistemas judiciales y no judiciales como enseña Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, T. I, cit., p. 146.
- 21 Décadas pasadas Loewenstein exponía, en base al derecho constitucional americano, dos técnicas institucionales que limitan y controlan a (os diversos detentadores del poder, en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas: intraórganos y interórganos. Por el primero, el control opera dentro de la organización de un solo detentados del poder (v.g. dentro del Poder Legislativo, cuando existe dos cámaras); y por el segundo, el control funciona entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal {v.g. Poder Legislativo y Poder Ejecutivo o Poder Legislativo y Tribunal Constitucional}. Ver: Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979.

- a) Cronológicamente, dentro del constitucionalismo judicial, destaca sobremanera el modelo difuso, disperso, desconcentrado, americano, *judicial review* o de contralor judicial, que surgió en la vía jurisprudencial a inicios del siglo XIX, con el célebre fallo del *Chief Justice* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos John Marshall (1755-1835), en la controversia *Marbury vs. Madison* de 1803<sup>22</sup> el caso más representativo de este sistema al considerarse la supremacía de la Constitución de 1787 sobre la ley de la judicatura de 1789, y se sustenta -principalmente- en que el control jurídico destinado a la defensa de la Constitución corresponde a la jurisdicción ordinaria (en 1610 se suscito inicialmente el caso del Dr. Thomas Bonham vs. Henry Atkins y otros, resuelto por el juez inglés Edward Coke; empero no tuvo igual magnitud y difusión del caso acaecido en las ex-colonias británicas<sup>23</sup>). Vale decir, que el paradigmático sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes es realizada por todos los jueces del Poder Judicial. Es de carácter declarativo, se deduce en vía incidental y el magistrado inaplica la ley cuestionada sólo al caso concreto (alcance relativo). Este modelo norteamericano ha tenido eco en Japón, Australia, Canadá, India, Pakistán, Argentina, México, entre otros países<sup>24</sup>.
- b) El modelo concentrado, europeo, de contralor concentrado o llamado austríaco, dentro de un constitucionalismo continental, fue concebido un siglo más tarde a inicios del siglo XX por el influyente jurista Hans Kelsen (1891-1973) y, a diferencia del anterior sistema de control judicialista, la labor de defensa de la constitucionalidad corre a cargo de un ente orgánico *ad hoc*, una corte especializada, como son los denominados tribunales constitucionales. La Constitución de Austria de 1920 da cuenta de este modelo<sup>25</sup> y en otros países como veremos más adelante. Además del carácter concentrado, subyace su carácter constitutivo, principal, abstracto y abrogatorio de las leyes materia de inconstitucionalidad (alcance general).

Como es de verse, el modelo difuso es un gran avance pero insuficiente para la defensa de la Constitución y la democracia, por cuanto si una norma legal o ley

<sup>22</sup> El texto completo e íntegro de la famosa sentencia en idioma castellano ha sido publicado en las siguientes revistas peruanas: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, pp. 665-689; y *Revista Jurídica*, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, N.º 134, Trujillo, 1996-1999, pp. 605-631. A propósito de su bicentenario ver: Landa Arroyo, César: "La justicia constitucional en los Estados Unidos (A propósito de los doscientos años de la sentencia del juez Marshall de 1803)", en *Cátedra*, Año VI, N.º 10, UNMSM, Lima, 2003, pp. 129-146; y "200 años de justicia constitucional", en *Legal Express*, Año 3, N.º 31, Lima, Julio 2003, p. 15. Por su parte, es de singular valía la historia del constitucionalismo en Estados Unidos de América en la obra castellana: Sutherland, Arthur E.: *De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1972; y recientemente: Barker, Robert S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Grijley, Lima, 2005.

<sup>23</sup> El Sir Edward Coke afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey. Sobre este caso inglés léase Cairo Roldán, Omar: *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*, Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 105-122.

<sup>24</sup> Existen numerosas publicaciones nacionales en cuanto al control judicial, a modo de vistazo téngase en cuenta la señalada por Omar A. Sar en su: *Constitución Política del Perú*, Nomos & thesis, Lima, 2004, pp. 336-338.

<sup>25</sup> Si bien la Constitución de Checoslovaquia de febrero de 1920, prescribía este modelo constitucional, meses antes de la Constitución austríaca de octubre del mismo año, existe unanimidad en que en este último país nace doctrinariamente el control orgánico del poder de manera concentrada.



que peca de inconstitucional y de antidemocrática, si bien se inaplicara para el caso concreto seguirá siempre vigente para los demás, para la sociedad; peor aún cuando en un Estado exista un parlamento que mayoritariamente considere que dicha ley no tiene ese vocación contraria al texto constitucional; entonces de ¿qué democracia hablamos?, de ¿qué mecanismos democráticos hablamos?

En el modelo concentrado al permitirse que el proceso de inconstitucionalidad de las leyes será de competencia de un órgano *ad hoc* independiente y distinto al órgano judicial, como también de convertirse en última instancia para los procesos constitucionales de la libertad, se inaugura una nueva etapa dentro del desarrollo del constitucionalismo y del movimiento democrático. Si el parlamento es históricamente el único y sagrado ente competente para abrogar o derogar sus propias leyes cualquiera sea la razón, existe otro ente de dimensión constitucional que también tiene dicha trascendental función cuando la ley es incompatible con la Constitución: el tribunal o corte constitucional (legislador negativo). De tal suerte que ante la ineficiencia o inercia del congreso por la presencia de leyes anticonstitucionales y antidemocráticas, nace un órgano de control que tendrá esa facultad de expulsar, abrogar o derogar leyes en respaldo de una democracia realmente constitucional y en honor al principio de supremacía constitucional, que no es otra cosa que el primer fundamento del orden jurídico y del Estado, la superioridad de la Constitución sobre las normas legales y administrativas (infraconstitucionales)<sup>26</sup>; y es que “al cuestionar el principio jurídico de supremacía constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, se está negando el principio político de la soberanía popular, es decir, el régimen democrático”<sup>27</sup>.

En consecuencia si en el siglo XVIII se empieza a esbozarse una democracia constitucional con la presencia de una norma política -por su origen- llamada Constitución dentro de un Estado de Derecho y en el siglo XIX empieza esporádicamente a inaplicar leyes inconstitucionales, será a partir del siglo XX que la democracia de tipo constitucional se verá vigorizada, desde el punto de vista jurídico con la jurisdicción y control constitucional, en tanto la Constitución es una norma jurídica vinculante (fuerza vinculante)<sup>28</sup>. Se puede afirmar que su

---

26 Siguiendo al ex-Magistrado de la Corte Constitucional colombiana Naranjo Mesa, este principio tiene un doble punto de vista: supremacía material (orden jurídico del Estado depende por entero de la constitución) y supremacía formal (nace de la autoridad superior que se reconoce a esta por su contenido, en consecuencia la existencia de un procedimiento especial a través del cual se elabora y reforma la Constitución). Vid. Naranjo Mesa, Vladimiro: *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Temis, Colombia, 1990, pp. 302-304.

27 Landa Arroyo, César: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 12. Cfr. Roth, Joachim: “El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de derecho y consolidar la democracia constitucional”, en Comisión Andina de Juristas: *La Constitución de 1993: Análisis y comentarios III*, Lima, 1996, pp. 113-129. El profesor Ortecho Villena ha subrayado que la constitucionalidad es una categoría jurídica que refuerza a la democracia, como sucede con las categorías de legalidad, juridicidad, legitimidad y seguridad jurídica. Vid. Ortecho Villena, Víctor: *Estado y Ejercicio Constitucional*, Marsol, Trujillo, 1999, pp. 31-44. Lucas Verdú hace un importante breve e introductorio análisis sobre las relaciones del Tribunal Constitucional y el Estado Democrático de Derecho, desde la tesis que el Tribunal Constitucional está usurpando competencias del parlamento, es una desviación del principio democrático-representativo hasta la tesis de su legitimación democrática. Vid. Lucas Verdú, Pablo: *Curso de Derecho Político*, T. IV, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 815-838.

28 Cfr. García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid,

desarrollo no ha sido nada fácil, como sucede siempre cuando se trata de aspectos democráticos, los tribunales constitucionales a inicios del siglo XX en las Constituciones de Austria (1920), Checoslovaquia (1920) y España (1931) desaparecieron rápidamente por la falta de conciencia constitucional (para 1938 ya se habían extinguido); sin embargo será después de la segunda guerra mundial y con la universalización de los derechos humanos (origina el Estado Democrático de Derecho), que se producirá su reinstalación como sucede con Austria (1945); y su expansión o proliferación al resto de países europeos: Japón (1947), Italia (1948), Alemania (1949), Chipre (1960), Turquía (1960), España (1978), entre otros; y de América Latina: Guatemala (1965,1985), Chile (1970,1980), Perú (1979, 1993)<sup>29</sup>, Colombia (1991), etc.; obviamente con sus propias características o variantes del modelo originario kelseniano. Asimismo, el sistema concentrado se observará en Europa Oriental después del proceso de democratización que se desarrolla a partir de la década del 90, por ejemplo en las Constituciones de Macedonia, Rumania y Eslovenia (de 1991); Eslovaquia, Lituania y República Checa (de 1992) y de Rusia (1993)<sup>30</sup>.

Como se puede observar es todo un proceso de lanzamiento constitucional, de afirmación del constitucionalismo democrático<sup>31</sup>, cuyo marco institucional o forma política-jurídica de la jurisdicción constitucional como aspecto instrumental y funcional importante en tomo al contenido de la democracia constitucional,

1995; Bidart Campos, Germán: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, Ediar, Argentina, 1995; Hernández Valle, Rubén: *El Derecho de la Constitución*, V-I, Juricentro, San José de Costa Rica, 1993; y recientemente Aguiló Regla, José: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra Editores-Temis, Lima-Bogotá, 2004. Asimismo, en suelo peruano se ha publicado el artículo: García de Enterría, Eduardo: “La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica”, en *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, Año 4, N.º 7, Lima, julio-diciembre 2003, pp. 11-35.

29 El ex-parlamentario Alberto Borea ha señalado que con la Constitución de 1979 que regulaba la supremacía del Texto Constitucional y el Tribunal de Garantías Constitucionales, se optó por primera vez en nuestro constitucionalismo la noción del Estado Constitucional de Derecho. Borea Odría, Alberto: “Los procesos constitucionales en el marco de la reforma constitucional”, en *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*, N.º 6, Lima, junio 2002, p. 128.

30 Cfr. Bidart Campos, Germán: *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, cit., p. 373; y Palomino Manchego, José F.: “Situación actual de la Jurisdicción Constitucional en el mundo”, en Palomino Manchego, José F. y Velásquez Rodríguez, Ricardo: *Modernas Tendencias del Derecho en América Latina*, Grijley, Lima, 1997, pp. 153-154.

31 El movimiento constitucionalista ha pasado por varias etapas como son el constitucionalismo liberal (siglo XVII, XVIII y XIX), el constitucionalismo social (mediados del siglo XIX, XX) y constitucionalismo contemporáneo o democrático (siglo XX a la fecha). Vid. Sagüés, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, T. I, cit., pp. 1-25. El español Lucas Verdú nos habla de los post-constitucionalismos que arrancan desde 1919a nuestros días. Vid. Lucas Verdú, Pablo: *Curso de Derecho Político*, T. I, Tecnos, Madrid, 1976, p. 404. Pedro José Frías maneja la noción de constitucionalismo en transición como tercera etapa histórica; y por otro lado se hablan de un modelo constitucional post moderno y un constitucionalismo post-industrial. Vid. Bidart Campos, Germán y Carnota, Walter: *Derecho Constitucional Comparado*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 153-158. Por su parte Prieto Sanchis da cuenta que desde finales del siglo XX que entra al siglo XXI, de un neoconstitucionalismo, que es en buena cuenta un constitucionalismo contemporáneo dentro de un modelo de Estado Constitucional del Derecho. Vid. Carbonell, Miguel (editor): *Neoconstitucionalismo* (s), Trotta, Madrid, 2003; y Prieto Sanchis, Luis: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima, 2002, pp. 109-163. Sobre la relación constitucionalismo-democracia léase como referencia: Lanoa Arroyo, César: “Constitucionalismo democrático y jurisdicción constitucional”, en Abad Yupanqui, Samuel (et al): *Derecho Constitucional 2, Selección de Textos.*, PUCP, Lima, 2003, pp. 412-430; y Elster, Jon y Slagstad, Ruñe: *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001 (libro que reúne 11 importantes ensayos de los autores).

será el denominado Estado Constitucional de Derecho<sup>32</sup>, que simultáneamente con el Estado Democrático de Derecho originará la síntesis Estado Constitucional Democrático o Estado Democrático Constitucional. En consecuencia, la defensa de la Constitución y el movimiento constitucionalista contemporáneo será un valioso aporte para el desarrollo de la democracia.

#### IV. EL MODELO DEMOCRÁTICO PERUANO DENTRO DE LAS VERTIENTES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Expuesta anteriormente los dos grandes modelos o sistemas constitucionales tipo o clásicos: americano y europeo y su relación con el desarrollo del fenómeno democrático; vale señalar que el modelo democrático ha adoptado el caso peruano en la Constitución Política de 1993 vigente.

En el derecho patrio la Constitución Política de 1993, como la anterior Constitución Política de 1979, no ha asumido un modelo puro en particular o no se identifica -en su totalidad- con cualquiera de los modelos originarios descritos anteriormente (como se puede observar en el ordenamiento jurídico constitucional latinoamericano). La defensa de la constitucionalidad se realiza de una manera peculiar y que ha recibido el nombre técnico de sistema constitucional “dual” o “paralelo”, básicamente bajo la posición doctrinal y nuclear belaudiana. Con mayor precisión, el término “dual” o “paralelo” o “doble” o “sistema jurisdiccional paralelo” es acuñado en 1987 por el juspublicista nacional García Belaunde dentro de su ponencia “El Control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú”, en el evento internacional: “Primer Seminario Latinoamericano de Justicia Constitucional”, Santiago de Chile<sup>33</sup>.

Siguiendo el razonamiento del profesor mencionado línea arriba, subsisten o co-existen ambos modelos de manera paralela: la inconstitucionalidad y derogatoria de la ley es ejercida por el Tribunal Constitucional (artículo 202°, inciso 1 de la Carta Fundamental de 1993) y por otro lado, los órganos jurisdiccionales -unilaterales y colegiados- del Poder Judicial inaplican la norma y consulta su inconstitucionalidad (artículos constitucionales 51° y 138°)<sup>34</sup>. En la jurisdicción constitucional orgánica o para garantizar la supremacía de la Constitución, no existe un punto de encuentro a modo de fusión con la judicatura ordinaria. Cada órgano se desenvuelve por su propia línea jurisdiccional sin interferencias; con-

32 Cfr. García Pelayo, Manuel: “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”, en Comisión Andina de Juristas: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1988, pp. 33-44.

33 Ponencia que aparece por vez primera en la Revista de Derecho, N.° 1, Santiago, enero-julio 1988; luego en la *Revista Ius et Praxis*, N.° 13, Universidad de Lima, Lima, 1989. Terminología que utiliza también en su artículo “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N.° 1, Lima, 1991. Ambos escritos han sido recogidos en su libro de coyuntura: *La Constitución en el Péndulo*, UNSA, Arequipa, 1996, pp. 109-117 y 161-173. La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú tilda a nuestro modelo de dual de manera expresa. Vid. Ministerio de Justicia: “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”, en *Diario El Peruano*, Suplemento Especial, Lima, 26 de julio de 2001, p. 16.

34 Asimismo, el que se origina del control normativo de los reglamentos o normas de carácter general a través del proceso popular (artículo constitucional 200°, inciso 5).

siguientemente no es mixto o híbrido<sup>35</sup>. Sólo en el caso de la jurisdicción constitucional de la libertad, el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias o sentencias desestimatorias de hábeas Corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, resueltas en sede judicial ordinaria, de manera independiente.

Ahora bien, dicha concurrencia o dualidad coexistencial no es simultánea. Como afirma el constitucionalista y profesor sanmarquino Palomino Manchego<sup>36</sup>, tal dualidad de magistratura constitucional no representa la coexistencia simultánea de ambos modelos, debido a que su recepción constitucional y sus leyes que desarrollan, han añadido matices que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí gravitan en sus aspectos funcional y competencial, configurándose lo que él llama “modelo dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad”.

En rigor, insistimos que la declaración abstracta de inconstitucionalidad de las normas legales es de exclusividad de los magistrados del Tribunal Constitucional y el control difuso de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Por lo tanto, así como está planteado en el ordenamiento constitucional vigente, dichos roles no pueden ser variados o ser objeto de usurpación en un proceso de inconstitucionalidad o jurisdicción orgánica, como sucedió con el proceso de

35 A nivel doctrinario la idea de un control constitucional peruano mixto, desde la década de los 80 se resaltaba en la pluma de un grueso sector de la doctrina, entre otros, de Alberto Borea, Ernesto Blume, Carlos Cárdenas, Jorge Danos y el propio Domingo García. Cfr. Danós Ordoñez, Jorge y Sousa Calle, Martha: “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general”, en Comisión Andina de Juristas: *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, 1988, pp. 45-88. Sobre la posición inicial de García Belaunde, ver sus artículos: “La nueva Constitución Peruana”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XIV, N.º 40, 1982; “Control Constitucional”, en Revista El Foro, N.º 2-3-4, Lima, 1979; y “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución”, en Revista Derecho, N.º 35, PUCP, Lima, 1980. Actualmente ocurre todo lo contrario; sin embargo algunos autores todavía prefieren utilizar el término mixto, ver: Ortecho Villena, Víctor Julio: *Procesos Constitucionales y su Jurisdicción*, Rodhas, Lima, 2004, p. 60; Quiroga León, Aníbal: “La recepción española de la *judicial review* americana: la cuestión de inconstitucionalidad”, en García Belaunde, Domingo (coordinador): *La Constitución y su Defensa (algunos problemas contemporáneos)*, Grijley, Lima, 2003, pp. 233-234 y 242-243; y “El derecho procesal constitucional peruano”, en García Belaunde, Domingo (coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Grijley, Lima, 2002, p. 175. En la quinta edición, año 1999, de la conocida obra conjunta de Carlos Blancas Bustamante, César Landa Arroyo y Marcial Rubio Correa sostiene que el Perú ha adoptado un sistema mixto de control constitucional. *Derecho Constitucional General*. T-I. PUCP, Lima, 1999, pág. 462; igualmente BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado. Constitución y Sociedad*, Lima, 1996, pág. 552. El magistrado constitucional García Toma tiene algunos reparos sobre la tesis dual belaudiana. GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2005, pág. 552. A nivel foráneo, consideran el modelo peruano como sistema mixto los juristas Alian Brewer-Carías y Ricardo Haro. BREWER-CARIAS Alian R. *Mecanismos nacionales de protección de los derechos humanos*. IIDH, San José, Cota Rica, 2005, pág. 210; y HARO, Ricardo. “Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, N.º 24, Trujillo, Julio 2002, pág. 23.

36 Véanse sus escritos: “Control y magistratura constitucional en el Perú”. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. T-I. Jurista Editores, Lima, 2004, pág. 279; y en GARCÍA BELUANDE, Domingo (Coordinador). *Constitucionalismo y Derechos Humanos*. Grijley, Lima, 2002, pág. 153; y *Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Universidad Privada San Pedro, Chimbote, 2003, pág. 73. Por su parte, el profesor Ernesto Blume Fortini nos da cuenta de la configuración de un “sub modelo” dual o paralelo de coexistencia simultánea; pero independiente. Léase sus artículos: “El control de la constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectivas)”. En: CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynés (Coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. T-I. Op. cit., pág. 258; y “El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución”. En: *Derecho*. N.º 50, PUCP, Lima, 1996, pág. 167. Este autor, asimismo, ha publicado la obra: *El Control de la constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y Perú)*. ERSAs, Lima, 1996. Antecede presentación de Domingo García Belaunde.

inconstitucionalidad contra la famosa Ley N° 26657 que interpreta el artículo 112° de la Constitución peruana referido a la reelección presidencial. Como se recordará una de las dos sentencias del Tribunal Constitucional sobre el mismo caso (increíblemente sentencia bicéfala o siamesa<sup>37</sup>) fallaba declarando literalmente “inaplicable” la ley interpretativa N° 26657, para el caso concreto de una nueva postulación a la Presidencia de la República, en el año 2000, del entonces Jefe de Estado Alberto Fujimori. Inaplicable “en ejercicio de sus atribuciones de control difuso” como así dejaba constancia en su parte resolutive. El curso y resultado del Expediente N° 002-96-I/TC fue, evidentemente, una salida estrictamente política por parte de la máxima colegiatura del país<sup>38</sup>.

En términos genéricos, el modelo peruano de jurisdicción constitucional tiene una mayúscula fisonomía democrática y obviamente, como todo sistema, susceptible de perfeccionarse en aras de un sólido sistema democrático constitucional. Es decir, si una democracia constitucional eficiente exige mecanismos jurídico-procesales al más alto nivel como es el constitucional, podría modificarse la actual Lex Suprema peruana en aspectos concretos como es la denominada cuestión de inconstitucionalidad, el control preventivo de las leyes, la inconstitucionalidad por omisión, la legitimidad procesal activa, y sobre uno de los campos problemáticos más peliagudos de la jurisdicción constitucional actual -a decir del jurista Haberle<sup>39</sup>, la elección, número y sistema de votación de la magistratura constitucional<sup>40</sup>.

---

37 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo. “El tortuoso camino “legal” de una reelección más”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVI, N° 4, Trujillo, Octubre-Diciembre 1996, pp. 38-11.

38 Ver artículos, entrevistas, comunicados y sentencias del caso en el especial que dedica la *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVI, N° 4, Trujillo, Octubre-Diciembre 1996, pp.11-59.

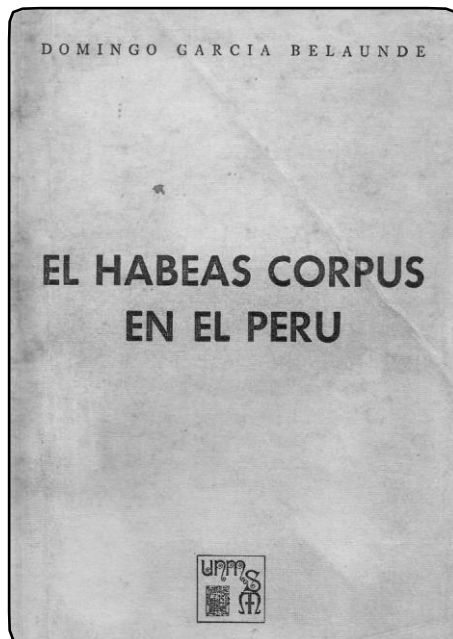
39 HABERLE, Peter. *Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar*. Palestra Editores, Lima, 2004, pág. 129.

40 Para mayor información: DOMÍNGUEZ HARO, Helder. “El proceso de inconstitucionalidad en el derecho patrio: bosquejando una legis latio de reforma constitucional o via una constituyente”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LV, N° 62, Trujillo, Mayo-Junio 2005, pp. 109-124.

**II. SOBRE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN  
EL PERÚ**

---





## LOS ORÍGENES DEL HÁBEAS CORPUS

---

*Domingo García Belaunde*

1. La antigüedad griega.— 2. Roma.— 3. Legislación foral española.—
4. Inglaterra.— 5. Estados Unidos de Norteamérica.— 6. Francia.— 7. América Latina.

El *Hábeas Corpus* es una institución muy antigua cuya aparición en Inglaterra parece remontarse al siglo XII. Desde entonces se ha desarrollado en forma lenta pero constante, hasta sobrepasar los límites de su marco histórico de referencia. En las páginas que siguen procuramos esbozar las líneas generales de su evolución histórica, así como sus antecedentes más remotos.

### 1. LA ANTIGÜEDAD GRIEGA

El *Hábeas Corpus* ha estado históricamente referido a la libertad personal o física, y a los medios de como ésta debe ser protegida. La idea misma de libertad es muy antigua, y en lo que respecta a Occidente, aparece por vez primera en la cultura griega, cuyos políticos, historiadores, literatos y filósofos, hicieron de ella algo fundamental para el desarrollo de la polis, aunque por las inevitables limitaciones que tuvieron, sólo llegó a defender a las clases económica o socialmente dominantes. Por otro lado, y no empece al valor casi sagrado que tenía la libertad entre los griegos, el pensamiento político tendió a exaltar en



forma desproporcionada el papel del Estado, subordinando al individuo frente a aquel, aunque todo ello estaba envuelto en un contexto ético-religioso que lo diferencia muy claramente de cualquier modelo contemporáneo. La misma libertad tan pregonada por Solón,<sup>1</sup> Pendes<sup>2</sup> y Aristóteles<sup>3</sup> no impidió apartar de dicho beneficio a una mayoría de la población compuesta por metecos y esclavos, que según, un conocido censo del año 309 a.C. era en Atenas no inferior a los 400,000 personas, que incluía a lidios, frigios, tracios o escritas. La misma esclavitud fue justificada teóricamente por Platón,<sup>4</sup> Aristóteles,<sup>5</sup> Cicerón<sup>6</sup> y defendida por el derecho romano. Aún en el siglo XIII, un Doctor de la Iglesia justificaba la esclavitud por naturaleza.<sup>7</sup>

## 2. ROMA

La aparición del derecho romano significó el inicio de una protección jurídica de la libertad del hombre, pero siempre dentro de las limitaciones ya señaladas y que son propias de la época.<sup>8</sup> Es cierto que en Roma existieron ciertas figuras como la *injus vocatio* que autorizaba emplear la fuerza contra el deudor moroso, y la *manus injectio* según la cual si el condenado no pagaba la deuda, el acreedor podía conducirlo a su casa, encadenarlo *—in carcere privato—* y al término de 60 días venderlo como esclavo o matarlo.<sup>9</sup> Más adelante, el concepto de amparo de la libertad se formaliza con la institución de los Tribunales de la Plebe, funcionarios inviolables con facultades de vetar las decisiones de los magistrados y de ejercer el *ius auxilii* para defender a los plebeyos de las acciones injustas de los patricios. Posteriormente vienen las leyes de Velerio Publícola, que prohíben las penas corporales contra los ciudadanos que han apelado al fallo del pueblo y la custodia libera que excluye toda prisión preventiva. Todos estos recursos tuvieron su culminación por así decirlo en el Interdicto de *Homine Libero Exhibendo*, ya en la época del imperio (533 d.C.) que resume y sintetiza el aporte del derecho romano a la protección jurídica de la libertad.<sup>10</sup> Conviene detenerse en el *De Homine Libero Exhibendo* tal como está recogido en el Digesto (Libro XLIII, título XXIX):<sup>11</sup>

1 Citado por Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, Buenos Aires 1942, p. 14.

2 Tucidides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, II, § 39-42.

3 Aristóteles, Política 1317 a ss.

4 Platón, Leyes 777e (una opinión distinta puede verse en Rep. 3876-c)

5 Política 1252b ss.

6 Cicerón, De Re Publica, III.

7 De Regimine Principum, II, 10.

8 Cf. T. Mommsen Compendio de Derecho Público Romano, Madrid s/f, Ed. La España Moderna; R. von Ihering El Espíritu del Derecho Romano. Madrid 1962, etc.

9 Georges Bry Nociones de Derecho Romano, Edit. Imp. Eléctrica, Bogotá 1912, p. 103 y ss.

10 El Interdicto en nuestro derecho es utilizado únicamente para recuperar inmuebles, lo que no sucedía en Roma, Dice Petit (Tratado Elemental del Derecho Romano, Ed. Albatros, Bs. Aires 1954, p. 924 y ss.) que los interdictos eran decisiones dadas por el Pretor o por el Presidente de una provincia para cortar ciertas disputas y para las cuales ordenaba o prohibía alguna cosa; era una institución pretoriana. El interdicto se aplicaba a la defensa de una serie de derechos no contemplados por la legislación general. Era una regla dictada entre dos (*Inter duas edictum*). Véase Gayo Institutas, IV, § 140. Una de las divisiones de los interdictos los consideraba en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Este último es el que más interesa a nuestra investigación.

11 Seguimos la versión bilingüe latín-castellana de I. García del Corral, Cuerpo del Derecho Civil Romano, tomo III Barcelona 1897, p. 471 y ss. Véase también, J. Arias Hamos - J.A. Arias Bonet, Derecho Romano. 2 t. Madrid 1966.

“Dice el pretor: Exhibe al hombre libre que con dolo malo retienes (Ley 1)

(Ait Praetor: quem liberum dolo malo retines, exhibeas)

El supuesto de este interdicto<sup>12</sup> es la existencia de un hombre libre. Ahora bien, en Roma se distinguía el *status libertatus*, que separaba los hombres en libres (*ingenuus*) y esclavos, y el *status civitatis*, según el cual se era ciudadano (*civis*) o no ciudadano, así considerados los extranjeros (*Peregrini*) y los latinos (*latini* oriundos del Latium y confederados con Roma). Aunque esta clasificación tuvo variantes en el transcurso del tiempo, ella nos permite apreciar los supuestos tácticos sobre los que operaba este interdicto.

En cuanto al “dolo”, este podía ser bueno o malo. Se entiende por dolo malo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico, (*dolum malum... decipiendum alterum adhibitam*, L. 1 § 2, Digesto, de dolo malo, IV, 3, o sea algo deshonesto para conseguir algo deshonesto). En cambio el dolo bueno (*dolus bonus*) es usar subterfugios más o menos hábiles para llegar a un resultado lícito (Ulpiano, L. 1, §§2-3).<sup>13</sup>

El comentario de Ulpiano (Lib. LXXI ad Edictum) dice así:

“propónese este interdicto amparar la libertad, esto es, para que los hombres libres no sean retenidos por nadie”.

Y la Ley 2 del mismo Título señala:

“porque no se diferencian mucho de una especie de siervos, aquellos a quienes no se les da facultad para marcharse”.

### Y la Ley 3, § 1:

“Estas palabras “el hombre libre” se refieren a todo hombre libre, ya sea púber o impúber, ora varón o hembra, ya sean muchos, ya de propio, ya de ajeno derecho, porque solamente miramos esto; si es libre” (*hoc enim tantum spectamus, an liber sit*).

Pero el que tiene a otro bajo su potestad (legítima) no se obliga por este interdicto. Así en § 7 leemos:

“Ciertamente que si hay duda si es hombre libre o esclavo o si promueve controversia su estado, habrá que apartarse de este interdicto y se habrá de ventilar la causa de la libertad...”

### Y en el § 8:

“Dice el Pretor: exhibe... exhibir es presentar en público y dar posibilidad de ver y tocar al hombre...”

### Y el § 9:

“Este interdicto les compete a todos, porque a nadie se le ha de prohibir que favorezca a la libertad”

<sup>12</sup> Sobre el Pretor en relación con el Juez inglés, cf. H.H.A. Cooper Evolución del pensamiento jurídico, Lima 1967.

<sup>13</sup> Cf. Petit, cit. p. 385.

Y después de una serie de argumentaciones de carácter procesal añade:

§ 15 “Este interdicto es perpetuo”

Y la Ley 4 § 2 señala:

“En ningún tiempo debe ser retenido con dolo malo un hombre libre, de tal suerte que algunos opinaron que no se ha de dar ni aun breve tiempo para exhibirlo, porque se debe responder de la pena del hecho pasado”.

Este último párrafo es muy elocuente en cuanto a la prontitud que debe tener un remedio jurídico encargado de la tutela de la libertad, y cuya celeridad debe ser una de sus características más apreciadas.

Es evidente que el interdicto (institución de derecho privado) es un aspecto de defensa de la propiedad, que es el *dominium*, pues las personas en el derecho romano podían ser objeto de propiedad, como ya se ha visto al señalar la diferencia entre libres y esclavos. Cabe llamar la atención que lo que se pedía en el interdicto era sobre todo “exhibir” el cuerpo; no interesaba otra cosa tratándose de una acción posesoria. Además, defendía solamente al hombre libre, es decir, sólo alcanzaba a una parte de la población. Resultó así el interdicto de alcance restringido, negado a los que no eran libres. Además se utilizaba contra actos arbitrarios de los particulares, no de la autoridad. No obstante estas limitaciones, este Interdicto marca el inicio de una serie de instrumentos legales destinados a la protección jurídica de la libertad personal.<sup>14</sup>

### 3. LEGISLACIÓN FORAL ESPAÑOLA

Entre los más antiguos<sup>15</sup> merece citarse el Fuero de León del año 1188, que proclama la libertad como un derecho reconocido al individuo como fruto de un pacto civil entre el reino y don Alfonso IX.<sup>16</sup> En este documento la libertad aparece en forma negativa, es decir como una limitación de los gobernantes, constituyendo rana prerrogativa que a su favor debía ser observada por el Rey. Igual propósito hallamos en las Leyes de Partidas de Alfonso X el Sabio<sup>17</sup> en donde vemos que aunque la libertad no es definida en sí misma, se da una caracterización del tirano (Segunda Partida, Título I, Ley X) por lo que en la vía del contrario sensu hallamos la defensa del valor libertad.

De gran importancia es el Juicio de Manifestación de Aragón, regulado por los siguientes fueros: de Manifestationibus personarum: Aphon sus Primus Turoli (1428); Ioannes Rex Navarre Loeumtenes Alcagnicu (1436); Ioannes Secundus,

---

<sup>14</sup> El Digesto comprendía otros interdictos similares, entre ellos De Liberis Exhibendis item ducendis (Tit. XXX, Lib. XLIII, De que se exhiban y también de que se lleve uno los hijos) De Utrubi (Tit XXXI, Lib. XLIII; para la posesión de cosas muebles) etc.; pero ninguno de ellos tiene más título que el aquí estudiado para ser considerado como el más remoto antecedente del Hábeas Corpus. Alguna relación puede tener el interdicto romano aquí considerado con la Interdicción Civil en nuestro Derecho (Código Penal, art. 32 y Código Civil art. 538).

<sup>15</sup> Sobre los Fueros cf. Fuero por Mateo Goldstein y Fueros españoles por Carlos Sánchez Viamonte, ambos en Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XII, pp. 766-776 y 888-902 respectivamente. Un panorama general puede verse en Alfonso García-Gallo Manual de Historia del Derecho Español. Madrid 1959, tomo I.

<sup>16</sup> Cf. Carlos Sánchez Viamonte La Libertad y sus problemas, OMEBA, Bs. Aires, 1961, p. 136 y ss.

<sup>17</sup> Utilizamos el texto Las Siete Partidas del muy noble Rey don Alfonso El Sabio (glosadas por el Lic. Gregorio López) tomo I, Madrid 1843. Las partidas datan de 1254, poco tiempo después de la Carta Magna.

Calataiubil (1461) y Femandus Socundus, Montisoni (1510).<sup>18</sup> Como todos ellos son más o menos similares en cuanto a sus fines, transcribiremos únicamente algunos párrafos del primero de los nombrados:

“Cerca las manifestaciones de los presos fazederas, querientes devida-  
ment proveyr. Queremos e ordenamos, que encontinent como el apelli-  
do dado sera, el lusticia de Aragón haya á proveyr el apellido, si sera en  
caso de provisión según Fuero, ó denegar, sino sera en caso de provisión.  
Et providientes al abuso de los executantes la provisión de la dita mani-  
festación. Queremos que el oficial que al preso manifestara, no pueda  
aquel suelto lexar andar por alguna ciudad, villa o lugar; antes sia tenido  
de continent, sin dilación alguna, ó sin divertir á otros lugares algunos,  
levar el dito lusticia de Aragón; é aquel sin dilación presentar, ó aquesto  
dus las penas del Fuero impuestas contra los oficiales delinquentes en  
sus oficios...”

Como dice López de Haro, citado por Linares Quintana<sup>19</sup> la manifestación de las personas que funcionó en el Reyno de Aragón “consistía en apartar a la autoridad de su acción contra la persona, previniendo toda arbitrariedad o tiranía en favor de los aragoneses... Se demandaba por quien, preso o detenido, sin proceso o por juez incompetente, recurría al justicia contra la fuerza de que era víctima, y en su virtud, en ciertos casos, quedaba libre un día, aunque en lugar seguro, y si examinado el proceso, debía seguirse, el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados, donde al amparo del Justicia, esperaba sin sufrir violencia al fallo que recayera. Ese procedimiento garantizaba a las personas en su integridad y en su libertad”.

Es decir, la *manifestación* era una de las libertades que se gozaba en el reyno, como recurso contra todo exceso de poder; se solicitaba al Justicia quien disponía lo conveniente, con facultad de sancionar a los que resistían su mandato.

Tan sugestivo se presenta el juicio de Manfiestación de Aragón, en todos los fue-  
ros ya señalados, que Linares Quintana afirma que “debe llegarse al fuero o jui-  
cio de Manifestación instituido en 1428 en el Reyno de Aragón para encontrar un  
real antecesor del moderno *Hábeas Corpus*, si se tiene en cuenta que en Inglate-  
rra recién una ley de 1640 ... (lo.) reconoció...”.<sup>20</sup> Tal apreciación del distinguido  
constitucionalista, es sin lugar a dudas errónea, pues decir que las leyes de 1640  
(sic) y las posteriores de 1679 y 1816 fueron las que crearon el *Hábeas Corpus*, es  
una gruesa infidelidad histórica, pues dichas leyes lo único que persiguieron fue  
un perfeccionamiento procesal de lo que existía y funcionaba en el *common law*  
desde siglos atrás, como veremos más adelante.

Hay que mencionar por último el Fuero de Viscaya, emanado de la Asamblea  
General del Reyno reunida el 5 de abril de 1526.<sup>21</sup> Este Fuero era un reconoci-

18 Todos ellos transcritos literalmente en castellano antiguo por Segundo V. Linares Quintana Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Edit. Alfa, Bs. As. 1956, tomo V, p. 344 y ss. Cf. como referencia, Francisco Saenz de Tejada *El Derecho\_ de Manifestación aragonés y el Babeas Corpus inglés*, Cia. B. S. Española, Madrid 1956.

19 Cit. p. 351.

20 Op. cit. p. 344. Similar criterio comparte Rafael Bielsa Derecho Constitucional, Bs. Aires 1959, pág. 411; así como otros constitucionalistas.

21 Según la transcripción realizada por Sánchez Viamonte (La Libertad y sus problemas y Fueros españoles, cit.).

miento por escrito de privilegios, franquicias y libertades existentes o que por tal acuerdo fueron reconocidos. Así se dan prohibiciones de aplicar tormento, de confiscar bienes, aún los pertenecientes a los malhechores, precisando:

“Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno, sea osado de prender a persona alguna, sin mandamiento de juez competente, salvo en caso de infraganti delito. Si así sucediese, y Juez competente ordenara su libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o deuda porque esté preso” (Ley 26, Título XI).

#### 4. INGLATERRA

El sistema inglés fue pródigo en declaraciones de derechos<sup>22</sup> ejemplo que más tarde seguirían sus colonias de América. La más antigua de estas Declaraciones es la Carta de Libertades que Enrique I adoptó en el año 1100, que se refiere a casos muy concretos, aunque no contiene reporte alguno sobre la libertad corporal. El Decreto de Clarendon de 1166, es importante, pues parece ser que es el origen del Jurado compuesto por doce miembros, considerado como una de las más importantes garantías en la administración de justicia. Posteriormente en 1215 los Barones del Reino hicieron una Petición al Rey Juan sin Tierra, a fin de poner freno a sus actos arbitrarios. En uno de sus artículos (No. 29) se decía:

“No se podrá apresar corporalmente al hombre libre; sin el juicio de sus pares o sin el concurso de las leyes de la tierra; el hombre libre no podrá ser aprisionado ni despojado de sus tierras ni declarado fuera de la ley ni desterrado ni destruido de ninguna forma, ni el Rey podrá imponerle un castigo”.

El Rey Juan sin Tierra tuvo que acceder a firmar lo que es conocido como “Magna Charta Libertarum; seu concordia Ínter regem Johanem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regnie Anglais”, un 15 de junio de 1215, “en la pequeña isla de Runnymede, en medio del río Támesis, no muy lejos de Londres” tal como dice H.H.A. Cooper.<sup>23</sup>

El texto original en latín (bárbaro latín, dice Ponte de Miranda) dice así en su artículo 39:

“Nullus liber homo capitatus vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut alique modo destinatur de aliquo libero tene-

---

22 Los diversos textos que aquí utilizamos han sido tomados de Roscoe Pound, *Evolución de la Libertad*, Libreros Mexicanos Unidos, México 1964, p. 131 ss.; Diego V. Tejada (h) *El Hábeas Corpus*, Ed. Reus, Madrid 1927; Carlos Sánchez Viamonte *Las Instituciones Políticas de la historia universal*, Ed. OMEBA, Bs. Aires 1962; Peaslee J. *Constitutions of Nations*, tomo III, The Hague 1965; Darío Herrera Paulsen *Curso de Derecho Constitucional* Lima 1970, Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, cit. tomo V; J.C. Holt *Magna Charta*, Cambridge at the University Press 1965; William F. Swindler *Magna Charta*, Grosset and Dunlop New York 1968; Luis Sánchez Agesta *Los documentos constitucionales y supranacionales*, Madrid, 1972, A. Blaustein y G. H. Flanz (editores) *Constitution of the countries of the world* 14 vol. N. York. 1973 etc. Para una historia general, cf. Pontes de Miranda *Historia e prática do Hábeas Corpus (direito constitucional e processual comparado)*, 7a edigao, 2 tomos, Rio de Janeiro, 1972 (esta obra, por su rigor y seriedad puede ser considerada la más notable en su género escrita en América Latina). Pueden verse también C. Sánchez Vi amonte *El Hábeas Corpus (la libertad y su garantía)* Valerio Abeledo Editor, Bs. Aires 1927; Jorge Dangond Flores *Hábeas Corpus*, Bogotá 1960, etc.

23 Cf. *El 750 Aniversario de la Carta Magna de 1215 en DERECHO* n. XXTV, 1965, p. 47.

mento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”.

que en la versión inglesa dice así:

“No free man shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, ñor will we go upon him, ñor will we send against him, except by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land”.

y que en castellano sería más o menos lo siguiente:

“Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o privado de su tenencia libre, o declarado fuera de la ley, o desterrado o molestado de cualquier forma, y no procederemos contra él ni enviaremos a nadie en su contra, si no es por el juicio legal de sus pares o por la ley del país”.

La Carta previó una serie de libertades, con respecto a las actividades del hombre libre en diversos aspectos relacionados con el comercio, los impuestos, etc. Este documento —que es el punto de partida de todo el constitucionalismo moderno— tuvo una gran repercusión, y aunque fue varias veces violado por el Rey Juan, y suspendido otras tantas veces por la corona inglesa en períodos agitados de su historia, fue reafirmado en diversas oportunidades como modelo al que debía aspirar la comunidad británica.<sup>24</sup>

En lo que respecta al Hábeas Corpus, la fecha exacta de su origen es incierta. Parece ser que antes de la dación de la Carta Magna existían diversos medios de cautelar la libertad individual de los ingleses, a través de los siguientes writs (mandatos):

- a) De Homine Replegiando, que perseguía liberar al individuo que estaba ilegalmente detenido o bajo custodia de un particular, dando una caución al Sheriff con la promesa de que el acusado comparecería oportunamente a responder por el cargo que se le hacía;
- b) Mainprize, era una orden del Sheriff para que un individuo detenido por un delito susceptible de caución, fuese puesto en libertad bajo fianza, quedando bajo la responsabilidad del fiador;
- c) De Odio et Atla, tenía por objeto que el Sheriff verificase si el preso acusado de homicidio u otro delito grave, estaba detenido por presunciones fundadas, o por odio u otra mala intención. Si así fuese, era puesto en libertad bajo caución.

Estos writs cayeron paulatinamente en desuso, sobre todo por la aparición del writ of *hábeas corpus*, cuyo nacimiento ha sido fijado por algunos en el año 1154 durante el reinado de Enrique II.<sup>25</sup> No obstante, sólo la Carta Magna de 1215 le proporciona los principios sólidos que justifican su existencia, en el párrafo que

<sup>24</sup> Véase una fotocopia de la Carta Magna en los libros de J.C. Holt y W. F. Swindler ya citados. Para un comentario de la Carta, véase la célebre Segunda Institución de Coke, publicada en 1642 (en R. Pound cit. pp. 170-186).

<sup>25</sup> Cf. W. S. Holdsworth, A History of English Law, E. Jenks A short history of English Law London 1938, A. V. Dicey

ya hemos visto. El *writ* de hábeas corpus parece haber sido muy utilizado sobre todo en el reinado de Eduardo III (1327-77) y de Enrique VI (1422-61), adquiriendo a través de un lento desarrollo las siguientes modalidades.

- a) Hábeas Corpus ad respondendum; era un mandato para traer a personas detenidas con motivo de un proceso civil o criminal ante un juez o una corte que deberá enjuiciarlo por otros cargos.<sup>26</sup>
- b) Hábeas Corpus ad satisfaciendum; un mandato para cuando un prisionero se le ha enjuiciado y el demandante quiere llevarlo a un Tribunal de superior jerarquía para hacerle saber la ejecución de sentencia.
- c) Hábeas Corpus ad prosequendum; para traer a un prisionero ante el Tribunal en cuya jurisdicción fue cometido el delito.
- d) Hábeas Corpus ad testificandum; un mandato para traer a un prisionero para que testifique ante una corte.
- e) Hábeas Corpus ad deliberandum; un mandato para llevar a juicio a una persona de un Condado o Región a otro en donde ha sido cometido el delito del que se le acusa.
- f) Hábeas Corpus ad faciendum et recipiendum; un mandato utilizado en juicios civiles para remover una causa y a la persona acusada de una Corte inferior a otro superior, que deberá conocer dicha causa. Se conoce también como Hábeas Corpus Cum Causa.
- g) Hábeas Corpus ad Subjiciendum, conocido por los autores ingleses como “high prerogative writ”, es un mandato dirigido a una persona que ha detenido a otra, para que lo someta a la autoridad de un Juez o de la Corte. Este es el prototipo de los mandatos de Hábeas Corpus.<sup>27</sup> De él se ha dicho que proporciona los medios más adecuados para liberarse de cualquier detención ilegal e injustificada.<sup>28</sup>

De lo expuesto, puede observarse el acierto de lo que dice E. Jenks, o sea que en su origen el Hábeas Corpus no servía tanto para sacar a una persona de la prisión, sino para meterla en ella;<sup>29</sup> agreguemos nosotros, legalmente.

Es interesante notar que en sus primeros tiempos este *writ* era utilizado sobre todo como un medio procesal contra las detenciones efectuadas por los particulares, pero en el reinado de Enrique VII (1485-1509) surgieron las primeras tentativas de utilizarlo contra la Corona. A raíz de un famoso incidente (Darnel's Case) el Parlamento encontró un remedio a la situación en la Petición de Derechos de 1628 (Petition of Rights).<sup>30</sup> En dicha Petición, entre otras cosas, se dice que “cuando se les llevó a presencia de vuestras justicias por virtud de órdenes

---

Introduction to the study of the Law of the Constitution London 1915, chp. V; en igual sentido W. J. Jones, Pendleton Howard, etc.

26 Como se apreciará más adelante, en un principio el Hábeas Corpus se utilizaba sólo en procedimientos penales, siendo luego extendido su uso a toda clase de juicios.

27 Halsbury decía (1909) que era el más importante, pues los otros habían caído en desuso.

28 Earl of Halsbury The laws of England, London 1909, tomo 10, pág. 39.

29 Cit. p. 65.

30 Después de la Carta Magna y antes de 1627 se sucedieron la Primera Carta de Enrique III en 1216 que fue una reafirmación de la Carta Magna y que en lo esencial contiene lo mismo; luego la Confirmación de las Cartas

de Vuestra Majestad pidiendo Hábeas Corpus para recibir la sentencia que el Tribunal se sirviera ordenar y después de haber ordenado a sus captores que certificaran las causas de la detención, no se hizo así... (V). Y más adelante (X) agregaban que “suplicaban humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad.., que ningún hombre libre sea aprisionado o detenido de la manera que se acaba de enunciar...” Ante esta Petición del Parlamento contestó el Rey según la fórmula clásica: *Soit droit fait come il est désiré* (hágase justicia tal como se pide).

Tiempo después, por ley de 1641 (16 Car. 1, c. 10) se abolió la Cámara Estrellada (An Act for... taking away the Court commonly called the Star Chamber). Ahí se señaló que desde la Carta Magna existía una constante preocupación de parte de los Reyes por defender al hombre en su libertad y prerrogativas.<sup>31</sup> No obstante, estas normas no habían sido observadas en algunas Cortes, en especial por la Cámara Estrellada, estableciendo que cualquier persona que fuera detenida por cualquier Corte que ejerciera jurisdicción similar a la Star Chamber, o bajo el control del Rey o de su Consejo Privado, estaría protegido por el Court of King's Bench o del Common Pleas, por el mandato de Hábeas Corpus y en tal caso la Corte debería decidir sobre la legalidad de la detención en el plazo de tres días.

Posteriormente el Parlamento aprobó la Ley de Hábeas Corpus de 1679 (Hábeas Corpus Act, 31 Car. II c. 2). Dicha ley empezaba así:

“Cuando una persona sea portadora de un Hábeas Corpus dirigido a un Sheiiff, carcelero o cualquier otro funcionario en favor de un individuo puesto bajo su custodia y dicho Hábeas Corpus sea presentado a los Susodichos funcionarios o se les deje en la cárcel, quedan obligados a declarar la causa de la detención a los tres días de la presentación...”

Y más adelante leemos:

“Si un funcionario o el que haga sus veces descuida la obligación de responder al Writ de Hábeas Corpus o no vuelve a presentar al preso con arreglo al Writ o se niega poner en libertad al preso a petición de éste o de quien lo represente o si no entrega en el término de seis horas copia del auto de prisión, pagará a la parte perjudicada cien libras por la primera ofensa y doscientas por la segunda, quedando inhabilitado para ejercer su cargo; estas condenas serán requeridas por el querellante o sus apoderados, contra el delincuente en forma de acción personal, ante cualquiera de los Tribunales de Westminster...”

“Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un Hábeas Corpus puede ser aprisionada de nuevo por el mismo delito a no ser por orden del Tribunal ante quien está obligada a comparecer o de otro cualquiera competente”.

---

dadas por Eduardo I en 1297, y el mismo año un célebre documento conocido como Statutum de Tallagio non Concedendo, para proteger a los súbditos de las contribuciones impuestas arbitrariamente y que además otorgó gracias y concesiones; en 1258 las Provisiones de Oxford, etc.

31 Dice Jorge Xifra Heras que “hasta el siglo XVI, todos los reyes debían jurar la Carta Magna, que quedará eclipsada durante la época de los Tudor (1485-1603) para reaparecer como símbolo del partido parlamentario y contrapeso del derecho divino en tiempo de Jacobo I”, Curso de Derecho Constitucional. Bosch, Barcelona 1957, tomo I, p. 199.



Esta ley no trajo nada nuevo; fue más bien el perfeccionamiento procesal de una institución muy antigua, a tal extremo que llegó a establecer penas y sanciones muy severas, para quien, juez o funcionario, se negase a su trámite sin buenas razones para ello.

Documento de gran importancia es el Bill of Rights de 1689, aprobado diez años después, que se conoce como “una ley que declara los derechos y libertades del súbdito y que dispone la sucesión de la Corona” en la cual, tras diversas quejas del Parlamento contra los desafueros cometidos por el gobierno de Jacobo II, establecen una serie de declaraciones para “que se reivindiquen y se afirmen sus antiguos derechos y libertades” proclamando la libertad de los súbditos de llevar peticiones al Rey, la libre elección y reunión del Parlamento, la libertad de expresión y especialmente aquel que prohíbe a la Corona suspender las leyes o su cumplimiento (artículos 1 y 2).

La última ley importante en materia de Hábeas Corpus data de 1 de julio de 1816 (56 Geo III, c. 100)<sup>32</sup> que sirvió para perfeccionar la legislación anterior y dispuso que el Writ de Hábeas Corpus sea utilizado no solamente en causas penales como lo establecía la Ley de 1679, sino para cualquier tipo de prisión indebida realizada por persona particular, cualesquiera que fuese su naturaleza.<sup>33</sup>

## 5. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Un documento de gran trascendencia en lo que respecta a las libertades, es la famosa Declaración de Derechos formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia (the good people of Virginia) el 12 de junio de 1776.<sup>34</sup> Ahí se proclama que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes (inherent rights), que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos, que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino de acuerdo a las leyes del país o el juicio de sus pares (art. VIII), etc.

Esta declaración es la más antigua y famosa de las Declaraciones de Derechos americanos, y es además el prototipo de todas ellas.<sup>35</sup> Como dice Jellinek, esta Carta fue el modelo de las que vinieron después, incluso de la de los Estados Unidos, que en lo esencial fue redactada por Jefferson, un ciudadano de Virginia. Es indudable que estas Declaraciones siguen la línea de sus pre-decesoras inglesas, aunque tienen algunas diferencias que las distinguen y que son fruto del distinto contexto histórico en que fueron redactadas. Una diferencia importante

32 Su texto en The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, London 1816, chp. 100 p. 505 ss.

33 Para mayores referencias, cf. J.C. Fox Process of Imprisonment at the Common Law, en Law Quarterly Review, vol. XXXIX (1923) pp. 45-59; Jenks E. A short history of English law. cit, Wade & Phillips Constitutional Law, London. 1963; A.K.R. Kiralty The english legal System, London 1960; Maitland F.W. The constitutional history of England, London 1950; Charles H. McIlwain Constitucionalismo antiguo y moderno, Bs. Aires 1958; H.H.A. Cooper Diez ensayos sobre el Common Law, Lima 1967, etc.

34 Para el texto bilingüe inglés-castellano cf. La Declaración de Derechos de Virginia por R. Sierra Bravo, en Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XIV, 1969, p. 129 ss. Sobre la influencia de las declaraciones norteamericanas de esa época en la revolución francesa, el discutido libro de George Jellinek La Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano, Edit. Nueva España, México, s/f.

35 Otros son: Pennsylvania 28.9.1776; Maryland 11.11.1776; Carolina del Norte 18.12.1776; Vermont 8.7.1777; Massachusets 2.3.1780; New Hampshire 31.10.1783.

es que las leyes inglesas establecen deberes del Gobierno, mientras que las americanas precisan los derechos del hombre frente al poder.<sup>36</sup> La Declaración de la Independencia de 4 de julio de 1776, proclamada por el Congreso de Filadelfia es muy significativa cuando afirma que:

“... Juzgamos evidentes (to be self evident) ... que todos los hombres han nacido iguales, están dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, que entre estos derechos deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad (pursuit of happiness)”.

Luego de la Declaración de Independencia (1776) se aprobó en la Convención de Filadelfia (1787) el texto de la Constitución cuyo preámbulo se inicia con las siguientes palabras:

“We, the People of the United States, in order to form a more perfect Union ... ensure Domestic Tranquility... and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity...”

cuya traducción puede ser la siguiente:

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una más perfecta unión... asegurar la paz interna... y lograr las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestros descendientes...”

Y más adelante el Hábeas Corpus es incorporado llamándolo privilegio (privilege);

“The privilege of the writ of Hábeas Corpus, shall not be suspended, unless when in cases of Rebellion or invasión the public safety may require it” (art. 1, sec. 9, subdiv. 2).<sup>37</sup>

cuya traducción podría ser la siguiente:

“El privilegio del mandato de Hábeas Corpus no podrá ser suspendido, a no ser que en casos de rebelión o invasión la seguridad pública lo exija”.

Una vez aprobada, la Constitución debía ser ratificada por los demás estados miembros, lo que dió lugar a una polémica envuelta en virulentas páginas políticas- En defensa de ella, Hamilton, Madison y Jay publicaron desde octubre de 1787 hasta abril de 1788, una serie de artículos con el pseudónimo de Publius,

<sup>36</sup> Sobre el conjunto de este tema, cf. James Bryce *The American Commonwealth*, tomo I, N.Y. 1897; Joseph Story *Comentarios on the Constitution of the United States* (varias ediciones); Francis Thorpe *The constitutional history of the United States*, Chicago 1901; W. W. Willoughby *The Constitutional law of the United States*, 3 volúmenes, New York 1950; André y Suzanne Tune, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, UNAM, México 1957; André Tune, *El Derecho en Estados Unidos* Barcelona 1971; A. Tocqueville *Da Democracia en América* (varias ediciones); H.C. Hockett *The Constitutional History of the United States (1776-1826)*, N. York 1948; C. B. Swisher *American Constitutional development*, Boston 1943 (hay traducción castellana); C.A. Beard *An economic interpretation of the Constitution of the United States* (varias ediciones, la primera de 1913, es una obra clásica en su género); E. S. Corwin *The Constitution and what it means today* (varias ediciones, hay traducción castellana); Lewis Mayers *El sistema legal norteamericano*, OMEBA, Bs. Aires 1969 (trata el aspecto judicial); Robert McClosky (ed.) *Essays in constitutional law*, N. Y. 1957; Saúl K. Padover *The living U.S. Constitution*, N.Y. 1968, A.E. Sutherland *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*, Bs. Aires 1972. etc. El mejor texto comentado de la Constitución es el publicado por el Congreso (Was. 1964, hay ediciones posteriores, con prólogo de E.S. Corwin).

<sup>37</sup> Dice Sánchez Viamonte que el uso de la palabra privilegio es tomado de las instituciones medievales y no significa un reconocimiento a los derechos inherentes del hombre, sino una concesión otorgada por la Corona (Hábeas Corpus, Ene. OMEBA, tomo XIII, p. 505). Con anterioridad a las Declaraciones de Derechos, el Hábeas Corpus funcionaba en los Tribunales Americanos adoptado directamente de la experiencia inglesa. Ello explica la redacción tan parca del texto constitucional de 1787.

y que luego se reunieron en un volumen titulado *The Federalist*. En él (n. 84) hay una parte dedicada al Hábeas Corpus<sup>38</sup> escrita por Hamilton, y en la que demuestra contra las críticas que entonces se hacían, que la nueva Constitución contenía implícitamente una declaración de derechos y menciona como prueba de ello la existencia del *Writ* de Hábeas Corpus, señalando que ésta era una medida de seguridad para proteger la libertad. Agregaba que las prisiones arbitrarias habían sido en todas las épocas el instrumento favorito y más formidable de las tiranías. Citaba en su apoyo unas frases de Blackstone en sus Comentantes en la cual este autor decía que privar de la libertad a una persona era “a more dangerous engine of arbitrary government”. Y contra esto, continuaba Blackstone —en la cita de Hamilton— estaba la Ley de Hábeas Corpus (Hábeas Corpus Act) que él llamó “the bulwark of the british constitution”. Y más adelante, el mismo Hamilton recordando los antecedentes británicos que se originaron en la Carta Magna (obtained by the Barons, sword in hand) señalaba que esos documentos no eran aplicables a las Constituciones, ya que el mismo pueblo de los Estados Unidos había decretado y establecido sus propios derechos en el preámbulo de la Constitución (“We the people of the United States ...”).

No obstante las argumentaciones de Hamilton, la opinión pública norteamericana de entonces exigió una formal Declaración de Derechos, lo que se hizo el 15 de diciembre de 1791 con la introducción de las primeras diez enmiendas, de las que hay que destacar especialmente la V y una que se introdujo con posterioridad la XIX. La primera de las nombradas dice que nadie puede ser desposeído de la vida, libertad y sus posesiones, sino luego de un debido proceso legal (without due process of law). La segunda, sancionada el 28 de julio de 1868 señalaba que ningún Estado podía privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal.

Al igual que en Inglaterra, en los Estados Unidos se ha suspendido en diversas oportunidades el uso del Hábeas Corpus, entre ellas durante el gobierno del Presidente Lincoln en 1861. El Presidente de la Corte Suprema Justice Taney, fue del parecer que ello era competencia exclusiva del Congreso, tesis que ha primado posteriormente; no obstante la posición de Lincoln fue la que prevaleció en aquella oportunidad.

En los Estados Unidos, aunque con variantes de orden procesal, el Hábeas Corpus se da a dos niveles: estatal y federal<sup>39</sup> y su campo de acción es muy variado, desde buscar la libertad de una persona puesta en prisión por violación de un derecho federal, hasta cuestionar la validez de una extradición, revisar procedimientos de deportación o exclusión de extranjeros, determinar la legalidad del arresto de una persona, cuestionar la competencia de una Corte para someter a una persona por contumacia, etc. Uso tan vanado del Hábeas Corpus ha conducido a abusos, notándose en los últimos tiempos un sentimiento general que pide

<sup>38</sup> Usamos la edición de Clinton Rossiter, *The Federalist Papers*

<sup>39</sup> Para mayores referencias, cf. Walter B. Jones *Habeas Corpus: state and federal* en *The Alabama Lawyer*, vol 13 (1952) pp. 384-391; George F. Longsdorf *Habeas Corpus: a protean writ and remedy* en *Ohio State Law Journal*, vol. 10 (1949); Zechariah Chafee Jr. *The most important human right in the Constitution* en *Boston University Law Review*, vol. XXXIII (abril 1952); W.F. Bailey *A treatise on the law of Habeas Corpus and special remedies* 2 vol. Chicago 1913; W.S. Church *A Treatise on the writ of Habeas Corpus* 2da. ed. San Francisco 1893; Roñal Sokol *A handbook of Federal Habeas Corpus*, 1965, etc.

que se detenga su desnaturalización, pues impide el normal desenvolvimiento de la justicia penal en los Estados Unidos.

## 6. FRANCIA

Los países del continente europeo, influenciados por Francia, han acogido en sus textos los derechos de libertad y otros análogos, pero no han implementado en sus respectivas constituciones un remedio procesal tan expeditivo como el Hábeas Corpus anglosajón.<sup>40</sup> No obstante, estas libertades aparecen cauteladas por otros medios insertos en sus legislaciones penales, administrativas, etc. Tratando de dar una explicación a esta situación Sánchez Viamonte ha escrito:

“Todas las nuevas constituciones europeas, unánimemente, como si se hubiesen puesto de acuerdo sus autores, evitan la denominación de Hábeas Corpus al derecho de amparo mismo”.

El constitucionalista argentino cree explicar este hecho por ignorancia en un momento determinado o por rivalidades de carácter regional o nacional.<sup>41</sup> No obstante esta ausencia, no puede olvidarse que dichos países tienen en sus respectivas legislaciones, sobre todo de orden penal, medios para cautelar la libertad corporal de las personas. Aún más, cuentan con Declaraciones de Derechos que en mayor o menor medida tienen su origen en la famosa Declaración proclamada por la Revolución Francesa y que por el carácter general en que fueron enunciados han creado lo que desde Jellinek se conoce como “derechos públicos subjetivos”. Ello amerita una breve referencia a su contenido.<sup>42</sup>

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue adoptada por la Asamblea Constituyente del 20-26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey

40 Es interesante señalar que la Constitución de la URSS de 1938 (Editorial Progreso, Moscú 1967) dedica el capítulo X a los “Derechos y deberes fundamentales de los Ciudadanos” destacando entre ellos la libertad de prensa, de reunión, inviolabilidad personal, de domicilio y de correspondencia, etc. (Cf. José Julio Santa Pinter Sistema del Derecho Soviético, Depalma editor, Bs. Aires 1957, pp. 44 ss; René David y John Hazard El Derecho Soviético, La Ley, Bs. Aires 1964, tomo IX, p. 91 y ss.; Manuel García Pelayo Derecho Constitucional Comparado Rev. de Occidente, Madrid 1964, p. 595; E. L. Johnson El sistema jurídico soviético, edic. Península, Barcelona 1974. p. 129 ss; etc.) No obstante, como dice García Pelayo estos derechos sólo nominalmente coinciden con los del Estado liberal-burgués, pues no están concebidos como derechos inherentes de la persona humana sino que están subordinados a los intereses de los trabajadores y a la seguridad del régimen, a tenor de los artículos 125 y 126 de la Constitución soviética. Y David-Hazard, en la obra antes mencionada señalan: “Nadie dentro de la URSS, por supuesto, ha interpretado que las garantías constitucionales dieran a los ciudadanos por ejemplo, el derecho de organizar una campaña en favor del capitalismo o de un sistema con pluralidad de partidos políticos” (op. cit p. 111). Como dato curioso cabe anotar que un destacado marxista, Galvano della Volpe sostiene que la Constitución soviética al proclamar la “inviolabilidad de la persona” tiene una consagración implícita del Hábeas Corpus (Cf. Marx y Rousseau, Ediciones Martínez Roca, Barcelona 1969, p. 89: similar punto de vista puede verse en Joven Djordjevich Yugoslavia, democracia socialista, FCE, México 1961, pp. 93 y 112). Esta aseveración es inexacta, pues como ha señalado Héctor Fix Zamudio (Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965, UNAM, México 1968) proclamar el derecho a la libertad no significa reconocimiento del Hábeas Corpus, ya que aquella es un derecho sustantivo y éste es un derecho adjetivo, es decir, medio procesal para la consecución de un determinado fin, lo que no existe en el texto de 1936. (Nota de 1977: La Constitución de la URSS del Presente año no presenta ninguna novedad con respecto a lo señalado). Sobre las libertades individuales en el régimen soviético, Cf. L. Grigorian — Y. Dolgoplov. Fundamentos del Derecho Estatal Soviético, Editorial Progreso Moscú 1972 (?) p. 181 ss.

41 Hábeas Corpus, en Ene. Jurídica OMEBA, t. XIII, p. 53. Lo que apunta Sánchez Viamonte es la tendencia general. No obstante hay excepciones; la Constitución de Portugal (1933) la ha incorporado para la defensa de la libertad corporal (Art. 8, inciso 21 (4) y art. 93 inc. F) que mantiene la C. de 1976 (art. 31).

42 Véase la tesis de Jellinek sobre los orígenes de esta declaración en la obra ya citada.

el 5 de octubre de 1789.<sup>43</sup> En ella, los representantes del pueblo francés “considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos” resolvieron “exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Así el artículo 1 señala que:

“Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos.

Y el artículo 7 establece que:

“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados...”).

(“Nu homrae ne peut être accusé, crrêté ni détenus que dans le cas determines par la lot; et selon les formes qu’elles a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis...”).

El texto de esta declaración, sin variante alguna, fue luego colocado a la cabeza de la Constitución de 3 de setiembre de 1791. Los avatares políticos de aquel entonces llevaron a la promulgación de otros textos constitucionales y en consecuencia a otras declaraciones. En efecto, fue aprobada una nueva Declaración por la Convención Nacional el 23 de junio de 1793 y puesta al frente de la Constitución del 24 de ese mismo mes y año. Esta Declaración no llegó nunca a estar en vigor, aunque en algunos puntos es más elaborada que su antecesora. Así vemos que en su artículo 2 señala que los derechos del hombre son “la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad”. El artículo 10 y 11 protege al ciudadano del arresto indebido y calificaba de arbitrario y tiránico todo aquel acto ejecutado contra un hombre fuera de las formalidades debidas, previéndose en su artículo 12 sanciones para los culpables.

Una subsiguiente Constitución del año de 1795, con la cual se instituyó el Directorio, fue también precedida por una Declaración de Derechos mucho más restringida que la de 1793, aunque se aproximaba a la primera de 1789. Agregó, como un dato nuevo, una declaración de Deberes, que por lo demás, ya estaba implícita en las anteriores Declaraciones, como correlatos necesarios de los derechos proclamados.

Es interesante notar que la vigente Constitución de 1958, inicia su preámbulo con las siguientes palabras:

“El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la Soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Usamos los textos publicados por G. Del Vecchio en su monografía *La Declaration des Droits de L'Homme et du citoyen dans la Revolution Française*» Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1968, p. 38 ss, (en este opúsculo Del Vecchio discute la tesis de Jellinek mencionada anteriormente) Véase además *Les Droits de l'homme*, Archives de France. Paris 1968; C. Sánchez Vamonte *Los derechos del hombre en la Revolución francesa México 1956*, etc.

<sup>44</sup> Cf. Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, cit; Darío Herrera Paulsen *La Constitución del*

## 7. AMÉRICA LATINA

Con la notable excepción de México<sup>45</sup> la América Latina ha sido un campo fecundo para el desarrollo del Habeas Corpus. Sus antecedentes no deben hallarse en los Fueros de Aragón, como en algunas oportunidades se ha sostenido —ya que la conquista española trajo al Nuevo Mundo las leyes de Castilla—, sino en forma directa en las leyes constitucionales de Inglaterra, y quizá; subsidiariamente en la Constitución de los Estados Unidos.

El primer país que introdujo el Habeas Corpus en su ordenamiento jurídico fue el Brasil<sup>46 47</sup> en su Código Penal de 1830 (artículos 183-184) y más concretamente en el Código de Procedimientos Penales de 1832:

“Todo o cidadão, que entender que êle ou outrem sofre prisão ou cons-tratamento ilegal em sua liberdade, tem direitto de pedir ordem de Hábeas corpus em seu favor” (art. 340).

En un principio, estas provisiones legales fueron tomadas directamente de las leyes inglesas. Posteriormente y mediante ley 2073 de 1871, el Hábeas Corpus fue ampliado, lo que sucedió en diversas oportunidades hasta ser incorporado en la primera Constitución de la República de 1891 (artículo 72 §22) y en forma tan amplia, que rebasó los límites corporales de su progenitor inglés. Por la redacción tan ambigua de su texto, el Hábeas Corpus fue utilizado para la defensa de una multitud de hechos incluso para cuestionar la constitucionalidad de las leyes. Este abuso del instituto fue agravado por una serie de decisiones judiciales, que in-terpretando el artículo 72 de la Constitución de 1891 ampararon incluso a mujeres que querían contraer matrimonio con la oposición de sus padres. En 1919 una eje-cutoria de la Corte Suprema, llegó a establecer que el Hábeas Corpus era un medio para defender cualquier derecho “cierto, líquido e incontestable”.

Los abusos permitidos por una redacción tan elástica del Hábeas Corpus, fue-ron restringidos en 1926, cuando una modificación introducida en la Constitución,

---

General Ch. de Gaulle, Lima 1959; Marcel Prétot Pour comprendre la nouvelle Constitution, París 1958, y las obras de M. Duyerger, G. Burdeau, A. Hauriou, J. Cadart, etc.

- 45 Decimos con excepción de México, pues en este país se ha desarrollado con gran amplitud el Juicio de Amparo, dirigido contra la autoridad y que protege una gama muy variada de derechos, entre los cuales está por cierto la defensa de la libertad física. De esta manera el Hábeas Corpus aparece en México englobado dentro de un contexto mayor como es el Amparo, que se enuncia por vez primera en el “Acta de Reforma” de 1847 y se plasma en la Constitución mexicana de 1857. Para mayores detalles cf. Síntesis del Derecho de Amparo por Héctor Fix Zamudio en “Panorama del Derecho Mexicano”, UNAM, México 1965, tomo I, pp. 105-159; Alberto Trueba Urbina Nueva legislación de Amparo, Edit, Porrúa, México 1975, H. Briseño Sierra Teoría y Técnica dei amparo, 2 tomos, CAJICA, Puebla 1966; El juicio de amparo por Ignacio Burgoa Ed. Porrúa, México 1971; Alfonso Noriega Lecciones de amparo Potrúa, México 1975, Víctor Fairen Guillén Antecedentes aragoneses de los juicios de Amparo, UNAM, México 1971, etc. Un interesante estudio en inglés, cf. Richard D. Baker Judicial Review in México (a study of the Amparo Suit) Univ. of Texas Press, 1971.
- 46 Cf. Phanor Eder Hábeas Corpus disembodied: the latin american experience, en *Mélanges Yntema*, 1960, pp. 463 y ss.; Pontes de Miranda, *História e pratica...* tomo I, p. 119 y ss.; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1968, tomo V, p. 284 y ss. Brasil como veremos más adelante tiene otro recurso para las libertades no corporales, el mandado de segurança; cf. Temistocles B. Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, Rio de Janeiro 1957; José Castro Nunes *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro 1956; J.M. Othon Sidou *Do Mandado de Segurança*, Rio de Janeiro 1959; Pontes de Miranda *Comentários...* J. Cretella Júnior *Do mandado de segurança Sao Paulo* 1974, etc.
- 47 Hay que señalar que el antecedente más lejano se halla en las Cortes de Cádiz, en el seno de la cual el Diputado por Guatemala don Manuel de Llano propuso el 14 de diciembre de 1810 una ley de Hábeas Corpus siguiendo el modelo inglés; que lamentablemente no prosperó. Cf. Jorge Mario García *La Guardia Orígenes de la democra-cia constitucional en Centro américa*, Costa Rica 1976, p. 198.

declaró que el Hábeas Corpus sólo debía ser empleado en defensa de la libertad personal. Esto creó un vacío, pues quedaron marginados y sin protección una serie de derechos que en años anteriores habían estado protegidos por este instituto. El vacío fue llenado por la Constitución de 1934 (artículo 113 § 33) que estableció para la defensa de estos derechos un medio procesal de defensa denominado mandato de seguridad (mandado de segurança) que ha permanecido vigente hasta nuestros días (Constitución de 1967, artículo 150 § 21, en la Enmienda N.º 1, de 1969 es el art. 153, § 21). Volvió así el Hábeas Corpus al cauce originario de su modelo Inglés (C. de 1967, artículo 150 § 20, en la Enmienda No. 1 de 1969 es el art. 153 § 20).

En otros países, el Hábeas Corpus fue adoptado más o menos por la misma época o en tiempos más recientes. El Hábeas Corpus aparece ipso nomine en las constituciones de Costa Rica (1847), El Salvador (1872), Guatemala (1879), Puerto Rico (1899), Honduras (1894), Panamá (1904), Uruguay (1918), Chile (1925), Ecuador (1929), Bolivia (1938), Nicaragua (1939), República Dominicana, Cuba y Paraguay, (1940), Venezuela (1947), etc. aunque en algunos países como en Guatemala, el Habeas Corpus aparece con anterioridad en la legislación ordinaria (Decreto de 5 de diciembre de 1839 y Códigos de Livingston). En algunos países, como la Argentina, el Hábeas Corpus está contemplado en sus Códigos (1889) y en sus constituciones provinciales más no en la Constitución nacional de 1853.<sup>48</sup> En el Perú el Hábeas Corpus nace primero en la ley (1897) y sólo posteriormente halla acogida en el texto constitucional (1920).<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> La Argentina cuenta con el Recurso de Amparo creado en la vía jurisprudencial en 1957 por la Corte Suprema y destinado a cautelar en forma expeditiva las libertades constitucionales no tuteladas por el Hábeas Corpus, incluso contra particulares. Cf. Genaro R. Carrió Recurso de Amparo y Técnica Judicial, Bs. Aires 1959; G.R. Carrió Algunos aspectos del Recurso de Amparo, Bs. Aires; 1959; Germán Bidart Campos Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo Ediar, Bs. Aires, 1968; Segundo V. Linares Quintana Acción de Amparo, Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. Aires 1960; C. Sánchez Viamonte Juicio de Amparo en Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XVII; Rafael Bielsa El Recurso de Amparo, Buenos Aires 1965, José Luis Lazzarini El Juicio de Amparo La Ley, Bs. Aires 1967 etc. En cuanto a Puerto Rico, por la misma naturaleza de su régimen político, el Hábeas Corpus se halla por primera vez en la Ley Jones, norma de carácter general para la isla dictada por el Gobierno Miltiar norteamericano y que data de 1899. Para un tratamiento más extenso, cf. Santiago Amado El Hábeas Corpus en Puerto Rico en Rev. Jurídica de Puerto Rico, 1948, pp. 1-120.

<sup>49</sup> Para una visión panorámica véase de Héctor Fix Zamudio La protección procesal de las garantías individuales en América Latina en Revista de la Comisión Internacional de Juristas, diciembre de 1968, No. 2 pp. 69-111.

## EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y SU DESARROLLO

---

*Gerardo Eto Cruz\**

### **Resumen**

En este artículo se trata de desentrañar la naturaleza jurídica del proceso de amparo, estudiando aquellas características esenciales intrínsecas y despojadas del régimen legal que le establezca cada sistema de jurisdicción constitucional. Los tribunales constitucionales identifican al amparo con una doble naturaleza, que persigue no solo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también comprende la tutela objetiva de la Constitución. Lo primero supone la restitución del derecho violado o amenazado, lo segundo la tutela objetiva de la Constitución, esto es, la protección del orden constitucional como una suma de bienes institucionales.

**Palabras clave:** Proceso de amparo. Tutela de urgencia de derechos fundamentales. Jurisdicción constitucional. Constitución peruana de 1993.

---

(\*) Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y director general del Centro de Estudios Constitucionales. Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pp. 145-174 / ISSN 1027-6769.



## 1. Concepto y naturaleza jurídica

El amparo es un proceso constitucional autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, distintos a la libertad individual, y cuyo fin es reponer a la persona en el ejercicio del derecho ius-fundamental amenazado o vulnerado producto de «actos lesivos» perpetrados por alguna autoridad, funcionario o persona.

Desentrañar su naturaleza jurídica presupone estudiar aquellas características esenciales intrínsecas y despojadas del régimen legal que le establezca cada sistema de jurisdicción constitucional. Una identificación del amparo que trasciende su mera regulación positiva —en cualquier sistema de justicia constitucional— es que ella ostenta dos particularidades básicas e inmanentes que se desprenden de la naturaleza de su tutela. En efecto, el amparo se nos presenta como la tutela especial de derechos calificados como ius-fundamentales, esto es, la tutela que brinda es de naturaleza «constitucional»; y por lo mismo, la protección procesal que se dispensa tiene el carácter de «tutela de urgencia», como una forma especial de tutela diferenciada, tal y como entiende este tipo de tutela la doctrina procesal contemporánea<sup>1</sup>.

Los tribunales constitucionales —y el Perú no es la excepción— identifican al amparo con una «doble naturaleza»: que el amparo persigue no solo la «tutela subjetiva» de los derechos fundamentales de las personas; sino también comprende la «tutela objetiva» de la Constitución. Lo primero supone la restitución del derecho violado o amenazado, lo segundo la tutela objetiva de la Constitución, esto es, la protección del orden constitucional como una suma de bienes institucionales<sup>2</sup>.

La concepción del amparo como medio que «procure» la concretización del derecho objetivo de la Constitución<sup>3</sup> o, en su caso, como medio de tutela subjetiva de los derechos ius-fundamentales de las partes involucradas en el proceso constitucional<sup>4</sup>, se sustenta en una «concepción» concreta de Constitución. Así, una Constitución entendida como norma jurídica de eficacia directa y sustentada en el principio antropológico-cultural de la dignidad humana, exige una estructuración procesal en el amparo, igualmente valorativo —no neutro ni formal—, que sea dúctil y que procure la mayor eficacia del «derecho» y de los «derechos» inscritos en la Constitución. Esto puede significar asumir una interpretación del derecho procesal en clave sustantiva —una interpretación constitucional concretizada de las normas procesales—<sup>5</sup>, pero también puede ser de recibo por la

<sup>1</sup> Proto Pisani, Andrea. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 6.

<sup>2</sup> STC 0023-2005-PI/TC.

<sup>3</sup> Haberle, Peter. El Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional. En *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Presentación y edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Nota liminar de Joaquín Brage Camazano. Lima: Palestra – Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2004, pp. 23-54.

<sup>4</sup> Fix-Zamudio, Héctor. Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo. En *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. Segunda edición. México: Porrúa y UNAM, 1999, p. 112.

<sup>5</sup> Como la planteada por Haberle, Peter. El Derecho Procesal Constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional. Ob. cit.

«concepción instrumental» del proceso que entiende, con su moderno arsenal teórico, que el derecho procesal debe construirse para servir al «derecho» o «los derechos» que le sirven de sustento<sup>6</sup>; o quizás pueda requerir de una suma de ambas concepciones, tal como lo plantea Néstor Pedro Sagüés<sup>7</sup>, o un sincretismo armónico como lo sugiere Zagrebelsky<sup>8</sup> o una autonomía específica en términos de César Astudillo<sup>9</sup> o Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>10</sup>. Al margen de ello, lo importante es poner de relieve la vinculación inescindible del amparo, como «instrumento procesal», con la tutela de los valores, principios y derechos constitucionales.

## 2. Antecedentes del amparo en el Perú

El Perú cuenta con un antecedente remoto: el amparo colonial, que fue fruto de la antigua legislación novoandina que provino del derecho de indias<sup>11</sup> y que en México desde los años setenta también se han descubierto estos antiguos antecedentes novoandinos provenientes del influjo ibérico<sup>12</sup>.

Sin embargo, una delimitación más precisa y moderna en torno al amparo, se puede trazar en cuatro periodos: a) el primer periodo donde el amparo funciona como hábeas corpus (1916-1979); b) la segunda etapa la hemos identificado como la constitucionalización del amparo. Aquí, la Constitución de 1979, regula con perfiles propios el régimen del amparo: ser el instrumento procesal para la tutela de los diversos derechos constitucionales distintos a la libertad individual. En este periodo se regula su primer desarrollo legislativo a través de la ley 23506; c) la tercera etapa comprende un interinazgo producto del régimen de facto (5 de abril de 1992 hasta el año 2000) y se caracterizó porque se dictó un amplio stock de normas que mediatizaron el amparo tanto como el hábeas corpus; d) el cuarto periodo comprende, en estricto, desde la presencia de la transición política del gobierno de Valentín Paniagua, el retorno a la democracia con Alejandro Toledo; y, sobre todo, con la promulgación y vigencia del Código Procesal Cons-

6 La postura teórica general en Marinoni, Luz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Del proceso civil clásico a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra, 2007. La tesis de la instrumentalidad del Derecho Procesal para el caso del amparo en Abad Yupanqui, Samuel. La creación jurisprudencial de normas procesales: la «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional. Un análisis preliminar. *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia*, XXX. Lima: Palestra, junio de 2008, pp. 138-148.

7 Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional*, T.I. Recurso Extraordinario. Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 12 y ss.

8 Zagrebelsky, Gustavo. ¿Derecho Procesal Constitucional?. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, T. IV. Lima: Estudio Monroy Abogados, diciembre de 2001, pp. 401 y ss.

9 Astudillo, César. Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional. *Justicia Constitucional*, II, 4 (julio-diciembre 2006), p. 153. Lima.

10 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. El Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma». En *Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional*. Santo Domingo: Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, 2010, pp. 26 y ss.

11 Guevara Gil, Jorge A. *Propiedad agraria y derecho colonial. Los documentos de la Hacienda Santotis. Cuzco (1543-1822)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. García Belaunde, Domingo. El amparo colonial peruano. En *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Themis, 2001, pp. 79-87.

12 Lira González, Andrés. *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (Antecedentes novohispanos del Juicio de Amparo)*, Prólogo de Alfonso Noriega. México: Fondo de Cultura Económica, 1972.

titucional que impulsara un grupo de académicos liderados por Domingo García Belaunde y donde se inicia a partir de este Código, el desarrollo más orgánico de una doctrina jurisprudencial en torno al proceso de amparo y que se extiende hasta nuestros días.

### **3. La ordenación legal vigente del proceso de amparo**

#### **3.1. La regulación en el Código Procesal Constitucional**

El proceso constitucional del amparo, como los demás procesos que integran actualmente la jurisdicción constitucional en el Perú, ha atravesado por un íter legislativo sui generis. Tuvo una primera etapa de «iniciativa académica»; esto es, un grupo de académicos fueron los que elaboraron un anteproyecto de Código Procesal Constitucional (C.P.Const.), y luego la segunda etapa de la «iniciativa legislativa multipartidaria» que terminaron por aprobar en el seno del Congreso en 2004 la regulación del actual Código Procesal Constitucional.

#### **3.2. El agotamiento de las vías previas**

En la ordenación legal del amparo, constituye un presupuesto procesal especial que se haya transitado por parte del amparista el agotamiento de las vías previas; lo cual supone que el acto reclamado se haya resuelto en alguna instancia administrativa o entidad corporativa privada. Sin embargo, dicho presupuesto admite algunas excepciones derivadas de la naturaleza de tutela de urgencia y de los derechos constitucionales que están en juego en el amparo. Así, de acuerdo al artículo 46 del C.P.Const., dichas excepciones son: a) cuando la resolución administrativa, que no es la última en la vía administrativa, es ejecutada prematuramente, esto es, antes de vencerse el plazo para que quede consentida; b) cuando, por el agotamiento de la vía previa, el agravio pudiera convertirse en irreparable; c) cuando la vía previa no se encuentre regulada o haya sido iniciada innecesariamente por el afectado; d) cuando la vía previa no se resuelve en los plazos fijados para su resolución.

#### **3.3. Derechos objeto de protección**

Los derechos objeto de protección por el amparo en el Perú son aquellos derechos fundamentales distintos a la libertad personal (tutelable por el hábeas corpus) y el derecho de acceso a la información pública y a la auto-determinación informativa (tutelables por el hábeas data). De este modo, desde una perspectiva comparada, nuestro país ha adoptado un modelo de protección «amplia» de derechos fundamentales, en tanto protege todos

los derechos incorporados en la Constitución, frente a la tesis «restrictiva» que brinda tutela solo a algunos de estos derechos fundamentales o la tesis «amplísima» que extiende la protección a derechos ubicados incluso fuera del ámbito constitucional. No obstante, esta inicial consideración, aparentemente clara de cuáles son los derechos tutelables por el amparo, en la práctica el tema expresa conflictividad pues la definición de cuándo estamos ante un derecho de contenido constitucional directo, tal y como lo exige el artículo 5, inciso 1 de nuestro Código, es de difícil apreciación. Ello se desprende del estudio efectuado del desarrollo jurisprudencial de estos derechos y del modo como el Tribunal Constitucional ha concretado sus contenidos constitucionales.

### 3.4. El acto lesivo

La existencia de un «acto lesivo» de los derechos que pueden ser protegidos a través del amparo, constituye un presupuesto procesal de este proceso. El acto lesivo puede ser definido como aquella conducta (acción u omisión) proveniente de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza o vulnera derechos fundamentales. El acto lesivo tiene un contenido material y otro jurídico, que deben ser analizados en forma conjunta. El contenido «material» se encuentra constituido por tres elementos: a) el sujeto activo (que lleva a cabo el acto lesivo), b) el sujeto pasivo (que se ve perjudicado en sus derechos por el acto lesivo), y c) la acción u omisión concreta. Todos estos elementos se encuentran relacionados con aspectos esencialmente fácticos. Por su parte, la determinación del contenido «jurídico» del acto lesivo implica una valoración sobre la afectación producida, pues esta debe estar relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental<sup>13</sup>. Implica, por lo tanto, determinar la existencia de un agravio personal y directo de los derechos fundamentales como presupuesto para la procedencia de una demanda de amparo.

Los actos lesivos pueden ser clasificados en función a determinados requisitos o características, que determinan la procedibilidad de la demanda. En función al modo de afectación, los actos lesivos se dividen entre aquellos que implican un hacer o una amenaza de hacer («acción») de aquellos que implican un no hacer («omisión»). En atención al momento de su realización se clasifican en actos pasados, presentes, futuros o de tracto sucesivo. En atención al criterio de reparabilidad, los actos lesivos pueden clasificarse en reparables o irreparables. En atención a su subsistencia al momento de presentar la demanda, en subsistentes o insubsistentes. En atención a su carácter manifiesto, vinculado con el tema de la prueba en el amparo, se clasifican en manifiestos y no manifiestos. Finalmente, en

<sup>13</sup> Burgoa, Ignacio. El juicio de amparo. Trigésimo cuarta edición, México: Porrúa, 1998, p. 205 y ss.

función al consentimiento por la parte agraviada, se pueden dividir en consentidos (de forma expresa o tácita) y no consentidos<sup>14</sup>.

Los actos lesivos también pueden ser analizados desde la perspectiva de su origen, es decir, a partir del órgano, autoridad o persona que lo lleva a cabo, pues la procedibilidad de una demanda también se encuentra condicionada a este factor.

Los actos del Poder Ejecutivo abarcan un conjunto bastante amplio de materias, pues se relacionan con la gestión y administración de los asuntos públicos que se encuentran bajo su competencia. En el desarrollo de sus labores, puede dictar actos administrativos o resoluciones que inciden directamente en los derechos de los administrados. Al respecto, no existe alguna materia que quede al margen de la esfera de defensa de los derechos fundamentales a través del proceso constitucional de amparo. Esto no implica reconocerla presencia de actos políticos no justiciables, pero son situaciones excepcionales.

Respecto al Poder Legislativo, son diversos los actos que pueden dar lugar a la afectación de un derecho fundamental y, por lo tanto, permitir la interposición de una demanda de amparo. Entre ellos se encuentran los actos administrativos que dicta, las leyes que aprueba, las resoluciones de sanción de altos funcionarios, los supuestos de omisión legislativa que genera el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión y los actos de las comisiones parlamentarias.

Sobre la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales existen diferentes tesis, sea que admitan o nieguen esta posibilidad. Incluso en la primera opción se pueden encontrar posiciones distintas; por un lado, la que permite la protección del amparo solo contra resoluciones dictadas en contra de derechos fundamentales de índole procesal, y, de otra parte, la que admite la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales cuando se hubiese afectado cualquier derecho fundamental. Sobre esto volveremos más adelante.

Respecto a las demandas de amparo contra particulares, hay ordenamientos jurídicos que se inclinan por no aceptar esta posibilidad («tesis negativa») mientras que en otros se admite («tesis permisiva»), sea en cualquier supuesto (como el caso peruano) o en determinadas circunstancias (como el caso colombiano). En los países que no permiten el amparo contra particulares, tal situación ocurre, por lo general, porque sus respectivos textos constitucionales precisan que solamente las autoridades y funcionarios estatales pueden ser sujetos pasivos de las demandas de amparo.

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 211 y ss.

A nivel del derecho comparado se ha esbozado la teoría de los denominados «actos no justiciables», siendo los denominados «actos políticos» los que han merecido especial atención. La teoría de cuestiones o actos políticos o political questions se sustenta principalmente en el principio de separación de poderes. Se trata de aquellas decisiones que no pueden ser revisadas por los órganos jurisdiccionales del Estado, en tanto facultades reservadas a otros órganos constitucionales. En el Perú, el Tribunal Constitucional (TC) ha interpretado que, no obstante, las disposiciones constitucionales que afirman que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 181) y del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 154) no son revisables en sede judicial, una lectura «armónica» del mismo Texto Constitucional exige brindar acceso a un recurso judicial sencillo y efectivo (de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos) a las personas afectadas en sus derechos fundamentales por estos órganos constitucionales<sup>15</sup>. Con todo, asumiendo la tesis de que en el ordenamiento jurídico no existen «zonas exentas del control constitucional», el TC peruano ha ingresado al control de diversos actos de los poderes públicos, abarcando el control de instituciones como el Ministerio Público, las Fuerzas Armadas y Policiales, la jurisdicción arbitral, la Administración Pública, los organismos regionales y municipales, entre otros<sup>16</sup>.

### 3.5. Amparo contra normas legales

Sobre la procedencia del amparo contra normas legales existen diversas tendencias en el derecho comparado, lo que demuestra que estamos ante uno de los temas más polémicos relacionados con el desarrollo de este proceso constitucional. La opción asumida en cada país depende del contenido de sus normas constitucionales y legales sobre el proceso de amparo, la posición que asuman sus respectivos tribunales a través de la jurisprudencia constitucional y, quizá lo más importante, el modelo de control constitucional de normas jurídicas establecido en cada país.

En materia de amparo contra normas legales se pueden identificar tres tesis. La primera («tesis permisiva moderada») acepta el amparo contra los actos basados en normas, pero no reconoce el amparo directo contra normas autoaplicativas. La segunda («tesis permisiva amplia») permite el amparo en ambos supuestos. Una tercera tesis, niega cualquier posibilidad de un control constitucional de normas a través del amparo («tesis negativa»)<sup>17</sup>.

La Constitución de 1993 fue resultado del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, por lo que no era de extrañar que algunas de las reformas introduci-

15 STC 5854-2005-PA/TC.

16 Véase *in extenso* nuestro trabajo Eto Cruz, Gerardo. Control constitucional y poder político. Navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En Peter Häberle y Domingo García Belaunde (coords). *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, T II. México: UNAM, 2011, p. 253 y ss.

17 Zerón de Quevedo, Rodrigo. *Amparo directo contra leyes*. Tercera edición. México: Porrúa, 2004.

das a la Constitución de 1979 estuviesen orientadas a limitar el ámbito de protección del amparo. En este sentido, el artículo 200, inciso 2 del texto constitucional de 1993 establece de forma expresa la improcedencia de la demanda de amparo contra normas legales, disposición establecida principalmente para impedir el amparo contra normas autoaplicativas.

A nuestra consideración, la inclusión de un artículo expreso en la Constitución referido a la improcedencia del amparo contra normas legales resulta innecesaria, pues en el texto constitucional es preferible que solo se precise la finalidad del amparo, cual es la tutela de los derechos fundamentales, dejándose la discusión sobre las causales de improcedencia específicas a la legislación ordinaria. Sin embargo, tampoco debe desconocerse que la proliferación de amparos directos contra normas, muchos manifiestamente improcedentes, fue lo que justificó una decisión de este tipo.

Dado que la Constitución estableció una causal de improcedencia del amparo directo contra normas legales, los tribunales se encontraron con una prohibición expresa no prevista en la Constitución de 1979. Se había optado por una «tesis negativa» respecto a esta materia. Sin embargo, pronto esta norma sería objeto de una interpretación acorde con los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional.

En este sentido, la línea jurisprudencial del supremo intérprete de la Constitución se orientó, desde 1997, por admitir el amparo directo contra normas legales, únicamente en el caso de las normas autoaplicativas. A partir de una interpretación sobre los fines de los procesos constitucionales en materia de tutela de derechos fundamentales, el Tribunal consideró que la prohibición establecida en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución no debía ser entendida de forma literal ni absoluta, permitiéndose la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra normas legales en caso fueran autoaplicativas, entendiéndose como tales aquellas que generaban efectos inmediatos y lesionaban derechos fundamentales, sin necesidad de actos concretos de aplicación. Este lineamiento jurisprudencial se mantendrá sin variación alguna en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y podemos afirmar que adquirieron la calidad de jurisprudencia vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del Estado. Conforme fueron avanzando los años, el Tribunal precisó con una mejor técnica jurídica su posición, pero siempre enmarcándola dentro de la «tesis permisiva amplia», es decir, aceptando la procedencia del amparo contra actos lesivos basados en normas y contra normas autoaplicativas.

El Código Procesal Constitucional reiteró el contenido de la norma vigente en nuestro país desde 1982 sobre la procedencia del amparo contra actos basados en normas legales, pero no estableció ninguna disposición sobre el amparo directo contra normas autoaplicativas, a pesar de existir

una sólida línea jurisprudencial sobre la materia. A nuestra consideración, esta omisión significó la pérdida de una importante oportunidad para que el legislador nacional, tomando como referencia la extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, fije a nivel normativo las pautas que corresponden ser observadas y aplicadas por la judicatura en el caso del amparo directo contra normas autoaplicativas. En consecuencia, la regulación de este tema continuó bajo lo establecido en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución (improcedencia del amparo contra normas legales), y la interpretación sobre esta norma efectuada por el Tribunal Constitucional (admitir la procedencia únicamente en el caso de normas autoaplicativas).

Tomando en consideración que el Código Procesal Constitucional no estableció ninguna novedad sobre el amparo contra normas legales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional posterior a su vigencia ha continuado en la línea de la «tesis permisiva amplia», es decir, admitiendo el amparo frente a actos basados en normas y contra normas autoaplicativas que lesionen derechos fundamentales. Un primer aspecto a resaltar sobre este tema, lo constituye el perfeccionamiento de los fundamentos empleados por el Tribunal para delimitar ambos supuestos. Sin embargo, en el caso concreto de las demandas contra normas autoaplicativas, el ámbito de protección constitucional se ha extendido a supuestos en que no corresponde aplicar esta modalidad de control constitucional.

Mediante ley 28946, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de diciembre de 2006 se modificaron diferentes artículos del Código Procesal Constitucional. En lo que respecta a este ítem, interesan de modo particular las reformas efectuadas al artículo 3, sobre la procedencia del amparo frente a actos basados en normas. Esta norma establece aspectos importantes que merecen ser identificados de forma separada:

- La norma se centra en regular la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas. En consecuencia, el contenido del texto original del artículo 3 quedó fuera del Código, por lo que actualmente se carece de una norma expresa que establezca la procedencia del amparo contra actos lesivos basados en normas. Además, el Código genera confusión sobre este tema pues el nuevo texto del artículo 3 mantiene la sumilla del texto anterior («Procedencia frente a actos basados en normas») a pesar de que regulan materias distintas.
- En línea con lo anterior, el primer párrafo del nuevo texto del artículo 3 precisa que la demanda de amparo procede contra «normas autoaplicativas», por lo que se puede asumir que la reforma recoge la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre el artículo 200, inciso 2 de la Constitución, en tanto la prohibición del amparo contra normas legales no debe ser entendida como absoluta, sino que admite



excepciones. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 3 establece una definición de este tipo de normas. Finalmente, no debe dejarse de lado que se admite la procedencia del amparo contra la amenaza de aplicación de normas autoaplicativas, que como veremos en la sección siguiente, resulta algo contradictorio.

- El tercer y cuarto párrafo disponen un procedimiento de revisión ante la Corte Suprema en los casos en que la autoridad judicial hubiese realizado control difuso, que puede ser entendido como aplicable a cualquier proceso de amparo contra normas, aunque también podría entenderse que, al regularse en los dos primeros párrafos el supuesto de amparo contra normas autoaplicativas, el procedimiento de revisión únicamente corresponde en tal situación y no en el caso del amparo contra actos basados en normas.

Esta reforma al artículo 3 del Código resulta un tanto extraña, pues no contiene alguna medida que pueda considerarse limitativa respecto al ámbito de protección del amparo. Por el contrario, recoge la tendencia jurisprudencial de admitirlo frente a normas legales autoaplicativas.

Sin embargo, al reconocerse la intervención de la Corte Suprema en el procedimiento de revisión del uso de la facultad del control difuso, surge la necesidad de precisar cuál va a ser su relación con el Tribunal Constitucional respecto a estos procesos, pues podrían presentarse interpretaciones contradictorias por parte de ambos órganos sobre la constitucionalidad de determinadas normas. Afortunadamente, hasta el momento no se conocen mayores problemas relacionados con esta revisión, pero lo ideal sería una precisión legal que aclare las dudas en torno a este tema, aunque quizá lo más adecuado sea volver al texto original del artículo 3 del Código.

A nuestra consideración, los casos en que se aplique el control difuso en los procesos de amparo deberían ser elevados en revisión ante el Tribunal Constitucional, como sucede en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad en España. Sin embargo, implementar este mecanismo de revisión en nuestro país implicaría llevar a cabo una reforma constitucional del artículo 202 respecto a las competencias del Tribunal, situación que también podría tener sus contras, y ello porque una eventual reforma en este sentido puede significar una prolongación del proceso con afectación a los justiciables.

### **3.6. Amparo contra resoluciones judiciales**

Sobre la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales existen diferentes tesis, sea que admitan («tesis permisiva») o nieguen («tesis negativa») esta posibilidad. Incluso en la primera opción se pueden encontrar posiciones distintas; por un lado, la «tesis permisiva moderada o débil»,

que permite la protección del amparo solo contra resoluciones dictadas en contra de derechos fundamentales de índole procesal, y, de otra parte, la «tesis permisiva amplia o fuerte», que admite la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales cuando se hubiese afectado cualquier derecho fundamental. La opción asumida en cada país depende del contenido de sus normas constitucionales y legales sobre el proceso amparo, así como la posición que asuman sus respectivos tribunales a través de la jurisprudencia constitucional.

La Constitución peruana de 1979 no estableció ninguna disposición relacionada con la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, ni aceptándola ni prohibiéndola, pues el segundo párrafo del artículo correspondiente (295) solamente se limitó a señalar que el amparo procedía contra «cualquier autoridad, funcionario o persona» que amenazara o vulnerase los derechos fundamentales. Sin embargo, el hecho que la Constitución habilite la presentación de una demanda de amparo contra cualquier «autoridad» permitía interpretar que también cabía su interposición contra jueces, en caso sus decisiones —administrativas o jurisdiccionales— afectasen derechos fundamentales. Por lo tanto, correspondía a la legislación y la jurisprudencia establecer una posición respecto a este tema, a partir de lo dispuesto en las normas constitucionales.

La ley 23506, de 1982, que reguló el proceso de amparo a la luz de la Constitución de 1979, estableció en el artículo 6, inciso 2 la improcedencia de las demandas de amparo contra resoluciones judiciales que emanaran de un «procedimiento regular», lo cual dio lugar a que la jurisprudencia constitucional precisara los alcances de lo que debía entenderse como tal. Al hacerlo, se llegó a un importante consenso, tanto por parte del Poder Judicial como del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, optándose por considerar que un «procedimiento regular» era aquel en que se respetaban la tutela jurisdiccional efectiva y las garantías del debido proceso, por lo que solo cabía presentar una demanda de amparo contra resoluciones judiciales cuando se hubiesen dictado con afectación de tales derechos. En este sentido, a nivel de la jurisprudencia constitucional, mientras estuvo vigente la Constitución de 1979, se acogió en el Perú la denominada «tesis permisiva moderada». Sin embargo, el principal problema del amparo contra resoluciones judiciales estuvo centrado en el excesivo número de demandas que eran presentadas sin estar referidas a la protección de derechos fundamentales.

La Constitución de 1993, en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 200 elevó a rango constitucional la causal de improcedencia sobre el amparo contra resoluciones judiciales prevista en el inciso 2 del artículo 6 de la ley 23506. Por este motivo, los tribunales continuaron aplicando y perfeccionando los criterios establecidos respecto a esta materia durante la

vigencia de la Constitución de 1979. En este sentido, el nuevo texto constitucional no tuvo mayor influencia en algún cambio jurisprudencial respecto a la opción por la «tesis permisiva moderada». Incluso, el nuevo Tribunal Constitucional, que inició sus funciones en junio de 1996, mantuvo una línea similar a la desarrollada por el Poder Judicial y el anterior Tribunal de Garantías Constitucionales.

En este sentido, a partir de una interpretación «a contrario» de la prohibición establecida en la Constitución y la ley para presentar demandas de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un «procedimiento regular», se continuó interpretando que los procesos regulares son únicamente aquellos que respetan las garantías del debido proceso. Este lineamiento estará presente en la jurisprudencia del nuevo Tribunal Constitucional y podemos afirmar que adquirió la calidad de jurisprudencia vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del Estado.

El Código Procesal Constitucional trajo consigo importantes novedades respecto al tema del amparo contra resoluciones judiciales. En este sentido, cambia la perspectiva para regular esta materia, pues si en la ley 23506 se encontraba prevista en un artículo referido a las causales de improcedencia de los procesos constitucionales, el Código precisa los alcances de este tema en un artículo diferente, que habilita el amparo contra resoluciones judiciales, pero condicionando tal posibilidad a determinados requisitos: a) que las resoluciones que se cuestionan sean firmes, es decir, que contra ellas se haya interpuesto todos los recursos legales que el ordenamiento jurídico ofrece para tal efecto, y b) que se busque proteger una violación manifiesta de la «tutela procesal efectiva», la cual comprende, según lo establece el Código, el derecho de acceso a la justicia y las garantías del debido proceso. La opción del Código fue continuar la línea establecida en la legislación y jurisprudencia anterior, adherida a la «teoría permisiva moderada», aunque con una redacción técnicamente muy superior.

Dado que el Código Procesal Constitucional recogió la tendencia jurisprudencial existente en materia de amparo contra resoluciones judiciales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional inmediatamente posterior al Código continuó en la línea de permitir el amparo solo en aquellos casos en que se afectase la tutela jurisdiccional efectiva y las garantías del debido proceso. En este sentido, se mantuvo a nivel jurisprudencial la opción –ratificada por el Código– por la «tesis permisiva moderada».

Sin embargo, en el año 2006 el Tribunal Constitucional cambió su jurisprudencia sobre esta materia, así como amplió los alcances del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, a fin de habilitar la posibilidad de presentar demandas de amparo contra resoluciones judiciales, no solo por la afectación de derechos de índole procesal, sino también para proteger

cualquier derecho fundamental. En este sentido, se puede afirmar que en el Perú, luego de veinticinco años, se produjo un tránsito de la opción por una «tesis permisiva moderada» hacia una «tesis permisiva amplia». Esto ocurrió mediante la expedición de la STC 3179-2004-PA (caso Apolonia Ccollcca Ponce), en la que se expusieron principalmente dos argumentos para justificar el cambio de línea jurisprudencial.

En primer lugar, de acuerdo con el Tribunal, el ámbito de protección del proceso de amparo debe determinarse a partir de una lectura de conformidad con el principio de unidad de la Constitución. En este sentido, los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200 de la ley fundamental establecen cuáles son los derechos protegidos por los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data; por lo que los derechos protegidos por el amparo son aquellos no protegidos por el hábeas corpus (libertad personal y derechos conexos) ni por el hábeas data (acceso a la información pública e intimidad informática). Por lo tanto, no podría establecerse una restricción respecto a los derechos protegidos por el amparo, lo que precisamente ocurre cuando se considera —en función del segundo párrafo del artículo 200, inciso 2 de la Constitución— que solo procede el amparo contra resoluciones judiciales cuando se afecta la tutela jurisdiccional o el debido proceso. A nuestra consideración, la interpretación del Tribunal sustentada en el principio de unidad de la Constitución, y también en los fines de los procesos constitucionales, resulta plenamente válida a efectos de precisar que la competencia en razón de la materia de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales, abarca la protección de todos los derechos fundamentales y no únicamente de aquellos de índole procesal.

En segundo lugar, el Tribunal precisó los alcances de la eficacia de los derechos fundamentales respecto a toda autoridad, funcionario o persona, los cuales, sin excepción alguna, se encuentran obligados a respetarlos, por lo que no cabe admitir que si una autoridad judicial emite una resolución que afecta cualesquiera de estos derechos, solo pueda ser cuestionada en caso afecte el debido proceso o la tutela jurisdiccional. A nuestra consideración, esta interpretación del Tribunal Constitucional sustentada en la «eficacia vertical» de los derechos fundamentales resulta adecuada, pues refuerza las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales, que se derivan de la Constitución (artículo 44) y los tratados sobre derechos humanos. Una errónea interpretación del segundo párrafo del artículo 200, inciso 2 de la Constitución podría llevar a concluir que las autoridades judiciales solo estarían obligadas a respetar y garantizar los derechos constitucionales de índole procesal, cuando en realidad esa obligación se extiende al conjunto de derechos reconocidos en el texto constitucional, sin excepción alguna. Por lo expuesto, consideramos válido el cambio de línea jurisprudencial del

Tribunal Constitucional en materia de amparo contra resoluciones judiciales, que se enmarca actualmente dentro de la «tesis permisiva amplia». Para su correcta aplicación, el propio Tribunal ha establecido algunos criterios adicionales a observar (examen de razonabilidad, el examen de coherencia y el examen de suficiencia), a fin de evitar que los abogados litigantes busquen aprovechar este cambio para lograr, a través del amparo, una revisión de los fallos judiciales desfavorables, incluso en supuestos en que no existe violación de un derecho fundamental<sup>18</sup>.

### 3.7. Amparo contra amparo

En lo que respecta al amparo contra amparo, como sub-especie del amparo contra resoluciones judiciales, el TC ha habilitado esta figura a partir de la STC 4853-2004-PA/TC, dado que con anterioridad a dicha sentencia, si bien la interposición de un amparo estaba permitida para cuestionar lo decidido en otro amparo, esta posibilidad era de suyo restringida<sup>19</sup>. Con todo, a partir de esta sentencia con carácter de precedente vinculante, la que sería precisada por posteriores resoluciones del TC, las reglas para la procedencia del amparo contra amparo son: a) Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo<sup>20</sup>; b) Su habilitación solo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8 de la Constitución<sup>21</sup>; d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; e) Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como

---

<sup>18</sup> Las fórmulas de delimitación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria pueden verse en León VAsquez, Jorge y Nicolaus Weil von der Ahe. Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Tribunal Constitucional, 3 (julio-diciembre 2010), pp. 321 y ss.

<sup>19</sup> Grandez, Pedro y Priori Posada, Giovanni. Tribunal Constitucional versus Poder Judicial: ¿Desamparando al amparo? Debate sobre la política jurisdiccional del contra amparo. *Themis*, 55 (2008), pp. 157 y ss.

<sup>20</sup> Cf. 04650-2007-PA/TC, Fundamento 5.

<sup>21</sup> Cf. Sentencias emitidas en los expedientes 02663-2009-PHC/TC, Fundamento 9 y 02748-2010-PHC/TC, Fundamento 15.

respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; g) Resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional<sup>22</sup>; h) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; i) Procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como por ejemplo la de ejecución de sentencia<sup>23</sup>.

### 3.8. Amparo contra laudos arbitrales

La Constitución de 1993, al igual que el texto constitucional de 1979, reconoce la denominada «jurisdicción arbitral». En este sentido, en el artículo 139, inciso 1 señala: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».

El Código Procesal Constitucional de 2004 no estableció ninguna disposición relacionada con la procedencia de las demandas de amparo contra laudos arbitrales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional salvó esta omisión y, siguiendo en buena medida los lineamientos generales de su jurisprudencia anterior, precisó importantes aspectos relacionados con esta materia. En primer lugar, reiteró la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, señalando que tal situación debía ser admitida solo en tres supuestos: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal solo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)<sup>24</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal había determinado que, antes de interponer la respectiva demanda de amparo contra un laudo arbitral, debían agotarse los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico nacional para impugnarlo, es decir, que de modo previo se debía acudir a las instancias jurisdiccionales ordinarias con la finalidad de tutelar los derechos afectados. No obstante, no ha sido sino con la expedición de la STC 0142-2011-PA/TC, con carácter de precedente vinculante, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha experimentado un cambio copernicano, impulsado en bue-

<sup>22</sup> Sentencia recaída en el expediente 03908-2007-PA/TC, Fundamento 8.

<sup>23</sup> STC 3893-2010-PA/TC, FJ. 3.

<sup>24</sup> STC 4972-2006-PA/TC.

na cuenta por las recientes modificaciones operadas a nivel de la legislación ordinaria en materia de arbitraje (y en particular, la entrada en vigencia del decreto legislativo 1071, Ley General de Arbitraje).

En efecto, partiendo de la consideración de que la especial naturaleza del arbitraje no supone en lo absoluto su desvinculación del esquema constitucional, el Tribunal reconoce que, si bien los criterios antes descritos no han perdido su vigencia e importancia, estos requieren ser acoplados de una manera más directa a lo que expresamente ha previsto el Código Procesal Constitucional. Esta necesidad suya de unificar la jurisprudencia en materia de amparo arbitral, aunada a la constatación de una buena cantidad de procesos de este tipo que estaban en trámite ante la jurisdicción constitucional, es lo que finalmente ha llevado al Tribunal a emitir un precedente vinculante, bajo la clave (antes ignorada en el análisis del asunto) de que el amparo no es más un proceso alternativo, sino uno subsidiario o residual.

En ese sentido, el Tribunal ha señalado que el «recurso de anulación» previsto en el decreto legislativo 1071 (y, por razones de temporalidad, los recursos de «apelación» y «anulación» para aquellos procesos sujetos a la ley 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos constitucionales, lo que determina la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5 inciso 2 del referido Código. En particular, el Tribunal ha excluido expresamente del ámbito del amparo tres supuestos concretos de impugnación, en los que cabe interponer más bien el recurso de anulación previsto en el decreto legislativo 1071, y estos son: a) la protección de los derechos constitucionales, incluso cuando estos sean el debido proceso o la tutela procesal efectiva; b) la falta de convenio arbitral; y c) cuando, pese a haberse aceptado voluntariamente el convenio, las materias sobre las cuales ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales indisponibles. Se precisa, en todo caso, que contra lo resuelto por el Poder Judicial en vía de este recurso, es posible interponer un amparo contra resolución judicial.

No obstante estas restricciones, el Tribunal Constitucional admite hasta tres situaciones excepcionales en las cuales sí cabe interponer un proceso de amparo contra laudo arbitral, a saber: a) cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes; b) cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y c) cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del decreto legislativo 1071.

Con todo, se mantiene la exigencia de que, en los supuestos a) y b) antes reseñados, el afectado debe haber formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que este haya sido desestimado. Se precisa también que la sentencia constitucional que declare fundada la demanda de amparo arbitral deberá ordenar la emisión de un nuevo laudo pero que, en ningún supuesto, el juez o Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo del asunto sometido a esta jurisdicción especial. Finalmente, y en una interpretación que despeja muchas dudas generadas a nivel de la doctrina y jurisprudencia nacionales, el Tribunal ha aclarado que una consecuencia lógica y necesaria del carácter jurisdiccional del arbitraje consiste en que los tribunales arbitrales pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución, amén de la doble dimensión que caracteriza a los procesos arbitrales; si bien para ello deberán seguir, por extensión, los criterios sentados en la jurisprudencia constitucional para el común de la justicia ordinaria, a saber: que se trate de una norma aplicable de la que dependa la validez del laudo arbitral, que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución, y que se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de algunas de las partes.

### **3.9. Las causales de improcedencia del amparo**

Para emitir un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, es necesario que se cumplan determinados presupuestos procesales. Uno de ellos consiste en que no se presente ninguna de las causales de improcedencia previstas en el respectivo ordenamiento jurídico de cada país. En el caso peruano, tales causales se encuentran en la Constitución de 1993 y la ley sobre la materia (el Código Procesal Constitucional); siendo algunas de ellas aplicables a otros procesos (hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento), mientras que otras solo se aplican al amparo en particular.

La Constitución de 1979 no mencionó ninguna causal específica de improcedencia respecto al proceso de amparo. La ley sobre la materia, en concreto el artículo 6 de la ley 23506, precisó tres causales de improcedencia, aplicables tanto al amparo como al hábeas corpus, y relacionadas con el cese y la irreparabilidad del acto lesivo, el cuestionamiento de resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular, y la decisión de haber optado por una vía judicial ordinaria para proteger el derecho amenazado o vulnerado. En el caso de las causales específicas del proceso de amparo, se estableció la necesidad de agotar las vías previas y presentar la demanda dentro del plazo legalmente establecido. En términos generales, este sería el marco normativo de las causales de improcedencia vigente en el Perú



desde 1982 hasta diciembre de 2004, cuanto entró en vigencia el Código Procesal Constitucional.

La Constitución de 1993 estableció en el artículo 200, inciso 2 una nueva causal de improcedencia (la prohibición del amparo contra normas legales), y elevó a rango constitucional la causal prevista a nivel legal sobre el amparo contra resoluciones judiciales. Asimismo, incorporó dos supuestos específicos en que tampoco cabía la posibilidad de presentar una demanda de amparo. Nos referimos al artículo 142, cuyo objetivo es garantizar el normal desarrollo de las actividades del Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura.

El Código Procesal Constitucional establece una relación más completa y detallada sobre las causales de improcedencia de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales. En este sentido, el texto original del artículo 5 estableció diez causales de improcedencia. Casi todas estas se mantienen en la actualidad. Una de ellas, la prevista en el inciso 8, relacionada con el amparo en materia electoral, fue objeto de una reforma a través de la ley 28462, la misma que posteriormente fue declarada inconstitucional<sup>25</sup>, por lo que actualmente no existe una norma específica en el Código sobre esta materia.

Las causales de improcedencia previstas en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional, son aplicables —en su mayoría— a todos los procesos de tutela de derechos fundamentales. Sin embargo, no son los únicos supuestos que justifican declarar improcedente una demanda de amparo, pues existen otras disposiciones del Código que también impiden al juez emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

### **3.9.1. Derechos de sustento constitucional directo y contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales**

Si bien el objetivo del amparo es proteger derechos fundamentales, en no pocas ocasiones se acude a él para plantear controversias que guardan poca o ninguna relación con el análisis jurídico constitucional del derecho invocado. Por esta razón, el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. El uso más importante que hasta el momento ha dado el Tribunal Constitucional a esta causal de improcedencia ha estado referida al contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos en la Constitución en materia previsio-

---

<sup>25</sup> STC 0007-2007-PI/TC.

nal. En este sentido, ha precisado qué materias corresponden ser analizadas a través del proceso de amparo y cuáles debían ser resueltas en otro proceso judicial, como el contencioso-administrativo. Así ha establecido que el amparo procede para evaluar situaciones donde se haya negado el ingreso a un régimen previsional, se haya negado el acceso a la pensión, o el reclamo pensionario se efectúe cuando la pensión es inferior a S/415.00, por afectación del derecho al mínimo vital, o en circunstancias excepcionales que justifiquen la tutela de urgencia, como casos de pensionistas con grave estado de salud<sup>26</sup>.

### 3.9.2. La existencia de vías igualmente satisfactorias

La protección de los derechos fundamentales puede llevarse a cabo a través de las diferentes vías procesales que cada país establezca para tal efecto. Por esta razón, se hace necesario establecer la relación entre el proceso de amparo y los otros medios de tutela judicial, a fin de evitar que se emitan fallos contradictorios entre los órganos jurisdiccionales. Si para alcanzar la protección de un derecho fundamental existe otro proceso judicial diferente del amparo, debe acudir a aquel en forma obligatoria. Si bien en un inicio se optó en el Perú por considerar al amparo como un «proceso alternativo», lo cual estuvo vigente desde 1982 hasta el año 2004, el Código Procesal Constitucional optó por un amparo «subsidiario o residual». En este sentido, el artículo 5, inciso 2 del Código establece que no procede el amparo cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. A nuestra consideración, la opción asumida por el Código a favor del carácter residual del proceso de amparo es una medida necesaria, a fin de hacer frente al problema de la desnaturalización de este proceso en el país. Si bien el Código no señala mayores elementos para identificar cuándo nos encontramos ante otra vía procedimental igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha buscado de forma progresiva llenar este vacío, decantándose básicamente por considerar que una vía es igualmente satisfactoria cuando brinda una tutela idéntica a la brindada por el amparo (por ejemplo en materia laboral, se entiende que el amparo no procede, en el caso del régimen laboral público, pues el proceso contencioso administrativo permite también la reposición de los trabajadores, situación distinta a lo que ocurre, en el régimen laboral privado, donde el amparo procede, ante la falta del efecto restitutorio del proceso laboral ordinario), o

<sup>26</sup> STC 1417-2005-PA/TC.

cuando cuenta con la posibilidad de interponer medidas cautelares<sup>27</sup>. Por otro lado, además de la interpretación subjetiva de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., que determina la improcedencia cuando no se encuentren presentes circunstancias de tutela urgente del derecho fundamental del actor, el TC peruano ha procedido a efectuar una interpretación en clave objetiva de dicho precepto, en tanto que admite que aun cuando no se encuentre presente dicha exigencia de tutela urgente subjetiva, si en el caso se verifica la presencia de una interpretación errónea del derecho fundamental en cuestión, interpretación que viene siendo realizada continuamente en la judicatura ordinaria, el amparo procede con el objeto de proteger los derechos fundamentales, en un sentido objetivo<sup>28</sup>.

### 3.9.3. Cuando se haya recurrido previamente a otro proceso judicial

El artículo 5, inciso 3 del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional. Se trata de una cláusula antifibológica que puede llevar a confusión en otros países como España donde la recurrencia a una vía judicial es un requisito de procedibilidad de la demanda. Sin embargo en nuestro país el amparo procede directamente ante la jurisdicción constitucional, sin necesidad de recurrir previamente a un proceso judicial ordinario. Cuestión distinta es que el amparo tenga dos instancias previas antes de llegar al Tribunal Constitucional que se ventilan ante el Poder Judicial. En este caso, los jueces del Poder Judicial no actúan en calidad de jueces ordinarios, sino de jueces constitucionales de instancia; lo que permite afirmar la unidad del proceso de amparo. El carácter subsidiario del amparo en el Perú no tiene que ver como en España con el hecho de que se tenga que haber transitado previamente las vías judiciales ordinarias dispuestas para la protección del derecho vulnerado; sino en que el amparo solo procede si dichas vías no están dispuestas en el ordenamiento jurídico.

De este modo se explica que si una persona ha acudido a un proceso judicial distinto al amparo para la tutela de sus derechos fundamentales, luego no puede interponer un amparo con el mismo objeto.

---

<sup>27</sup> STC 976-2001-AA/TC, STC 0206-2005-PA/TC.

<sup>28</sup> STC 228-2009-PA/TC. Véase ampliamente al respecto Rodríguez Santander, Roger. «Amparo y residua-lidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional». *Justicia Constitucional*, 2 (2005), p. 98 y ss. Lima: Palestra.

#### **3.9.4. La necesidad de agotar las vías previas**

El Código Procesal Constitucional establece como regla general la necesidad de agotar las vías previas antes de acudir al amparo (artículos 5, inciso 4 y 45), a la vez que precisa excepciones respecto a este requisito (artículo 46). Asimismo, precisa que una demanda contra resoluciones judiciales solo procede cuando estas son firmes (artículo 4), lo que implica que antes de dar inicio al amparo, corresponde agotar la vía previa judicial para cuestionar la resolución que, a juicio del demandante, afecta sus derechos fundamentales. Como ya vimos, sin embargo, el agotamiento de las vías previas también tiene sus excepciones.

#### **3.9.5. Cuando se produce la sustracción de la materia**

El Código Procesal Constitucional aborda el tema del cese o irreparabilidad del acto lesivo como una causal de improcedencia en el artículo 5, inciso 5, aunque establece una precisión importante. En este sentido, señala que no cabe dar inicio a un proceso constitucional cuando a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable. En esta línea, el Código contempla en el segundo párrafo del artículo 1 la posibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto cuando cualquiera de estas situaciones ha ocurrido luego de presentada la demanda. Corresponderá a la autoridad jurisdiccional evaluar, de acuerdo a cada caso concreto, si resulta necesario estimar en estos casos la demanda, en atención a los efectos que esta decisión pueda tener hacia el futuro, como una tutela procesal de carácter preventivo frente a actos similares u homogéneos e, incluso, en virtud a la dimensión objetiva del amparo, como forma de prevenir, de modo genérico situaciones de hecho inconstitucionales<sup>29</sup>.

#### **3.9.6. Improcedencia para cuestionar lo decidido en otro proceso constitucional o cuando exista litispendencia**

El Código Procesal Constitucional establece de forma expresa en el artículo 5, inciso 6 que no procede dar inicio a un proceso constitucional respecto a lo resuelto en otro proceso constitucional, lo cual implica negar, a nivel legal, la posibilidad de presentar un amparo contra lo resuelto en otro proceso de amparo. Dada la importancia del tema, y a efectos de despejar cualquier duda sobre la interpretación del mencionado artículo del Código, el Tribunal optó por emitir una sentencia con carácter de precedente vinculante, por medio de

---

<sup>29</sup> Como ejemplo puede verse la STC 2034-2009-PA/TC, donde el Tribunal emitió pronunciamiento sobre el derecho a la salud, a pesar de haberse producido el fallecimiento de la amparista.

la cual ratificó que, en casos excepcionales, sí procede una demanda de «amparo contra amparo»<sup>30</sup>. Como ya vimos con anterioridad, en esta sentencia, como en otras ha perfilado los supuestos en los que procede esta sub-especie del amparo contra resoluciones judiciales. Últimamente el TC peruano ha admitido también la posibilidad de que pueda presentarse un amparo contra lo resuelto en un hábeas corpus; sin embargo, ha recogido la misma regla que para el caso del amparo laboral, en el sentido que para admitir el amparo contra lo resuelto en un hábeas corpus es requisito indispensable que previamente se haya cumplido y ejecutado lo ordenado en la sentencia de hábeas corpus<sup>31</sup>.

El mismo artículo 5, inciso 6 del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando haya litispendencia, que consiste en la simultánea tramitación de dos o más procesos en que los elementos esenciales de las demandas respectivas son iguales. Sobre este tema son escasos y de poca relevancia los casos conocidos por el Tribunal Constitucional, por lo que no se ha emitido algún fallo que desarrolle de forma amplia los alcances de esta causal de improcedencia, a fin de orientar su correcta aplicación, omisión que debería ser subsanada de manera inmediata.

### **3.9.7. Improcedencia frente a resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura**

A fin de garantizar el normal desarrollo de las actividades del Consejo Nacional de la Magistratura, el artículo 142 de la Constitución establece de forma expresa que no son revisables en sede judicial sus resoluciones en materia de evaluación y ratificación de jueces. Por mucho tiempo, este artículo fue interpretado de forma literal; sin embargo, en el año 2002 el Tribunal Constitucional precisó que el artículo 142 de la Constitución no podía ser interpretado como un impedimento para que a través del amparo se revisen las resoluciones de este órgano, pues de lo contrario se crearía una zona de indefensión que vulneraría el derecho a interponer un recurso sencillo y rápido ante los tribunales por actos que afectan los derechos fundamentales. Esta interpretación del Tribunal fue recogida en el Código Procesal Constitucional, que en su artículo 5, inciso 7 dispone que no procede dar inicio a los procesos constitucionales cuando se cuestionen resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, «siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia

---

<sup>30</sup> STC 4853-2004-PA/TC

<sup>31</sup> STC 1761-2008-PA/TC.

al interesado»; es decir, se establece un supuesto de excepción a lo dispuesto en el artículo 142 de la Constitución<sup>32</sup>.

### **3.9.8. Improcedencia frente a resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones**

El artículo 142 de la Constitución de 1993 señala que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que versen sobre materia electoral. Esta disposición también fue entendida por mucho tiempo de manera literal, sin considerarse alguna excepción al respecto. Sin embargo, en el año 2005 el Tribunal Constitucional llevó a cabo una novedosa e importante interpretación de esta norma constitucional, permitiendo el amparo en tales supuestos. Por su parte, el Código Procesal Constitucional estableció una norma específica en el texto original del artículo 5, inciso 8, que era acorde con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional. A pesar de esto, mediante la ley 28642 se modificó el artículo 5, inciso 8 del Código. Esta Ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad y en el fallo respectivo el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y reiteró sus argumentos respecto a la interpretación del artículo 142 de la Constitución, entendiendo que no puede ser entendido de forma literal sino en armonía con el respeto y garantía de los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

### **3.9.9. Improcedencia por conflicto entre entes públicos**

El artículo 5, inciso 9 del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales cuando se trate de conflictos «entre entidades de derecho público interno». Se trata de una causal bastante particular, cuyo origen se encuentra en algunos problemas originados en el Perú relacionados con el uso de los procesos constitucionales, en particular del amparo, por parte de determinadas entidades del Estado, en contra de otras entidades también estatales. En este sentido, cualquiera sea la situación que origine un problema entre entidades estatales (órganos constitucionales autónomos y gobiernos regionales y municipales), cuando esta se encuentre relacionada con la necesidad de determinar o precisar la competencia de una u otra, será el proceso competencial, y no el proceso de amparo, la vía a la cual corresponde acudir para la resolución de la respectiva controversia. Por lo demás, el TC peruano no ha admitido la existencia de derechos fundamentales en estos órganos constitu-

<sup>32</sup> STC 3361-2004-AA/TC.

<sup>33</sup> STC 0007-2007-PI/TC.

cionales, salvo el caso del derecho al debido proceso<sup>34</sup>, o la defensa objetiva del orden constitucional, cuando se afectan los precedentes o la jurisprudencia vinculante del TC<sup>35</sup>.

### 3.9.10. Improcedencia por prescripción del plazo para demandar

El artículo 5, inciso 10 del Código Procesal Constitucional establece que no cabe dar inicio a un proceso constitucional si se ha vencido el plazo para presentar la demanda respectiva. El fundamento de esta opción se encuentra en la tutela urgente que se busca obtener en estos procesos y en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica. El vencimiento del plazo para presentar una demanda de amparo no deja a la persona afectada sin la posibilidad de reclamar la respectiva tutela judicial de sus derechos fundamentales, solo que no podrá hacerlo a través de este proceso constitucional y deberá acudir a otra vía procesal. Por esta razón, el plazo para interponer una demanda de amparo debe ser entendido como de prescripción y no de caducidad. De acuerdo al artículo 44 del C.PConst., el plazo para presentar una demanda de amparo vence a los 60 días de producido el acto lesivo, aunque se admiten algunas excepciones en el caso de actos de ejecución continuada, amenaza u omisión, donde no existe plazo mientras continúe el acto o amenaza que dio origen a la supuesta afectación de derechos fundamentales. En el supuesto de amparo contra resoluciones judiciales, por seguridad jurídica, el plazo es menor: 30 días, que pueden contarse desde el día en que se expide la resolución de última instancia del proceso judicial respectivo o desde que se expide la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

### 3.10. Principios procesales que orientan el proceso de amparo

Los principios procesales dispuestos en el artículo III del Título Preliminar del C.PConst., son pautas hermenéuticas que van a permitir al operador intérprete del amparo resolver cualquier aparente vacío en el régimen procesal, así como orientar la interpretación de las normas procesales que haga el juzgador. Estos principios procesales son: a) el de dirección judicial del proceso, b) el principio de gratuidad en la actuación del demandante, c) el principio de economía procesal, d) el principio de inmediación, e) el principio de socialización del proceso. Cabe identificar como sub-principios los siguientes: a) el impulso procesal de oficio, b) el principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, c) el principio pro actione<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> STC 1407-2007-PA/TC, STC 2939-2004-PA/TC.

<sup>35</sup> STC 4853-2004-PA/TC.

<sup>36</sup> Eto Cruz, Gerardo. El rol de los principios procesales en la actuación del juez constitucional. *Gaceta Constitucional*, 13 (enero 2009), p. 27 y ss.

### 3.11. Las partes

Las partes son los sujetos del proceso que pueden ser dos personas naturales, o una natural y otra jurídica o dos entidades jurídicas. Esto lleva implícito la concepción bilateral que presupone el amparo, en donde hay un sujeto agraviado y otra parte que perpetra el acto lesivo.

En nuestro ordenamiento procesal (artículo 39 del C.PConst.), la «legitimación activa» en el amparo le corresponde, por principio, a la persona afectada, y pueden ser las siguientes:

- a) La «persona natural», entendida como el ser humano afectado por el acto lesivo. La persona física solo debe afirmar la titularidad del derecho fundamental que considera lesionado, para convertirse en sujeto legitimado. Aquí, además, se pueden distinguir cuatro supuestos: a) la persona directamente afectada, b) el representante de la persona afectada, c) el apoderado, y d) la tercera persona (procuración oficiosa, artículo 41 del C.PConst.).
- b) La «persona jurídica», que en nuestro país aún se presenta la discusión sobre si pueden ser titulares o no de derechos fundamentales. El tema se bifurca en dos grandes aspectos: a) el relacionado a las personas jurídicas de derecho privado y b) el vinculado a las personas jurídicas de derecho público. En el caso de las primeras, el tema no tiene mayor complejidad por cuanto la Constitución sí distingue a las personas naturales de las jurídicas, en tanto estas son detentadoras y beneficiarias de derechos de cotización fundamental en todo en cuanto le corresponda. Empero, en el caso de las personas jurídicas de derecho público el tema sí tiene un alto contenido polémico. Con todo, el TC peruano ha interpretado que los entes públicos son titulares del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, así como también del debido procedimiento administrativo, posición que no nos resulta del todo correcta, en cuanto si bien el debido proceso no puede ser afectado en caso alguno, ello no quiere decir que los entes públicos sean titulares de este derecho fundamental, sino simplemente que su respeto es una exigencia de la función jurisdiccional del Estado.
- c) Otro supuesto vinculado a la legitimación activa es la «legitimación pública» otorgada en nuestro caso al defensor del pueblo, en ejercicio de su función como órgano protector de los derechos fundamentales.
- d) Un último supuesto de legitimación procesal activa es el relacionado a los llamados «intereses difusos» y que corresponde a intereses transindividuales o supraindividuales o colectivos y cuya naturaleza indivisible de lo que se discute habilita a que cualquier persona pueda entablar un proceso de amparo vinculado a los derechos difusos de bienes inestima-



bles en valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor (artículo 40 del C.P.Const.).

La «legitimación pasiva» está vinculada con la configuración del acto lesivo de quien lo perpetra. En tal sentido, en el ordenamiento constitucional peruano dada la gran amplitud de quien pueda realizar un acto lesivo, es que se comprende que puede ser una trilogía expresada en autoridad, funcionario o persona. Problemática especial es el conflicto vía el amparo entre personas particulares, hipótesis que sin embargo ha sido ampliamente admitida por el TC peruano al recoger la tesis de la «eficacia horizontal» de los derechos fundamentales<sup>37</sup>.

Un último aspecto vinculado a la problemática de las partes es el relacionado a «terceras personas» intervinientes en el proceso de amparo, y en donde cabe distinguir dos supuestos: en primer lugar, lo que nuestro Código ha recogido en su artículo 43 como el litisconsorte facultativo y, en segundo lugar, el caso de «terceros» que pueden intervenir en el proceso pero sin un interés concreto en la resolución del caso. Su intervención en el amparo se corresponde solo con un interés general de coadyuvar a la correcta interpretación constitucional llevada a cabo en la controversia constitucional. Aquí nos encontramos ante figuras como el *amicus curiae* y el partícipe.

### 3.12. La competencia

La competencia en el proceso de amparo se determina sobre la base de tres criterios: a) la «competencia material», que se ha otorgado a los jueces civiles en primera instancia, a las Salas Civiles, en segunda instancia y al Tribunal Constitucional, en última y definitiva instancia en caso de resolución denegatoria; b) la «competencia funcional», que corresponde a los juzgados en primera instancia, a las Salas de las Cortes Superiores en segunda instancia y al Tribunal Constitucional en última instancia; y c) la «competencia territorial», que se ha asignado en tres posibilidades: al juez del domicilio del demandante o al juez donde acaeció el acto lesivo (de acuerdo a la modificatoria introducida por el artículo 1 de la ley 28946). En una opción legislativa que bien puede morigerarse, nuestro ordenamiento procesal ha dispuesto un régimen unitario en la asignación de la competencia *ratione materiae*, entregando todos los casos a los jueces civiles. Esto si bien puede representar un orden en la asignación de la competencia, deja de lado la especialización que determinados procesos de amparo pueden reclamar, como el amparo laboral o el amparo económico, solo por mencionar dos ejemplos que bien podrían ser mejor resueltos en los juzgados laborales o los juzgados comerciales. Sin embargo, un adecuado avance en la asignación de

---

<sup>37</sup> STC 976-2001-AA/TC.

una mejor competencial material es la implementación de Juzgados y Salas Constitucionales, aun cuando su número sea aún reducido.

### 3.13. La demanda

La demanda es el acto voluntario mediante el cual se ejerce el derecho de acción, activándose la actividad de la jurisdicción constitucional en procura de la protección ius-fundamental. En nuestro sistema procesal, se han establecido determinados requisitos que debe contener la demanda de amparo, entre los cuales se encuentran: La designación del Juez ante quien se interpone; el nombre, identidad y domicilio procesal del demandante; el nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del presente Código; la relación numerada de los hechos que hayan producido o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional; los derechos que se consideran violados o amenazados; el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide; la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

### 3.14. La suplencia de la queja deficiente

La «suplencia de la queja deficiente» es una institución de eminente raigambre mexicana. Aun cuando tuvo algunos antecedentes legislativos y jurisprudenciales, es recogido en la Constitución mexicana de 1917. La doctrina en el país azteca ha entendido que la suplencia de la queja deficiente comprende tanto la suplencia del error al momento de invocar el fundamento del petitum, cuestión que puede entenderse como la corrección de un error formal; como la suplencia en la determinación de la *causa petendi*, situación que puede presentarse como una verdadera reconstrucción del caso constitucional por parte del juez, al determinar la lesividad del acto no en razón a la afectación del derecho invocado sino a la vulneración de un derecho que no fue materia de discusión<sup>38</sup>. En rigor, en la suplencia de la queja deficiente, no solo se trata de corregir un error al momento de invocar el fundamento jurídico de la pretensión, lo cual supone la superación de una estrecha visión de formalismo procesal que ata al juez en la resolución de la controversia, sobre todo cuando de lo expresado en la demanda se deduce claramente el error en la invocación del derecho; sino que esta institución puede suponer la invocación de cualquier aspecto constitucional en el caso, aun cuando este ni siquiera haya sido imaginado por el recurrente. En nuestro país la suplencia de la queja se ha presentado a través del principio *iura novit curia* contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del C.P.Const., aun cuando en rigor este se ha considerado más relacionado a la suplencia del error. El Tribunal Constitucional peruano ha efectuado, sin embargo, una

<sup>38</sup> Castro, Juventino V. *Justicia, legalidad y la suplencia de la queja*. México: Porrúa, 2003.

interpretación amplia y no ha discriminado en la posibilidad de entender el principio *iura novit curia* como una verdadera suplencia de la queja en los dos sentidos aquí aludidos<sup>39</sup>. Ha empleado además este instituto en la suplencia de deficiencias procesales, como en el caso de la adecuación o reconversión de procesos mal planteados<sup>40</sup>.

### **3.15. Rechazo liminar de la demanda**

El C.P.Const., ha dispuesto en su artículo 47 la posibilidad de que el juez rechaze liminarmente una demanda de amparo, cuando se aprecie manifiestamente que la misma no reúne los requisitos de procedibilidad. El rechazo liminar se fundamenta en el principio de economía procesal y supone que el proceso de amparo no prosigue en todas sus etapas. El auto de rechazo liminar no es notificado a la contraparte (ni tampoco la demanda) y puede ser impugnado. Solo la apelación del auto de rechazo liminar es notificada a la contraparte, con lo que esta toma conocimiento del proceso. Aun cuando, en estricto, desde la óptica del Derecho Procesal, cuando se produce el rechazo liminar no se configura una relación procesal, el TC ha admitido la posibilidad de que se emita en las instancias superiores una decisión sobre el fondo del asunto, en tanto consten en el expediente elementos de juicio suficientes sólidos para emitir un pronunciamiento, y en tanto la urgencia del caso así lo amerite<sup>41</sup>.

### **3.16. Medida cautelar**

El C.P.Const., ha regulado en su artículo 15 la interposición de medidas cautelares en el amparo. La posibilidad de presentar medidas cautelares, en un proceso de amparo, como lo resaltó la doctrina mexicana, desde un inicio, a través de la figura de la suspensión del acto reclamado, resulta clave en este tipo de proceso, en tanto que tutela restitutoria, requiere la preservación del objeto del proceso, esto es, que el derecho fundamental no se convierta, por el paso del tiempo, en irreparable. Con todo, el Código ha restringido el uso de las medidas cautelares, cuando se intenten suspender actos de los gobiernos regionales y municipales, lo cual no parece condecirse con la finalidad misma del proceso de amparo, aun cuando se justifique en el hecho del abuso de las medidas cautelares, especialmente grave en el caso del control del orden público a cargo de los gobiernos locales.

### **3.17. La prueba**

Aun cuando el artículo 9 del C.P.Const., ha establecido que en el amparo no existe una etapa de actuación probatoria, el Tribunal ha utilizado la ex-

<sup>39</sup> STC 3426-2008-PHC/TC, FJ. 2.

<sup>40</sup> STC 5761-2009-PHC/TC, FF.JJ. 26 y 27.

<sup>41</sup> STC 4587-2004-PA/TC.

cepción contenida en la misma norma, según la cual el juez constitucional puede actuar la prueba que estime pertinente, para recabar la información necesaria que permita establecer la vulneración de un derecho fundamental. Así, ha hecho uso de los pedidos de información, de informes de *amicus curiae*, entre otros para producir la prueba que lleve al establecimiento de la verdad en el proceso constitucional<sup>42</sup>.

Por otro lado, en reciente jurisprudencia el Tribunal ha dispuesto, innovando en la regla usual sobre la carga de la prueba en el amparo, que en el caso de producirse una discriminación por motivos sospechosos, el acto lesivo se reputa inconstitucional, recayendo en el ente infractor la probanza sobre la legitimidad constitucional de la medida<sup>43</sup>.

### 3.18. La sentencia

Los contenidos de la sentencia en el amparo se encuentran regulados en dos aspectos: a) por un lado, en el artículo 17 del C.P.Const., se recogen los contenidos que debe tener una sentencia, independientemente si es estimativa o no; y b) el contenido de la sentencia fundada que se encuentra regulado en el numeral 55 y que debe tener algunos contenidos mínimos, como son: identificación del derecho constitucional vulnerado, declaración de nulidad, restitución o restablecimiento de los derechos constitucionales y orden y definición precisa de la conducta a cumplir.

Los efectos personales de la sentencia de amparo se van a expresar en dos modalidades: a) el efecto general o *erga omnes* a través de dos tipos de fallos: i) vía precedente vinculante, y ii) mediante la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales con efecto más allá de las partes<sup>44</sup>; y la segunda modalidad b) es el carácter concreto o inter partes, derivado de la famosa «fórmula Otero».

La ejecución de la sentencia en materia de amparo presenta un amplio entramado normativo con mecanismos de eficacia y coerción como son la imposición de multas o la destitución del responsable (artículo 22 y 59 del C.P.Const.); igualmente otras instituciones como la actuación inmediata de la sentencia o la represión de actos homogéneos.

La actuación inmediata o ejecución provisional de la sentencia ha sido reconocido expresamente por el TC peruano en la STC 0607-2009-PA/TC, aun cuando existía duda sobre su regulación en el artículo 22 del C.P. Const. Subyace en esta institución procesal la tutela de urgencia del justi-

42 STC 3081-2007-PA/TC, FJ. 2-4.

43 STC 2317-2010-PA/TC, FFJJ. 32-34. Vid. al respecto León Florián, Felipe Johan. Sobre la prueba en el proceso de amparo. En AA.VV. *La prueba en el proceso constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, pp. 80-90.

44 STC 2579-2003-HD/TC. Véase al respecto Vargas Hernández, Clara Inés. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado «estado de cosas inconstitucional». *Estudios Constitucionales*, 1/1, 001 (2003), p. 207 y ss. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales.

ciable que obtiene sentencia estimativa en primera instancia y, aunque la contraparte apele, dicho fallo se ejecuta en los términos allí dispuestos, pero teniendo el juez que evaluar el carácter de la irreversibilidad de lo ordenado en la sentencia de amparo.

La represión de actos lesivos homogéneos (artículo 60 del C.P. Const.) es un mecanismo de protección judicial de derechos fundamentales frente a actos que presentan características similares a aquellos que han sido considerados en una sentencia previa como contrarios a tales derechos. En este sentido, lo resuelto en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales no agota sus efectos con el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia respectiva, sino que se extiende hacia el futuro, en la perspectiva de garantizar que no se vuelva a cometer una afectación similar del mismo derecho. Subyace como fundamentos de este instituto procesal los siguientes: a) evitar el desarrollo de un nuevo proceso constitucional; b) garantizar la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas. Sus supuestos habilitantes han sido desarrollados detalladamente en la STC 5287-2008-PA/TC.

### 3.19. Medios impugnatorios

En el proceso de amparo existen los siguientes recursos: a) el recurso de apelación (artículo 57 del C.P.Const.), b) el recurso de agravio constitucional (artículo 18 del C.P.Const.), y estimamos igualmente calificar como medio impugnatorio: c) el recurso de queja (artículo 19 del C.P.Const.), y d) el recurso de reposición (artículo 121 del C.P.Const.). Existen en la práctica otros medios impugnatorios como la aclaración, la subsanación y supletoriamente la corrección.

Si bien formalmente no se encuentra previsto el recurso de nulidad, medio impugnatorio típico de la legislación procesal civil, en la práctica en procesos de amparo como en los demás procesos constitucionales de la libertad, el Tribunal ha dispuesto la nulidad de algún acto procesal o la resolución del fondo de algún asunto, pero no por medio de este recurso que no está habilitado, sino vía el recurso de agravio constitucional, o a través de la reposición o aclaración, en sede del propio Tribunal Constitucional<sup>45</sup>.

El TC conoce de las resoluciones denegatorias de amparo –tanto como de hábeas data, hábeas corpus y cumplimiento- previa interposición del recurso de agravio constitucional. Este medio impugnatorio se le otorga al demandante que obtiene en el Poder Judicial resolución denegatoria de un proceso de amparo. No obstante esta previsión legal, el TC en uso de su autonomía procesal ha habilitado otros supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional: a) cuando el juez de ejecución emita

---

45 STC 0294-2009-PA/TC, FFJJ. 11-18.

una resolución que desnaturalice lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional<sup>46</sup>; b) cuando el juez de ejecución desnaturalice lo dispuesto en una sentencia del Poder Judicial<sup>47</sup>.

Finalmente, y con el objeto de brindar tutela judicial efectiva en el amparo, lo que supone la necesidad de que una sentencia estimativa sea ejecutada en sus propios términos y en el plazo más breve, el TC ha habilitado la figura del recurso de apelación por salto, que se interpone por el amparista contra la resolución del juez de ejecución que desnaturaliza la sentencia estimativa dictada por el Tribunal Constitucional, el cual debe ser elevado, «directamente» al Tribunal Constitucional (saltando la segunda instancia), a efectos de que este resuelva lo pertinente<sup>48</sup>.

---

46 RTC 0168-2007-Q, FFJJ. 5-7.

47 RTC 0201-2007-Q, FFJJ. 3-10.

48 STC 0004-2009-PA/TC, FFJJ. 12-15.

# EL PROCESO DE HÁBEAS DATA

---

*Juan Morales Godo\**

## 1. Introducción

Toda sociedad democrática implica la separación de funciones en el ejercicio del poder. El poder es uno pero, a fin de evitar la concentración en una sola de las funciones, se divide -históricamente- en tres funciones: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional. Quien dicta las leyes no debe ser quien administre la sociedad y, a su vez, debe existir un organismo que dirima las controversias que se susciten entre los particulares o con el Estado mismo. Sin embargo, los organismos que encarnan cada una de las funciones ejercen el poder y este ejercicio debería efectuarse en forma coordinada, sin que exista entre ellos una posición preponderante. Cada una de ellas, desde el ámbito que les compete, ejercen el poder con autonomía e independencia. Esta es la situación ideal que describió Montesquieu hace más de doscientos años<sup>1</sup>.

Toda sociedad democrática implica, también, la existencia de una norma que se coloca por encima de las demás y que recoge el pacto social, que traduce

---

(\*) Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Las situaciones histórico sociales que dieron origen al pensamiento de Montesquieu son distintas a las actuales, de tal forma que la separación de funciones se presenta en la actualidad con distintas dimensiones, como lo señala LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra, 2001. pp. 16-20. Publicado en *Ius et Veritas* N° 32, 2006, pp. 265-274 / ISSN 1995-2929.

la voluntad respecto de principios, valores, derechos, organización del Estado, que deben ser respetados tanto por las autoridades como por los ciudadanos en general. La Constitución se convierte en la norma de más alta jerarquía y todo el sistema legislativo debe responder a lo contenido en ella, tanto en cuanto a los derechos expresamente reconocidos, como respecto de los valores y principios que fluyen inevitablemente. Tanto el Congreso, como el Ejecutivo y, en general, todo organismo con facultades para dictar normas, deberá hacerlo guardando concordancia con lo que brota de la Constitución Política del Estado.

Siendo así, resulta de especial trascendencia que la propia Constitución señale las garantías para la defensa de los derechos constitucionales, cuando estos son trasgredidos o amenazados y, además, indique los mecanismos para la declaración de inconstitucionalidad de las normas de inferior jerarquía.

En el sistema jurídico peruano, la Constitución señala seis procesos para ejercer el control de la constitucionalidad y que son canalizados a través del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Son cuatro los procesos que protegen los derechos constitucionales: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y la acción de cumplimiento. Mientras que las otras dos garantizan la jerarquía de las normas: el proceso de inconstitucionalidad, de las normas con rango de ley y el proceso denominado acción popular, de las normas generales emitidas por la potestad ejecutiva del Estado, cuando contradicen normas superiores.

Los procesos antes mencionados se tramitan en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, de la siguiente forma:

- a) El proceso de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ante el Tribunal Constitucional exclusivamente.
- b) El proceso de acción popular, contra normas de carácter general que contradicen normas de superior jerarquía, ante el Poder Judicial exclusivamente.
- c) El proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, se inicia en el Poder Judicial y culmina en el Tribunal Constitucional, cuando la decisión final es denegatoria.

En lo que a nuestro tema compete, nuestro ordenamiento jurídico regula la existencia del hábeas data, cuyo desarrollo legislativo se ha efectuado a través del Código Procesal Constitucional, al igual que las demás garantías constitucionales.

Ahora bien, y ¿qué es lo que protege el hábeas data?, ¿qué derechos constitucionales protege este proceso?, ¿por qué los aspectos existenciales que protege el hábeas data, se han convertido en derechos constitucionales?, ¿ha sido necesario la creación de esta garantía específica distinta al proceso de amparo? Para responder a estas preguntas, es imprescindible remitirnos a la realidad histórico social.



## 2. La intimidad y el desarrollo de la informática

La doctrina es pacífica en señalar que el origen del derecho a la intimidad está en el famoso ensayo *The right to privacy*, escrito -en 1890- por los abogados estadounidenses Samuel Warren y Louis Brandeis. En este ensayo se vislumbran los dos primeros elementos conceptuales que fueron desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, el derecho a la soledad y el control de la información, respecto de hechos o datos que la persona reserva para sí, libre de la intromisión, de la curiosidad de los demás, así como de su divulgación<sup>2</sup>.

Como podemos apreciar, la protección de este ámbito existencial se hacía en términos negativos, esto es, no a la intromisión, no a la divulgación. Sin embargo, un tercer elemento conceptual se ha desarrollado como consecuencia del desarrollo de la informática, elemento que se incorpora en términos positivos como garantía de la libertad de las personas. En efecto, lo que presagiaba John Diebold, a comienzos de la década de 1970, hoy es una realidad. Recordemos lo que escribió: “cuando se disponga de medios para elaborar un registro de todos nuestros actos, y se tenga acceso a ese registro, ¿quién será capaz de autolimitarse en su uso y abuso? A medida que vayamos logrando el poder de control del comportamiento humano, ¿quién decidirá cómo utilizarlo?”<sup>3</sup>.

Indudablemente hoy es posible, gracias a la informática, recopilar y ordenar una serie de datos que el ser humano va dejando en el transcurso de su existencia y que antes era inconcebible su posibilidad. Estos datos permiten tener un perfil del comportamiento de la persona (inferential relational retrieval) que dependiendo del uso que se les de, pueden estar restringiendo la libertad de la persona<sup>4</sup>. Este elemento denominado autonomía, es el que garantiza que la persona pueda tomar las decisiones más importantes de su existencia por sí misma, libre de ingerencias, presiones, intromisiones, discriminaciones, chantajes.

Como podemos apreciar esta posibilidad real, efectiva, de ordenar los datos de las personas, constituye un grave peligro para la libertad del ser humano. Lo puede hacer el Estado, con los peligros que ello implica de someter a discriminación o chantajes de carácter político o económico. Lo pueden hacer los particulares, como es el caso de las llamadas agencias de *credit report*, que son las encargadas de recopilar datos acerca de la solvencia económica y moral de las personas, informando respecto a los modos de vida y hábitos de quienes solicitan créditos a las entidades crediticias. Dicha información no siempre es de buena fuente, por lo que no solo constituye un peligro por la trasgresión al derecho a la intimidad, sino que también puede distorsionar la identidad de la persona.

---

<sup>2</sup> WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS. *The right to privacy*. Harvard: Law Review, 1890. pp.193-220.

<sup>3</sup> DIEBOLD, John. *El hombre y el ordenador*. p. 34.

<sup>4</sup> PARELLADA, Carlos Alberto. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*. pp. 178 y 179.

## 2.1. Protección de datos

Lo que hemos descrito en los párrafos anteriores ha motivado que desde la perspectiva del Derecho se diseñen normas para proteger el ámbito de la intimidad, frente al poder de la informática. En ese sentido, los datos que se recopilen de una persona, sea banco de datos público o privado, le pertenece a la persona, de tal suerte que ello origina un conjunto de derechos a efectos de salvaguardar su intimidad, su libertad y dignidad como ser humano. Europa comenzó con leyes específicas sobre la materia, incorporándose luego el tema en las Constituciones de Portugal (1977) y España (1978). En América Latina se logra incorporar el derecho en las Constituciones Políticas, siendo que el nombre de hábeas data fue utilizado por primera vez en el Brasil (1988).

Cuáles son los intereses que deben ser protegidos por la normatividad pertinente:

- a) Interés en la confidencialidad; las personas tienen el derecho de exigir que los datos que figuran en un banco de datos no sea revelada, especialmente, aquellos denominados sensibles, como serían la conducta amorosa y sexual, las convicciones religiosas, políticas, ideológicas, etcétera.
- b) Interés en que los datos sean completos y actualizados; ocurre que los bancos pueden tener datos de las personas no actualizados o incompletos, lo que pudiera ocasionar graves perjuicios. Es de interés de la persona que los datos sean actualizados.
- c) Interés acerca de lo que se pretende hacer con los datos; los datos forman parte de la identidad de la persona, por lo que es de su interés conocer cuál es el uso que se le va a dar a dicha información.
- d) Interés de contar con una administración eficiente; resulta de especial interés para la persona que los datos sean administrados con eficiencia, es decir, con gran sentido de responsabilidad en el acopio, ordenamiento, y en el uso en general que se dará a las informaciones que brotan de los datos.
- e) Interés de que los datos no sean utilizados ilícitamente; este es el principal interés para regular el poder informático frente al ser humano. La información contenida en los bancos puede ser utilizadas por secuestradores, chantajistas, etcétera<sup>5</sup>.

## 2.2. Principios para una legislación de protección de datos

- a) Principio de la justificación social; la recolección de datos debe tener un propósito y usos específicos socialmente aceptables que no atenten contra la dignidad del ser humano.

<sup>5</sup> MORALES GODÓ, Juan. *Derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima: Grijley, 1995. pp. 234 y 235.

- b) Principio de limitación de la recolección; los denominados datos sensibles deben restringirse al mínimo su recolección y siempre que sea indispensable para el interés público. Lo demás datos se recolectarán con conocimiento y consentimiento de la persona interesada.
- c) Principio de la calidad o fidelidad de la información; los datos recolectados deben ser verdaderos, a fin de no tergiversar la identidad de la persona. Debe autorizarse el acceso al interesado para una verificación de los datos, pudiendo rectificarse, anularse o actualizarse cualquier dato que no corresponda a la realidad.
- d) Principio de la especificación del propósito o finalidad; al recolectarse los datos debe especificarse la finalidad, no pudiendo usarse los datos para distintos a los que señaló como razón para su recolección.
- e) Principio de confidencialidad; el acceso a la información por parte de terceros solo será posible si lo consiente el propio sujeto de la información o por mandato judicial.
- f) Principio de salvaguarda de seguridad; el responsable del registro debe adoptar las medidas necesarias para proteger la información contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado.
- g) Principio de la política de apertura; debe ser de conocimiento público la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales, sean públicos o privados.
- h) Principio de la limitación en el tiempo; los datos deben conservarse solo hasta el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron recolectados.
- i) Principio de control; se debe prever un organismo de control, responsable de la efectividad de los principios enunciados.
- j) Principio de la participación individual; consagra el derecho de acceso a las personas cuyos datos figuran recolectados en los registros de datos. Este derecho de acceso comprende el derecho a:
  - j.1. Obtener información de la entidad responsable;
  - j.2. Ser informado dentro de un tiempo razonable;
  - j.3. Formular oposición y que esta quede registrada;
  - j.4. Suprimir, rectificar y completar, en los casos en que proceda; y,
  - j.5. Ser informado de las razones por denegatoria al acceso.

### **3. El derecho de acceso a la información pública**

Una sociedad con pretensiones democráticas, debe garantizar el acceso a la información que existe en las entidades públicas a los ciudadanos en general, quienes de esta forma podrán fiscalizar la actuación administrativa y tomar co-

nocimiento de lo que acontece en el país<sup>6</sup>. En efecto, la mejor forma de ser transparente en la actuación pública es brindando la oportunidad del acceso a la información, hecho que no ha sido una conducta ordinaria de las entidades públicas.

El derecho a la información pública permitirá que el ciudadano tome conocimiento de hechos públicos en forma directa, se forme convicciones, tome decisiones de distinta índole, lo que le permitirá un desarrollo autónomo de su personalidad pero, además, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en la sentencia del 29 de enero del 2003, expediente 1797-2002-HD/TC, caso Wilo Rodríguez Gutiérrez, "(...) el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar algunas (...)".

¿Qué debemos entender por información pública? La Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública, en el artículo 10, nos brinda una noción de lo que significa información pública, según el cual:

"Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales".

El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el caso Julia Eleyza Arellano Cerquén, expediente 2579-2003-HD/TC ha interpretado la norma en el sentido que "(...) la exigencia de que la documentación se encuentre financiada por el presupuesto público es irrazonablemente restrictiva de aquello que debe considerarse como información pública. Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como información pública, no es su financiación, sino la posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de las decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva (...)".

### 3.1. Excepciones al derecho de acceso a la información pública

Siendo que no existen derechos absolutos, el derecho en comentario no constituye una excepción. La propia Constitución Política del Estado señala

<sup>6</sup> ABAD, Samuel. *El derecho de acceso a la información pública*. En: AA.VV. La Constitución comentada. Lima: Gaceta Jurídica, 2006. p. 82.

la que se podrá solicitar información pública si estas afectan la intimidad personal, la seguridad nacional y las que expresamente se excluyen por ley. A efectos de precisar mejor la idea de seguridad nacional, la Ley 27927 desarrolla mucho mejor las excepciones al acceso a la información pública. Distingue tres tipos de información:

- a) Secreta (ámbito militar y de inteligencia);
- b) Reservada (ámbito policial y de relaciones exteriores); y,
- c) Confidencial (intimidad, secreto bancario, reserva tributaria, etcétera).

La excepción por motivos relacionados con la seguridad nacional, debe entenderse en un sentido amplio, que comprenda los aspectos militares como el sistema democrático constitucional, pero restringido, en tanto exista realmente la probabilidad cierta y presente del peligro para la seguridad, como lo señala Puccinelli<sup>7</sup>.

#### 4. El hábeas data

La expresión “data” proviene del portugués y deriva del acusativo plural de datum, que significa, “representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones, de manera apropiada para su comunicación y procesamiento por medios informáticos”. En cambio, en español, el vocablo “data” significa “nota o indicación del lugar y tiempo en que se hace o sucede una cosa, y especialmente la que se pone al principio o al final de una carta o de cualquier otro documento”. En consecuencia, concordamos con Carlos Mesía<sup>8</sup>, cuando señala que en español la expresión “hábeas data” no representa su real significado, siendo que lo correcto sería hábeas dato (traedme el dato para ordenar su exhibición o rectificación).

El hábeas data surge y se desarrolla para proteger los dos ámbitos anteriormente desarrollados, por un lado, la intimidad de las personas ante la recolección de datos a través de la informática o cualquier otro medio, de hechos concernientes a dicho ámbito; y, por otro lado, para facilitar el acceso a la información pública.

Por ello, definimos el hábeas data como la garantía constitucional que protege la libertad de las personas, cuando esta se ve amenazada o vulnerada, como consecuencia de datos recogidos, almacenados, sistematizados o transmitidos por medios automáticos o no, públicos o privados. Además, protege el derecho al acceso a la información pública.

El hábeas data cumple una serie de objetivos muy precisos:

- a) Primer objetivo; derecho de conocer los datos personales que se encuentren registrados en un banco de datos.

<sup>7</sup> PUCCINELLI, Oscar. *El hábeas data en Indoiberoamérica*. Bogotá: Temis, 1999. p. 47.

<sup>8</sup> MESIA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. 1era. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 384.

- b) Segundo objetivo; posibilidad de actualizar los datos registrados.
- c) Tercer objetivo; rectificar los datos incorrectos.
- d) Cuarto objetivo; derecho de suprimir los denominados “datos sensibles”. Por datos sensibles entendemos los aspectos de la vida de las personas más alejados de la vida social. Los más íntimos.
- e) Quinto objetivo; exigencia de confidencialidad.
- f) Sexto objetivo; derecho de acceso a la información en poder de instituciones públicas, sin necesidad de expresión de causa, y solo pagando el importe de los derechos correspondientes.

## 5. Origen del hábeas data

El origen del hábeas data está vinculado a las leyes que se dictaron en la década de 1970, respecto de la protección de los datos que se recopilaban fácilmente por el poder informático. Estas leyes surgieron como respuesta al avance inusitado de la informática y la facilidad que existía para acopiar datos de las personas y ordenarlos.

La primera ley sobre protección de datos fue dictada el 7 de octubre de 1970, por el Parlamento del Land de Hesse, en la República Federal de Alemania. Posteriormente, en 1973, en Suecia se probó una ley que fue considerada modelo para una legislación sobre informática, donde se consagró el deber de registrar, en un registro público, los archivos electrónicos, inclusive aquellos procesados por las empresas privadas.

Años después, estas leyes fueron diseñando el principio de la libertad informática, que fueron incorporados en las Constituciones de Portugal (1977) y España (1978). Esta libertad informática implica el principio de reserva de los datos personales en los bancos o archivos de datos y la facultad de control reconocida al ciudadano sobre el uso y la circulación de la información registrada.

En América Latina adquiere rango Constitucional en 1988 con la Constitución brasileña, donde se usa por primera vez la expresión hábeas data; luego se incorpora en la Constitución colombiana; en 1992, se incorpora en la Constitución paraguaya y, en 1993, en la Constitución peruana.

El hábeas data, en la Constitución brasileña, es la garantía para poder rectificar los datos que sobre una persona se tenga en registros de datos públicos o privados<sup>9</sup>. La Constitución paraguaya fue más lejos, considerando que no solo existe el derecho de rectificar la información registrada, sino también a actualizarla o destruirla; asimismo, el derecho a conocer el uso y finalidad de a información que se acumula.

---

<sup>9</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas data: su desarrollo constitucional*. En: AA.VV. *Lecturas Constitucionales Andinas* 3. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994. p. 94.

Cuando se disponga de medios para elaborar un registro de todos nuestros actos, y se tenga acceso a ese registro, ¿quién será capaz de autolimitarse en su uso y abuso? A medida que vayamos logrando el poder de control del comportamiento humano, ¿quién decidirá cómo utilizarlo?

Como se puede observar, el origen y desarrollo del hábeas data estuvo centrado en la protección del ser humano, en tanto que datos de la vida privada pueden ser capturados y ordenados por un registro informático o no, poniendo en peligro su libertad.

## 6. El hábeas data en el Perú

### 6.1. Constitución Política de 1993

El hábeas data es acogido en el Perú por la Constitución Política de 1993, en el inciso 3 del artículo 200, como una garantía constitucional, a la par que el hábeas corpus, el amparo, acción popular y la de cumplimiento. Dicho dispositivo constitucional señalaba que el hábeas data “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, en sus incisos 5, 6 y 7 de la Constitución”.

Los incisos 5, 6 y 7 de la Constitución señalan lo siguiente:

“**artículo 2.** Toda persona tiene derecho; (...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Hemos señalado que el derecho a ser informado resulta de trascendental importancia en una sociedad con pretensiones democráticas, especialmente cuando se refiere a los asuntos públicos. En este sentido, el inciso 5 reconoce el derecho de todo ciudadano a solicitar información a cualquier entidad pública, sin expresión de causa y con la limitación en los casos en que la información pueda afectar el derecho a la intimidad de las personas, las que expresamente se excluyen por ley y por razones de seguridad nacional.

Con relación a que la información pueda afectar la intimidad de las personas, es perfectamente explicable esta limitación, aún cuando las circunstancias o ámbito que comprende el derecho a la intimidad no están precisadas por ley, quedando a criterio de la jurisprudencia su delimitación. Por otro lado, en cuanto a las razones de seguridad nacional, perfectamente valderas, pero con un ámbito demasiado amplio, ha sido necesario un esclarecimiento que ha ocurrido a través de la Ley 27927, cuando distingue tres tipos de información, secreta, reservada y confidencial.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse, pero solo por mandato de un juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso. Las informaciones contenidas en las referidas entidades son reservadas y para brindar información, debe mediar mandato judicial.

El inciso 6 se refiere al control que debe ejercer la persona sobre los registros, públicos o privados, donde consten datos relativos a su intimidad. Puede impedir que se suministre información sobre datos que corresponden a su intimidad personal o familiar. Es una función preventiva que protege el hábeas data. Si bien, el constituyente peruano solo ha privilegiado la confidencialidad de los servicios informáticos respecto de los datos almacenados, ello no significa que el ciudadano no puede acceder a la información, solicitar su corrección o a la supresión de ser falso el dato. Se reconoce que tener acceso a todos los servicios informáticos es poco más que imposible y quizás por ello se han limitado a proteger la confidencialidad, pero, una vez tomado conocimiento de la existencia de datos equivocados, desactualizados o falsos en algún archivo informático, no se puede negar el derecho a la rectificación o a la supresión de los mismos, de ser el caso. Así lo ha entendido el legislador del Código Procesal Constitucional, cuando al regular el hábeas data, en el artículo 61, señala que al hábeas data se puede acudir para: “conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicios o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir



que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales”.

## **6.2. La reforma de la Constitución Política de 1993**

Mucho se cuestionó la extensión del contenido del hábeas data como lo proponía la Constitución de 1993, especialmente en lo que se refiere al inciso 7 del artículo 2, referido al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen, en lo relativo a la información que brindaban los medios de comunicación, en tanto que pudieran estar vulnerando dichos derechos fundamentales. Evidentemente, el mayor cuestionamiento provenía de los medios de comunicación masiva, que estimaban un verdadero peligro para la libertad de expresión, opinión y difusión del pensamiento. Señalaban que en su origen, el hábeas data en nada estaba relacionado con la protección de estos derechos.

Finalmente, prosperó la reforma constitucional y se derogó la parte pertinente del inciso 3 del artículo 200, en cuando se refiere al inciso 7 del artículo 2 de la Constitución, como ámbito de protección del hábeas data<sup>10</sup>.

## **6.3. El Código Procesal Constitucional**

El Código Procesal Constitucional regula en tema del hábeas data en 5 artículos, del 61 al 65, y lo hace de una manera más precisa, no solo en lo que se refiere al aspecto procesal, sino que el contenido de los derechos protegidos son ampliamente desarrollados. En efecto, al quedar establecido, después de la reforma constitucional que los derechos protegidos por el hábeas data son los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución, se logra un mejor desarrollo de ambos derechos, a efectos de que los operadores no tengan mayores dificultades en delimitar sus alcances.

Pero, antes de analizar lo relativo a los derechos protegidos por el hábeas data, así como los aspectos procesales más importantes, es preciso conocer las razones de la nueva denominación. ¿Por qué proceso de hábeas data y no acción de hábeas data, como se le venía conociendo, al igual que las demás garantías constitucionales? La noción moderna del derecho de acción es básicamente el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela. Es un derecho público, porque se dirige al Estado, es subjetivo, porque lo tiene todo sujeto de derecho, es un derecho fundamental reconocido internacional e internamente; es autónomo, porque además de tener su propia regulación, no depende del derecho material que se vaya a invocar como pretensión; es abstracto,

---

<sup>10</sup> MORALES GODD, Juan. *Op.cit.*; pp. 251 y 252.

porque es un derecho continente, sin contenido, pone en movimiento la maquinaria judicial. El divorcio que se produce entre el derecho de acción de la pretensión, que venían desde Roma juntas, es lo que da origen a la ciencia procesal. Queda claro que la acción no es la pretensión, como tampoco vías procedimentales, como se le venido utilizando en el lenguaje cotidiano de los operadores y de los legisladores<sup>11</sup>.

#### **6.4. Derechos protegidos por el proceso de hábeas data**

El Código Procesal Constitucional desarrolla los dos aspectos del contenido del hábeas data, que fueron limitados, como hemos señalado anteriormente, por la reforma de la Constitución. En efecto, el artículo 61 señala que el hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución. Analicemos cada uno de estos aspectos.

##### **6.4.1. Acceso a la información pública**

Indica la Constitución, en el inciso 1 del artículo 61 antes referido, lo siguiente: “Acceder a la información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la Administración Pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material (...)”.

Una simple comparación del contenido del inciso anteriormente descrito con lo señalado en la Constitución en el inciso 5 del artículo 2, nos hace ver la diferencia notable. Indudablemente, es un mejor desarrollo, pormenorizado, que hace el Código Procesal Constitucional, tratando de comprender las distintas formas en que es posible que las entidades públicas tengan en su poder información, sea que la generen, produzcan, procesen o posean. Creemos pertinente este desarrollo, buscando colocarse en las distintas posibles situaciones en que es posible tener una información. La expresión “posean” es radical, no importando la forma cómo se ha originado, lo importante es que la información esté en poder de la entidad pública. Con este desarrollo se evita que los organismos públicos encuentren algún argumento para negar la información pública, como estuvo ocurriendo hasta antes de la promulgación del Código Procesal Constitucional.

<sup>11</sup> PEYRANO, Jorge. *Derecho Procesal Civil*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1995. pp. 15-18. También, en: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis, 1996. pp. 249 y siguientes.

Además, se establece que esta información pública debe brindarse aún cuando ella obre en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la Administración Pública tenga en su poder. Con ello se pone atajo al argumento comúnmente utilizado por la Administración Pública, en el sentido de no entregar información porque la misma estaba incorporada en expedientes en trámite, como también se neutraliza el argumento que los dictámenes, las opiniones, informes técnicos, de los organismos consultores internos o externos, son información interna y que solo puede ser conocida y utilizada internamente, más no por el público. Por si esto no fuera poco, se señala que deberá brindarse información que conste en cualquier documento que la Administración tenga en su poder.

Finalmente, lo que es importante precisar, la información puede estar contenida en distintos soportes materiales, puede ser gráfica, sonora, visual o electromagnética o de cualquier otra naturaleza, tratando de no dejar ninguna puerta de escape para la negativa a brindar información.

Es indudable que el propósito es favorecer la transparencia de la actuación de las entidades públicas, como hemos dicho anteriormente, como una forma de construcción de una sociedad democrática<sup>12</sup>. En este aspecto de la información pública hay que recordar lo señalado en la Constitución Política del Estado, respecto de las excepciones, cuyo comentario ya lo hemos hecho anteriormente. En efecto, las limitaciones del derecho al acceso a la información, están dadas por información referente a la intimidad personal o familiar y cuando pueda afectar la seguridad del Estado. De la misma forma, debe tenerse presente que el secreto bancario y la reserva tributaria, son derechos que deben ser respetados y solo puede brindarse información por mandato del juez, el Fiscal de la Nación o comisión investigadora del Congreso.

El derecho al acceso a la información pública adquiere una doble dimensión, individual y colectiva. Individual, porque todo sujeto tiene derecho a que no se le niegue el acceso y que se le brinde la información, como una forma de su desarrollo personal, a fin de estar informado de lo que ocurre en la sociedad, con fines de investigación, fiscalización, de expresión y de opinión. Por otro lado, la dimensión colectiva está dada porque de esta forma se favorece la transparencia de la función pública y afianzamiento del sistema democrático.

---

<sup>12</sup> MESIA, Carlos. *Op. cit.*; p. 389.

#### 6.4.2. Protección de datos almacenados en bancos públicos o privados

El inciso 2 del artículo 61, indica lo siguiente: “conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentran almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales”.

El desarrollo que hace el Código Procesal Constitucional, a través del inciso en comentario, es mucho más logrado. Mientras que la Constitución, prácticamente, solo protegía la confidencialidad de los datos existentes en los servicios informáticos, el legislador procesal constitucional prevé una serie de posibilidades, entre las cuales destacan, la posibilidad de actualizar, suprimir o rectificar los datos referidos a su persona. En realidad, los datos relativos a una persona constituyen una proyección de su personalidad, por lo que dichos datos le pertenecen, teniendo facultades para conocer acerca de ellos, actualizarlos si no lo están, incluir nueva información que complete la existente, suprimir las equivocadas, falsas, o que siendo verdad constituyen informaciones sobre aspectos íntimos (datos sensibles) y rectificar la información rectificable.

Además, entra en la descripción de todas las posibilidades de manejo para su almacenamiento, sin que quepa la posibilidad de exclusión de los alcances de la ley. En ese sentido, el registro puede haberse efectuado en forma manual, mecánica o informática. Por otro lado, dicha información puede estar en archivos, banco de datos o registros de entidades públicas o privadas. No importa la forma, ni dónde se encuentre la información, el acceso y la gama de posibilidades de actuación del interesado es diversa y están ampliamente protegidas.

Los seis objetivos del hábeas data, que hemos señalado y analizado en acápite anteriores, se cumplen con el desarrollo que hace el Código Procesal Constitucional.

Hemos señalado, también, que el desarrollo de la informática que permite y facilita la recolección y ordenamiento de la información respecto de una persona, podría comprender información respecto de la vida íntima, por lo que ello ha generado el derecho a la autodeterminación informativa, a fin de que la persona pueda tener un control sobre los datos existentes en los bancos o archivos de datos. El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido en la sentencia recaída en el expediente 1797-2002-HD/TC, cuando señala: “la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas

data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (las) persona (s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados”.

Lo notable de esta sentencia es que desarrolló todas las posibilidades que se pueden presentar en la vida diaria, demostrando como la jurisprudencia puede y debe desarrollar los derechos constitucionales que, obviamente, no pueden entrar en todos los supuestos que la vida puede presentarnos y que el juzgador los tiene al frente en los casos concretos. Esta sentencia data de 2002, cuando todavía no se había redactado el Código Procesal Constitucional. El legislador ha tomado en consideración este desarrollo jurisprudencial para plasmarlo en la norma.

## **6.5. Aspectos procesales del hábeas data**

El Código Procesal Constitucional regula el hábeas data, como los hemos señalado, en 5 artículos, el primero de los cuales -artículo 61- está referido a los derechos que protege, que lo hemos comentado líneas arriba, los cuatro artículos restantes versan sobre los aspectos procesales que regulan la materia. Comentaremos sucintamente cada uno de ellos.

### **6.5.1. Requisito especial de la demanda (artículo 62)**

Este dispositivo establece como requisito de procedibilidad que el demandante haya reclamado con documento de fecha cierta, el respeto a los derechos a que se refiere el artículo 61 del Código Procesal Constitucional. Este documento puede ser la solicitud dirigida a la entidad, donde conste el sello de recepción de la mesa de partes

respectiva. Nada impide que sea una carta notarial.

A ello se agrega que el demandado debe haberse ratificado en su incumplimiento o no haya contestado la solicitud dentro de los diez días, si se refiere al acceso a la información, o dentro de segundo día, tratándose de datos almacenados en los bancos de datos. El legislador ha optado por fijar determinados plazos a efectos de que la entidad a quien se le solicita el acceso a la información o para tomar alguna determinación sobre datos almacenados y que están bajo su control, puedan rectificarse o ratificarse en su incumplimiento. Si se rectifica, la demanda es improcedente. Si no se rectificarse o no contesta la solicitud, el solicitante puede iniciar su proceso de hábeas data. Sin embargo, se señala que, excepcionalmente, no se exigirá el requisito del reclamo con documento de fecha cierta, si existiese un inminente peligro.

Aparte del requisito establecido no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir. En otras palabras, lo señalado en este dispositivo es el único requisito de procedibilidad de las demandas de hábeas data.

#### **6.5.1. Ejecución anticipada (artículo 63)**

Este dispositivo prevé la ejecución anticipada que es una medida cautelar temporal sobre el fondo, en la que el juez va a dictar una resolución semejante a la que va a definir el proceso y lo hace de manera anticipada, a fin de evitar mayores daños al demandante. También puede solicitar información sobre el soporte técnico de los datos, documentación respecto a la recolección de los datos, para dictar la sentencia respectiva.

De oficio o a pedido de parte se puede requerir al demandado para que remita la información concerniente al demandante, en cualquier estado de la causa y antes de que se expida sentencia.

Este artículo está referido al segundo supuesto de protección del hábeas data, es decir, el acceso a la información existente en los bancos de datos, de tal suerte que el interesado o el propio juez pueden requerir al demandado la remisión de la información concerniente al reclamante. Nótese que es un pedido que lo puede hacer el juez de oficio.

#### **6.5.1. Acumulación (artículo 64)**

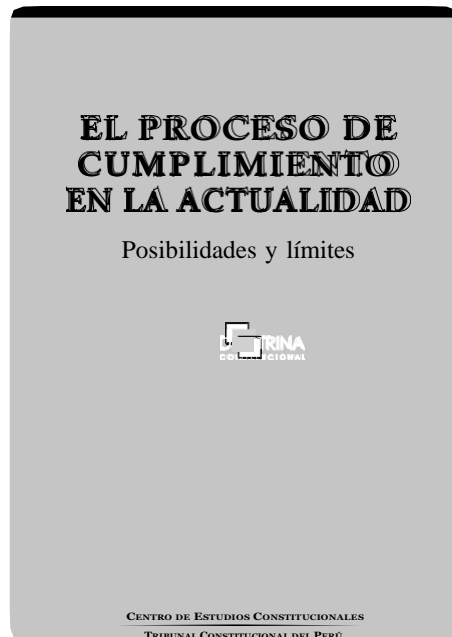
Se pueden acumular las pretensiones de acceder y conocer las informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir datos o informaciones. Son distintas las posibilidades de actuación de la persona cuyos datos figuran en un banco o archivo. La

doctrina nos habla de un hábeas data aditivo (añadir o actualizar datos faltantes), hábeas data rectificador (rectificar datos existentes), hábeas data cancelatorio o exclutorio (suprimir datos especialmente los sensibles), hábeas data reservador (impedir que se suministren datos).

#### **6.5.1. Procedimiento (artículo 65)**

La norma señala que el procedimiento del hábeas data será el mismo que el previsto para el proceso de amparo, con la salvedad que para este proceso no será necesaria la intervención de letrado, que será facultativa.

Es importante, también, indicar que el procedimiento no será una vía rígida, en la que el juez pueda verse entrampado. Se le autoriza a adecuar el procedimiento a las circunstancias del caso. Evidentemente, el cuidado deberá ser no colocar a ninguna de las partes en situación de indefensión.



## **BREVES NOTAS SOBRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES POCO ABORDADAS POR NUESTRA DOCTRINA**

---

*Luis R. Sáenz Dávalos\**

### **1. Consideraciones introductorias**

El objeto de las presentes reflexiones, pretende ser bastante breve, pero al mismo tiempo motivador de llevarse a la práctica, habida cuenta que los aspectos que involucra, han tenido hasta la fecha un escaso y en algunos supuestos bastante parco tratamiento.

Se trata en primer lugar de indagar si la respuesta dispensada para asumir que el proceso de cumplimiento es un auténtico proceso constitucional y que se basa en la individualización de su ámbito de protección, es todo lo acertada del caso, o representa en cambio una forzada construcción para intentar justificar un modelo en cierta forma incongruente.

---

\* Director de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.



Asimismo pretendemos abordar tres importantes temas procesales. Uno primero referido a la interpretación razonable del objetivo del proceso de cumplimiento cuando de normas programáticas se trata, uno segundo concerniente con el régimen jurídico del documento de fecha cierta así como la discusión generada en relación con la contabilización de los plazos a partir de los cuales se generaría la prescripción relativa, y uno tercero, referido a los escenarios en los que sería procedente el control difuso en el caso particular de este mismo instrumento procesal.

No esta demás precisar, por ser de particular actualidad, que si bien nuestro análisis se centrara fundamentalmente en los desarrollos jurisprudenciales hasta la fecha existentes, necesariamente habrá de contextualizarse en el marco de los recientes cambios operados en el esquema procesal constitucional, tras la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Constitucional<sup>1</sup>.

Sin más preámbulo que el indicado, vayamos de inmediato al análisis de estos temas.

## **2. El derecho fundamental al aseguramiento de la eficacia de las normas legales y actos administrativos como objeto de protección del proceso de cumplimiento**

El reconocimiento del proceso de cumplimiento en nuestra Constitución Peruana de 1993 planteo desde muy temprano un interesante debate acerca de su naturaleza y alcances, traducido en determinar si se trataba de un auténtico e inobjetable proceso constitucional o si más bien se había buscado constitucionalizar un proceso de características esencialmente ordinarias.

Desde la teoría del Derecho Procesal Constitucional, había quienes señalaban que para que un proceso se nos presente como un evidente instrumento de defensa procesal de la Constitución, se requeriría de ciertos presupuestos que al parecer no los tendría en estricto el proceso de cumplimiento habida cuenta que sus roles conducirían a officiar como un mecanismo de control de legalidad y no centralmente, salvo muy ocasionalmente, de control o defensa de la constitucionalidad.

Contrario a ello y desde una visión más bien nominal, había quienes abogaban por su carácter procesal constitucional, en tanto y cuanto ese rol formal es el que le había sido asignado por nuestra propia norma constitucional. Se decía que si para la Constitución, era un proceso constitucional, allí se cerraba toda la discusión, con independencia de sus matices o características procesales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Mediante Ley N° 31307 publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de julio del 2021, se ha puesto vigencia un Nuevo Código Procesal Constitucional que como tal pasa a reemplazar al que estuvo vigente desde el 2004. Esta nueva norma trae importantes novedades pero también algunas variaciones que vienen generando cuestionamientos. Tan es así, que a la fecha en que se redacta este trabajo existen interpuestas contra el mismo sendas demandas de inconstitucionalidad motivadas, tanto en objeciones de forma como de fondo. En tales circunstancias, solo el tiempo dirá como es que queda la propuesta que contiene.

<sup>2</sup> Un análisis de estas posturas la podemos ver en el trabajo de nuestro colega Carpio Marcos, Edgar. - "El proceso

A título personal somos de los que piensan que al haberse establecido constitucionalmente que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin otro matiz que el indicado, es bastante difícil que ello pueda ser catalogado *per se* como un proceso de defensa de la Constitución, pues similar propósito bien podría ser cumplido por cualquier proceso judicial ordinario sin que para ello sea necesario plantear un debate constitucional<sup>3</sup>.

Incluso y si el mandato contenido en la ley o en el acto administrativo formal, involucrara un interés de poca relevancia, más allá de su reconocimiento imperativo, nada tendría que hacer allí la Constitución, salvo colateralmente, pues el ordenamiento jurídico diseña mecanismos de cumplimiento perfectamente pertinentes sin necesidad de movilizar el engranaje procesal constitucional.

En último término y si de lo que se trata es de un mandato legal o administrativo que ante su incumplimiento colocara en entredicho la eficacia de algún derecho fundamental, para dicho propósito se encontraría expedito el proceso de amparo por omisión, con lo cual el proceso de cumplimiento perdería todo sentido práctico.

Ahora bien, como evidentemente no podía aceptarse que el esquema procesal constitucional colocara dentro de su repertorio a un proceso que de protección constitucional no tuviese nada (o muy poco) o que se enarbolará un instrumento perfectamente sustituible por el amparo constitucional cuando de temas realmente constitucionales se tratará, tuvo que buscarse alguna manera de hilvanar una argumentación en pro de su propia individualidad.

Esta última finalmente se hizo mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 0168-2005-PC/TC conocida también como precedente Maximiliano Villanueva Valverde<sup>4</sup>.

En efecto, de una rápida lectura de los fundamentos 4 a 11 de la referida sentencia se puede apreciar que el Tribunal Constitucional hecho mano de un argumento bastante sutil a fin de abogar por el carácter procesal constitucional del proceso de cumplimiento. Este último se basa en la recurrencia a la cláusula de los derechos no enumerados establecida en el artículo 3 de la Constitución<sup>5</sup>, para desde allí y en el contexto de lo que representan los principios de soberanía del pueblo, de forma republicana de gobierno y del carácter social y democrático

---

de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional”; en Castañeda Otsu, Susana; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy; Carpio Marcos, Edgar y Sáenz Dávalos, Luis R.- *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*; Jurista Editores; Lima 2005; Págs. 191-193.

3 Autorizada doctrina apunto desde muy temprano que el proceso de cumplimiento bien podría haber aparecido como una variante del proceso contencioso administrativo. Cfr. Danós Ordóñez, Jorge.- “El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución Peruana de 1993”; *Lecturas Constitucionales Andinas*; N° 03; Comisión Andina de Juristas; Lima 1994; Pág. 206.

4 Ejecutoria publicada en la página web del TC el 03 de octubre del 2005.

5 Para un planteamiento general del tema, nos remitimos a Luis Sáenz Dávalos (Coordinador).- *Los Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*; Gaceta Jurídica S.A.; Lima 2009.

de nuestro Estado de Derecho, así como del principio de jerarquía normativa<sup>6</sup>, afirmar que lo que en el fondo estaría tutelando dicho mecanismo procesal sería un derecho que aunque no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, si sería pasible de individualización o concretización jurisprudencial y tal derecho no sería otro que el de aseguramiento de la eficacia de las normas legales y actos administrativos<sup>7</sup>.

Para ser consecuentes con la verdad, la formula a la que se apela no deja de ser interesante y bastante persuasiva si entendemos que efectivamente, en un Estado que se precia de Derecho y que se maneja con arreglo a determinados raciocinios o pautas, se hacen imperativos los mandatos que fijan o establecen las normas independientemente de su jerarquía. No es pues mal intencionada y eso hay que dejarlo en claro. Pero también hay que reconocer que si esa misma lógica se aplica en toda su potencia y a todos los niveles, sería posible deducir derechos no enumerados prácticamente de todos los mandatos derivados de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, bastando con que un contenido sea reconocido en una norma, para que el mismo se convierta en relevante a partir del imperativo impuesto por su específico reconocimiento, con lo cual y por vía indirecta estaríamos constitucionalizando prácticamente todo a partir de la lógica de la exigibilidad<sup>8</sup>.

En las circunstancias descritas, consideramos que aunque la idea no es mala, ciertamente acarrea algunos aspectos que deben manejarse con prudencia pues en puridad el Estado de Derecho presupone que todo se cumpla siempre y cuando venga revestido de una formalidad normativa.

Comprendemos que a esto conduce inevitablemente el diseño de un proceso como el de cumplimiento que lo que busca en el fondo, más que preocuparse por los contenidos de lo que contiene una determinada formula normativa, es su exigibilidad jurídica, con lo cual siempre estará colocado en las fronteras establecidas entre un proceso constitucional y las que corresponden a un proceso judicial típicamente ordinario.

En cualquier caso, un sistema procesal constitucional es siempre más eficaz mientras más alternativas de protección o defensa le proporciona al justiciable.

6 Conviene advertir que el principio de jerarquía normativa no es en estricto una fuente de reconocimiento de nuevos derechos ni se deriva por remisión del artículo 3 de la Constitución. Sin embargo, tampoco se debe omitir que en algunas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo ejemplos de otras cortes en el mundo ha individualizado nuevos derechos de otro tipo de cláusulas distintas al antes citado dispositivo constitucional. Incluso, nosotros mismos hemos abogado por esta posibilidad como lo sostenemos en Sáenz Dávalos, Luis. - “Los derechos no enumerados y sus elementos de concretización”; en Luis Sáenz Dávalos (Coordinador). - *Los Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*; Págs. 26 y ss.

7 Cabe no obstante precisar que la postura de un derecho no enumerado como objeto de protección del proceso de cumplimiento fue defendida desde muy temprano por Landa Arroyo, César. - “La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993”; Revista del Foro; N° 1; Año LXXXI; CAL; Lima 1993; Pág. 55. Landa Arroyo, César. - *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*; Palestra Editores; Lima 2003; Pág. 224.

8 Tal vez y por esta razón Borea Odria, Alberto considera que “...la Acción de Cumplimiento defiende, por conexión y tal como esta planteada en el documento del 93, todos los derechos, estén o no consignados directamente en la Constitución del Estado. Pueden inclusive ser normas menores”. Cfr. *Evolución de las Garantías Constitucionales*; Editorial Fe de Erratas; Lima 2000; Pág. 495.

Y en eso el proceso de cumplimiento definitivamente representa un valor agregado imposible de ignorar.

### 3. La interpretación razonable en el cumplimiento de las normas legales que requieren o se condicionan a una posterior reglamentación

Una de las interrogantes que surgió tras la puesta en vigor del Código Procesal Constitucional del año 2004 y que puede decirse, se mantiene en el esquema del recientemente promulgado Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, se circunscribió a dilucidar sobre los alcances de lo que antes era la previsión contenida en el inciso 2) de su artículo 66 y ahora es el inciso 2 del artículo 65. Dicha norma (a diferencia del mensaje contenido en el inciso 1 y que en rigor sintetiza lo que es el propósito natural del proceso de cumplimiento) pretende más bien delimitar lo que es el objetivo de este instrumento en un caso especial referido en concreto al supuesto de aquellas normas legales susceptibles o pendientes de posterior reglamentación, es decir, de aquellas normas de carácter legal con contenido típicamente programático.

La norma en referencia, que es igual en ambos instrumentos procesales<sup>9</sup>, textualmente nos dice que:

*Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:*

*(...)*

*Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.*

Pues bien, decimos que se generó una interrogante alrededor de la citada norma debido a que en la manera como se encuentra redactada pareciera ofrecer una doble perspectiva en lo que respecta a la concretización del objetivo hacia el cual estaría encaminado el proceso de cumplimiento.

En efecto, puede parecer curioso afirmarlo, pero si por pronunciamiento expreso se entiende la respuesta justificatoria que desde la administración se ofrecería para argumentar en pro de la no emisión de un reglamento pese al imperativo impuesto por la norma legal, se estaría cumpliendo por lo menos formalmente con los alcances del Código, ya que expresar los motivos o circunstancias que condujeron a que no se pueda cumplir con lo que la norma decía, en el fondo estaría sincerando los diversos problemas con los que a menudo tiene que lidiar la administración (falta de presupuesto, ausencia de decisiones oportunas, determinación de responsabilidades, etc.).

<sup>9</sup> Es igual en el extremo que aquí se analiza, sin embargo, el mismo artículo 65 del Nuevo Código Procesal Constitucional, por diferencia de su antecesor, ha incorporado un último párrafo, en el que se contemplan ciertas situaciones que no serían objeto del proceso de cumplimiento, alguna de las cuales bien podrían dar lugar a discusión o debate.

Quienes abogan por esta posición, de alguna manera estarían visualizando la petición de cumplimiento con lo que representa el derecho de petición que, como es bien sabido, no obliga a cumplir con lo solicitado, aunque sí a responder expresamente en torno de lo que se pide.

Al contrario de ello hay quienes afirman que este tipo de interpretación debería quedar descartada porque aunque fuese formalmente permisible, convertiría al proceso de cumplimiento, más que en un mecanismo de eficacia de las normas legales, en un simple desiderátum o un franco saludo a la bandera, pues de nada valdría movilizar el aparato procesal para que la administración se limite a explicarnos las razones de su manifiesta inacción. En tales circunstancias lo que se postula es que por pronunciamiento expreso sólo pueda entenderse la obligatoriedad del reglamento ilegalmente omitido, con lo cual el objetivo de la citada vía procesal, no podría ser otro que lograr que, aunque a destiempo, se cumpla necesariamente con la emisión reglamentaria definitiva. De esta forma el llamado pronunciamiento expreso adquiriría una verdadera dimensión o sentido práctico evidentemente acorde con lo que representa o ha de esperarse de un auténtico proceso constitucional.

Para responder a esta incertidumbre, nuestro Tribunal Constitucional abordó en algún momento el tema mediante la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2695-2006-PC/TC o Caso María Elena Choque Choque-nayra<sup>10</sup> donde precisamente se dilucidaría acerca de un reclamo motivado en el incumplimiento de una reglamentación impuesta por la Ley General de Educación N° 28,044.

Diría entonces el Colegiado que “...*aunque una lectura estrictamente literal del Código Procesal Constitucional permitiría convalidar las dos interpretaciones antes mencionadas, la única forma de hacer efectivo el objeto o finalidad del proceso de cumplimiento se compatibiliza con la segunda de las alternativas mencionadas. Si lo que la ley ordena no es cumplido y si, frente al incumplimiento de un mandato, procede el proceso de cumplimiento, la única conclusión lógica, a la par que razonable, apunta a fortalecer los objetivos del proceso antes que a desvirtuarlos, lo que a contrario sensu no sucedería si, acudiendo a la primera interpretación (que este Colegiado descarta), el pronunciamiento expreso solo significara la convalidación o justificación de una inercia o ineficacia no permitida*” (Fundamento 16).

Es precisamente y por las circunstancias descritas que en este caso, el Tribunal, tras declarar fundada la demanda “Ordena al Ministerio de Educación, de conformidad con los fundamentos de la... sentencia, que cumpla con reglamentar todos los aspectos desarrollados en la Ley General de Educación N° 28,044” (segundo extremo de la parte resolutive).

En resumen, se dejaría en claro que un proceso de cumplimiento solo puede hacerse efectivo cuando lo que representan sus objetivos, se pueden visualizar

---

<sup>10</sup> Ejecutoria publicada en la página web del TC el 22 de abril del 2009.

de modo fehaciente y no bajo una perspectiva meramente nominal o simplemente declarativa<sup>11</sup>.

#### 4. El régimen jurídico del documento de fecha cierta y la contabiliza-

Lo primero que cabe enfatizar cuando se hace referencia al denominado documento de fecha cierta es que no se trata, como algunos lo creen, de una variante de vía previa en el sentido riguroso del término ni tampoco y lo que es más importante de un requerimiento de tipo notarial. Se trata simplemente de una comunicación de fecha cierta o determinada mediante la cual se requiere a la autoridad o funcionario emplazado el cumplimiento de la obligación omitida, debiendo existir la constancia de respuesta en sentido negativo o en su defecto, haber prescindido de contestar el citado documento dentro de los días hábiles de haberse presentado este por el interesado.

Que no es una vía previa parece deducirse con nitidez de la última parte, tanto del artículo 69 del Código Procesal Constitucional del 2004, como del artículo 69 del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, que coinciden en que *“Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir”*.

Evidentemente la alusión a una vía administrativa que pudiera existir, descarta por completo que estemos ante un trámite de dicha naturaleza, sino ante un requisito de estricta procedencia de la demanda.

Lo segundo que cabe aclarar es que tampoco se trata de una carta librada notarialmente, sino de una comunicación con fecha específica, a fin de determinar el momento desde el cual esta ha sido presentada. Que el interesado libremente o si lo desea pueda optar por realizar un trámite notarial bien puede responder a la necesidad de éste último de asegurarse que llegue eficazmente a su destino, pero de ninguna manera a un imperativo nacido de la voluntad de la norma.

Por supuesto, hay quienes creen que la incorrecta y francamente torpe alusión a la que luego hace referencia la última parte del inciso 8) del artículo 70 y que curiosamente aparecía de esa manera en el Código Procesal Constitucional del 2004 y que repite su homólogo del 2021, permite inferir que si se trataría de un trámite notarial<sup>12</sup>.

11 En este sentido coincidimos con lo expresado por Carpio Marcos, Edgar quien señala que *“...la sola declaración de la ilegalidad de la omisión no puede constituir in toto su objeto, pues es preciso que se disponga el cumplimiento de lo ilegalmente omitido”* lo que implica que *“constituye parcialmente un proceso de ejecución”*. Cfr. “El control jurisdiccional de la ilegalidad por omisión en el derecho comparado” en Eto Cruz, Gerardo & Carpio Marcos, Edgar.- *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado (Reflexiones a propósito del caso peruano)*; Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.; Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, México 2004; Pág. 117. En sentido similar puede verse la postura de Sosa Sacio, Juan Manuel.- “Proceso de Cumplimiento. Artículo 66”; en *Código Procesal Constitucional Comentado*; Tomo II; Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional; Lima, diciembre del 2015; Pág. 54.

12 Ambas normas mencionan una supuesta *“recepción de la notificación notarial”*.

Al respecto hay que advertir que dicha referencia, en la que el legislador parece no haber advertido, es un rezago o despojo de la antigua Ley 26301 cuyo artículo 5 inciso c) efectivamente había establecido tal exigencia<sup>13</sup>, pero que sin embargo y posteriormente fue radicalmente eliminado del escenario y basta con examinar la regulación que de manera específica y sobre el requisito especial de la demanda establecen nuestros dos últimos Códigos para así corroborarlo.

Pero por si fuera poco y si el argumento de la norma especial no convenciera cabe recordar que conforme a lo expresamente dispuesto en el cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tanto del 2004 como del 2021, se establece que “Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación”<sup>14</sup>.

Ahora bien, otro de los temas sobre los cuales se ha generado una discusión y que lastimosamente no ha sido subsanado por el legislador es el relativo a la contabilización de los plazos a los efectos de determinar la prescripción relativa en el proceso de cumplimiento.

Tal vez convenga aclarar que si hablamos de prescripción en términos rigurosamente relativos ello responde a que efectivamente no puede configurarse una prescripción absoluta en este tipo de proceso. En la medida en que el mismo procede frente a omisiones y estas últimas representan por donde se le mire conductas aflictivas de carácter continuado<sup>15</sup>, en cada ocasión en que culminen los sesenta días a los que hace referencia el inciso 8 del artículo 70 de ambos Códigos, bastara con que se presente un nuevo documento de fecha cierta para que se reactive nuevamente la capacidad para accionar.

Donde por el contrario si encontramos enormes interrogantes es en la curiosa antinomia creada por el Código Procesal Constitucional del 2004 y que el Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, tampoco parece haber reparado.

Nos referimos en concreto y nuevamente volviendo al documento de fecha cierta, a la referencia contenida en el artículo 69, de que tras presentado el mismo “la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud”.

---

13 De acuerdo con dicha norma que en sus orígenes regulo el proceso de cumplimiento al igual que el proceso de hábeas data se decía “Para los efectos de las garantías constitucionales de acción de Hábeas Data y acción de Cumplimiento, además de lo previsto en el artículo 27 de la Ley N° 23506y su complementaria, constituye vía previa: (...) c) En el caso de la acción de Cumplimiento, el requerimiento por conducto notarial, a la autoridad pertinente, de cumplimiento de lo que se considera debido, previsto en la ley o el cumplimiento del correspondiente acto administrativo o hecho de la administración, con una antelación no menor de quince días, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

14 Incluso y de darse luz verde a una interpretación tendiente a validar el trámite notarial, nos encontraríamos con una auténtica paradoja, la de imponerle exigencias económicas a un justiciable cuyo proceso constitucional se supone es gratuito.

15 Cfr. al respecto lo señalado tanto en el artículo 44 inciso 5) del Código Procesal Constitucional del 2004 como en el artículo 45 inciso 5) del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021.

Una norma como la señalada permitiría inferir, sin discusión alguna, que luego de presentado el documento respectivo por parte del interesado, podrían darse dos situaciones; o que la autoridad emplazada conteste expresamente que no va a cumplir (con lo cual ya sabe el interesado a que atenerse) o que por efectos de transcurrir un total de diez días útiles, se tenga por denegada la solicitud formulada.

Sin embargo la sorpresa viene luego, cuando el artículo 70 inciso 8) tanto del Código del 2004 como el del Código del 2021, alegan sin rubor alguno, que no procedería el proceso de cumplimiento *“si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial”* (subrayado nuestro).

Mientras que la primera norma alienta la idea de que la autoridad obligada tendría un total de diez días útiles para contestar expresamente al interesado, la segunda norma impone todo lo contrario, al establecer que el plazo de prescripción relativa operaría desde el instante mismo en que esa misma autoridad recibe la notificación. En otras palabras, el plazo que habilita en favor de la administración el artículo 69, de un plumazo se lo borra, el artículo 70, inciso 8).

La pregunta que cabe formularse es si tamaña contradicción no tiene implicancias en los intereses del justiciable. Y la respuesta solo parece ser una. Si los tiene, pues mientras que en el primer caso, aquel cuenta con una mayor cantidad de días para que se inicie la contabilización de su plazo de prescripción relativa, en el segundo supuesto, cuenta con muchos menos días, desde que no se están tomando en consideración los días que la administración tiene para contestarle.

A fin de resolver esta incertidumbre generada lamentablemente por el propio legislador, en fecha reciente nuestro Poder Judicial, ha establecido un importante y muy valioso pronunciamiento. Se trata de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 00030-2020-0-1601-JR-CI-09 de fecha 11 de marzo del 2021 proveniente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad (Caso: Lucy Elizabeth Sánchez Solón) y en el cual se han dejado establecidas, entre otras consideraciones, las siguientes:

*“...el numeral 8 del artículo 70° del Código Procesal Constitucional tiene una cierta colisión e incompatibilidad, con parte de lo establecido en el artículo 69° del mismo cuerpo legal, evidenciando la presencia de una antinomia o discordancia, ya que la aplicación de una de ellas de manera literal implicaría la violación de la otra. La explicación es sencilla, el artículo 69° del Código Procesal Constitucional establece una vía previa para acudir a la vía del proceso de cumplimiento, otorgándole el plazo de diez días hábiles luego del requerimiento mediante documento de fecha cierta, para que el ente administrativo corrija su actitud*



*renuente, consecuentemente durante dicho término –como ya se ha indicado– no puede el administrado interponer acción judicial alguna, salvo que la propia administración haya ratificado su incumplimiento antes de los diez días a través de un documento denegando su pedido; ello implica que si el administrado interpone una demanda dentro de los diez días sin que exista respuesta alguna, la demanda es improcedente. Sin embargo, el artículo 70 numeral 8 habilita al administrado a interponer la demanda desde el día siguiente que se cursa el documento de fecha cierta del requerimiento al órgano estatal, hasta por un plazo de 60 días hábiles, lo cual es contradictorio, habida cuenta que no puede correr plazo alguno desde dicho momento, pues no se ha generado aún el interés para obrar del accionante al estar pendiente los diez días que le concedió el artículo 69” (Fundamento 6.6).*

*La antinomia descrita cuenta con una particularidad y es que ambas normas procesales forman parte de la Ley 28237 Código Procesal Constitucional, contando ambas, con la misma jerarquía, especialidad y fueron aprobadas en el mismo momento; consiguientemente, la solución de dicha discrepancia normativa no puede hacerse bajo los criterios clásicos del derecho como son los criterios jerárquicos, cronológicos y de especialidad. Por el contrario, tratándose de normas procesales referidas a procesos constitucionales, la solución se encuentra en la aplicación del criterio hermenéutico convencional pro homine o pro persona, que exige al Juez, escoger aquella norma que maximice los derechos fundamentales de las personas, dejando de lado las otras, en tanto favorezca en mayor medida –para el presente caso– el derecho fundamental en discusión” (Fundamento 6.7)*

*“En conclusión, la norma válida aplicable ante dicha discrepancia normativa, desde el punto de vista constitucional y convencional, es el artículo 69° del Código Procesal Constitucional, ya que ella maximiza o amplía en mayor medida el derecho fundamental en juego: el acceso a la justicia; por ende, debe entenderse que el plazo para interponer la demanda se genera luego de vencido el plazo de diez días que tenía el ente público para cumplir con el requerimiento presentado con documento de fecha cierta, o desde que el ente público ratifique su incumplimiento mediante documento escrito o cualquier otro medio, que puede generarse*

*antes de los diez días o posterior a ellos, dejando establecido que la inercia de la administración pública a cumplir un acto administrativo firme debe entenderse como una renuencia continuada que no puede afectar el derecho de acceso a la justicia que tiene el accionante” (Fundamento 6.8).*

Consideramos que este razonamiento esclarece adecuadamente las cosas y permite establecer la interpretación que evidentemente ayuda a superar al problema. Por lo demás, lo allí sostenido es plenamente aplicable al marco del Código del 2021 que, como ya hemos mencionado, repite en estricto la misma fórmula de su predecesor.

## 5. El control difuso en el proceso de cumplimiento. Variantes de configuración

Tema particularmente interesante y realmente poco abordado por nuestra doctrina es el concerniente con el tratamiento del control difuso al interior del proceso de cumplimiento<sup>16</sup>.

Probablemente esta carencia de estudio o análisis responda a dos factores. Por un lado, a la idea equivocada de que el control difuso ofrece la misma perspectiva que opera en el caso del proceso de amparo (al que tradicionalmente se ha venido remitiendo la regulación del proceso de cumplimiento por vía supletoria<sup>17</sup>) y por el otro, al desconocimiento de que se trata en realidad de un modelo bastante atípico, en el que lejos de visualizarse un tratamiento similar al de otros procesos constitucionales, nos encontraríamos con más de una paradoja.

Empecemos por el principio. La posibilidad de deducir el control difuso al interior del proceso de cumplimiento consideramos que podría darse desde dos ámbitos o escenarios perfectamente reconocibles; uno de tipo formal o procedimental y otro más bien de carácter sustantivo o material.

El primero no es imposible que pueda presentarse hoy en día visto el actual estado de la normativa reguladora de dicho proceso y que como antes se ha mencionado ha sido objeto de algunas reformas que vienen originando debate no sólo por el contenido que poseen sino por los matices interpretativos que pueden traer consigo de cara a los desarrollos jurisprudenciales preexistentes. Pero es por sobre todo el segundo escenario, el que probablemente más pueda presentarse si nos atenemos a determinado tipo de controversias.

<sup>16</sup> Hemos intentando una breve aproximación en un anterior trabajo; Cfr. Sáenz Dávalos, Luis R.- “El control constitucional difuso y su ejercicio en el marco de los procesos constitucionales”; *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*; Tomo 119; Lima, Noviembre del 2017; Págs. 72-73.

<sup>17</sup> Así lo señalaba el artículo 74 del Código Procesal Constitucional del 2004. Aunque hay que reconocer que este temperamento ya no se ha vuelto a repetir, por lo menos formalmente, en el esquema del Código Procesal Constitucional del 2021 que pareciera haber optado por autonomizar los trámites específicos de cada proceso de tutela.

### 5.1. Control difuso de tipo formal o procedimental

Hablamos de un control difuso de tipo formal o procedimental al interior del proceso de cumplimiento, en el eventual caso de que alguna de las normas de procedimiento aplicables a dicho instrumento procesal pueda devenir en inconstitucional, circunstancia que justificaría que el juzgador constitucional como paso previo a emitir su pronunciamiento de fondo, tenga que decidir si aplica o no la citada normativa.

Es lo que sucedería por ejemplo si algunas de las normas contenidas en el Código Procesal Constitucional actualmente vigente y pertinentes de ser utilizadas durante la tramitación o secuela de un proceso de cumplimiento (lo mismo podría suceder en el caso de la legislación aplicable por vía supletoria) fuese objetada como contraria a la Constitución y se hiciera indispensable definir sobre dicha objeción.

En tal supuesto esta claro que el debate suscitado al interior del proceso se dividiría nominalmente en dos fases correlativas. Una preliminar o de saneamiento concerniente con la definición de la norma procesal aplicable, y una segunda, referida a la dilucidación de la controversia central<sup>18</sup>. De esta forma y si la norma de procedimiento es inaplicable por las razones de inconstitucionalidad previamente detectadas el juzgador decidirá de inmediato y sin más trámite lo pertinente con la pretensión o tema de fondo.

### 5.2. Control difuso de tipo sustantivo o material

Mas probable de presentarse sería sin embargo un control difuso de tipo sustantivo o material. Este último podría darse si la norma legal cuyo cumplimiento se invoca como materia central del petitorio fuese al mismo tiempo y por sorprendente que parezca contraria a la norma fundamental<sup>19</sup>. En tal caso, el juez constitucional evidentemente no aplicara la norma no porque quiera contradecir los objetivos del proceso de cumplimiento, sino porque

<sup>18</sup> Cuando hablamos de dividir al proceso en dos fases, naturalmente no estamos haciendo eco de la absurda tesis que lamentablemente y durante años impero en nuestro medio tras la reforma introducida por el artículo 1 de la Ley 28946 sobre el artículo 53 del Código Procesal Constitucional del 2004 para el caso del amparo y que como se recordará incorporó el denominado auto de saneamiento procesal obligando a una innecesaria dilatación del proceso constitucional (situación que felizmente ha sido eliminada por completo en el esquema del Código Procesal Constitucional del 2021), sino a la lógica de aplicar dos tipos de razonamiento que bien podrían ser correlativos para el momento de expedir la sentencia. El saneamiento, en otras palabras bien podría operar junto con la decisión final.

<sup>19</sup> Este razonamiento iría de la mano con una de las reglas imperativas establecidas por el precedente recaído en el anteriormente citado Exp. N° 0168-2005-PC/TC y que enfatiza que el mandato debe “Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento”. Por lo demás y como en su momento lo preciso nuestro colega Rojas Bernal, José Miguel “...del hecho de que un determinado *mandamus* este reconocido en una ley o un acto administrativo, no se sigue necesariamente que aquel sea de ineludible y obligatorio cumplimiento, pues nada de ello enerva la facultad que tiene el juez constitucional de examinar la legalidad y/o constitucionalidad de la fuente normativa cuyo cumplimiento se exige” lo que supone que “el mandato debe ser uno conforme a la ley y a la Constitución”. Cfr. “Características que debe contener el *mandamus* en el proceso de cumplimiento”; Gaceta Constitucional; Tomo 56; Lima, Agosto del 2012; Pág. 49.

tal aplicación lo conduciría irremediablemente a vulnerar la propia Constitución en cuanto norma suprema<sup>20</sup>.

Naturalmente en este caso y siguiendo las máximas de razonamiento aplicables al control difuso previstas en su día por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004 y actualmente reproducidas en el artículo VII del Código del 2021, el mismo deberá sujetarse a que a) la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso y b) la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, a pesar de haberse intentado interpretar de conformidad con la misma.

Este segundo supuesto sin duda y como ya lo hemos adelantado en otro momento, plantearía toda una paradoja, pues conocido es que el control difuso suele ejercerse cuando se va a emitir un pronunciamiento estimatorio o, lo que es lo mismo, declarar fundada una demanda. No obstante aquí nos encontraríamos con un escenario totalmente opuesto, uno en que el control difuso sería el mecanismo susceptible de utilizar pero más bien para validar un pronunciamiento desestimatorio, o lo que es lo mismo, declarar infundada la correspondiente demanda. Toda una sorpresa<sup>21</sup>.

En los términos del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, será pues aplicable lo expresamente previsto por su artículo 66 sobre reglas aplicables para resolver la demanda y en particular, su inciso 4) cuyo texto deja claramente establecido que:

*“Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez debe así declararlo, y en consecuencia, desestimar la demanda”.*

Consideramos nosotros que este tipo de situaciones pueden presentarse precisamente como resultado de los matices que rodean al objetivo del proceso comentado. Si como en efecto ocurre el proceso de cumplimiento pretende prima facie la defensa de la legalidad, esta claro que ante el contexto de que tal objetivo se contraponga a la defensa de la constitucionalidad, su carácter de proceso constitucional es lo que en definitiva debe primar.

<sup>20</sup> Esta claro por lo tanto, que cuando una norma legal contraviene la Constitución por cualquiera de los vicios establecidos por la misma o por el Código Procesal Constitucional (inconstitucionalidad por el fondo o por la forma, inconstitucional total o parcial, inconstitucionalidad directa o indirecta) la fuerza normativa que la acompaña y que se presume como legítima, cedería paso al principio de supremacía constitucional posibilitando con ello el pleno ejercicio del control difuso.

<sup>21</sup> Tanto más cuando desde nuestra más antigua jurisprudencia (Cfr. al respecto la sentencia recaída en el Exp. N° 0145-1999-AA/TC. Caso: Industria de Confección Textil y otras) se ha venido afirmando que en materia de control difuso el objeto de la impugnación debe ser un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. Y esta claro que en el supuesto comentado no hablamos de objeto de impugnación, sino al contrario, de una norma que más bien pretende ser aplicada.

Como tempranamente y desde hace muchos años lo advirtió nuestro Colegiado en el Exp. N° 4549-2004-PC/TC o Caso Carlos Alberto Vargas Lamela<sup>22</sup> “...lo que en tal proceso aparece como cometido inmediato (protección y eficacia de la ley), debe ceder paso al cometido mediano (protección y eficacia de la Constitución)” no significando ello en modo alguno “que se pretenda desarticular el rol del proceso de cumplimiento, sino el de orientarlo siempre o bajo toda circunstancia en provecho de la finalidad que en un sentido amplio persigue todo proceso constitucional, y que no es otra que la defensa de la Constitución” (Fundamento octavo, acápite c).

Es pues solo de la forma descrita que se explica la razón de su ubicación y evidente pertinencia como uno de los instrumentos inobjetable de tutela constitucional.

---

<sup>22</sup> Ejecutoria publicada en la página web del TC el 15 de setiembre del 2005.

REVISTA PERUANA  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

## HISTORIA CONSTITUCIONAL

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

# EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES\*

---

*Raúl Ferrero*

Para impedir el abuso del poder, el Estado de Derecho ha multiplicado las autoridades públicas, en forma tal que las atribuciones de cada una estén limitadas por las de una autoridad conexas. Un sistema de competencias diferenciadas garantiza el cumplimiento de las normas y obliga a cada autoridad u organismo estatal a ceñirse a la órbita que le es específica. De este modo, los órganos del Estado no pueden exigir algo sino en virtud de normas preestablecidas. El análisis de tal concepción, que regula sabiamente derechos y deberes, lleva necesariamente a preguntarse por qué el Estado se somete al Derecho que él mismo crea, lo que no tiene más explicación que la obligatoriedad de normas éticas no escritas que se identifican con el ideal de justicia.

El control de la *constitucionalidad de las leyes* es el mecanismo ideado para evitar los excesos del poder y garantizar los derechos individuales. Tal control jurisdiccional puede ejercerse por razón de la forma del precepto o por razón del contenido. La inconstitucionalidad formal, o sea extrínseca, consiste en que una norma

---

\* Publicado en: Revista Jurídica del Perú; Año XI; N° III; Lima, Julio-Setiembre de 1960; págs. 87-91.

haya sido sancionada sin observarse el procedimiento que la Constitución señala, o por órgano distinto al que tiene la atribución pertinente. La inconstitucionalidad material, a sea la intrínseca, consiste en el hecho de que el precepto infrinja alguno de los derechos individuales o sociales que la constitución ampara; es esta modalidad la más grave y el verdadero objeto del control.

El sistema de Gobierno de los Estados Unidos trasunta una concepción doctrinaria de Derecho natural, que combina las teorías de Locke y Montesquieu. Como anota Bodenheimer, la teoría de Locke se refiere a la substancia de la libertad, en tanto que el sistema de Montesquieu está ideado como garantía de ella. Los patricios que redactaron la constitución norteamericana autorizaron la revisión de la constitucionalidad de las leyes sólo de modo implícito. Poco después, James Wilson, uno de los autores de la carta federal, dio expresión sistemática a la filosofía política norteamericana. Al igual que Jefferson, era un convencido de que existen derechos humanos que no pueden ser restringidos ni derogados por las leyes. Estas normas inderogables para el derecho positivo son, básicamente, la libertad y la seguridad, “sin libertad, el Derecho pierde su naturaleza y su nombre se convierte en opresión. Sin Derecho, la libertad pierde también su naturaleza y su nombre se convierte en licencia”. Para Wilson, los abusos del poder legislativo debían ser frenados por el poder judicial.

La doctrina de la revisión de las leyes por la Corte Suprema Federal fue construida y fundamentada por su Presidente, Jhon Marshall, al tratarse el caso *Mabury vs. Madison*, en 1803. Aludiendo a dispositivos constitucionales imprecisos, por simple rigor lógico de su razonamiento, el Juez Marshall infirió que un acto legislativo contrario a la constitución no es ley, ya que la finalidad de la constitución es limitar a los Gobiernos. Puesto que la misión de los Tribunales es aplicar la ley correspondiente al caso, si la norma ordinaria y constitucional están en conflicto, debe aplicarse la de rango superior. Lo contrario sería “subvertir el verdadero fundamento de todas la Constituciones escritas. Sería declarar que un acto que, de acuerdo con los principios y teoría de nuestro gobierno, es enteramente nulo, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatorio. La Carta fundamental prescribiría límites, pero admitiría que aquellos límites pueden ser rebasados a discreción. “Se reduciría a la nada lo que hemos considerado como el mayor progreso de las instituciones políticas: una constitución escrita”.

La revisión judicial de las leyes puede operar en relación con cualquier precepto constitucional, pero ha sido dirigida a resguardar los derechos individuales y particularmente la garantía del “debido procedimiento legal”. Es patente que en los Estados Unidos el Poder Judicial se excede de su función interpretativa y asume una facultad que le permite modelar y dirigir la legislación puesto que el Congreso se abstiene de dictar leyes que tengan un sentido similar al de la norma declarada inaplicable. Así lo reconoció el célebre Juez Hughes, que ejerciera más tarde la presidencia de la Corte Suprema Federal, al declarar: “Vivimos bajo una constitución; pero la constitución es lo

que los jueces dicen que es”. En realidad, el Supremo Tribunal reforma la Constitución para adecuar sus normas a las nuevas circunstancias y darles un sentido que no pudo ser previsto hace siglo y medio. El Juez Stone, ha enunciado la crítica con toda sinceridad y altura. “Mientras que el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas y ejecutivas del Gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autolimitación”. Cabe observar que la opinión pública respalda esta facultad de revisión que se ha arrogado al Supremo Tribunal y que, aún en los casos en que su decisión enerve una ley de simpatía popular, prima en la conciencia general la conveniencia de mantener el control judicial para contar con el freno que modere al Gobierno.

La enmienda 14 de la Constitución establece que nadie será privado de la vida, la libertad o los bienes sin haber mediado el debido procedimiento legal. Ella ha dado origen a la nueva doctrina de la racionalidad, como observa García Pelayo: “Cuando la constitución admite diferentes interpretaciones no impone a los actos del legislativo ningún contenido específico, y éste puede determinar uno u otro; pero, según la judicatura, de estos posibles contenidos sólo está acorde con la constitución aquel que es racional; por consiguiente, los tribunales tienen que decidir también sobre la racionalización de las leyes”. No se trata, pues, solamente de saber si el legislador ha actuado dentro de la esfera de una competencia, sino también establecer si los poderes que integran dicha competencia han sido usados razonablemente. Resulta así ampliado el espacio libre de los Tribunales, quienes por racional han definido la relación real o sustancial entre los medios empleados y el fin que se persigue.

Por aplicación del principio del “stare decisis”, los jueces inferiores deben observar como regla el precedente establecido por el Tribunal superior, de modo que cuando éste declara que una ley es inaplicable al caso sub-lit-tis, por estimar que infringe la constitución la invalida prácticamente. La declaración de inconstitucionalidad es competencia de todos los tribunales y una decisión del Tribunal Supremo Federal obliga a la judicatura de todo el país. El recurso o excepción de inconstitucionalidad debe ser planteado en una litis concreta, ya sea ante los Tribunales Federales, si se trata de leyes del Estado o de leyes federales que están en conflicto con la constitución, o ante los Tribunales de los Estados cuando se trata de incompatibilidad de una Ley del Estado con la Constitución estatal o la federal.

Censurando la facultad de revisión constitucional se ha observado como una incongruencia del régimen democrático el que jueces no removibles y designados por el ejecutivo puedan poner trabas a la voluntad de los poderes que emanan del voto soberano del pueblo. Los partidarios del sistema de revisión judicial han valer le hecho de que los Tribunales han rechazado siempre decidir sobre cuestiones políticas y el argumento de que, precisamente, la mente de los constituyentes fue crear un sistema que ampara los intereses minoritarios o individuales contra la prepotencia de la mayoría.



El control de la constitucionalidad de las leyes ejercido por la judicatura ha permitido a los Estados Unidos la realización del típico Estado de Derecho, el cual se configura no sólo por la observancia de las normas sino también por la aplicación judicial de los principios generales del Derecho. Tal régimen de juricidad es alcanzable mediante el largo ejercicio de instituciones libres y un alto índice de madurez cívica.

En América son numerosos los países cuya constitución reconoce al Poder Judicial la atribución de revisar la constitucionalidad de las leyes. Los países europeos no la admiten o bien, como en Italia, Alemania, Austria y Francia, la refieren a una Corte especial. El Código Civil peruano prescribe en el artículo XXII de su Título Preliminar: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera". Con dicho dispositivo conjugan los artículos 133 y 154 de la Constitución, los cuales establecen acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, decretos y resoluciones que infrinjan la constitución o las leyes y señalan como restricción a los actos gubernativos el que guarden conformidad con las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. El control de la legalidad de los decretos y resoluciones está confiado a la rectitud de jueces que cumplen su función con altivez y sentido de responsabilidad.

Cabe recordar que nuestros tribunales se abstuvieron de aplicar, reiteradas veces, decretos que excedían el ámbito administrativo o poder de policía, como sucedió con los artículos 40° y 68° del Reglamento de la ley del empleado o con los relativos al delito económico.

La necesidad de poner las garantías constitucionales por encima del voluntarismo de la mayoría parlamentaria o de la arbitrariedad del Ejecutivo se ha hecho ya convicción general, pues la violación del Derecho no puede aceptarse ni aún en nombre de una voluntad popular transitoria. En lo atinente a la conveniencia de confiar el control de la constitucionalidad a un órgano especial o al Poder Judicial parece más aconsejable, en nuestro medio, el primer sistema, pues si bien los jueces reúnen las ventajas de su preparación jurídica es conveniente mantener su alejamiento de la política.

Para evitar la politización de la Corte Suprema y asegurar el respeto a la Constitución sugerimos la siguiente enmienda a nuestra Carta:

## TITULO XV GARANTIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

**Artículo 236.-** El Tribunal constitucional está encargado de velar por la legitimidad constitucional de las leyes, cuidando de que éstas no contradigan las normas contenidas en la Carta Fundamental del Estado.

**Artículo 237.-** El Tribunal constitucional se compone por once Jueces, designados en la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros o entre los Fiscales Suplentes, uno por los Colegios de Abogados y uno por las Universidades nacionales.

**Artículo 238.-** Los jueces del Tribunal constitucional durarán en su cargo nueve años, excepto los designados por el Senado y el Poder Ejecutivo que podrán ser renovados después de un año de iniciado un régimen político emanado de elecciones generales.

**Artículo 239.-** El cargo de Juez del Tribunal constitucional es incompatible con la función parlamentaria o con el ejercicio de la profesión de abogado.

La ley que organice el Tribunal podrá señalar otras incompatibilidades, así como establecer normas que regulen la renovación de miembros del Tribunal sin alterar lo previsto por el artículo 238.

**Artículo 240.-** La constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular.

**Artículo 241.-** Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión.

**Artículo 249.-** No puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional.

## RAÚL FERRERO REBAGLIATI: PRECURSOR DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA EL PERÚ\*

---

*Augusto Ferrero Costa\*\**

Queremos iniciar este breve discurso de orden en el Vigésimo Cuarto Aniversario del Tribunal Constitucional como su vicepresidente, agradeciendo a nuestra presidenta la doctora Marianella Ledesma Narváez el haberme dado este honroso encargo, siendo el magistrado menos antiguo.

Otra efeméride indisolublemente unida a la que hoy celebramos está referida a la conmemoración de los cuarenta años del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico peruano.

Este órgano, introducido en la Constitución de 1979 bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, entró en vigencia el año siguiente, al instalarse el Gobierno constitucional.

Es por todos conocido que debemos al distinguido hombre de leyes y político Javier Valle-Riestra, miembro de la Asamblea Constituyente, que aprobó la Constitución de 1979, la llegada al Perú de esta corte inspirada en el Tribunal que planteó Kelsen para la Constitución austríaca de 1920. Su implantación en nuestro país tuvo la expectativa de instaurar un sistema más efectivo de control de la constitucionalidad.

Antes de esta Constituyente, es posible rastrear el interés de la academia por un Tribunal Constitucional para el Perú. Al efecto, quiero referirme al fórum sobre “Inconstitucionalidad de las leyes” organizado por el Colegio de Abogados de Lima el 24 de agosto de 1960, bajo la presidencia de su decano el doctor José Luis Bustamante y Rivero, notable jurista que fue presidente constitucional de la República, con la concurrencia de los miembros de la directiva del Colegio y numeroso grupo de abogados<sup>1</sup>.

Allí, el doctor Raúl Ferrero Rebagliati, mi padre, sustentó una ponencia en la que planteó la necesidad de reformar la Constitución de 1933 entonces vigente, a fin de implantar una corte especializada, que él denominó Tribunal Constitucional<sup>2</sup>.

---

\* Discurso pronunciado en el Vigésimo Cuarto Aniversario del Tribunal Constitucional del Perú; Lima 24 de junio de 2020.

\*\* Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

1 Colegio de Abogados de Lima, Fórum sobre “Inconstitucionalidad de las leyes”, en “Revista del Foro” 3 (1960), p. 77.

2 Cfr. también: Ferrero Rebagliati, Raúl, El control de la constitucionalidad de las leyes, en “Revista Jurídica del Perú” III (1960), pp. 87-91.

Reseñaba, en primer término, la doctrina norteamericana de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, construida y fundamentada por el juez John Marshall, presidente de la Corte Suprema Federal, en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803<sup>3</sup>.

Agregaba que en América eran numerosos los países que, influidos por el ejemplo estadounidense, reconocían al Poder Judicial la atribución de revisar la constitucionalidad de las normas<sup>4</sup>. Sin embargo, advertía que “la corriente moderna es otra en el ámbito del Derecho Constitucional [...], [pues] las constituciones más recientes atribuyen la revisión de la consti-tucionalidad de las leyes a una Alta Corte, integrada por representantes de los poderes legislativos y ejecutivo, como en Francia, o por delegados de los tres poderes, como en Italia”<sup>5</sup>.

Llegado el punto de decantarse entre el control constitucional por el Poder Judicial o por un órgano especial, nuestro egregio profesor universitario nos dijo que este último parecía más aconsejable para el Perú, pues “si bien los jueces reúnen las ventajas de su preparación jurídica es conveniente mantener su alejamiento de la política”<sup>6</sup>.

En efecto, el autor de innumerables ensayos constitucionales compilados en su libro *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, consideraba que encargar el control de la constitucionalidad al Poder Judicial entrañaba el riesgo de politizarlo, perturbando su noble tarea de administrar justicia. Decía el preclaro jurista que más tarde fue decano del Colegio de Abogados de Lima: “Si se atribuyera a la Corte Suprema la función de controlar la constitucionalidad de las leyes en la aplicación de una norma al caso subjudice, se estaría forzando al poder público, por gravitación política inevitable, a interesarse en el nombramiento de los magistrados”<sup>7</sup>.

Nuestro connotado constitucionalista concluía su ponencia con una propuesta de reforma de la Constitución de 1933, a fin de introducir en siete artículos el Tribunal Constitucional, con su función, composición y los efectos de sus decisiones<sup>8</sup>.

La propuesta señalaba que el Tribunal Constitucional debía encargarse de cuidar que las leyes no contradigan la Constitución. El Tribunal que planteaba nuestro destacado hombre de Derecho —quien más adelante fue presidente del Consejo de Ministros, ministro de Relaciones Exteriores, y de Hacienda y Comercio— se componía de once jueces designados de la siguiente forma: tres por el Presidente de la República, tres por el Senado, tres por la Corte Suprema entre sus miembros, uno por los colegios de abogados y uno por las universidades nacionales; por un período de nueve años.

3 Cfr. Id., p. 88.

4 Cfr. Id., p. 90;

5 Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 78.

6 Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 91.

7 Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 78.

8 Cfr. Id., pp. 83-84; Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control...*, cit., p. 91.

El ilustre pensador proponía que la “constitucionalidad de una ley puede ser impugnada por acción popular”<sup>9</sup>, es decir, por cualquier ciudadano, como prevé actualmente la Constitución colombiana de 1991<sup>10</sup>, a diferencia de nuestra Constitución en la que solo determinados sujetos tienen legitimidad para plantear el proceso de inconstitucionalidad<sup>11</sup>.

Los efectos que da el eminente tratadista a la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una ley, son los propios del modelo kelseniano: la ley es anulada o abrogada, con efectos generales. Así, nos dice que “cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión”<sup>12</sup>.

Nuestro emérito ensayista tiene también muy claro el carácter de supremo intérprete de la Constitución que debe ostentar este Tribunal, cuando en su propuesta señala: “no puede admitirse recurso de ninguna clase contra las decisiones del Tribunal Constitucional”<sup>13</sup>. Como dijo el juez Robert H. Jackson, refiriéndose al control final de la Corte Suprema norteamericana, pero que bien puede aplicarse a un Tribunal Constitucional: “No somos los últimos por ser infalibles, pero somos infalibles por ser los últimos”<sup>14</sup>.

Finalmente, quisiéramos destacar que nuestro precursor nos alerta del riesgo de que el juez de la Constitución caiga en el llamado “activismo judicial”. Hay unos márgenes de interpretación de la Constitución, pero también hay unos límites fijados por ella, que el juez no puede transgredir decidiendo una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones<sup>15</sup>. Sin caer en el formalismo, la magistratura constitucional debe ser garante de la Constitución, no su autora.

En tal sentido, nos dirá que para que la jurisdicción constitucional no represente “una usurpación de poderes o un instrumento de los intereses privados [...]”, se precisa que la estimativa jurisprudencial se ciña [a que] la incompatibilidad entre la ley y la norma constitucional sea manifiesta, en cuanto a la letra y en cuanto al espíritu de la Carta Fundamental. Si la oposición no fuera evidente, [la magistratura constitucional] debe respetar la decisión legislativa, a fin de no incurrir en un exceso de control que [le] llevaría a [...] a ejercer el gobierno de un modo indirecto”<sup>16</sup>.

Nuestro citado politólogo recuerda el activismo judicial presente en las palabras del juez Hughes, quien fue presidente de la Corte Suprema norteamericana, cuando declaró: “Vivimos bajo una Constitución; pero la Constitución es lo que los

9 Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control.*, cit., p. 91.

10 Cfr. Constitución Política del Colombia, artículo 241, inciso 4.

11 Cfr. Constitución Política del Perú, artículo 203.

12 Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control.*, cit., p. 91.

13 *Ibidem*.

14 La traducción es nuestra: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (*Brown v. Alien*, 344 U.S. 443 [1953]).

15 Cfr. Atienza, Manuel, *Siete tesis sobre el activismo judicial*. Disponible en <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?-noCache=1540204326938> (Consulta: 13-VI-2020).

16 Colegio de Abogados de Lima, *Fórum...*, cit., p. 80.

jueces dicen que es”<sup>17</sup>. Frente a ello, nos recuerda que el juez Stone ha enunciado la crítica con toda sinceridad y altura, cuando ha dicho: “Mientras que el ejercicio inconstitucional del poder por las ramas legislativas y ejecutivas del Gobierno está sujeto a la revisión judicial, el único freno a nuestro ejercicio del poder es nuestro propio sentido de autolimitación”<sup>18</sup>.

Quisiera concluir mi intervención con palabras de Ferrero Rebagliati que expresan lo esencial de un Tribunal Constitucional y de sus magistrados, y que esperamos sirva de lección al Congreso que debe elegir próximamente a seis de sus integrantes: “Se ganaría enormemente —nos dice— con la integración de una Corte de Garantías, pero a condición de que sus miembros sean elegidos entre juristas de profunda formación y de una alta tensión ética. He ahí la raíz del problema: integrar una verdadera élite, a la que sólo se llega por una tradición de cultura, por un incesante desprendimiento, por el valor de rehuir lo fácil y adherir a los valores eternos”<sup>19</sup>.

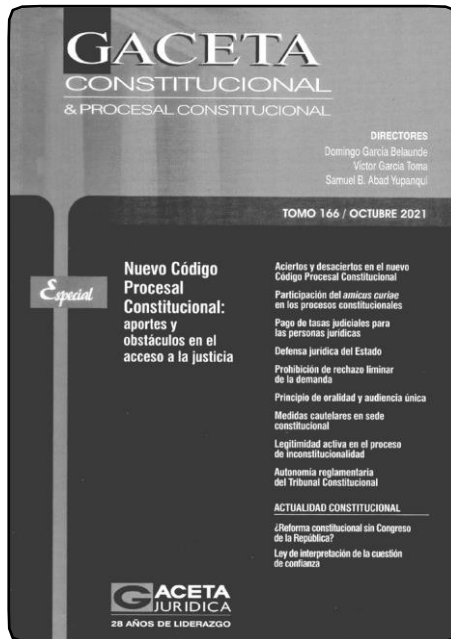
El pensamiento expuesto es el que me llevó a aceptar mi nominación a este Tribunal, la misma que obtuvo 100 votos en el Congreso de la República hace dos años y medio, y que hoy me permite ejercer la magistratura constitucional. Y mi hermano Raúl sigue esta misma línea en la cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos como Profesor Emérito, distinción que también obtuvo quien les habla, a mucha honra, hace 30 años.

---

<sup>17</sup> Ferrero Rebagliati, Raúl, *El control.*, cit., p. 88.

<sup>18</sup> *Id.*, p. 89.

<sup>19</sup> Colegio de Abogados de Lima, *Fórum.*, cit., p. 79.



## EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

### Un repaso de su importancia y alcances a propósito del nuevo Código Procesal Constitucional

*Dante Martín Paiva Goyburu\**

El autor analiza las modificaciones que plantea el nuevo Código Procesal Constitucional en el proceso de acción popular, ofreciendo en este caso un repaso sobre su génesis y tratamiento desde su aparición en la escena jurídica nacional mediante la Constitución Política de 1933, así como los hitos normativos que se sucedieron en las décadas posteriores hasta la fecha. Asimismo, detalla que las disposiciones sobre el proceso de acción popular mantienen en gran medida su vigencia respecto del contenido del Código recientemente derogado, por lo que desarrolla los aspectos más resaltantes en el trámite de estas causas así como consideraciones en sede doctrinal y jurisprudencial.

\* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana. Investigador CONCYTEC (Grupo Carlos Monge).

**PALABRAS CLAVE:** Acción popular / Control normativo / Supremacía constitucional / Justicia constitucional

Recibido: 03/09/2021

Aprobado: 06/09/2021

## I. INTRODUCCIÓN

El control jurisdiccional normativo que rige en el Perú se manifiesta en los procesos de inconstitucionalidad (teniendo el Tribunal Constitucional competencia exclusiva sobre este) y de acción popular (recayendo en el Poder Judicial la competencia sobre su conocimiento, exclusivo también).

Este esquema quedó definido a partir de la Constitución de 1979, cuando el constituyente sumó a la ya existente acción popular a cargo del Poder Judicial la acción de inconstitucionalidad, creando un órgano *ad hoc* para su atención y conocimiento, el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Si bien la atención mediática en las últimas décadas ha recaído en los fallos que emite el Tribunal Constitucional (sucesor del Tribunal de Garantías a partir de la Constitución de 1993), sobre todo porque sus decisiones atañen a las normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales), cabe resaltar que el instituto precursor del control concentrado de constitucionalidad en nuestro país ha sido la acción popular.

Consideramos, además, que la acción popular es una institución mucho más cercana a la ciudadanía, toda vez que la legitimidad para interponer este tipo de demandas la tiene cualquier persona (distinto del proceso de inconstitucionalidad, donde solo ciertas autoridades y los colegios profesionales pueden interponer las demandas, y la población solo en una iniciativa colectiva), siendo su universo de normas demandables mucho más amplio que el del proceso de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta la cantidad y diversidad de decretos, reglamentos, directivas y resoluciones que se emiten sobre tantas y diferentes materias que rigen en nuestro país.

A partir de lo expuesto, el estudio de la acción popular debe alentarse y difundirse con especial atención, toda vez que recaea en la Corte Suprema, mediante este proceso, llevar a cabo un examen sobre la constitucionalidad de las normas que se encuentran comprendidas bajo este tipo de procesos.

## II. ¿NUEVO CÓDIGO?

Previo al análisis de la institución que nos convoca en el presente estudio, la acción popular, consideramos oportuno, en el marco de la vigencia de la Ley



N° 31307, en adelante el “Nuevo Código”, formular algunas reflexiones en torno a su inmediato predecesor.

El Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N° 28237, en adelante el Código, representó un hito en la historia jurídica peruana. Por vez primera a nivel mundial un código de alcance nacional regulaba de forma integrada a las principales garantías para la tutela de derechos y la garantía de la supremacía constitucional, así como su ejercicio ante la jurisdicción. Este trabajo, que demandó una buena cantidad de años, fue posible gracias al desprendimiento e iniciativa de la Comisión conformada, desde el seno de profesionales independientes, por Domingo García Belaunde, Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia y que luego fue recogida por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, mediante el Proyecto de Ley N° 9371/2003-CR.

Vigente desde el 1 de diciembre de 2004, el Código pasó a integrar el diverso ordenamiento existente sobre las garantías constitucionales contempladas en el Título V de la Constitución Política de 1993, en observancia de lo dispuesto en su artículo 200<sup>1</sup>.

De esta forma, una valiosa herramienta para la protección de los derechos, así como del sistema jurídico mismo, se abrió paso, reconfigurando a su vez la enseñanza en la materia, y adquiriendo el Derecho Procesal Constitucional peruano una mayor atención por parte de la doctrina y la ciudadanía misma.

Derivado de su puesta en práctica, el Código exigió de ciertas y puntuales reformas, las mismas que fueron aplicadas en mérito de las Leyes Nos 28642, 28946, 29364 y 30229. Asimismo, un caso interesante lo representó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao (STC Exp. N° 00007-2007-PI/TC), lo que conllevó a la declarar inconstitucional el numeral 8 del artículo 5 del Código.

Consideramos pertinente, además, hacer mención de los grupos de trabajo conformados a partir del Ministerio de Justicia para hacer una revisión del Código, mediante la Resolución Ministerial N° 0201 -2009-JUS, y la Resolución Ministerial N° 0321-2016-JUS<sup>2</sup>, modificada por la Resolución Ministerial N° 0329-2016-JUS, formulándose recomendaciones y propuestas para algunas modificaciones específicas, pero preservando su esencia y manteniendo su continuidad.

---

<sup>1</sup> Constitución Política del Perú de 1993

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional Son garantías constitucionales:

(...)

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas”.

<sup>2</sup> Integrado por Domingo García Belaunde (quien lo presidió), Juan Carlos Morón Urbina, José Felix Palomino Manchego, Eleuterio Nelson Ramírez Jiménez, Aníbal Gonzalo Raúl Quiroga León, Arsenio Oré Guardia y Jorge Luis Cáceres Arce.

Sin embargo, en el mes de marzo de 2021, sorprendiendo a propios y extraños, un grupo de trabajo creado a nivel del Congreso de la República, en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento, presentó el Proyecto de Ley N° 7271/2020-CR, proponiendo un nuevo texto de Código Procesal Constitucional, el mismo que fue objeto de debate y posterior aprobación por parte del Congreso en el mes de mayo de 2021 con el nombre de “Nuevo Código Procesal Constitucional”.

Ahora bien, el Poder Ejecutivo, en pleno ejercicio de su potestad de observar las leyes, hizo llegar el 2 de julio de 2021 sus reparos en torno al texto aprobado. Las objeciones son varias, pero consideramos como categórica la siguiente:

En realidad, no se trata de un nuevo Código que innova íntegramente al anterior. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la expresión nuevo cuenta con las siguientes acepciones: “distinto o diferente de lo que antes había”, y “recién incorporado”. Atendiendo a lo anterior, que fluye del cuadro expuesto, sería suficiente con efectuar reformas parciales al Código vigente. Es decir, no existe razón que justifique aprobar un nuevo texto normativo. Esto tampoco significa que los veinticinco nuevos artículos, párrafos o incisos deban ser incorporados, pues como desarrollará existen serios cuestionamientos con varios de ellos, por ejemplo, aquel que prohíbe el rechazo liminar y/o aquellos que colisionan con la Constitución.

Revisando la evidencia, confirmamos que el texto aprobado por el Congreso el presente 2021 reitera en gran medida lo que ya regía desde el 2004. Al respecto, en el proyecto y el dictamen sobre el “nuevo Código” se menciona a un grupo de especialistas que fueron consultados respecto de la reforma a la norma (varios de estos con escasas investigaciones sobre la temática que brindaron opinión), así como que se tuvo en cuenta lo expuesto en la propuesta elaborada por el grupo de trabajo creado por la Resolución Ministerial N° 0321-2016-JUS, pero sin haberse convocado a los integrantes de dicha comisión en pleno para conocer si sus apreciaciones continuaban vigentes o si acaso coincidían en plantear un nuevo código en lugar de las reformas específicas que habían propuesto.

Aun con las observaciones formuladas, el Congreso que concluyó sus funciones en el mes de julio último aprobó por insistencia el “nuevo Código”, iniciando su vigencia el 24 de julio de 2021, quedando derogada la Ley N° 28237.

### **III. LA ACCIÓN POPULAR EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

La acción popular, como mecanismo orgánico de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, precede a la acción de inconstitucionalidad en la

historia de la legislación peruana. Desde su incorporación, en el año 1933, siempre ha contado con reconocimiento constitucional conforme lo precisamos en el cuadro siguiente.

CUADRO N° 1 LA ACCIÓN POPULAR EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS		
Constitución de 1933	Constitución de 1979	Constitución de 1993
<p><b>Artículo 133.-</b> Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente.</p>	<p><b>Artículo 295.-</b> (...) Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.</p>	<p><b>Artículo 200.-</b> Son garantías constitucionales:</p> <p>5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.</p>

Si bien advertimos que han transcurrido casi nueve décadas desde que se incorporó la acción popular en nuestro país, cabe señalar que su ejercicio tardó años en implementarse (sobre todo por los vaivenes políticos y la falta de una ley que precisara su ejercicio). Así, García Belaunde (1989) refiere:

La Acción Popular instituida en 1933 no llegó a funcionar sino hasta 1963, época en que fue reglamentada. En sucesivas oportunidades, diversos particulares impugnaron la legalidad y constitucionalidad de diversos decretos supremos y resoluciones supremas y ministeriales, que no fueron amparados por el Poder Judicial que aducía -con criterio cuestionable- que ante la ausencia de una reglamentación no procedía un pronunciamiento del Poder Judicial. (p. 93)

En este sentido, será durante las tres últimas décadas del siglo XX en que la acción popular tendría una mayor atención por parte del legislador, lo cual repercutió en la labor jurisdiccional; sobre ello, en el siguiente cuadro se resumen los principales hitos normativos que atravesó la acción popular en nuestro país.

CUADRO N° 2 PRINCIPALES HITOS NORMATIVOS DE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PERÚ		
Norma	Fecha de promulgación	Aspectos relevantes
Constitución Política de 1933	9 de abril de 1933	Es la primera norma en incluir a la acción popular en el sistema jurídico peruano, definiendo su propósito y estableciendo que la ley fijaría el procedimiento respectivo.
Decreto Ley N° 14605 - Ley Orgánica del Poder Judicial	25 de julio de 1963	En concordancia con el artículo 133 de la Constitución vigente, estableció que la acción popular sería ejercitada ante el Poder Judicial, por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho <sup>3</sup> .
Constitución Política de 1979	12 de julio de 1979	El constituyente de 1978 ratificó la existencia de la acción popular, así como su posición en la norma suprema. La redacción, salvo puntuales cambios, reitera en esencia lo previsto en la carta de 1933. Cataloga a la acción popular como una “garantía constitucional”.
Ley N° 24968 - Ley Procesal de la Acción Popular	20 de diciembre de 1988	Es la primera ley específica sobre el ejercicio de la acción popular que tuvo vigencia en el Perú. Se precisó como finalidad de ésta el control jurisdiccional de la constitucionalidad y la legalidad de las normas correspondientes. También reguló su plazo, requisitos, legitimación activa, entre otros aspectos procesales.
Constitución Política de 1993	29 de diciembre de 1993	La Constitución vigente reitera lo establecido en sus predecesoras, con una redacción más directa sobre las normas que pueden ser cuestionadas.
Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional	28 de mayo de 2004	Derogó a la Ley N° 24968, pasando a definirse a la acción popular como un proceso constitucional, siendo regulado por un solo cuerpo orgánico normativo de naturaleza adjetiva hasta la fecha.

<sup>3</sup> Decreto Ley N° 14605 - Ley Orgánica del Poder Judicial

“Artículo 7.- La acción que concede el artículo 133 de la Constitución se ejercerá ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado”.

Tal como se advierte, han sido normas puntuales, en concordancia con lo dispuesto en las constituciones que regían en un momento determinado, las que desarrollaron los alcances y el proceso derivado de la acción popular. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Constitución de 1979 incorporó al Tribunal de Garantías Constitucionales (observando el esquema kelseniano) como ente autónomo a cargo del control de constitucionalidad de las normas, teniendo dicha innovación una singular repercusión conforme reseña Borea (2016) en los términos siguientes:

Esta fue una especie de transacción a la que se llegó en 1979 para no quitarle toda relevancia en la defensa constitucional al Poder Judicial. La creación del TC, como hemos visto, motivó toda una serie de suspicacias de la Corte Suprema, que alegaba, con razón, que dejaba de ser suprema y nada menos que en materias constitucionales. Ya hemos analizado que la historia demostró que era fundamental dar ese paso dado el despliegue que había tenido en el Perú los tribunales ordinarios. (p. 1143)

Es oportuno notar además, del contenido de la Ley N° 24968, que en esta se plantearon los aspectos sustanciales del proceso de la acción popular que fueron recogidos por el Código Procesal Constitucional de 2004 y se mantienen hasta hoy, como es la finalidad del mismo, la legitimación de quienes podían interponer las demandas, el plazo de prescripción en el cual ejercer dicha acción, entre otros aspectos básicos.

#### **IV. REGULACIÓN ACTUAL DEL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR**

##### **1. Aspectos doctrinales del proceso de acción popular**

Por lo límites propios de un artículo hemerográfico como el presente, centraremos nuestro contenido en comentar las novedades incorporadas sobre el proceso de acción popular mediante el “nuevo Código”. Siendo un proceso que incide sobre el control abstracto de normas, la acción popular merece una especial atención en el ámbito académico, y a efectos de contar con un estudio más detallado sobre la institución, así como referencias bibliográficas precisas sobre la materia, recomendamos especialmente el trabajo de Morón Urbina (2013) disponible en línea, entre otros que también ha publicado.

Un primer punto que resaltar en este análisis nos remite a definir la naturaleza del proceso de acción popular. Si bien Kelsen es quien desarrolla la tesis de una garantía jurisdiccional de la Constitución, la hace considerando que un órgano ad hoc, distinto de los clásicos poderes, sea el que ejecutara la tarea, con lo cual, nuestro objeto de estudio no encuadra dentro del

esquema kelseniano estrictamente; sin embargo, se advierte que el mismo tiene las cualidades de un control concentrado, pero ejercido por el Poder Judicial. Sobre este punto Morón Urbina (2015) refiere lo siguiente:

El tratamiento dispensado por el Código Procesal Constitucional ratifica en su esencia la naturaleza jurídica de la Acción Popular, como un proceso de control constitucional de tipo concentrado, abstracto, en vía principal y con efectos en búsqueda de defender la jerarquía del ordenamiento jurídico. (p. 1106)

A partir de lo antes señalado, encontramos en el proceso de acción popular un medio para el control normativo que garantice la supremacía constitucional, asignando dicha tarea al Poder Judicial en los órganos competentes para tal efecto, pero también como un proceso que tutela la primacía de la ley sobre las normas de rango inferior, observándose así la jerarquía contemplada en el artículo 51 de la Constitución Política vigente.

En este sentido, es de destacarse que el proceso de acción popular define un marco doble de tutela: La supremacía de la Constitución ante la ley, y la supremacía de estas dos últimas ante normas de inferior jerarquía, lo cual, a nuestra consideración, representa un desafío sustancial para la labor jurisdiccional, que producto de las demandas de este proceso debe efectuar un análisis orgánico de la normatividad que se aprueba, toda vez que el fallo que se emite de estas causas incide principalmente en la seguridad jurídica del país. Naturalmente, esto es una cuestión latente, toda vez que si no se interpone demanda alguna, no es posible efectuar un control jurisdiccional concentrado de oficio sobre la constitucionalidad o legalidad de las normas, aunque podría tenerse otra salida, tal como se desprende de lo mencionado por Castillo Córdova (2014):

(...) el reglamento podrá ser objeto de una acción popular, en cuyo caso, y aplicando las respectivas normas constitucionales adscritas creadas por el TC para declarar la inconstitucionalidad de la ley a la que están estrechamente vinculados, deberá ser declarada fundada. Pero en esta situación puede también ocurrir que mientras no se interponga demanda de acción popular, el reglamento pueda ser inaplicado por los jueces, e incluso por los mismos tribunales administrativos. (p. 223)

## 2. ¿Qué se mantiene y que se renueva a partir del “nuevo Código”?

Tal como hemos expuesto en la apertura del presente artículo, el “nuevo Código” no hace genuino honor a su nombre; bien se pudo incorporar las reformas que estimara el legislador mediante la ley respectiva sin necesidad de establecer todo el texto como nuevo; sin embargo, siendo voluntad del

Poder Legislativo corresponde acatar la norma y aplicarla en los trámites vigentes.

Sin perjuicio de lo antes señalado, es pertinente advertir que hasta el mes de agosto de 2021, ya se han interpuesto demandas de inconstitucionalidad contra el “nuevo Código”, conforme se verifica de los Exps. Nos 00025-2021-PI/TC (Colegio de Abogados de La Libertad) y 00028-2021-PI/TC (Poder Ejecutivo). Desde ya anticipamos una especial atención sobre las sentencias que se emitan, teniendo en cuenta además que el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la principal norma que emplea para la resolución de las causas que se someten a su conocimiento y esta vez desde una perspectiva mayor que en el caso del STC Exp. N° 00007-2007-PI/TC.

En este sentido, del ejercicio de confrontar las disposiciones del “nuevo Código” con su predecesor, podemos mencionar sumariamente las siguientes novedades respecto del proceso de acción popular:

- Sobre la procedencia de la demanda (artículo 75).- Se ha precisado que las demandas contra resoluciones o actos no normativos son objeto del proceso contencioso-administrativo. A su vez, no se declara sustracción de la materia, en caso se derogue la norma demanda ni la convalidación posterior por norma con rango de ley.
- Cosa juzgada (artículo 81).- Al haberse eliminado la improcedencia eliminar de la demanda por causal de prescripción del plazo señalado, ahora la cosa juzgada es concordada con el vigente artículo 86 del “nuevo Código”, el cual reafirma la observancia del principio de jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución), así como de la preferencia que deben tener los jueces de toda norma legal sobre toda otra norma inferior, en concordancia con el ejercicio del control difuso (segundo párrafo del artículo 138); cabe señalar que esto se encontraba contemplado anteriormente para el proceso de inconstitucionalidad, según el artículo 100 del Código.
- Competencia sobre los procesos (artículo 84).- Aquí hay un cambio de particular relevancia respecto de los órgano a cargo de conocer de las demandas que se interpongan. En primera instancia la tarea recae, para el caso de normas regionales y locales, en la Sala Constitucional de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor de la norma cuestionada, y si esta no se hubiera establecido asume la Sala a cargo de los procesos civiles; mientras que para otras normas, de forma similar, se dirige la demanda a la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima, y de no existir, asume la Sala a cargo de los procesos civiles.
- Plazo (artículo 86).- Se mantiene el plazo de 5 años; asimismo, conforme a lo previamente comentado sobre el artículo 81, se reafirman el principio de jerarquía normativa y el ejercicio del control difuso.

- Emplazamiento de la demanda (artículo 88).- Se ha precisado que el emplazamiento, y como tal, la defensa de las normas emitidas por el Poder Ejecutivo se encuentra a cargo de la Procuraduría Pública Especializada en materia constitucional.

Conforme se aprecia, los cambios son básicos y menores, por lo que podemos asumir que no hay novedades sustanciales sobre este proceso; de esta forma bien puede seguirse empleando doctrina, precedentes y casuística anterior a la vigencia del “nuevo Código” en lo que respecta al proceso de acción popular, pero verificando prudentemente los alcances. A manera de repaso de las principales disposiciones contenidas en la norma vigente, presentamos el siguiente cuadro:

<b>CUADRO N° 3</b>	
<b>PRINCIPALES ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN POPULAR</b>	
<b>Categorías</b>	<b>Disposiciones</b>
Instancia y órgano	El Poder Judicial conoce de forma exclusiva este proceso en doble instancia (Corte Superiores y Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema) y en caso no haya apelación, también interviene la Sala Constitucional y Social en consulta.
Legitimación	Cualquier persona puede interponer la demanda. Es decir, persona natural, persona jurídica e incluso las mismas autoridades.
Objeto de control	Normas de rango inferior a las leyes, es decir, los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emane, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.
Plazo de interposición	5 años, contados desde el día siguiente de publicación de la norma.
Medidas cautelares	Pueden concederse a solicitud del accionante, una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado, considerando que el contenido cautelar se limita a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por dicho pronunciamiento.
En caso el fallo declara fundada la demanda	La norma se declara inconstitucional (o ilegal) y pierde vigencia a nivel nacional al día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano; asimismo, podrá determinarse la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas, lo cual se determinará en la sentencia.



### 3. Cuestiones jurisprudenciales a considerar

Dentro de los pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial en torno al proceso de acción popular, conviene recordar en primer término lo establecido en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materias constitucional y contencioso administrativo, realizados el 2 y 10 de diciembre de 2015, en el cual se acordó lo siguiente:

- Un comunicado de una entidad pública puede ser objeto de control constitucional mediante el proceso de acción popular siempre que se trate de una norma infralegal de carácter general que se incorpora al ordenamiento jurídico con vocación de permanencia.
- Para identificar las normas -reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter general- que son objeto de control en los procesos constitucionales de acción popular, y en consecuencia evaluar su procedencia, los jueces deberán observar los criterios de (1) pertenencia al ordenamiento jurídico, (2) consunción y (3) generalidad.

Cabe señalar que también que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República fijó un precedente de obligatorio cumplimiento, en torno a la competencia sobre los procesos de acción popular respecto de las Salas Superiores de la Corte Superior de Justicia de Lima, contenido en la sentencia N° 10286-2013, del 12 de mayo de 2015. No obstante, se advierte que al haber variado las reglas de la competencia en los procesos de acción popular, este precedente quedaría sin efecto.

Otro aspecto que resulta oportuno de recordar es lo establecido por el Tribunal Constitucional, que si bien en esencia no tiene competencia alguna sobre los procesos de acción popular, en el caso contenido en la STC Exp. N° 02304-2012-PA/TC ordenó al juzgado correspondiente admitir a trámite una demanda de amparo interpuesta contra acción popular que fue presentada por el Ministerio de Economía y Finanzas, debido al error incurrido en el análisis del Decreto Supremo N° 017-2007-EF.

Adicionalmente, a nivel de la revisión de distintas resoluciones expedidas en los últimos años por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente antes mencionada, podemos advertir fallos sobre las siguientes materias:

- Los estatutos de las universidades públicas son normas objeto de demandas de acción popular (Acción Popular N° 12814-2018).

- El proceso de acción popular es un mecanismo para cuestionar normas que pudieran alterar la libertad empresarial y económica (Acción Popular N° 28315-2019).
- La concesión de medida cautelar en el marco de un proceso de acción popular debe respetar los tres requisitos básicos para el otorgamiento de este instituto, y debe guardar correspondencia con lo solicitado en la demanda (Acción Popular N° 789-2019).
- Similitudes del proceso de acción popular con el proceso de inconstitucionalidad, así como sus diferencias con el control difuso (Acción Popular N° 8699-2019).
- Los clubes de fútbol, en aspectos de reglamentación tributaria, han obtenido fallos favorables (Acción Popular N° 3933-2018).
- El control de convencionalidad también es empleable al momento de resolverse las demandas que se interponen en la materia (Acción Popular N° 29126-2018).
- Debe garantizarse el debido proceso en el trámite de los procesos de acción popular, bajo riesgo de declararse la nulidad de los actuados (Acción Popular N° 5177-2017).

“La vigencia de un nuevo Código Procesal Constitucional a partir de julio de 2021 ofrece pocas novedades sobre el contenido de la norma anterior, esto incluye al proceso de acción popular, que salvo las modificaciones en el tema de la competencia en sede judicial de los procesos, no ofrece mayores cambios.”

No han faltado voces que han cuestionado la competencia que tiene el Poder Judicial sobre el proceso de acción popular, proponiendo incluso que sea el Tribunal Constitucional quien deba asumir la atención de este tipo de procesos. Sobre el particular, consideramos que el Poder Judicial debe continuar con la atención de estas demandas, conforme explica Figueroa Gutarra (2018):

(...) en el Derecho Comparado se mantiene en esencia esta competencia respecto al proceso de acción popular en cuanto son los jueces del Poder Judicial quienes detentan esta atribución. Por otro lado, no es conveniente, creemos, sobrecargar de procesos al Tribunal Constitucional (...). (p. 217)

## V. RETOS PARA LA FORMACIÓN EN ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Conforme hemos detallado, en esencia se mantienen las disposiciones que venían rigiendo en torno al proceso de acción popular desde el año 2004 y como tal, la gestión de este proceso podrá continuar sin mayores variaciones.

Sin embargo, es oportuno expresar algunas reflexiones respecto de la situación de la judicatura, a quien le asiste el deber de efectuar el análisis de constitucionalidad, legalidad (y también convencionalidad) en torno a las normas bajo examen del proceso de acción popular.

Al respecto, advertimos que desde el año 2018 la incorporación de magistrados en sede judicial, en todos sus niveles quedó detenida con la desactivación del Consejo Nacional de la Magistratura. La organización de su ente de relevo, la Junta Nacional de Justicia, ha demandado un tiempo prolongado que retrasa la puesta al día de la selección y evaluación de los jueces, además que ha priorizado la revisión de los nombramientos efectuados por su órgano antecesor.

Esta situación ha originado que a nivel de las Cortes Superiores, así como en la Corte Suprema, se tenga un pronunciado porcentaje de jueces provisionales conforme precisa un informe periodístico (2021). Consideramos que los magistrados en provisionalidad, por su propia condición, no disponen de todas las garantías para la importante función que desempeñan, incluyendo el espacio y tiempo necesario para la capacitación en temas de interpretación constitucional, los mismos que son esenciales para un adecuado conocimiento y fallo sobre las demandas de acción popular.

La situación antes descrita merece la mayor atención por parte de las autoridades competentes a efectos de brindar una solución ante estas deficiencias en las condiciones de los magistrados del país, cuya importante labor requiere del saneamiento sobre su provisionalidad, y que puedan establecerse de forma definida en los despachos que les correspondan, pudiendo concentrarse plenamente en las responsabilidades que resulten, y siguiendo para ello una permanente actualización académica, la cual les proporcione las herramientas indispensables para el ejercicio de su función y sus fallos reproduzcan un fiel y motivado razonamiento.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, también corresponde tener en cuenta la situación de quienes se están formando en las aulas universitarias, y que en su momento asumirán la labor de litigantes o magistrados. Al respecto, compartimos nuestra experiencia docente en el curso de Derecho Procesal Constitucional, en el cual, como una de las evaluaciones que venimos aplicando, se solicita a

los estudiantes que hagan un informe en torno a la inconstitucionalidad de una norma que ellos seleccionen (principalmente que sean de rango inferior a la ley), argumentando las razones de su consideración.

El propósito de esta tarea, aparte de alentar las habilidades argumentativas de los estudiantes, es también vincular sus conocimientos y particular inclinación por alguna especialidad como civil, penal, laboral, administrativo, entre otros, con la aplicación del Derecho Procesal Constitucional, y de esta forma puedan integrar los conocimientos del curso con el ámbito de especialización al cual se estén volcando, familiarizando a los estudiantes con el empleo de la acción popular y motivando la atención que deben tener sobre las sentencias que se emitan en torno a estos procesos.

“Ayudaría de forma muy provechosa para el estudio y seguimiento de los procesos de acción popular que el Poder Judicial desarrolle un acceso electrónico al historial de los expedientes.”

Cabe señalar además que si bien el Poder Judicial cuenta con una plataforma de jurisprudencia sistematizada, esta no es tan amigable para el usuario virtual como el sistema de consulta de causas del Tribunal Constitucional; en este último se pueden buscar los expedientes por materia, año de inicio y tipo de proceso, incluso de forma rápida y efectiva uno puede encontrar el listado de demandas por año y tipo que fueron ingresadas al Tribunal.

En este sentido, advirtiendo la importancia de los procesos de acción popular, y su incidencia en el sistema jurídico principalmente, consideramos oportuno sugerir al Poder Judicial que desarrolle un mecanismo similar para la revisión de estos procesos, sea que se encuentren en trámite o ya hayan obtenido un pronunciamiento. El estudio e investigación sobre la acción popular mejorará sustancialmente si el acceso a autos y sentencias se hace más sencillo para quienes tienen interés en estos.

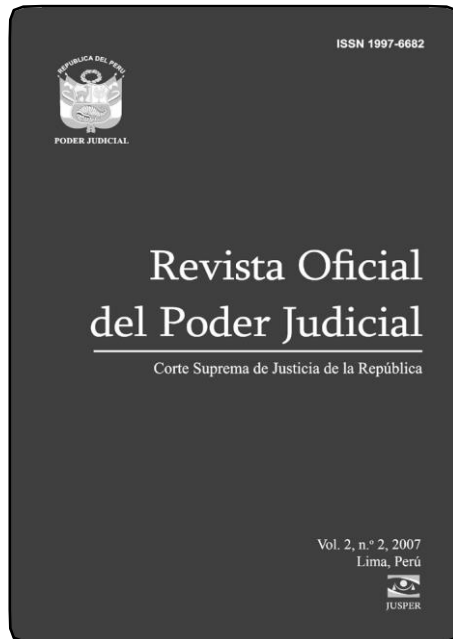
Como un aspecto en torno a los procesos de acción popular, consideramos tener en cuenta la posibilidad de que el Poder Judicial se pronuncie sobre alguna norma reglamentaria emitida por el Tribunal Constitucional. Podría darse el caso que ante una eventual reforma del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el cual se aprueba mediante Resolución Administrativa de su presidencia, pueda considerarse que alguna disposición incurre en inconstitucionalidad o ilegalidad.

Esta situación también podría surgir en torno al cuestionamiento sobre la constitucionalidad o ilegalidad de la recientemente publicada Resolución Administrativa N° 154-2021-P/TC, mediante la cual se dispone la implementación de un acuerdo del pleno en torno a las reglas de aplicación del segundo párrafo del artículo 24 del “nuevo Código”, para lo cual ha incorporado una distinción entre vista de la causa y audiencia pública. Este tema ocupa un estudio aparte, pero dejamos la inquietud a consideración de la comunidad académica.

## VI. CONCLUSIONES

- El proceso de acción popular precede al proceso de inconstitucionalidad en el sistema jurídico peruano respecto del control abstracto que se realiza sobre las normas que podrían incurrir en infracción a la Constitución, además que también es aplicable ante presuntas infracciones a la ley.
- El desarrollo del proceso de acción popular se ha dado principalmente en la segunda mitad del siglo XX, destacando las constituciones de 1979 y 1993 y sobre todo la Ley N° 24968; esta experiencia y aportes fueron recogidas para la redacción del Código Procesal Constitucional de 2004.
- La vigencia de un Nuevo Código Procesal Constitucional a partir de julio de 2021 ofrece pocas novedades sobre el contenido de la norma anterior, esto incluye al proceso de acción popular, que salvo las modificaciones en el tema de la competencia en sede judicial de los procesos, no ofrece mayores cambios, por lo que el trámite de las demandas de estos procesos continuarán conforme se venían realizando.
- Se han emitido fallos que tienen incidencia sobre distintas materias gracias a las demandas de acción popular que han sido interpuestas, pero hay una especial incidencia en lo que representa el derecho administrativo y los pronunciamientos judiciales sobre la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y otras autoridades que regulan diversos ámbitos bajo la competencia que les asiste
- Ayudaría de forma muy provechosa para el estudio y seguimiento de los procesos de acción popular que el Poder Judicial desarrolle un acceso electrónico al historial de los expedientes, lo cual contribuiría tanto para conocer el estado general de ciertas normas, como también para la formación académica en el pregrado y el posgrado. Si bien la formación académica exige un prioritario compromiso con la doctrina, el conocer los pronunciamientos de la judicatura pueden ayudar a agendar los temas de interés a partir de las sentencias que emiten.

- La preparación de los magistrados en temas de interpretación constitucional, filosofía del Derecho, razonamiento jurídico, Derecho comparado y otros afines son indispensables para que pueda ejercerse un análisis de la constitucionalidad o legalidad de las normas con la responsabilidad y cuidado que el asunto exige; como tal, existe también un pasivo en la formación académica continua de los magistrados, sobre todo de los provisionales cuya incertidumbre limita el desarrollo de proyectos de formación y capacitación que deberían ser constantes en la judicatura peruana, para lo cual se requiere mejorar la estabilidad de los jueces y forjar estas capacitaciones propuestas a cargo de la Academia de la Magistratura conforme a sus funciones.



## **EL PROCESO COMPETENCIAL: ¿UN NUEVO RECURSO PROCESAL PARA ANULAR SENTENCIAS O DEJARLAS SIN EFECTOS?**

**(Una crónica a propósito de la sentencia N° 006-2006-PC/TC emitida por el Tribunal Constitucional)**

*José F. Palomino Manchego\**  
*Harold Castillo Veintimilla\*\**

### **Resumen**

Recogido por vez primera en la Constitución Política de 1993, el Proceso Competencial se constituye en un medio idóneo para dirimir los conflictos existentes, en cuanto a las competencias otorgadas por la Carta Política a los diversos órganos de relevancia constitucional y a los demás órganos del Estado se refiere. Por ello, partiendo de un análisis de la normatividad aplicable a aquél, el autor se ocupa del proceso competencial por medio del estudio de sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el Poder Judicial, en el cual pretende poner de relieve las supuestas tensiones existentes entre dicho Tribunal y este Poder del Estado.

\* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, UIGV, USMP y de la Academia de la Magistratura.

\*\* Abogado en ejercicio, egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Revista Oficial del Poder Judicial 1/2 2007

**Palabras clave:** proceso - proceso competencial - actividad jurisdiccional - cosa juzgada - Poder Judicial.

**Abstract:** Gathered for the first time in the Political Constitution of 1993, the Process of Competition is a suitable way to dissolve the existing conflicts, as far as the competitions granted by the Political Constitution to the diverse organs of constitutional relevance and to the other organs of the State. For that reason, starting off of an analysis of the normativity applicable to it, the author takes care of the competential process by the study of sentences of the Constitutional Court related to the Judicial Power, in which he tries to distinguish the supposed existing tensions between this Court and the Judicial Power.

**Key words:** process - competential process - jurisdictional activity - judged thing - Judicial Power.

**Sumario:** 1. Sobre el Proceso Competencial. 2. Sobre los Conflictos Competenciales. 3. Sobre la Actividad Jurisdiccional, La Cosa Juzgada y las Atribuciones del Poder Ejecutivo. 4. Sobre la Actividad Jurisdiccional, La Cosa Juzgada y las Atribuciones del Poder Ejecutivo. 5. "Aclaraciones" a la Sentencia del Tribunal Constitucional. 6. ¿Empezó la Guerra de las Cortes?. 7. Consideraciones Finales. 8. Consideraciones Finales. 9. Apéndices.

## 1. SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL

El Proceso Competencial es incorporado por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1993, y está contemplado en el inciso 3) de su artículo 202°. En la anterior Carta Magna de 1979 existía un vacío constitucional en relación con los lineamientos que se debían seguir para resolver los conflictos<sup>1</sup> que surgían en cuanto a las competencias que otorgaba la Constitución a los diversos órganos de relevancia constitucional y a los demás órganos del Estado. Asimismo, se desconocía el órgano o ente competente que debía dirimir tales controversias. Vacío que en alguna oportunidad intentó ser cubierto por los justiciables haciendo uso de la entonces denominada Acción de Amparo o la Acción de Inconstitucionalidad<sup>2</sup>, pero que, a la larga, resultaron ser procesos inidóneos e ineficaces para tal finalidad, puesto que se requería de un proceso especializado donde, exclusivamente, se diriman dichos conflictos competenciales de índole o relevancia constitucional.

---

<sup>1</sup> Desde el punto de vista jurídico, conflicto' es la oposición de intereses en que las partes no ceden, es el choque o colisión de derechos o pretensiones. Vid., Guillermo Cabanellas: *Diccionario de Derecho usual*, Bibliográfica Omeba, t. 1, 6a. edición, Buenos Aires, 1968, pág. 468.

<sup>2</sup> Vid. Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia: *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos e Índice Analítico*, Palestra Editores, Lima, 2004, pág. 90. Hay una segunda edición, muy mejorada, a cargo de la misma editorial.



En el inciso 3) del artículo 202° de la Constitución de 1993, arriba mencionado, se reconoce al Tribunal Constitucional la atribución para resolver los conflictos competenciales surgidos entre los órganos del Estado y los órganos constitucionales. De este modo, establece taxativamente que: *“Corresponde al Tribunal Constitucional (...) 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”*. Como es de verse, la sumaria redacción de esta competencia hizo necesario que los detalles y pormenores que debía reunir este nuevo proceso constitucional sean desarrollados por el Poder Legislativo.

En un principio la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -Ley N° 26435- publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 10 de enero de 1995, regulaba al detalle el Proceso Competencial. Así, el artículo 46° de dicha Ley Orgánica señalaba que: *“El Tribunal conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales y que opongán: 1. Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades. 2. A dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí. 3. A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de éstos entre sí”*.

En ese orden de ideas, se publica en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 28237 -Código Procesal Constitucional- el 31 de mayo de 2004, vigente por vacatio legis desde el 01 de diciembre del 2004, que regularía todos los procesos constitucionales establecidos en la Constitución Política de 1993, entre ellos, el Proceso Competencial. Ello se complementa con la derogación de la Ley N° 26435, mediante la publicación de la Ley N° 28301 en el Diario Oficial “El Peruano”, el 23 de julio de 2004, que establecía una nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que regulaba, en estricto, sus competencias y atribuciones, dejando de lado la regulación de los procesos constitucionales al Código Procesal Constitucional.

En el artículo 109° del Código Procesal Constitucional, con relación al Proceso Competencial, se señala lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que opongán: 1) Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; 2) A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o 3) A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí. Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno”*.

## 2. SOBRE LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES

Ahora bien, una vez explicada la regulación del Proceso Competencial en nuestro ordenamiento jurídico, resulta apropiado analizar los principales lineamientos que deben observarse en el referido proceso constitucional, los cuales han sido desarrollados tardíamente en nuestro país, en comparación, por ejemplo, con el ordenamiento jurídico europeo<sup>3</sup>.

Con respecto a nuestro denominado Proceso Competencial, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que es procedente la demanda cuando ésta reúne, en suma, dos requisitos indispensables: *a) legitimidad de las partes, y b) existencia de un conflicto de competencias constitucionales cierto*<sup>4</sup>.

Se debe tener en cuenta que, conforme lo estipula el Código Procesal Constitucional, existe un conflicto competencial cuando dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (*conflicto positivo*), o cuando ambos órganos constitucionales se consideran incompetentes para tales efectos (*conflicto negativo*)<sup>5</sup>.

Del mismo criterio es el Tribunal Constitucional, pero, a través de su jurisprudencia ha señalado que existen otros casos que se constituyen en conflictos competenciales. De ese modo, en la STC N° 0005-2005-PC/TC, establece que existe conflicto competencial cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional (*conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio*).

<sup>3</sup> En ese sentido, es pertinente observar la doctrina jurídica española, ya que muchas veces el Tribunal Constitucional peruano se detiene a observar el devenir del Derecho Constitucional español, tanto en lo doctrinario como en lo jurisprudencial, lo cual lo podemos observar a lo largo de los fundamentos de sus sentencias. Para tales efectos, vid., F. Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, págs. 48-49. Dicho autor -autoridad en la materia- ya bosquejaba los requisitos conflictuales hace casi cuatro lustros atrás, de la siguiente manera:

“2. Los requisitos conflictuales: elementos

*Centrándonos ya en los conflictos entre órganos, la formalización de uno de estos conflictos exige el cumplimiento de determinados requisitos o, lo que es lo mismo, la existencia de algunos elementos:*

- a. *Capacidad para ser considerado como parte o legitimación activa y pasiva (requisito subjetivo).*
- b. *Que exista materia de conflicto (requisito objetivo)*
- c. *De forma auxiliar (conceptualmente), pero no menos imprescindible, debe hablarse también de otros requisitos formales como son haber agotado sin éxito el trámite previo del requerimiento de revocación al órgano presuntamente invasor, y que este requerimiento se hiciera dentro del plazo máximo de un mes desde que llegó a conocimiento del órgano actor la indebida asunción de atribuciones (requisito temporal). Para el planteamiento del conflicto deben precisarse en el escrito los preceptos y las atribuciones que se consideran vulnerados y acompañar certificación de los antecedentes necesarios así como de haber cursado aquél requerimiento previo.*
- d. *Por último, es menester que la causa petendi esté en reivindicar la titularidad de una competencia de que se haya despojado al actor por el órgano que se estima invasor (requisito causal o finalista). En definitiva, los elementos de estos conflictos son los de sujeto, objeto, causa y forma, legalmente previstos. La existencia de esos elementos transforma toda controversia constitucional en uno de estos procesos conflictuales’.*

<sup>4</sup> Al respecto, vid. la STC N° 00003-2005-PC/TC y STC N° 00013-2003-PC/TC.

<sup>5</sup> Vid. Alfonso Herrera García: “La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano. (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales)”, en *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, José F. Palomino Manchego (Coordinador), tomo II, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, págs. 1053-1090.

Asimismo, en tiempo reciente, en la STC 0006-2006-PC/TC del 12 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional considera la existencia de un conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales, que lo clasifica en tres sub-tipos: a) *conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, b) *conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, y c) *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*<sup>6</sup>.

En el *conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto*, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia, sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional. En el *conflicto constitucional por menoscabo de interferencia*, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya si no tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el *conflicto constitucional por menoscabo de omisión*, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional<sup>7</sup>.

Debemos decir que, estos últimos tipos de conflictos constitucionales han sido establecidos a través de la jurisprudencia por el Tribunal Constitucional a fin de sustentar su controvertida anulación de sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada* en el proceso seguido entre el Poder Judicial y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR, como lo veremos más adelante.

### 3. SOBRE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, LA COSA JUZGADA Y LAS ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO

La Constitución Política del Estado indica que es competencia del Poder Judicial impartir justicia a través de sus órganos jerárquicos, la cual administra en exclusividad. Asimismo, se indica incluso que es facultad del Poder Judicial la aplicación del control difuso ante la incompatibilidad de una norma con rango legal y la Constitución. Así, señala en el artículo 138° que: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

Las resoluciones o sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, que se pronuncian sobre el fondo, cuando adquieren la calidad de

<sup>6</sup> STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 22.

<sup>7</sup> STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 22, segundo párrafo.

cosa juzgada se constituyen en sentencias que bajo ninguna circunstancia pueden incumplirse -salvo que en otro proceso judicial previsto en el ordenamiento jurídico así se declare- ni pueden modificarse sus contenidos normativos para las partes. Por ello son inmutables e irrevisables por otros órganos o instituciones del Estado. En este sentido, la Constitución de 1993 otorga a las sentencias de los órganos del Poder Judicial que han adquirido la calidad de cosa juzgada la debida protección cuando indica en su:

***“Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:***

- 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*
- 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.*

*Ninguna autoridad puede avocarse 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, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.*

*(...)*

*13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.*

*(...)”.*

El mismo desarrollo se da en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, conforme lo establece su propio articulado. Así tenemos:

***Artículo 1° . - Potestad exclusiva de administrar justicia.***

*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.*

*No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.*

***Artículo 2° . - Autonomía e independencia del Poder Judicial.***

*El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley.*

**Artículo 4°.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.**

*Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.*

*Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.*

*Esta disposición no afecta el derecho de gracia.*

**Artículo 14°, - Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.**

*De conformidad con el Art. 236 de la Constitución<sup>8</sup>, 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 estas 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.*

Debemos indicar que, de acuerdo a lo establecido en el inciso 20 del Artículo 139° de la Constitución de 1993, si bien todo ciudadano tiene el derecho de dar su opinión y sana crítica frente las resoluciones judiciales que cree que no

---

<sup>8</sup> Se refiere a la Constitución de 1979.

son conformes a Derecho, ello no le faculta para solicitar que se deje de aplicar dichas resoluciones cuando estas han adquirido la calidad de *cosa juzgada*, toda vez que estas adquieren un carácter de irrevisables y son de obligatorio cumplimiento, constituyendo su contravención un delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, contemplado en el Código Penal.

En ese sentido, si, por ejemplo, el Poder Ejecutivo, como parte en un proceso judicial, estima que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial han emitido sentencias con calidad de *cosa juzgada* sin respetar la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y están siendo afectados por dichas sentencias -lo que sería en estricto una afectación a la tutela procesal efectiva- tienen el camino expedito para cuestionar las mismas en uso de los instrumentos procesales que la ley le franquea, lo cual no significa que dichas sentencias dejen de ejecutarse, sino hasta su respectiva anulación.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico permite que el afectado por una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, que supuestamente afecte la Constitución o las leyes, pueda pretender su nulidad ante los órganos del mismo Poder Judicial, siempre y cuando se reúna los requisitos señalados por ley y se usen los recursos procesales que la ley contempla. Tenemos que, tomando el ejemplo anterior, el Poder Ejecutivo puede interponer una demanda de Amparo contra las resoluciones judiciales que considera que no han acatado la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, por ende, que no están fundadas en Derecho -lo que constituiría, en estricto, una afectación a la tutela procesal efectiva- tal y conforme lo estipula el Código Procesal Constitucional. Dicha demanda se interpone ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar donde fue dictada y, en última instancia, la resuelve el Tribunal Constitucional.

Así, se denota que, tal y como lo dispone el propio Código adjetivo mencionado, contra una resolución judicial firme -incluidas las sentencias que se pronuncian sobre el fondo y adquieren la calidad de *cosa juzgada*- procede el Proceso de Amparo si es interpuesto en los términos que dispone el mismo Código, y siempre y cuando se trate de una afectación a la tutela procesal efectiva, siendo la excepción cuando se interpone un Amparo contra una sentencia consentida por el mismo actor, por lo que se declarará improcedente.

De lo que se concluye que, cuando se trate de afectación a la tutela procesal efectiva, si una persona no cuestiona una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, no consentida por él mismo, en uso del Proceso de Amparo -el Código ni la Constitución señalan excepción alguna entre sentencias civiles, contencioso-administrativas, constitucionales, etc.- debe ejecutarse y respetarse su -aún en el supuesto de que dicha sentencia sea injusta-, por cuanto el constituyente y el legislador le han querido otorgar la inmutabilidad necesaria a toda sentencia con calidad de *cosa juzgada*, sin diferencia de cualquier índole, a efectos que no se vea afectada la *seguridad jurídica* del Estado.

Además, para pretender la nulidad de una sentencia con calidad de cosa juzgada, tenemos el proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, establecido en el artículo 178° del Código Procesal Civil, donde se cuenta con una estación probatoria rigurosa, a diferencia del Proceso de Amparo, y cuyos plazos son más extensos para poder determinar si es que la sentencia se emitió de manera fraudulenta o no. Asimismo, en el proceso penal, para que sea declarada la nulidad de una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, el justiciable cuenta con el Recurso de Revisión, o, en todo caso, con el Proceso Constitucional de Hábeas Corpus, siempre y cuando se haya afectado la tutela procesal efectiva y, por ende, la libertad personal de los ciudadanos. Asimismo, por mandato constitucional, puede anularse de oficio una sentencia penal con calidad de *cosa juzgada* si se diera el caso de que se publique una nueva norma favorable al reo o si es que se concediera el derecho de gracia al sentenciado.

Salvo mejor parecer, estos son los únicos recursos con los que se cuentan para que toda persona pueda pretender que se declare nula una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, procesos donde se deberá respetar el derecho de petición y contradicción de las partes, y previo estudio riguroso del caso, por tratarse de una sentencia protegida por la Constitución, se emitirá una sentencia que anulará o no la misma. No usar dichos recursos indica el consentimiento absoluto de dicha sentencia, así sea injusta, y, por ende, ratificaría su ya ganada inmutabilidad e irrevisabilidad. Sin desmedro de ello, la responsabilidad del magistrado que ha emitido una sentencia injusta se verá determinada en las instancias respectivas, lo que no enerva la ejecutabilidad, inmutabilidad e irrevisabilidad de su fallo.

En ese orden de ideas, el artículo 118° de la Constitución Política dispone que la obligación del Poder Ejecutivo -más que criticar e intentar que sean paralizados sus efectos- es cumplir y hacer cumplir las resoluciones judiciales emanadas de los órganos del Poder Judicial. Asimismo, el Legislativo y, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo tienen la facultad de emitir normas de carácter general, que tienen vigencia desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano” y, por ende, son de obligatorio cumplimiento. En ese sentido, el Poder Ejecutivo tiene el deber de hacer cumplir dichas leyes.

Así, cuando una norma es inaplicada en un proceso judicial, con eficacia sólo entre las partes de dicho proceso, el órgano Ejecutivo no se ve mermado en su atribución de hacer cumplir las leyes, puesto que uno de sus deberes es el de hacer cumplir las resoluciones judiciales. El Poder Ejecutivo puede discrepar del fallo judicial, lo cual es su derecho, pero debe acatarlo estrictamente, puesto que el Poder Judicial es el que está facultado para decidir qué es lo justo o lo injusto en las controversias que le hacen conocer los justiciables. Y sus fallos sólo pueden ser revisados por sus órganos jerárquicos, y por el Tribunal Constitucional, únicamente cuando los justiciables han hecho uso de los instrumentos pro-

cesales que la Constitución y las leyes les proveen, como lo habíamos señalado antes, lo cual es el sustento de la *seguridad jurídica* en un país.

Y es que, a todo esto, lo que subyace en cualquier ordenamiento jurídico es o debe ser la *seguridad jurídica* que, curiosamente, se ha visto demolida por el fallo del Tribunal Constitucional (Exp. N° 006-2006-PC/TC), en donde se pretende desconocer los propios carriles por donde transita el modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional.

#### 4. SOBRE EL PROCESO COMPETENCIAL SEGUIDO ENTRE EL PODER EJECUTIVO -MINCETUR- Y EL PODER JUDICIAL

En este sentido, en el Proceso Competencial seguido ante el Tribunal Constitucional (STC 0006-2006-PC/TC) entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo -actuando por intermedio del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo MINCETUR-, el Alto Tribunal ha establecido que: *“a criterio del Tribunal en el presente caso se configura un conflicto de atribuciones por menoscabo, en el cual el Poder Judicial, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, ilegítimo, como habrá de verse, ha producido un detrimento en las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo, tales como la de cumplir y hacer cumplir las leyes (artículo 118°, inciso 1) y cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones jurisdiccionales (artículo 118°, inciso 9); ello mediante el pronunciamiento estimatorio de sendas demandas de Amparo y de Cumplimiento”*<sup>9</sup>.

Es muy discutible este razonamiento argumental, toda vez que fue usado para sustentar la declaración de nulidad de sendas sentencias que habían adquirido la calidad de cosa juzgada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente: *“Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales: (...) Declarar sin efecto, (...) las siguientes resoluciones judiciales (...)”*, enumerando un sinnúmero de sentencias que supuestamente habrían contravenido las sentencias vinculantes del Tribunal Constitucional.

Así, entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo -MINCETUR- no existe, en estricto, un conflicto de competencias constitucionales, sino más bien uno de contenido procesal, sobre una supuesta e indebida motivación de las resoluciones judiciales y debido proceso por parte de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, como lo habíamos señalado con anterioridad, las competencias constitucionales del Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes del Parlamento lo conminan a velar que en todo el territorio de la Nación, salvo excepción expresa en la ley, sean de observancia obligatoria para los ciudadanos las disposiciones normativas y los mandatos contenidos en la ley. En esa línea de desarrollo, el

<sup>9</sup> STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 26.



Ejecutivo es el responsable de llevar adelante su cumplimiento y su ejecución, para lo cual cuenta con toda una organización administrativa.

De otro lado, el Ejecutivo también es el responsable de cumplir y hacer cumplir los mandatos contenidos en las resoluciones del Poder Judicial y, con mayor razón, las sentencias que han adquirido la calidad de *cosa juzgada*. Siendo sus mandatos de observancia obligatoria entre las partes que participaron en el proceso y, además, son irrevisables por órgano distinto. Al Ejecutivo le corresponde velar por el adecuado cumplimiento de los mandatos contenidos en la sentencia, por ejemplo, dotando de personal policial, a través del Ministerio del Interior, para que se cumpla una sentencia ante la desobediencia al mandato judicial.

Ahora bien, la competencia del Poder Judicial reside en impartir justicia a través de sus órganos jerárquicos, adquiriendo sus sentencias la calidad de *cosa juzgada*, cuando se ha pronunciado sobre el fondo del asunto y son firmes, siendo irrevisables en proceso distinto y son de obligatorio cumplimiento. Asimismo, si bien el Poder Ejecutivo tiene el deber de aplicar la ley, se encuentra limitado de hacerlo cuando una sentencia con calidad de *cosa juzgada* la inaplica a favor una de las partes de un proceso, quien debe total obediencia a dicha sentencia por mandato exclusivo de la Constitución.

Como es de verse, no existe conflicto competencial alguno, puesto que sus competencias son complementarias. El Poder Judicial es el único encargado de establecer qué es lo justo y lo injusto, y sus resoluciones con calidad de *cosa juzgada* son inamovibles, irrevisables y de obligatorio cumplimiento. El Poder Ejecutivo es el órgano político encargado de aplicar las leyes y hacer que se cumplan las sentencias judiciales con calidad de *cosa juzgada*, sin tener que decidir si son justas o injustas.

En todo caso, como lo hemos venido señalando, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que se pronuncia en última instancia en los procesos constitucionales de la libertad, son los únicos encargados de determinar si una sentencia con calidad de *cosa juzgada* es contraria a la Constitución, a la jurisprudencia vinculante y las leyes, es decir que son contrarias a Derecho -que es un supuesto del derecho constitucional a la tutela procesal efectiva-y, por ende, que dicha sentencia es nula. Ello es posible, sólo cuando los justiciables, en este caso el Poder Ejecutivo, hagan uso de los procesos constitucionales de la libertad previstos para tal fin, tal como lo hemos referido líneas arriba.

Sin desmedro de ello, en caso en cuestión, se debe resaltar que la demanda interpuesta por el MINCETUR estaba dirigida contra las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales o instancias del Poder Judicial. Por lo que ésta en realidad estaría interponiéndose contra dichos órganos, lo que convertía a la demanda en improcedente, por cuanto los órganos jurisdiccionales, si bien se rigen y obedecen a la Constitución, no son estrictamente órganos constitucionales u

órganos del Estado. En todo caso, sus conflictos de competencia son dirimidos por sus superiores jerárquicos, siguiendo los procedimientos establecidos en las normas, siendo el máximo dirimente la Corte Suprema de Justicia de la República (Poder Judicial).

Es pertinente mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 47/1986, de fecha 17 de abril, F.J. 5º), citada por el constitucionalista Javier García Roca, cuando explica aspectos sobre la innecesaria confusión del conflicto competencial con los conflictos de jurisdicción<sup>10</sup>: *“los órganos en que se expresa el Poder Judicial..., no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son órganos constitucionales a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el Art. 59,3 LOTC y los conflictos posibles entre juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo”*.

Lo mismo ocurre en nuestro sistema jurídico, puesto que determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la materia, tiene su propio procedimiento establecido tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como en los respectivos códigos adjetivos y de ninguna manera puede ser dilucidada mediante el Proceso Competencial.

Como es de verse, en el presente proceso, no se cumplía con uno de los supuestos para que sea dilucidada la pretensión vía Proceso Competencial, toda vez que en puridad no existe conflicto competencial de naturaleza constitucional entre poderes u órganos constitucionales, por lo que era improcedente o infundada en todos sus extremos la pretensión.

Según el Tribunal Constitucional, la demanda planteada por el MINCETUR contra el Poder Judicial en el Proceso Competencial versaba sobre dos puntos centrales: a) dirimir si el Poder Judicial es competente para otorgar licencias de funcionamiento en materia de casinos y tragamonedas, y b) se declaren nulas e inaplicables las sentencias emitidas por los órganos del Poder Judicial en materia de casinos y tragamonedas<sup>11</sup>.

Ante esto, debemos precisar que si es que el Poder Judicial, en una o varias de sus sedes, abriera ventanillas de atención al público donde se ofrezcan licencias de funcionamiento de casinos y tragamonedas, de bares, de restaurantes, etc., obviamente que incurriría en una inconstitucional incursión de las competencias del Poder Ejecutivo. Lo cual, no ha ocurrido.

El Poder Judicial, a través de sus órganos, lo que ejerce es la función jurisdiccional, mediante la cual se dirimen diversas pretensiones. Entre ellas, en un proceso

<sup>10</sup> Vid. F. Javier García Roca: El conflicto entre órganos constitucionales, op. cit. , págs. 58-62.

<sup>11</sup> En los términos del Tribunal es: 1) si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos; 2) que se declare la nulidad de las resoluciones judiciales señaladas en el petitorio de la demanda.

conoce materias tales como licencias de funcionamiento de casinos y tragamonedas, de tiendas, de discotecas, etc., donde, respetándose el debido proceso, se pueden llegar a emitir sentencias, las cuales pueden ser impugnadas ante la instancia respectiva por insatisfacción de la parte que lo crea conveniente, terminado el proceso con pronunciamiento sobre el fondo. Dichas sentencias, siempre y cuando queden firmes, llegan a adquirir, sin disputa, la calidad de *cosa juzgada*.

En ese orden de ideas, lo que en realidad pretendió el MINCETUR con el Proceso Competencial es la declaratoria de nulidad o de ineficacia de las resoluciones sobre casinos y tragamonedas emitidas por el Poder Judicial para su Ministerio. La pretensión de declaratoria de nulidad de las resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales con la calidad de *cosa juzgada*, que integran el Poder Judicial, no generan un conflicto competencial con el Poder Ejecutivo, por cuanto la nulidad o ineficacia de las sentencias del Poder Judicial están reguladas en los códigos adjetivos o en las disposiciones legales. Y existen para tales fines vías y medios adecuados para su revisión o declaratoria de nulidad. Al hacerse se atentó contra la *seguridad jurídica*, inclusive, lo cual resulta muy peligroso para el Estado de Derecho.

Para estos fines, lo deseable era que el Poder Ejecutivo se dotara de mejores técnicos legales para que asuman la defensa del Estado, en uso adecuado de los mecanismos que las leyes le franquean, y no tergiversar el objeto del Proceso Competencial, pretendiendo de manera artificial que se dejen sin efecto sentencias firmes, con calidad de *cosa juzgada*, emanadas por las diversas instancias del Poder Judicial. A nuestro parecer, no es del todo feliz que se haya acudido por el conducto del poder político para resolver una materia de índole o naturaleza estrictamente jurídica.

En esa línea expositiva, en la sentencia 0006-2006-PC/TC el Tribunal Constitucional para saltar la valla infranqueable de la *cosa juzgada* de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial recurre a una concepción o acepción de la cosa juzgada muy particular. El Alto Tribunal distingue, por un lado, la *cosa juzgada* formal, que vendrían a ser las sentencias firmes del Poder Judicial que se pronuncian sobre el fondo. Y, la *cosa juzgada* constitucional, que son aquellas sentencias emitidas en los procesos constitucionales que se pronuncian sobre el fondo de la pretensión respetando la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional, es decir, se pronuncia de: “conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> STC 0006-2006-PC/TC, fundamento jurídico N° 70.

En tal sentido, para el Tribunal Constitucional, las sentencias del Poder Judicial cuestionadas en la demanda competencial no constituyen *cosa juzgada* constitucional en tanto no se sujetan a lo preestablecido por los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. Esta interpretación se condice completamente con la naturaleza misma de la función jurisdiccional que ejerce el Poder Judicial y que también es ejercida por el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, una sentencia firme que, pronunciándose sobre el fondo del asunto, declara fundada la demanda a favor del demandante en los procesos constitucionales de la libertad, se constituye, *per se*, en *cosa juzgada*. Dicha sentencia, en sí misma, conlleva implícitamente una presunción de constitucionalidad, presunción que sólo puede ser descartada en otro proceso previamente establecido en el ordenamiento jurídico creado para declarar su nulidad, a instancia de la parte afectada por la misma. Esa es la singularidad que ofrece la Constitución de 1979, reafirmada en la de 1993: el sistema dual o paralelo. Hemos de hacer hincapié que en la Constitución Política no se hace diferencia alguna sobre *cosa juzgada* penal, civil, constitucional, contencioso-administrativa, etc., toda vez que la calidad de *cosa juzgada* es una sola, la cual se adquiere con el consentimiento o con la Ejecutoria, nada más. Hacer diferenciaciones, tal como lo ha realizado el Tribunal Constitucional, es una clara y peligrosísima afectación a la *seguridad jurídica* y deja abierto un camino para que futuros magistrados “interpreten” a sus anchas lo que constituye *cosa juzgada* y lo que no según el momento político imperante, lo cual rechazamos.

Es de precisar que, algunas de las resoluciones que el Tribunal Constitucional ha dejado sin efecto a través de su sentencia, han sido emitidas con anterioridad a la publicación y entrada en vigencia de su precedente vinculante y que, por la prohibición constitucional de la retroactividad, no pueden ser aplicadas, menos aún en contra de justiciables que no han podido defenderse en el citado Proceso Competencial.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha sobrepasado sus atribuciones al utilizar un proceso constitucional como medio impugnatorio de sentencias del Poder Judicial, desnaturalizando por completo el Proceso Competencial, utilizándolo como arma de defensa de su jurisprudencia. Y no se ha percatado que en el expediente seguido con el N° 0006-2006-PC/TC no se presentan los requisitos de: a) conflicto constitucional, en tanto existe una pretendida declaratoria de nulidad de sentencias con la calidad de *cosa juzgada*, y b) de legitimación procesal, en tanto los órganos (instancias) jurisdiccionales del Poder Judicial no son órganos del Estado o constitucionales. Por ello, la parte actora -MINCETUR- debió recurrir a otra vía, por ejemplo, el camino del Proceso de Amparo, si fuera el caso.

Además de ello, se demuestra que el Tribunal Constitucional ha forzado la figura para poder declarar fundada una demanda en contra del ordenamiento

jurídico, tomando en cuenta que en la sentencia emitida por el propio Tribunal Constitucional en el Proceso Competencial signado con el Expediente N° 0001-2000-PC/TC de fecha 04 de abril del 2001 ya tenía un criterio determinado<sup>13</sup>, lo cual transcribimos:

(...)

*Que, respecto a la solicitud de la demandante para que se declaren inejecutables resoluciones judiciales que han resuelto acciones de Amparo interpuestas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí y empresas de transporte público, contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, ordenando se suspendan los operativos policiales, en tanto, ambas municipalidades celebren convenio; aquellas tienen plena validez al haber adquirido autoridad de cosa juzgada, de conformidad al Art. 139° inciso 2) de la Constitución Política, cuyas principales características son la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad; sin perjuicio que las autorizaciones provisionales concedidas deban adecuarse a la Ley N° 27181”.*

Por otro lado, la defensa de la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Constitucional se debe hacer dentro de un proceso donde se pueda permitir a las partes aportar todos los medios probatorios suficientes a fin de demostrar que las sentencias emitidas las diversas instancias del Poder Judicial no están de acuerdo con el ordenamiento constitucional y, como tal, lo transgreden. En realidad, la sentencia del Tribunal Constitucional bajo análisis está deficientemente motivada, por cuanto anula en bloque diversas sentencias sin explicar estrictamente cómo es que en cada proceso se ha violentado la normatividad y los precedentes vinculantes. Tal aserto no es el previsto para anular las sentencias, y, además, se ha recortado el derecho de defensa de cada magistrado, no permitiendo que se apersonen al proceso para fundamentar su contradicción a la demanda. Sí se hubiera interpuesto un Proceso de Amparo o de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, la cosa sería totalmente distinta.

En ese sentido, ¿podrá el Tribunal Constitucional aclarar cómo es que ha declarado nula una sentencia emitida por la Juez Roxana Jiménez Vargas-Machuca del 63° Juzgado Penal de Lima (Exp. N° 2153-2004) que no contenía control difuso alguno, ni iba contra algún precedente vinculante del Alto Tribunal, ni tampoco se trataba de autorizaciones de funcionamiento, ni exoneraciones tributarias, ni impedimentos de fiscalización a los casinos y tragamonedas? Debemos precisar

---

<sup>13</sup> Asimismo, el Tribunal Constitucional ha resuelto contradictoriamente con su propia jurisprudencia, donde establecía que se debe total respeto a la independencia judicial, como una condición de albedrío funcional del juez. Vid., la STC N° 0023-2003-AI/TC, STC N° 2465-2004-AA/TC, entre otras. Del mismo modo, el Tribunal había ratificado con anterioridad la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y, además, había ratificado como efectos de la cosa juzgada la irrevisibilidad, inmutabilidad y ejecutabilidad. Vid., STC N° 0454-2004-AI, STC N° 4587-AA/TC, STC N° 5374-2005-AA/TC, STC N° 6712-2005-HC/TC, STC N° 4426-2004-HC/TC, STC N° 3959-HC/TC, STC N° 0054-2004-AI/TC, entre otras.

que todas las sentencias declaradas nulas implicaban el ejercicio de control difuso y la ruptura con precedentes previamente establecidos. Sin embargo, dicha situación no sucede en demandas como la resuelta por la Juez Roxana Jiménez Vargas-Machuca, interpuesta por Inversiones KNN S.A.C. contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo-MINCETUR, donde la sentencia de la citada magistrada implicó, en el mejor de los casos, amparar un derecho constitucional del demandante, lo que fue confirmado por la Sala Superior correspondiente. No se presentó en ese caso el control difuso, ni tampoco vulneración de algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional, por lo que acrecienta aún más la incertidumbre.

En fin, reiteramos que no se puede recurrir a un Proceso Competencial, donde se estudia principalmente las atribuciones de cada órgano en relación al sistema constitucional, y hacer un juicio de abstracción general basándose exclusivamente en la no observancia de la jurisprudencia vinculante. Cuando, por las circunstancias del caso, los presupuestos fácticos pueden ser diferentes a los que sirvieron de base o fundamento para la dación o creación del precedente vinculante, lo cual debería haber sido analizado en los procesos especializados para tal fin, respetándose los derechos a la tutela procesal efectiva<sup>14</sup>.

## 5. “ACLARACIONES” A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para darnos luces sobre la problemática propuesta, transcribimos a continuación un extracto del controvertido fallo del Tribunal Constitucional:

**“V. FALLO**

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

**HA RESUELTO**

1. *Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en cuanto menoscaba las atribuciones constitucionales reconocidas al Poder Ejecutivo en el artículo 118°, incisos 1 y 9 de la Constitución Política del Estado. En consecuencia, NULAS las siguientes resoluciones judiciales:*

- (...)
- *Además de todas aquellas otras resoluciones judiciales que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente*

<sup>14</sup> En el artículo 4° del Código Procesal Constitucional se establece qué se entiende por tutela procesal efectiva: aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

*vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/ TC por el Tribunal Constitucional.*

2. *Declarar sin efecto, hasta que la Corte Suprema de Justicia de la República se pronuncie en virtud del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y considerando la sentencia 009-2001-AI/TC y el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC por el Tribunal Constitucional, las siguientes resoluciones judiciales:*
  - *La resolución de fecha 12 de setiembre de 1997, (...).*
  - *La resolución de fecha 22 de mayo de 1998, (...).*
  - *La resolución de fecha 21 de setiembre de 2001, (...).*
  - *La resolución de fecha 2 de julio de 2004, emitida por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, en el proceso de amparo (Exp. N.° 2153-2004) seguido por Inversiones KNN S,A, contra el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, Dicha resolución fue confirmada por la Quinta Sala Civil de Lima, mediante sentencia de fecha 14 de diciembre de 2004.*
  - *(...)*
3. *Poner en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial para que proceda de conformidad con la Resolución de Jefatura N.° 021-2006-J-OCMA/PJ, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de abril de 2006”.*

En ese sentido, el 28 de marzo de 2007, el Procurador Público del Poder Judicial plantea unas sumamente interesantes interrogantes, a efectos que el Tribunal Constitucional aclarara la sentencia en cuestión. Con relación a las sentencias declaradas nulas, los extremos de la aclaración eran las siguientes:

- a. *Que aclare a qué resoluciones judiciales se refiere en forma expresa cuando indica que son nulas todas aquellas otras resoluciones que hayan sido dictadas contraviniendo la sentencia 009-2001-AI-TC y 4227-2005-AA/TC.*
- b. *Cuáles eran los efectos de la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales señaladas por el Tribunal Constitucional, y*
- c. *Cuál es la situación procesal de las resoluciones en las instancias superiores recaídas en los procesos en los cuales se ha declarado la nulidad.*

Asimismo, con respecto a las resoluciones judiciales declaradas sin efecto, se solicitó que se aclare los siguientes extremos:

- a. *La motivación para declarar sin efecto, específicamente las resoluciones dictadas en los expedientes N° 408-97 de fecha 12 de setiembre de 1997, N° 1265-97 del 22 de mayo de 1998 y la N° 03022001 de fecha 21 de setiembre de 2001, teniendo en cuenta que las sentencias vinculantes N° 0009-2001-AI/TC y la N° 4221-2005-AA/ TC fueron emitidas con posterioridad a la emisión de dichas sentencias.*

- b. Se precise que órgano jurisdiccional debe resolver la consulta aludida en la sentencia.

De otro lado, el Procurador del Poder Judicial hizo mención a la sentencia emitida en el expediente N° 2153-2004 emitido por el 66° Juzgado Civil de Lima, que fuera declarada sin efecto, indicando que en ella no se había contravenido la jurisprudencia vinculante aludida por el Tribunal Constitucional, es más, que ni siquiera se aplicó el control difuso, y que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima había confirmado, en su debida oportunidad, la sentencia en cuestión.

Dicha solicitud de aclaración fue declarada improcedente por el Tribunal Constitucional, mediante la resolución de fecha 23 de abril del 2007, en la cual, de manera reiterativa, defiende su sentencia transcribiendo párrafos de la misma, ratificando sus puntos de vista. Pero, sobre las aclaraciones, indica, sin mayor fundamentación, que la sentencia en cuestión no precisa aclaración alguna. Con lo que no hace más que acentuar la controversia y, a nuestro parecer, pierde una importante oportunidad para pronunciarse sobre puntos evidentemente conflictivos.

Del mismo modo, en fecha 25 de mayo de 2007, doña Roxana Jiménez Vargas-Machuca, jueza del Sexágesimo Juzgado Civil de Lima, presentó ante el Tribunal Constitucional el pedido de aclaración de la sentencia en cuestión, indicando que la resolución que ella expidió en el Proceso de Amparo N°. 2153-2004 no se comprende conjuntamente con las resoluciones judiciales declaradas sin efecto por el Tribunal Constitucional en su sentencia, argumentando que en su labor jurisdiccional en dicho Proceso de Amparo nunca realizó control difuso de las normas consideradas constitucionales ni contravino precedentes vinculantes establecidos por este Colegiado, limitándose a analizar la aplicación de leyes en el tiempo de acuerdo a los actos propios de la administración derivados de la apertura del expediente administrativo N°. 01129-2000.

El Tribunal Constitucional, declara no ha lugar la solicitud de aclaración, mediante la resolución de fecha 18 de mayo de 2007, toda vez que, de acuerdo a su criterio, su pedido *“deberá ser evaluado por la Corte Suprema de Justicia de la República conforme a las potestades que la Constitución y la Ley Orgánica le confieren, si existió control difuso por parte de la recurrente e inobservancia de los efectos normativos y precedente vinculante establecidos en las SSTC. 009-2001-AUTC y 4427-2005-AA/TC, toda vez que la Corte Suprema de Justicia de la República debe aún pronunciarse como lo dispone la sentencia de este Tribunal y el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* Es decir, evidencia que en su caso no realizó una valoración suficiente para determinar si es que había contravención al precedente vinculante o uso del control difuso de manera indebida, sino que le encarga a otra entidad, al Poder Judicial, lo que mínimamente



tenía que realizar para poder dejar sin efecto la referida sentencia. Con dicha aclaración, lo único que logra es poner en evidencia que no se realizó una debida motivación de la sentencia, debido, entre otras cosas, a que no se permitió el uso del derecho de defensa a cada magistrado que dictó las sentencias anuladas o dejadas sin efecto ni a los beneficiarios de dichas sentencias, y debido, además, a que el Proceso Competencial no es el proceso destinado ni más idóneo para tal fin.

En ese mismo orden de ideas, la misma parte demandante, el MINCETUR, que fuera favorecida por el fallo del Tribunal Constitucional, encontró puntos dudosos en la controvertida sentencia. Así, en su solicitud de aclaración de fecha 29 de marzo de 2007, ésta solicita que se aclare la sentencia por cuanto, a su juicio, no expresa taxativamente si la declaratoria de nulidad sugeriría una nueva intervención del órgano jurisdiccional para que se pronuncie nuevamente en estos procesos judiciales, y si ello es así, en qué forma deberá conducirse el órgano jurisdiccional de la judicatura.

El Tribunal Constitucional, mediante su resolución de fecha 4 de abril de 2007, declara improcedente la solicitud de aclaración, toda vez que *“considera pertinente que es al Poder Judicial a quien le corresponde, de conformidad con el artículo 138° y 139° de la Constitución, establecer los mecanismos procesales pertinentes para dar pleno cumplimiento a la sentencia de autos; considerando para ello, como es evidentemente, tanto la sentencia 009-2001-AI/TC, como el precedente vinculante establecido en la sentencia 4227-2005-AA/TC”*. Con lo que se ha creado una incertidumbre jurídica y se ha mermado las atribuciones del Poder Judicial y -algo muy delicado- la santidad de la cosa juzgada y la seguridad jurídica de nuestro país.

## 6. ¿EMPEZÓ LA GUERRA DE LAS CORTES?<sup>15</sup>

Uno de los temas que más incidencia se tiene en las actuales circunstancias es el relativo al control constitucional. Habiendo transcurrido cinco 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 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”, “in-

---

<sup>15</sup> Ya habíamos esbozado unas ideas de lo que exponemos en una ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, desarrollado durante los días 12 al 15 de febrero de 2002, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, la cual ha sido publicada en Perú. Vid., Domingo García Belaunde (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, págs. 151-169.

vasiones”<sup>16</sup>, o “guerra de las cortes”<sup>17</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 ese sentido, 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. Los órganos constitucionales que interpretan y diseñan la constitucionalidad (ora el Tribunal Constitucional, ora el Poder Judicial) no deben extralimitarse en su función y rol protagónico, para evitar caer en contradicciones.

Ahora bien, la sentencia (Exp. N° 0006-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional peruano analizada, afecta gravemente las competencias y atribuciones del Poder Judicial, lo cual nos trae a reflexión y salida legal lo sucedido entre la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* italianas, donde se presentó una verdadera guerra de cortes. No sería extraño que el Poder Judicial deje de lado la sentencia del Tribunal Constitucional, puesto que, so pretexto de ser el máximo intérprete de la constitucionalidad, ha tergiversado lo establecido en la Constitución, en el Código Procesal Constitucional y en su jurisprudencia (como fuentes del Derecho Constitucional). Y ha determinado que el Proceso Competencial, de ahora en adelante, podrá servir para anular sentencias con calidad de cosajuzgada, lo que ciertamente es excesivo y fórmula peligrosa para el fortalecimiento Estado de Derecho. ¡El Poder Judicial tiene la palabra!<sup>18</sup>

16 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.

17 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.

18 En ese sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 006-2006-PC/TC, materia de análisis, en defensa de la autonomía jurisdiccional y de la independencia de este Poder del Estado, ha rechazado enérgicamente la aludida sentencia mediante el Comunicado de Prensa dirigido a la colectividad y a las diversas instituciones, publicado en el Diario *El Comercio* el día lunes 22 de abril de 2007. Asimismo, los Presidentes de las 29 Cortes Superiores de Justicia de la República, el día 21 de Abril del 2007, reunidos en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con ocasión del Taller Central para la formulación del Presupuesto Institucional 2008, han emitido la Declaración de Lima, publicada en el Diario “El Comercio” el 24 de abril de 2007, por la cual expresan su desacuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso competencial N° 006-2006-PC/TC, al considerar que la misma conculca la autonomía del Poder Judicial, e independencia de los Magistrados de la República en el ejercicio de sus funciones.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Como es de observarse, en el presente proceso, no existió conflicto competencial alguno, por lo que el Tribunal Constitucional desde un inicio al calificar la demanda se ha excedido en sus funciones y ha manipulado el Proceso Competencial para declarar nulas las sentencias con calidad de *cosa juzgada* emitidas por el Poder Judicial, sin tener en cuenta que para el logro de la pretensión del demandante existen vías adecuadas e idóneas que resuelven estos problemas de índole procesal, y no competencial.

Lo pronunciado por el Tribunal Constitucional resulta muy delicado para el Estado peruano, por cuanto, se puede caer en responsabilidad internacional por la contravención a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que, al anularse las sentencias con calidad de *cosa juzgada*, emitidas en sendos Procesos de Amparo y Cumplimiento, se ha limitado la ejecución de resoluciones emitidas en uso de recursos sencillos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el presente caso de los beneficiarios de las sentencias anuladas o dejadas sin efectos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional al haber emitido un fallo anulando las citadas sentencias en un proceso que no estaba propuesto para tal fin, sin previamente escuchar la defensa de los magistrados con relación a sentencias supuestamente inconstitucionales y sin citar siquiera a los beneficiarios de dichas sentencias para que realicen sus defensas, ha contravenido los principios y derechos de la función jurisdiccional (garantías judiciales) que se deben respetar en todo proceso. Por citar un ejemplo, el derecho a la defensa.

Dichos derechos fundamentales a las garantías judiciales y a la tutela judicial efectiva están establecidas en los artículos 8° y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen:

### **“Artículo 8. Garantías Judiciales”**

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...).”*

### **“Artículo 25°. Protección Judicial**

*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun*

*cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

*2. Los Estados partes se comprometen:*

- a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
- b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*
- c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.*

Todos estos fundamentos no hacen más que llevarnos a la conclusión que el Estado peruano, por el conducto del Tribunal Constitucional, ha transgredido la Convención Americana de Derechos Humanos. En estricto, lo establecido en su artículo 1° que dispone que: *“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Lo cual, indefectiblemente acarreará responsabilidad internacional del Estado peruano por la contravención a los pactos internacionales suscritos, lo cual hubiera podido evitarse.*

## 8. APÉNDICES

### § 1

#### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA COMUNICADO\*

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, frente a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional N° 0006-2006-PC/TC, recaída en el proceso competencial incoado por el Poder Ejecutivo-Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial, en defensa de la autonomía jurisdiccional y de la independencia de este Poder del Estado, expresa a la opinión pública del modo más enérgico lo siguiente:

1. Consecuente con su ineludible compromiso en la lucha contra la corrupción en el seno del Poder Judicial, oportunamente el órgano de Control de la Magistratura, en el ejercicio de su facultad disciplinaria y sus potestades de

---

\* Publicado en el Diario El Comercio, el día lunes 22 de abril de 2007.

inspección, está llevando a cabo las acciones de control correspondientes para imponer la más drástica sanción a los jueces y vocales que, violando la Constitución y la Ley, permitieron el funcionamiento de algunos casinos en todo el país. A la vez, como no puede ser de otro modo, está en la obligación de respaldar -y lo hará cuando corresponda- a los magistrados judiciales que en los procesos referidos en esas materias han procedido en el correcto ejercicio de su potestad jurisdiccional, cuya conducta funcional debe ser reconocida y sus resoluciones deben merecer absoluto respeto y efectiva vigencia en un Estado Constitucional.

2. El reconocimiento de la jurisdicción constitucional y de los procesos constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, debidamente configurados en la Constitución y regulados en el Código Procesal Constitucional, en modo alguno convalida sentencias que desconozcan el petitorio planteado, autoriza la invocación a una inexistente e impropia relación de jerarquía entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, permite vulnerar la intangibilidad de la cosa juzgada, y, recurriendo a causales no previstas y vías procesales destinadas a canalizar otro tipo de pretensiones, faculta a declarar la nulidad de sentencias judiciales.
3. Eso es justamente lo que sucede con la sentencia antes citada. El Tribunal Constitucional, a propósito del indicado proceso competencial, procura imponer al Poder Judicial pautas sobre cómo juzgar y aplicar sus precedentes, lo que por cierto, y como es evidente, no configura un conflicto de competencias ni fue lo estrictamente demandado por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Además, importa un pronunciamiento sin mayor posibilidad de descargo por el Poder Judicial o por los diferentes involucrados en las sentencias que venían cuestionándose, a la vez que sorprendentemente -cual si fuera su superior jerárquico- cursa órdenes (ni siquiera una improcedente exhortación), con evidente violación de la autonomía de la institución judicial, a la Oficina de Control de la Magistratura para que proceda a ejercer de determinada manera sus potestades disciplinarias, lo que por cierto ya había sido dispuesto por los propios órganos de gobierno y de control del Poder Judicial.
4. La sentencia del Tribunal Constitucional, inadmisibles en su esencia y contenido, intenta vanamente justificar su decisión en afirmaciones tan erradas como el de una supuesta relación de jerarquía -y no de competencia- entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Así, se arroga facultades que no tiene frente a fallos judiciales y deja de lado la intangibilidad de la cosa juzgada, pese a que la rescisión o nulidad de sentencias firmes sólo es posible en los casos y bajo los procedimientos expresamente establecidos, que por cierto no son los del proceso competencial ni lo autoriza el artículo 113° del Código Procesal Constitucional. Las decisiones cuestionadas por el

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo no son actos administrativos del Poder Judicial ni constituyen la expresión de sus facultades gubernativas, sino resoluciones dictadas por los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

5. El Tribunal Constitucional, en el indicado fallo, procede en base a argumentos jurídicamente insostenibles a anular una serie de sentencias, incluyendo entre ellas, muy a despecho de lo que formalmente se señala, decisiones dictadas en procesos en los que no se ejerció control difuso ni se dejó de lado los precedentes vinculantes que invocó, con el agravante de actuar, en todos los casos, sin escudar ni siquiera a los directamente afectados, de suerte que se ha configurado situaciones de indefensión material que bien podría generar un cuestionamiento al Estado peruano ante el Sistema Interamericano de protección de derechos, con todo lo que ello puede acarrear.
6. Llamamos la atención ante lo que constituye una gravísima invasión de las competencias reservadas al Poder Judicial por el Tribunal Constitucional, hecho que lamentablemente no es nuevo y que con este último pronunciamiento toma ribetes inaceptables. La autonomía del Poder Judicial y la indendencia del juez deben ser respetadas en todo momento, y corresponde a los órganos de gobierno del Poder Judicial mantenerlas incólumes. El Tribunal Constitucional debe circunscribirse a desempeñar las fundares y responsabilidad que la propia Constitución y las leyes le asignan, y no debe proyectar la equivocada idea que cualquier entidad pública crea que puede no acatar una resolución judicial si entiende que restringe sus competencias. La vigencia del Estado Constitucional en el Perú así lo exige.

Dra. María del Carmen Gallardo Neyra  
Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia de la República

## § 2

### PODER JUDICIAL

#### REUNIÓN DE PRESIDENTES DE CORTES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

#### “DECLARACIÓN DE LIMA”\*

Los señores Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la República, reunidos en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con ocasión del Taller Central para la formulación del Presupuesto Institucional 2008, declaramos:

1. Respalda las acciones que viene efectuando el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctor Francisco Artemio Távara Córdoba, y la Sala Plena del Supremo Tribunal, respecto a las observaciones

---

\* Publicado en el Diario “El Comercio”, el día martes 24 de abril de 2007.

formuladas a la Ley de Carrera Judicial aprobada por el Congreso de la República, por lo que también solicitamos al señor Presidente Constitucional la observación de la misma y su devolución al Congreso, por presentar contenidos inconstitucionales.

2. Expresar nuestro desacuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el proceso competencial N° 006-2006-PC/TC incoada por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, al considerar que la misma conculca la autonomía del Poder Judicial, e independencia de los Magistrados de la República en el ejercicio de sus funciones; por lo que apoyamos el Acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 12 de abril último.
3. Manifiestar nuestra solidaridad con las señoras Magistradas integrantes de la Primera Sala Penal Especial de Lima; y exhortamos a los demás poderes del Estado al respeto irrestricto a la independencia del Poder Judicial.
4. Apoyar al señor Presidente del Poder Judicial en todas las gestiones que viene realizando en defensa de la institucionalidad de este Poder del Estado, así como en las que viene realizando para mejorar su presupuesto.

Firmado por los señores Presidentes de las 29 Cortes Superiores de  
Justicia de la República

Dirección de imagen y prensa del Poder Judicial

III.

ANEXOS

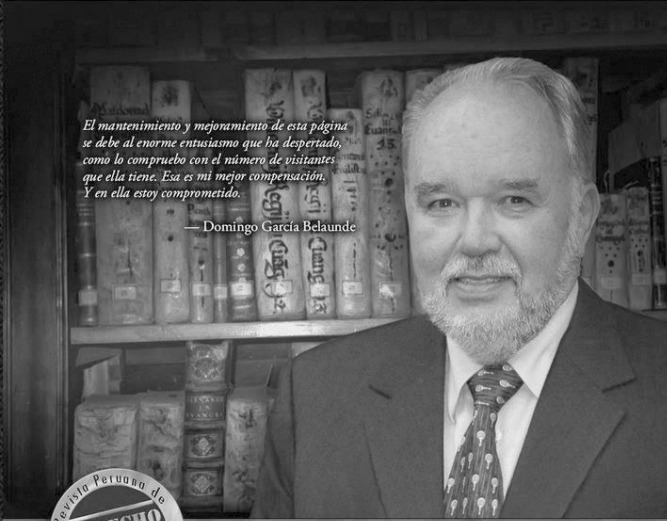
---





# DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Bienvenida | Currículo | Galería de Fotos | Bibliografía | Artículos | Biblioteca | Resoluciones



*El mantenimiento y mejoramiento de esta página se debe al enorme entusiasmo que ha despertado, como lo compruebo con el número de visitantes que ella tiene. Esa es mi mejor compensación. Y en ella estoy comprometido.*

— Domingo García Belaunde

Revista Peruana de  
**DERECHO PÚBLICO**

FUNDADA EN EL AÑO 2000



*Página web de Domingo García Belaunde.*

**Revista Peruana de**  
**Derecho**  
**Público**



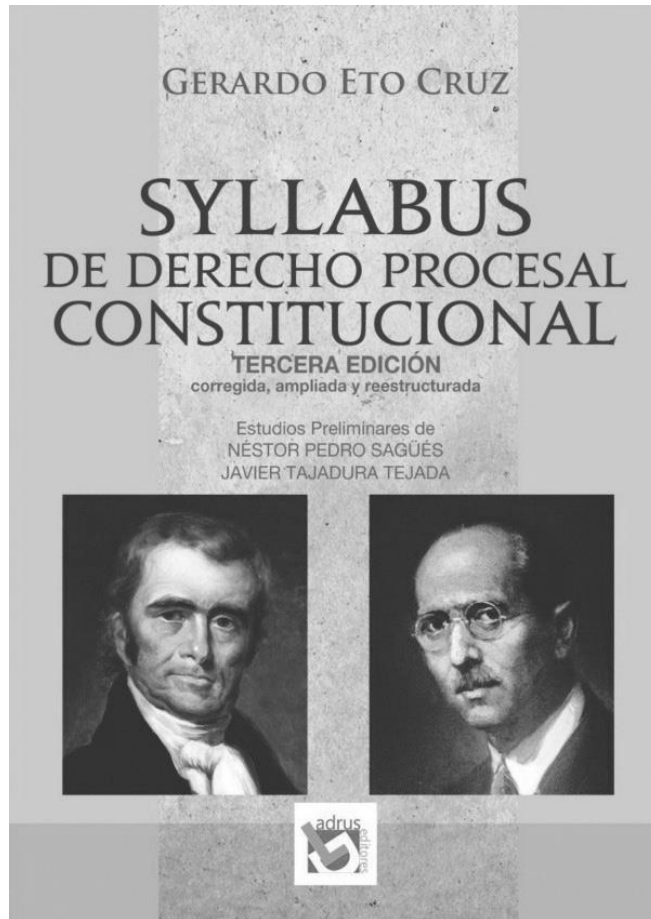
*Revista Peruana de Derecho Público.*

*Director:*

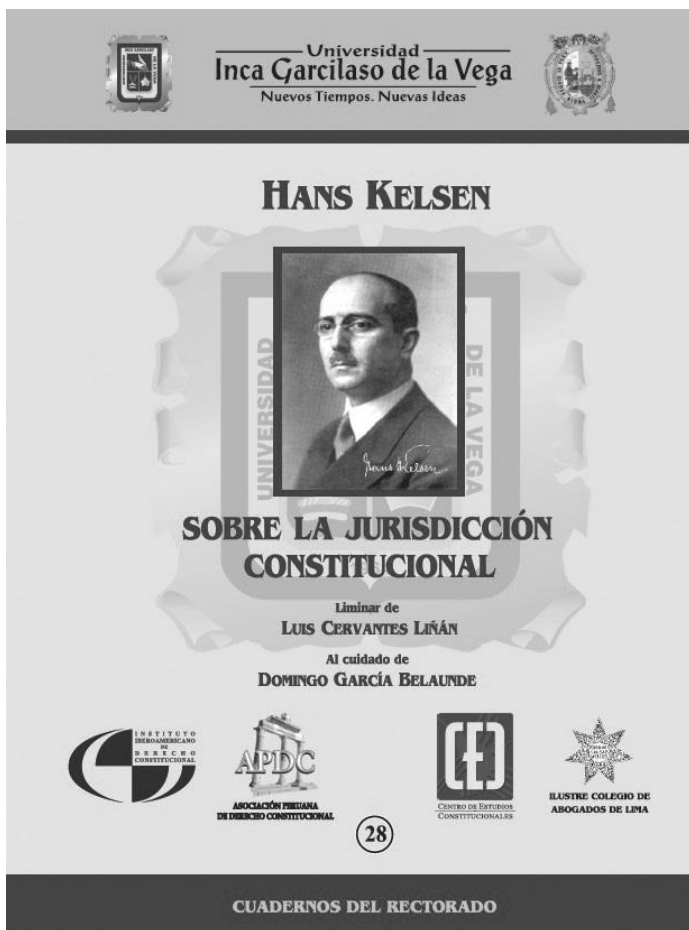
*Domingo García Belaunde*

*Secretario de Redacción:*

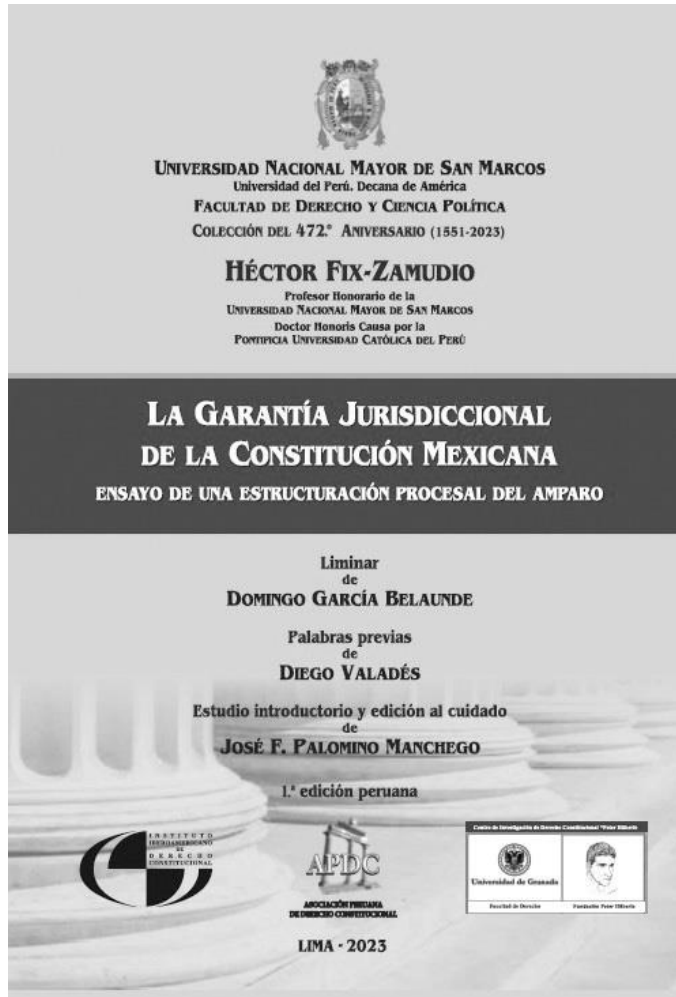
*Dante Paiva Goyburu*



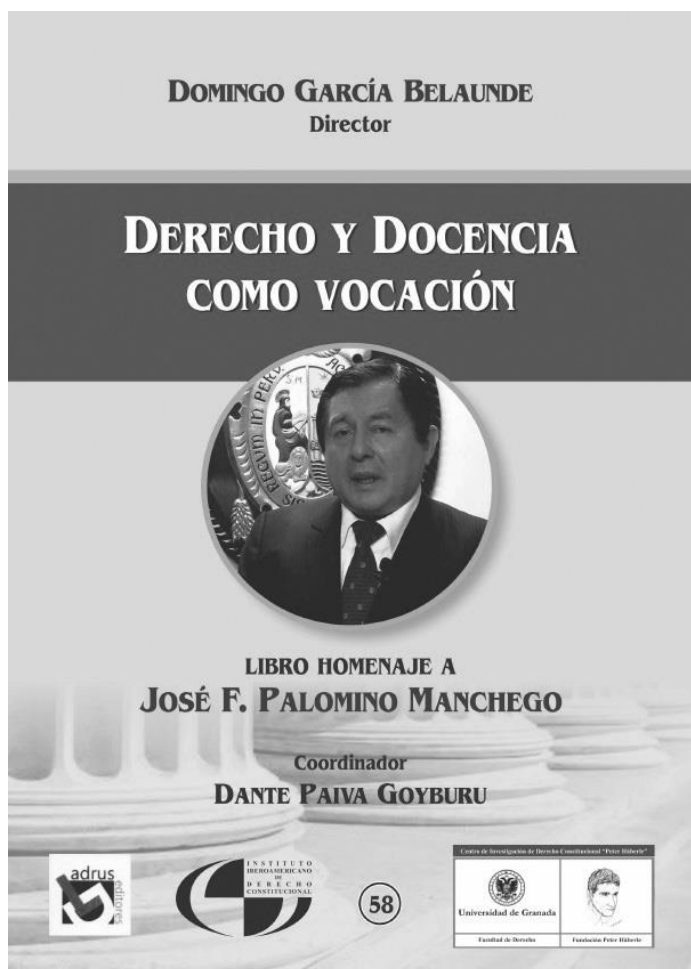
*Syllabus de Derecho Procesal Constitucional.*



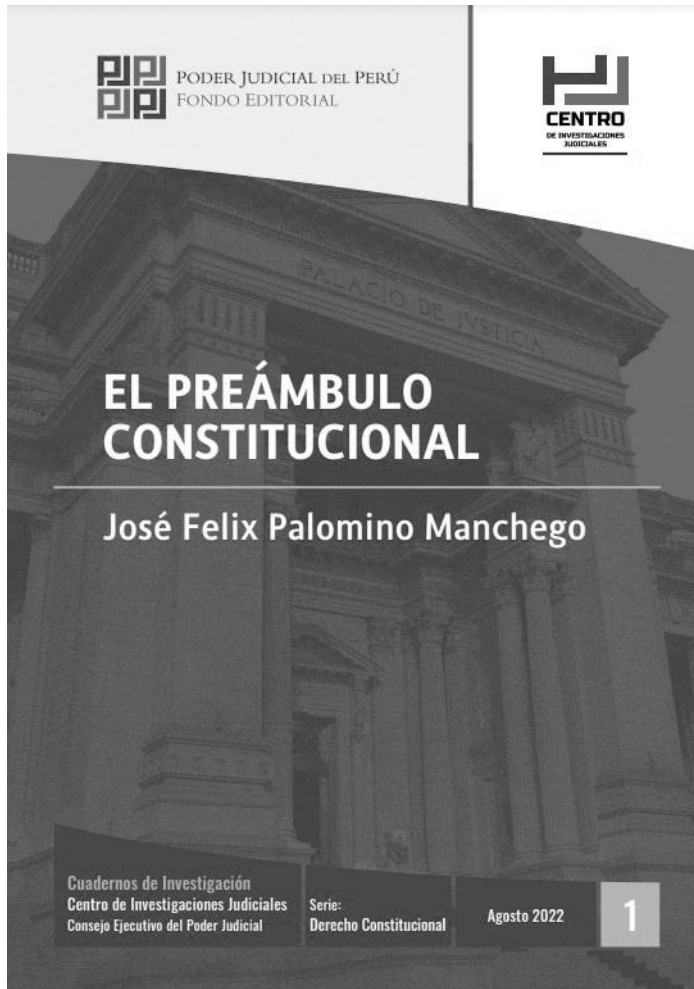
*Sobre la jurisdicción constitucional - Hans Kelsen (edición peruana)*



*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*

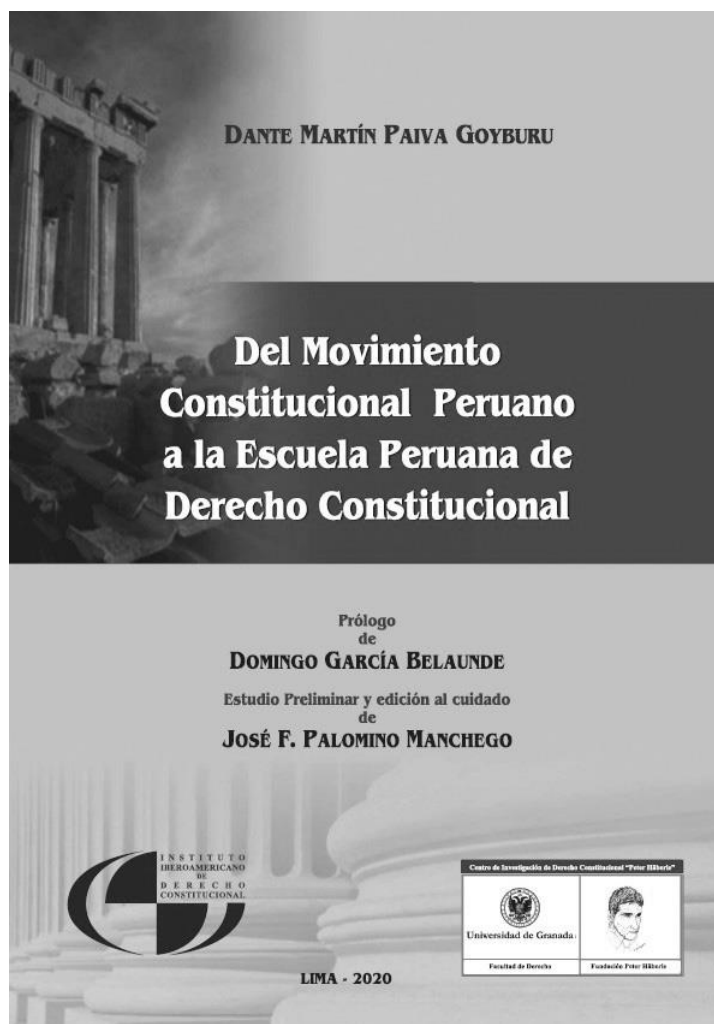


*Derecho y Docencia como vocación.  
Libro Homenaje a José Palomino Manchego.*



*Producción académica de José Palomino Manchego*

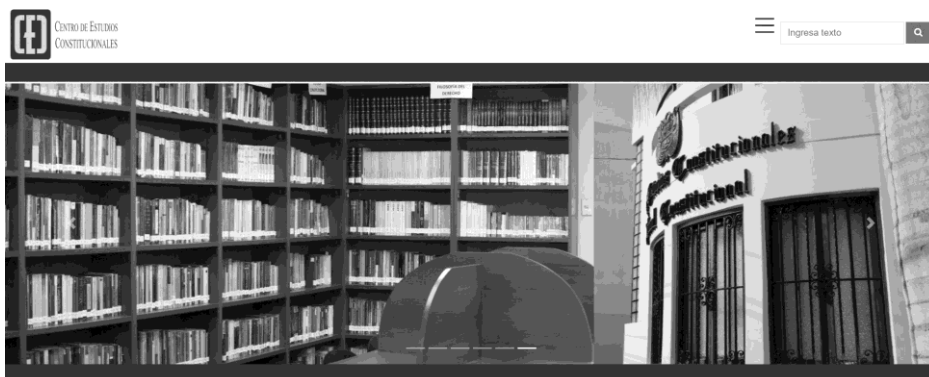




*Producción académica de Dante Paiva Goyburu*



*Biblioteca del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional*



*Portal del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.*



**Este libro se terminó de imprimir en los  
talleres gráficos de la Asociación  
Fondo de Investigadores y Editores, el 13  
de julio de 2023, con ocasión del  
onomástico de Domingo García Belaunde.**

Domingo García Rada es el artífice del Habeas Corpus en el Perú. Es en reconocimiento a esa vocación por el respeto y defensa de los derechos fundamentales de las personas, donde el eje central es la libertad, que el curso de Derecho Procesal Constitucional que impartimos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos lleva su nombre. Este es un modesto homenaje a un maestro en todo el sentido de la palabra, un magistrado ejemplar y un auténtico referente de la esencia de la peruanidad.



**Dante Paiva Goyburu (Lima, 1984).** Abogado. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente ordinario del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana. Secretario de Redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Presidente de la Comisión Historia y Derecho Constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

ISBN: 978-612-00-8808-1

