



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
(Coordinador)

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

ESTUDIOS EN HOMENAJE A
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

LIMINAR DE
LUIS CERVANTES LIÑÁN
TOMO I

Samuel B. Abad Yupanqui - Carlos Ayala Corao - Víctor Bazán - Ernesto Blume Fortini - Joaquín Brage Camazano - Allan R. Brewer-Carías - Edgar Carpio Marcos - Susana Ynes Castañeda Otsu - Luis Castillo Córdova - Sergio Díaz Ricci - Christian Donayre Montesinos - Eloy Espinosa-Saldaña Barrera - Gerardo Eto Cruz - José Julio Fernández Rodríguez - Eduardo Ferrer Mac-Gregor - Eduardo García de Enterría - Magdiel González Ojeda - Osvaldo Alfredo Gozafni - Peter Häberle - Carlos Hakansson Nieto - Ricardo Haro - Rubén Hernández Valle - Alfonso Herrera García - Luis Alberto Huerta Guerrero - César Landa - Pablo Luis Manili - Carlos Mesía Ramírez - Juan Carlos Morón Urbina - Hernán Alcjandro Olano García - Víctor Julio Ortecho Villena - Alberto Otárola Peñaranda - Valentín Paniagua Corazao - Lucio Pegoraro - Pablo Pérez Tremps - Alessandro Pizzorusso - Oscar R. Puccinelli - Miguel Revenga Sánchez - Angelo Rinella - Adolfo A. Rivas - Carlos Ruiz Miguel - Giancarlo Rolla - Luis R. Sáenz Dávalos - Néstor Pedro Sagüés - Javier Tajadura Tejada - Humberto Uchuya Carrasco - Ramiro de Valdivia Cano - *et al.*

2



Academia Diplomática del Perú



COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

CUADERNOS DEL RECTORADO

**EL DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL PERUANO**
ESTUDIOS EN HOMENAJE A
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

COMITÉ CIENTÍFICO

PETER HÄBERLE (Alemania)

ALESSANDRO PIZZORUSSO (Italia)

GIANCARLO ROLLA (Italia)

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (España)

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO (Perú)

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (Argentina)

LUCIO PEGORARO (Italia)

DIEGO VALADÉS (México)

ALLAN R. BREWER-CARIÁS (Venezuela)

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE (Costa Rica)

FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI (Perú)



Universidad
Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas



JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
(Coordinador)

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

ESTUDIOS EN HOMENAJE A
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

LÍMINAR DE
LUIS CERVANTES LIÑÁN

TOMO I

Samuel B. Abad Yupanqui • Carlos Ayala Corao • Víctor Bazán • Ernesto Blume Fortini • Joaquín Brage Camazano • Allan R. Brewer-Carías • Edgar Carpio Marcos • Susana Ynes Castañeda Otsu • Luis Castillo Córdova • Sergio Díaz Ricci • Christian Donayre Montesinos • Eloy Espinosa-Saldafía Barrera • Gerardo Eto Cruz • José Julio Fernández Rodríguez • Eduardo Ferrer Mac-Gregor • Eduardo García de Enterría • Magdiel González Ojeda • Osvaldo Alfredo Gozafni • Peter Häberle • Carlos Hakansson Nieto • Ricardo Haro • Rubén Hernández Valle • Alfonso Herrera García • Luis Alberto Huerta Guerrero • César Landa • Pablo Luis Manili • Carlos Mesa Ramírez • Juan Carlos Morón Urbina • Hernán Alejandro Olano García • Víctor Julio Ortecho Villena • Alberto Otárola Peñaranda • Valentín Paniagua Corazao • Lucio Pegoraro • Pablo Pérez Tremps • Alessandro Pizzorusso • Oscar R. Puccinelli • Miguel Revenga Sánchez • Angelo Rinella • Adolfo A. Rivas • Carlos Ruiz Miguel • Giancarlo Rolla • Luis R. Sáenz Dávalos • Néstor Pedro Sagüés • Javier Tajadura Tejada • Humberto Uchuya Carrasco • Ramiro de Valdivia Cano *et al.*

2



Academia Diplomática del Perú



COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

CUADERNOS DEL RECTORADO

2ª edición: Enero de 2007
1ª reimpresión: Abril de 2015

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial y de los autores.

© 2015, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional
(Sección Peruana)

© 2015, Asociación Peruana de Derecho Constitucional

© 2015, José F. Palomino Manchego

**Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2005-2643**

ISBN 9972-04-042-9 (Obra completa)

ISBN 9972-04-074-7 (Tomo I)

Tiraje: 1,000 ejemplares

Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Editor de Cuadernos del Rectorado: José F. Palomino Manchego

Correo electrónico: palominomanchego@gmail.com

Jr. Luis N. Sáenz 557 - Jesús María

Teléf.: 461-2745 Anexo 3712

Correo electrónico: fondouigv@gmail.com

**BIBLIOTECA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

32

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
Rector: PEDRO COTILLO ZEGARRA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Decano: RUBÉN GONZÁLES ESPINOZA

**INSTITUTO IBEROAMERICANO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Miembros fundadores

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

SECCIÓN PERUANA

Presidente
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Secretario
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

© IIDC 2015

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE GENERAL

– ADHESIONES	xlvi
– LIMINAR DE LUIS CERVANTES LIÑÁN	xlix
– PRESENTACIÓN DE JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO	li

TOMO I

A) FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ)

ALESSANDRO PIZZORUSSO

Breves reflexiones sobre la jurisdicción constitucional (A propósito del nuevo Código Procesal Constitucional del Perú)	3
--	---

REFLEXIONES SOBRE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

I. Introducción: Pros y contras de la codificación procesal constitucional	17
II. Las rutas de la codificación	19
III. Las opciones de la codificación	19
IV. Los topes de la codificación	20
V. La codificación y sus mercados	21
VI. El destino de la codificación	22

**AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

I. Punto de partida	25
II. Nociones generales	27
III. El Derecho Procesal Constitucional: ¿rama o ciencia autónoma?	30
IV. Ubicación de la ciencia	36
V. Autonomía científica	37
1. La jurisdicción	38
2. La acción	39
3. El proceso	40
VI. Bibliografía	43

**TRASCENDENCIA Y VALOR DEL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

SERGIO DÍAZ RICCI

I. A modo de introducción	45
II. Significación política	46
III. Significación jurídica	47
IV. Significación técnica	48
V. Significación sistemática	49
VI. Sistema peruano	51
VII. Estructura sistemática	55
1. Celeridad	57
2. Sencillez	57
3. Publicación	57
4. Justiciabilidad	58
VIII. Conclusiones	59
IX. Bibliografía	60

**EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA**

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

I. Los prolegómenos del estudio sistemático de la defensa jurídica de la Constitución	63
--	----

II. La justificación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma	66
A) La legislación	66
B) La magistratura especializada	70
C) La doctrina	73
D) El sentido común	74
III. Los sectores del Derecho Procesal Constitucional	74
IV. El Derecho Procesal Constitucional mexicano	76
A) El Juicio de Amparo	76
B) La controversia constitucional	77
C) La Acción en la Teoría General del Proceso	78
D) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia	78
E) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano	79
F) El Juicio de revisión constitucional electoral	79
G) El Juicio político	80
H) El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos (<i>ombudsman</i>)	81
I) Otras garantías constitucionales en el sistema jurídico mexicano	81
V. Retos y desafíos del Derecho Procesal Constitucional	82
VI. Bibliografía especializada	83
1. Alemania	84
2. Argentina	84
3. Brasil	84
4. Costa Rica	85
5. Colombia	85
6. Chile	85
7. España	85
8. México	85
9. Nicaragua	86
10. Panamá	86
11. Perú	87

**TRES VARIACIONES Y UNA CODA SOBRE LA
ARTICULACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
Y JURISDICCIÓN ORDINARIA**

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

I. La variación histórica	89
---------------------------------	----

ÍNDICE GENERAL

II. La variación institucional	92
III. La variación técnica	94
IV. Coda final	102
V. Nota bibliográfica	103

**EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y
LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
UNA REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA**

JAVIER TAJADURA TEJADA

I. Introducción	105
II. La evolución de la jurisdicción constitucional en Europa: De un modelo centrado en la ley a un modelo centrado en los derechos	108
III. Justicia Constitucional y derechos fundamentales: Las insuficiencias de un modelo de jurisdicción constitucional configurado como legislador negativo	113
IV. La configuración de los poderes privados como la principal amenaza para los derechos fundamentales en el mundo actual	117
V. A modo de conclusión	119
VI. Bibliografía citada	121

**LOS MECANISMOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA
A LA JURISPRUDENCIA PERUANA**

ALFONSO GAIRAUD BRENES

I. Consideraciones previas	123
A) ¿Derechos humanos o derechos fundamentales?	124
B) El Código Procesal Constitucional del Perú	125
II. Precisiones acerca de la interpretación	126
A) ¿Para qué es la interpretación?	127
B) ¿Por qué el énfasis en la interpretación jurisdiccional?	128
C) ¿Para qué sirven los principios interpretativos?	129
III. Principios interpretativos de normas sobre derechos humanos	129
A) Principio <i>pro homine</i>	130
B) Principio de interacción	130

ÍNDICE GENERAL

C) Principio de interpretación progresiva	131
D) Principio de promoción	131
E) Otros principios	131
IV. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en el Perú	132
A) La jerarquía de los instrumentos internacionales	132
B) Los instrumentos vigentes en el Perú	134
V. Aplicación de los principios de interpretación por el Tribunal Constitucional	135
A) Principio <i>pro homine</i>	136
B) Principio <i>pro libertatis</i>	138
C) El principio de interacción	139
D) El principio de interpretación progresiva	141
E) Principio de promoción	142
F) Principio de universalidad	143
VI. Consideraciones finales	144

PERFIL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PABLO LUIS MANILI

I. Presentación: Evolución de la materia	145
II. Contenidos del Derecho Procesal Constitucional	150
a) Tesis restringida	150
b) Tesis intermedia	151
c) Tesis amplia	151
III. Naturaleza del Derecho Procesal Constitucional	151
IV. Algunas particularidades del Derecho Procesal Constitucional	154
a) Pluralidad de normas en los Estados Federales	154
b) Principio <i>pro homine</i> : pauta para superar la pluralidad de normas	155
c) Aplicación del principio <i>pro actione</i>	157
V. Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional	159
a) La especialización de la magistratura constitucional	159
b) La independencia de la magistratura constitucional	160
c) El perfeccionamiento de los procesos constitucionales	160
d) La codificación del Derecho Procesal Constitucional	161

VI. El Derecho Procesal Transnacional	163
VII. A modo de conclusión	164

**EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y
SU DESARROLLO TARDÍO EN EL PERÚ**

CARLOS MESÍA RAMÍREZ

I. A modo de introducción	165
II. El control de constitucionalidad de la ley. Antecedentes y orígenes	167
1. Antecedentes históricos	168
2. La aparición de la <i>judicial review</i>	170
III. Sistemas de defensa de la Constitución	173
1. La defensa política de la Constitución	173
2. La defensa jurisdiccional de la Constitución	174
IV. Los modelos de jurisdicción constitucional	175
1. El modelo americano de jurisdicción constitucional	176
2. El modelo europeo de jurisdicción constitucional	176
V. Los contenidos de la jurisdicción constitucional	179
1. La jurisdicción constitucional de la libertad	179
2. La jurisdicción constitucional orgánica	180
3. La jurisdicción constitucional comunitaria e internacional	180
VI. La jurisdicción constitucional en el Perú. Su desarrollo tardío	180
1. Ideología y doctrina constitucional en el Perú del siglo XIX	184
1.1. <i>Ramón de Salas y Cortés</i>	184
1.2. <i>Bartolomé Herrera</i>	185
1.3. <i>Felipe Masías</i>	186
1.4. <i>Toribio Pacheco</i>	187
1.5. <i>Manuel Atanasio Fuentes</i>	189
1.6. <i>José María Quimper</i>	192
VII. El control de constitucionalidad de la ley en el Perú. Aspectos formales y normativos	195
VIII. El legado de la Constitución de 1979: La Ley Suprema como expresión cultural o las relaciones entre literatura, procesos sociales y Constitución (o la aparición tardía de la jurisdicción constitucional)	203

**LA INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO EN
LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES:
UN BALANCE NECESARIO (1996–2004)**

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI

I. A modo de introducción	211
II. Legitimación para interponer e intervenir en procesos constitucionales. Criterios utilizados	213
1. Diversas modalidades de intervención defensorial	213
1.1. <i>Legitimación activa</i>	213
1.2. <i>Intervención coadyuvante</i>	214
1.3. <i>Intervención como «amicus curiae»</i>	215
1.4. <i>Presentación de informes u opiniones defensoriales en procesos en trámite por las partes o a solicitud del Tribunal Constitucional</i>	216
1.5. <i>Orientación para iniciar procesos constitucionales</i>	218
1.6. <i>Intervención para promover cambios institucionales y normativos</i>	218
2. Criterios de intervención en procesos constitucionales	219
III. Procesos de Hábeas Corpus	221
1. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por Gustavo Cesti	221
2. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por José Fernández Salvatecci	221
3. Intervención en proceso de Hábeas Corpus a favor de diversos abogados detenidos	222
4. Intervención en proceso de Hábeas Corpus a favor de R. Q. B.	223
5. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por Juan Islas Trinidad y otros	225
6. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por José Aguilar Santisteban	226
7. Intervención en procesos de Hábeas Corpus presentados contra la investigación efectuada por la justicia ordinaria por los hechos ocurridos durante el estado de emergencia en Puno	227
IV. Procesos de Amparo	228
1. Intervención en demanda de Amparo presentada por Hidrocarburos del Puerto S.R.Ltda.	228
2. Intervención en demanda de Amparo presentada por la profesora Giuliana Pantoja Chihuán	229
3. Intervención en demanda de Amparo presentada por Manuel Elías Torres	229

4. Intervención en demanda de Amparo presentada contra periodistas de Radio Imagen	230
5. Intervención en Proceso de Amparo presentado por una Coronela PNP destituida	231
6. Intervención en Proceso de Amparo presentado por Juan Santibáñez Marín	232
7. Intervención en Proceso de Amparo presentado por Rafael García Mendoza	233
8. Intervención en Proceso de Amparo presentado por paciente con VIH-SIDA	233
V. Procesos de Hábeas Data	234
1. Eliana Araujo Sánchez y Berna Morante Soria contra el Consejo Nacional de la Magistratura	234
VI. Proceso de Cumplimiento	235
1. Cumplimiento de Resolución Ministerial que incorporó la anticoncepción oral de emergencia a los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Nacional de Planificación Familiar	235
VII. Procesos de Acción Popular	235
1. El Decreto Supremo N° 006-98-IN	235
2. El Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos Universitarios	236
VIII. Procesos de Inconstitucionalidad	238
1. Artículo 337° del Decreto Legislativo N° 295, que aprobó el Código Civil (Exp. N° 0018-96-I/TC)	238
2. Artículo 184 del Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial (Exp. N° 0019-96-I/TC)	238
3. Segundo párrafo del artículo 317° del Código de Procedimientos Penales (Exp. N° 0020-96-I/TC)	239
4. Decreto Ley N° 25662 (Exp. N° 0021-1996-I/TC)	239
5. Decretos de Urgencia N° 029-97, N° 030-97 y N° 031-97 (Exps. N° 05-97-AI/TC, N° 06-97-AI/TC, N° 07-97-AI/TC)	240
6. Ley N° 26960 (Exp. N° 0004-2000-AI/TC)	241
7. Segundo párrafo del artículo 191° de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 17° de la Ley N° 27369 (Exp. N° 002-2001-I/TC)	241
8. Decreto Legislativo N° 900 (Exp. N° 004-2001-AI/TC)	242
9. Decretos Legislativos N° 895, N° 897 y la Ley N° 27337 (Exp. N° 005-2001-I/TC)	243
10. Ordenanza N° 003 de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho (Exp. N° 07-2001-AI/TC)	244

11. Ordenanza Municipal N° 089-97-C/PPP emitida por la Municipalidad Provincial de Piura (Exp. N° 0008-2001-AI/TC)	245
12. Decreto de Urgencia N° 055- 2001 (Exp. N° 0016-2001-AI/TC)	245
13. Ordenanza N° 290 (Exp. N° 0010-2001-AI/TC)	247
14. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Exp. N° 012-02-AI/TC)	248
15. Delito de desacato (Exp. 004-2003-AI-TC)	248
16. Ley 24150 (Exp. N° 017-2003-AI/TC)	249
17. Ley Orgánica de Justicia Militar, Código de Justicia Militar y Ley del Ministerio de Defensa (Exp. N° 023-2003-AI/TC)	250
18. Ordenanzas de Surco (Exp. N° 0041-2004-AI/TC)	251
IX. Procesos constitucionales en los cuales la Defensoría ha sido parte demandada ...	251
X. Reflexiones finales	253

**LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y
EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**JORGE LUIS CÁCERES ARCE
JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR**

I. Antecedentes	255
II. El Tribunal Constitucional frente al control constitucional de las leyes	258
III. Contenido del Código Procesal Constitucional	263

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

OSCAR DÍAZ MUÑOZ

I. A modo de introducción	267
II. La Jurisdicción Constitucional	268
III. Antecedentes legislativos sobre la Jurisprudencia Constitucional	269
1. Las Leyes 23506 y 25398	269
2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional	272
IV. La aplicación de la jurisprudencia constitucional por el Tribunal Constitucional	273
V. El Código Procesal Constitucional	274
VI. Jurisprudencia Constitucional y Poder Judicial	277
VII. Sentencias recaídas en procesos de Inconstitucionalidad	278
VIII. Consideraciones conclusivas	279

B) TÍTULO PRELIMINAR

**EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL DEL MUNDO. SU *ITER* LEGISLATIVO
Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES**

**GERARDO ETO CRUZ
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO**

I. Un hito en la historia legislativa de América Latina: el primer Código Procesal Constitucional del mundo	283
1. ¿Por qué el primer Código Procesal Constitucional de Iberoamérica y del mundo?	284
II. El <i>iter</i> legislativo del Código Procesal Constitucional	288
1. La etapa de la iniciativa académica	288
2. La etapa de la iniciativa legislativa multipartidaria	290
III. Los principios procesales que rigen a los procesos constitucionales	291
1. El Título Preliminar del Código	291
1.1. Introducción	291
2. Los principios procesales que regirán a los procesos constitucionales	292
2.1. Principio de dirección judicial del proceso	292
A) Los deberes del Juez en el Código Procesal Constitucional	292
B) La superación del principio dispositivo al principio inquisitivo	293
C) El rol determinante del Juez en el principio de dirección judicial	294
2.2. Principio de gratuidad en la actuación del demandante	295
A) Los perfiles de la Constitución de 1993	295
B) El carácter tuitivo de la norma	296
C) ¿Por qué el legislador no ha extendido la gratuidad a todas las partes?	296
2.3. El principio de economía procesal	296
2.4. El principio de intermediación	298
2.5. El principio de socialización del proceso	301
2.6. El impulso procesal de oficio	303
2.7. La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales	304
2.8. La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión	306
2.9. La excepción al principio de la gratuidad: la condena de los costos y costas	307
IV. Líneas conclusivas	308

**BREVES NOTAS SOBRE LAS PREVISIONES DEL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO RESPECTO
DE LA LABOR INTERPRETATIVA DE LOS JUECES Y
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

VÍCTOR BAZÁN

I. Introducción	310
II. El modelo de control de constitucionalidad adoptado en el Perú	310
III. Rápida presentación del Código Procesal Constitucional	311
1. Consideraciones preliminares	311
2. Estructura del Código	312
IV. En torno de algunas cuestiones atinentes a la temática de la interpretación constitucional y subconstitucional contenidas en el Código	312
1. Identificación de ciertos postulados en el Título Preliminar y otros sectores del Código	312
2. Interpretación conforme a la Constitución y vinculatoriedad de los productos interpretativos del Tribunal Constitucional	314
3. Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y reconocimiento de operatividad directa de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales en la materia	317
4. Acerca de la aplicación supletoria y la integración	321
V. Epílogo	322

**NOTAS PRELIMINARES AL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

ERNESTO BLUME FORTINI

I. Introducción	325
II. Gestación, significado e importancia	326
III. La lógica de su desarrollo temático y su esquema	331
IV. Sus principales innovaciones	334
V. Condiciones para su adecuada implementación y debido funcionamiento	348

**EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO:
¿RESPUESTA ADECUADA FRENTE A LAS ACTUALES TENDENCIAS,
DESAFÍOS Y RETOS A LOS CUALES DEBE ENFRENTAR LA TUTELA
DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL?**

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

I. Anotaciones preliminares	352
-----------------------------	-----

II. Una panorámica sobre algunas tendencias dentro de la jurisdicción constitucional en la actualidad	353
A) Primera Tendencia: Una clara derrota del control sin fisonomía jurisdiccional. La influencia de asumir el carácter normativo de la Constitución como sustento de este fenómeno	354
B) Segunda Tendencia: La derrota del «legislador negativo» y la consolidación del Juez ordinario o constitucional, como mediador jurídico (o bajo parámetros jurídicos) de primer orden	358
C) Tercera Tendencia: El Juez constitucional como promotor de la constitucionalización del Derecho y de la política, y los riesgos y limitaciones de esta actuación jurisdiccional.	360
D) Cuarta Tendencia: La incidencia de los especiales alcances de las labores aquí previstas en la actual configuración de los organismos responsables de ejercer jurisdicción constitucional	362
E) Quinta Tendencia: Una creciente ampliación de los espacios de acción, los alcances de la labor realizada, los procesos previstos para canalizar el desarrollo de esa labor, y la legitimación procesal en dichos procesos	364
F) Sexta Tendencia: Una lógica de aporte y diálogo con las pautas e instancias previstas para la protección internacional de los derechos humanos	365
III. Algunos desafíos al mejor desarrollo de las tareas hoy propias de la jurisdicción constitucional. Nuestra opinión al respecto	366
IV. ¿Es el nuevo Código Procesal Constitucional peruano un buen reflejo de las tendencias y una eficaz respuesta a los desafíos hoy existentes sobre el particular?	368
a) La preocupación por establecer un perfil del Juez constitucional deseado	368
b) El interés por acotar los márgenes de acción del juzgador y la eficacia de los procesos constitucionales	369
V. Balance preliminar: la configuración de una normativa cualitativamente mejor, los riesgos del nuevo diseño y aquellas previsiones que trascienden el ámbito del diseño normativo	372

**LOS PRINCIPIOS PROCESALES ESPECÍFICOS DEL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO
(ART. III DEL T.P.)**

RODOLFO JOSÉ ESPINOZA ZEVALLOS

I. Introducción	375
II. Principios procesales específicos	376
1. El principio de dirección judicial del proceso	378
2. El principio de gratuidad en la actuación del demandante	379
3. El principio de economía procesal	382

ÍNDICE GENERAL

4. El principio de inmediación procesal	385
5. El principio de socialización procesal	387
6. El principio de impulso del proceso de oficio	390
7. Principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales	392
8. Principio <i>in dubio pro accionante</i>	393
9. Principio de conducta procesal	396
III. A manera de conclusión	398

LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN EL MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DESARROLLADO POR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

I. Introducción	399
II. Los procesos compartidos	401
a) La competencia judicial en el Proceso de Hábeas Corpus	401
b) La competencia judicial en el Proceso de Amparo	403
c) La competencia judicial en el Proceso de Hábeas Data y en el Proceso de Cumplimiento	404
d) La competencia del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de la libertad	405
e) La exclusión del Ministerio Público en los procesos constitucionales de la libertad	407
III. Los procesos exclusivos	408
a) La competencia judicial en el Proceso de Acción Popular	408
b) La competencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes	410
c) La competencia del Tribunal Constitucional en el Proceso Competencial	411
IV. Un caso especial: la competencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control difuso	412

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

HUMBERTO UCHUYA CARRASCO

I. Introducción	417
II. Principios de los derechos humanos	420
1. Universalidad	421

2. Imprescriptibilidad	421
3. Irrenunciabilidad o inalienabilidad	421
4. Inviolabilidad	421
5. Efectividad	421
6. Su trascendencia a la norma positiva	422
7. Su interdependencia y complementariedad	422
8. La igualdad en derechos	422
9. La corresponsabilidad	423
III. La etapa de ausencia de la interpretación del derecho constitucional	423
IV. La incorporación de la interpretación al derecho constitucional	425
A) Criterio objetivo	425
B) Criterio subjetivo	426
C) Criterio teleológico	427
V. Principios de interpretación de la Constitución y la interpretación de los derechos constitucionales	428
V.1. Principio de unidad de la Constitución	431
V.2. Principio de concordancia práctica	431
V.3. Principio de conformidad funcional	432
V.4. Principio de eficacia integradora	432
V.5. Principio de interpretación conforme a la Constitución	433
V.5.1. Sentencia estimatoria por infracción grave a la Constitución	435
V.5.2. Sentencia manipulativa por incompatibilidad de la ley	435
V.5.3. Sentencia interpretativa por vaciamiento de la Constitución	435
V.5.4. Sentencia desestimatoria de la ley conforme a la Constitución	436
V.6. Principio de la inmediatez de la Constitución	436
V.7. Principio de previsión de consecuencias	437
V.8. Principio del respeto a los valores y principios constitucionales	437
V.9. Principio de interpretación <i>pro libertatis</i>	438
VI. A manera de conclusión	440

C) PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA INTIMIDAD

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE

I. Introducción	443
-----------------	-----

II. La libertad de información	444
1. Diferencia con la libertad de opinión	444
2. Contenido de la libertad de información	446
A) Cláusula de conciencia	447
B) El secreto profesional	448
C) La inexistencia de la censura previa	451
D) El derecho a la información	452
E) El derecho de rectificación o respuesta	453
III. La importancia y el papel que desempeña la prensa en el mundo moderno	453
IV. El derecho a la intimidad, el derecho a la imagen y el derecho al honor	454
V. Los conflictos entre la libertad de opinión y los derechos al honor y a la intimidad	456
1. Los límites entre la crítica y el respeto al derecho al honor	456
2. Los límites entre la crítica y el respeto al derecho a la intimidad	459
VI. Conclusión	461
VII. Bibliografía	462

**EL HÁBEAS CORPUS EN EL NUEVO
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

CÉSAR LANDA

I. Presentación	463
II. El proceso de Hábeas Corpus en el nuevo Código Procesal Constitucional	465
2.1. La Constitución Política de 1993 y el proceso de Hábeas Corpus	465
2.2. El Código Procesal Constitucional y el proceso de Hábeas Corpus	466
2.2.1. La jurisdicción del proceso de Hábeas Corpus	467
2.2.2. Presupuestos sustantivos del proceso constitucional de Hábeas Corpus	468
2.2.3. Características del proceso de Hábeas Corpus	469
2.2.4. Proceso de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales	470
2.2.5. Proceso de Hábeas Corpus en regímenes de excepción	471
2.2.6. Tipos de Hábeas Corpus	472
a) Hábeas Corpus innovativo	473
b) Hábeas Corpus preventivo	473
c) Hábeas Corpus excepcional	473
d) Hábeas Corpus reparador	474
e) Hábeas Corpus restringido	474

<i>f)</i> Hábeas Corpus traslativo	475
<i>g)</i> Hábeas Corpus instructivo	475
<i>h)</i> Hábeas Corpus correctivo	475
2.2.7. Efectos de la sentencia del proceso de Hábeas Corpus	476
III. A modo de conclusión	476

**ANÁLISIS DEL MODELO DE HÁBEAS CORPUS DESARROLLADO
EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

JORGE M. MELÉNDEZ SÁENZ

I. Introducción	479
II. Configuración normativa del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional	480
1. Se mantiene las modalidades de Hábeas Corpus existentes en la legislación procesal constitucional vigente	480
<i>a)</i> El Hábeas Corpus reparador	480
<i>b)</i> Hábeas Corpus preventivo	481
<i>c)</i> Hábeas Corpus restringido	481
<i>d)</i> Hábeas Corpus traslativo	481
<i>e)</i> Hábeas Corpus excepcional	482
III. Se incorporan nuevos tipos de Hábeas Corpus	482
<i>a)</i> Hábeas Corpus innovativo	483
<i>b)</i> Hábeas Corpus correctivo	483
<i>c)</i> Hábeas Corpus instructivo	484
IV. Ampliación de los derechos protegidos por el Hábeas Corpus	486
<i>a)</i> El derecho a la integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes	487
<i>b)</i> El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia (artículo 25º, numeral 8 del CPC)	488
<i>c)</i> El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República (Artículo 25º, numeral 10 del CPC)	489
<i>d)</i> El derecho al debido proceso	489
<i>e)</i> Derecho a la inviolabilidad de domicilio	489
V. Aspectos procesales del Hábeas Corpus	490
<i>a)</i> El Hábeas Corpus frente a resoluciones judiciales	490
<i>b)</i> La responsabilidad del agresor	492
<i>c)</i> Reglas de procedimiento	494

c.1. Legitimación	494
c.2. Antiformalismo	494
c.3. Agilidad y sumariedad	494

**EL HÁBEAS CORPUS Y SU REGULACIÓN EN EL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI

I. Nota preliminar	497
II. Naturaleza e importancia del Hábeas Corpus	498
III. Derechos protegidos por el Hábeas Corpus	500
a) El derecho a la integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones	500
b) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar	501
c) El derecho a no ser objeto de desaparición forzada	502
d) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad	502
e) El derecho al debido proceso	503
f) El derecho a la inviolabilidad de domicilio	503
IV. Tipología del Hábeas Corpus	504
a) Hábeas Corpus reparador	505
b) Hábeas Corpus preventivo	505
c) Hábeas Corpus restringido	506
d) Hábeas Corpus traslativo	506
e) Hábeas Corpus correctivo	507
f) Hábeas Corpus instructivo	508
g) Hábeas Corpus innovativo	508
h) Hábeas Corpus excepcional	509
i) Hábeas Corpus judicial	509
j) Hábeas Corpus conexo	510
V. Aspectos procesales innovados en el Código Procesal Constitucional	510
VI. Consideraciones finales	512

**EN TORNO AL HÁBEAS CORPUS EN EL CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL PERUANO: ANTECEDENTES, DERECHOS TUTELADOS,
PROCEDIMIENTO Y TIPOS DE HÁBEAS CORPUS**

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS

I. La especial relevancia del Código Procesal Constitucional peruano	516
---	-----

II. Breve referencia a la regulación del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional peruano	517
1. Antecedentes del Hábeas Corpus	518
2. Algunos de los derechos cuya tutela es exigible a través del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional	520
3. Algunas de las características más importantes del procedimiento establecido para el Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional	525
III. Los tipos de Hábeas Corpus en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y su tratamiento en el Código Procesal Constitucional	527
1. El Hábeas Corpus preventivo	527
2. El Hábeas Corpus restringido	531
3. El Hábeas Corpus reparador	532
4. El Hábeas Corpus traslativo	541
5. El Hábeas Corpus correctivo	545
6. El Hábeas Corpus innovativo	549
7. El Hábeas Corpus instructivo	552
8. El Hábeas Corpus excepcional	553
9. El Hábeas Corpus conexo	557
IV. Reflexiones finales	558
V. Bibliografía	558

**EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS
DERECHOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN
DEL PROCESO DE AMPARO**

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

I. Introducción	563
II. Definición general de la garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales	564
III. La garantía en la Constitución española y en el Tribunal Constitucional español	567
IV. Definición de la garantía en la doctrina	569
1. Referencia general	569
2. Teorías subjetiva y objetiva	571
3. Teorías absoluta y relativa	572
V. Hacia una nueva formulación de la garantía	574

1. Necesidad de una nueva formulación	574
A) El limitado limitador	574
B) El principio de unidad de la Constitución	575
C) El principio de normatividad de la Constitución	575
2. Formulación general de la reformulación	576
VI. Desarrollo de la reformulación de la garantía	576
1. El contenido del derecho fundamental es un único contenido que vincula de modo fuerte al poder político	576
2. El contenido del derecho fundamental se delimita, no se limita	579
3. El contenido del derecho fundamental empieza a delimitarse desde la norma constitucional	581
4. Debe acudir a elementos extra-normativos	584
A) El elemento teleológico	584
B) Las concretas circunstancias de cada caso	585
VII. La garantía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano	587
A) Las primeras declaraciones	587
B) Definición de la garantía según el Tribunal Constitucional	589
IX. Crítica a la concepción del Tribunal Constitucional sobre la garantía del contenido esencial	591
1. Los derechos constitucionales tienen un contenido limitado y ese contenido limitado es todo él esencial	591
2. El contenido limitado de los derechos constitucionales es ilimitable	594
3. Los derechos constitucionales son derechos absolutos	596
4. El contenido constitucional vincula al poder político y a los particulares	597
X. A modo de conclusión: ¿Una cuestión de lenguaje?	600
1. Hay diferencias de fondo, no sólo de forma	600
2. ¿Un acercamiento lingüístico?	601
XI. A modo de colofón: Contenido constitucional, contenido legal y contenido jurisprudencial del derecho fundamental	604

**EL HÁBEAS DATA EN EL CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL PERUANO. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS
CON EL RÉGIMEN ARGENTINO**

OSCAR R. PUCCINELLI

I. Introducción	608
II. Reglas emergentes del Título Preliminar y de las disposiciones finales	609
III. Reglas contenidas en el Título I (Disposiciones generales de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento)	610

1. Disposiciones comunes	610
1.1. Finalidad	610
1.2. Improcedencia	611
1.3. Procedencia durante los regímenes de excepción	612
1.4. Reglas de trámite	612
1.4.1. Competencia por turno	612
1.4.2. Tramitación preferencial	612
1.4.3. Excepciones y defensas previas	612
1.4.4. Reglas probatorias	612
1.4.5. Notificaciones	613
1.5. Sentencia	613
1.5.1. Contenido	613
1.5.2. Integración de omisiones	613
1.5.3. Cosa juzgada	614
1.5.4. Cumplimiento de la sentencia. Sanciones coercitivas	614
1.6. Recursos ante el Tribunal Constitucional. Trámite	614
1.6.1. Agravio Constitucional	614
1.6.2. Queja	615
1.6.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional	615
1.6.4. Agotamiento de la jurisdicción nacional	615
2. Disposiciones específicas	615
2.1. Procedencia	615
2.2. Medidas cautelares	616
2.2.1. Medidas cautelares en general	616
2.2.2. Cesación de efectos de actos administrativos municipales o regionales	616
2.2.3. Medidas cautelares y sentencia. Costas	617
IV. Reglas contenidas en el Título IV (Proceso de Hábeas Data)	618
1. Derechos protegidos	618
2. Vía previa. Eximición	618
3. Derecho de acceso	618
4. Acumulación de pretensiones	619
5. Procedimiento	619
V. Reglas contenidas en el Título III (Proceso de Amparo)	619
1. Legitimación	619
2. Caducidad de la acción	620
3. Agotamiento de las vías previas	620
4. Competencia	621

ÍNDICE GENERAL

5. Impedimentos	621
6. Requisitos de la demanda	621
7. Acumulación de procesos	622
8. Acumulación subjetiva de oficio	622
9. Litisconsorcio	622
10. Inadmisibilidad. Improcedencia manifiesta. Rechazo liminar	622
11. Reconvención, abandono y desistimiento	623
12. Trámite hasta la sentencia	623
13. Sentencia	623
13.1. Contenido	624
13.2. Costas y costos	624
13.3. Sanciones procesales por conducta procesal dilatoria	624
14. Apelación	624
15. Trámite en segunda instancia	625
16. Sentencia	625
17. Ejecución. Sanciones	625
17.1. Represión de actos homogéneos	626
VI. Esquema procesal abreviado	626
VII. Análisis comparativo con el Hábeas Data federal argentino	628
VIII. Balance conclusivo	634

**PROCESOS CONSTITUCIONALES Y
DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN**

CARLOS RUIZ MIGUEL

I. Justificación y propósito de este trabajo	637
II. Preliminar: los derechos de la comunicación	638
III. Crítica del concepto de los derechos de la comunicación del Código Procesal Constitucional	639
IV. Crítica de los procesos constitucionales sobre derechos de la comunicación	642
V. Conclusión	644

**SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROCESO DE
HÁBEAS DATA: APREHENDIENDO NUEVOS RETOS DESDE EL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

I. Introducción	645
-----------------	-----

II. Aspectos sustantivos	647
1. Las exigencias de la intimidad	647
2. La protección de datos (aproximación en abstracto)	651
3. Derechos protegidos	654
III. Aspectos adjetivos	658
1. Diversas opciones teóricas	658
2. Naturaleza y normativa aplicable	662
3. Legitimación y procedencia	663
4. Órgano competente	665
5. Desarrollo del procedimiento	666
6. Sentencia	667
IV. Recapitulación y conclusiones	670

**EL PROCESO DE HÁBEAS DATA EN EL DISEÑO DEL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

LENY PALMA ENCALADA

I. A modo de introducción	673
II. Trascendencia del Hábeas Data a partir de los derechos constitucionales que tutela	674
III. Cuestionamientos al Hábeas Data como proceso autónomo	676
IV. Tipos de Hábeas Data. Viabilidad de su reforzamiento como proceso autónomo	677
V. Aciertos del Código Procesal Constitucional en la regulación del Hábeas Data. Diferencias con la Ley N° 26301	679
VI. Algunas consideraciones sobre las deficiencias advertidas en la regulación del Hábeas Data en el Código Procesal Constitucional	681

**ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN
COLOMBIA Y PERÚ**

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

I. Justificación del tema: La Acción de Cumplimiento	685
II. Objeto	691
III. Los principios de la Acción	692
IV. Competencia	693
V. La titularidad de la Acción	694

**LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES CONTRA
RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL
DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

ENRIQUE PESTANA URIBE

I. A modo de introducción	711
II. Los antecedentes	712
III. Los avances respecto al control de las resoluciones judiciales en el Código Procesal Constitucional	714
IV. El problema respecto a la aplicación del artículo cuarto del Código Procesal Constitucional	716
V. Respecto a la obtención de una resolución fundada en derecho	717
VI. Las posibilidades de interponer Amparos contra Amparos y los procesos contra fueros jurisdiccionales especiales	720
VII. Los procesos constitucionales contra decisiones de la justicia militar y arbitral y del Jurado Nacional de Elecciones	722
VIII. A modo de reflexión final	725

**LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL:
UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS
CASOS DE GUATEMALA Y PERÚ**

GERARDO PRADO

I. Introducción	727
II. Cuadro comparativo	730
III. Otros puntos de comparación	736
IV. Conclusiones	738

**ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE
AMPARO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
Y LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL HOMÓNIMA EN GUATEMALA**

MANUEL DE JESÚS MEJICANOS JIMÉNEZ

I. Introducción	741
II. Regulación constitucional del Amparo	742
1. El Amparo es un proceso judicial	744
2. El Amparo es un proceso constitucional	745

3. El Amparo es un proceso especial por razón jurídico-material	745
4. El Amparo es un medio de protección	746
III. Principios procesales cuya observancia determina en ambas legislaciones (la guatemalteca y la peruana) la procedibilidad del Amparo	747
1. Principio de oportunidad en la presentación de la acción	748
2. Principio de definitividad procesal	749
3. Principio de agravio personal y directo	751
IV. La demanda de Amparo	753
V. Tutela judicial por medio del Amparo	754
VI. Conclusiones	757

TOMO II

D) PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ Y VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

I. A modo de introducción	761
II. El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos administrativos normativos en un sistema mixto e integral: Perú y Venezuela	762
III. La Acción de Inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal	764
1. El objeto del control de constitucionalidad	764
2. El contraste respecto de la legitimación para accionar en los sistemas peruano y venezolano	766
3. Lineamientos generales sobre el proceso de constitucionalidad	770
IV. La Acción Popular de inconstitucionalidad de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales (normativos)	771
V. Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad	772

LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

PABLO PÉREZ TREMPES

1. Características generales	775
------------------------------	-----

2. El juicio <i>a quo</i>	779
2.1. Las normas objeto de control	779
2.2. ¿Quién puede plantear la cuestión?	782
2.3. La aplicabilidad y la relevancia	783
2.4. La fundamentación	784
2.5. El procedimiento	785
3. El juicio <i>ad quem</i> o juicio de constitucionalidad propiamente dicho	788
3.1. Las potestades de control sobre el planteamiento de la cuestión	788
3.2. El juicio de constitucionalidad propiamente dicho	790
4. Las «autocuestiones» de inconstitucionalidad	791
4.1. Autocuestión y Recurso de Amparo	791
4.2. Autocuestión y conflicto en defensa de la autonomía local	795
5. Una valoración de la institución	796

**LA ACCIÓN PERUANA DE
INCONSTITUCIONALIDAD**

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

I. Introducción	801
II. Naturaleza de la Acción de Inconstitucionalidad y modo de examen	803
III. Competencia	805
IV. Legitimación activa	805
a) La legitimación territorial: el caso italiano	806
b) La legitimación territorial de las minorías políticas: el modelo alemán	806
c) La legitimación territorial de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español	806
d) La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría	807
V. Legitimación pasiva	811
VI. Objeto	812
VII. El parámetro de control	819
VIII. Plazo de ejercicio	821
IX. Procedimiento	822
1. Demanda	822
2. Representación procesal	823
3. Admisión	824

4. Continuación del procedimiento hasta la sentencia	824
X. Sentencia	826
1. Sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias: mayoría cualificada exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes	826
2. Posibilidad de sentencias atípicas	832
3. Efectos de las sentencias estimatorias	832
4. Nulidad por conexión o consecuencia	836
5. Publicación	837
XI. Palabras finales	837

**EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD
EN EL PERÚ: REFLEXIONES A PARTIR DEL CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y LA EXPERIENCIA RECIENTE**

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO

I. Alcances generales	839
1. Normas que regulan el Proceso de Inconstitucionalidad	841
a) Constitución de 1993	841
b) Legislación del Proceso de Inconstitucionalidad: De la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al Código Procesal Constitucional	841
2. Reforma constitucional	842
a) Debate suspendido en el Congreso	842
b) Propuesta de la CERIAJUS	843
II. Objetivo del proceso	843
III. Normas objeto de control	846
1. Control de los Decretos Leyes	847
2. Control de normas sobre reforma constitucional	849
IV. Control posterior de las normas	850
1. Una opción del Derecho Comparado: el control previo	850
2. Posibilidad de adoptar el control previo en el Perú	851
V. Legitimidad para dar inicio al proceso de inconstitucionalidad	852
VI. Plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad	856
VII. Motivos para declarar inconstitucional una norma: por el fondo o por la forma	858
VIII. Principios de interpretación	860

ÍNDICE GENERAL

a) Derecho Internacional de los Derechos Humanos	861
b) Leyes sobre las competencias y atribuciones de los órganos del Estado	862
IX. Tipos de sentencia en el Proceso de Inconstitucionalidad	863
1. Sentencias que condicionan a una determinada interpretación la compatibilidad de una norma con la Constitución	863
2. Sentencias aditivas	865
3. Sentencias sustitutivas	867
4. Sentencias que exhortan la aprobación de una nueva legislación (sentencias exhortativas)	867
X. Inconstitucionalidad de normas conexas	868
XI. Efectos en el tiempo de las sentencias sobre inconstitucionalidad	870
1. Retroactividad en materia tributaria	871
2. Retroactividad benigna en materia penal	873
3. Postergación de los efectos de la sentencia: la <i>vacatio sententiae</i>	875
XII. Fuerza vinculante de las decisiones en los procesos de inconstitucionalidad	877
XIII. Número de votos para declarar inconstitucional una norma	879
1. La disposición original de la anterior LOTC (y sus problemas de aplicación)	879
2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 4º de la anterior LOTC	882
3. Reformas a la anterior LOTC	883
XIV. Reflexiones finales	884

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

EDGAR CARPIO MARCOS

I. Introducción	886
II. El «bloque de constitucionalidad»: el caso francés	887
1. Origen de la expresión	887
2. Antecedentes del <i>bloc de constitutionnalité</i>	889
3. El contenido del bloque de constitucionalidad	890
a) El rango formalmente constitucional de las fuentes que componen el bloque de constitucionalidad francés	891
b) La función procesal del bloque de constitucionalidad	894
III. El bloque de constitucionalidad en España	896

1. Un concepto discutible y discutido	896
2. Las diferentes versiones del bloque de constitucionalidad en la doctrina española	897
3. El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad	902
IV. El bloque de constitucionalidad «de la» Corte Constitucional colombiana	904
V. El bloque de constitucionalidad en el Perú	910
1. Constitución de 1979, bloque de constitucionalidad y Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales	910
2. El bloque de constitucionalidad y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional	912
2.1. Contenido del bloque de constitucionalidad	913
2.2. El requisito de «conformidad con la Constitución» para integrar el bloque de constitucionalidad	916
2.3. El <i>status</i> de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad en el sistema de fuentes del Derecho	917
VI. Bloque de constitucionalidad y control de validez de las fuentes primarias	918
VII. El bloque de constitucionalidad y el Código Procesal Constitucional ¿la caída de un fetiche?	921

**CONTROL DE NORMAS Y EL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA

Introducción	923
I. Disposiciones generales	924
II. Proceso de Acción Popular	927
III. El Proceso de Inconstitucionalidad	931
IV. Proceso Competencial	935
1. Conflictos: su conceptualización	935
2. Conflictos de competencia o de atribuciones	935

**RECEPCIÓN NORMATIVA DEL CONTROL DE
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

I. La paradoja de la vigencia de los textos constitucionales	939
II. Parámetros de las garantías de control de la Inconstitucionalidad por omisión	945

A) Conceptualización del objeto del control de Inconstitucionalidad por omisión	948
B) Sujetos pasivos del control	953
C) Sujetos titulares de legitimación activa	955
D) Efectos del control de constitucionalidad	957
E) Los mandamientos de ejecución	962
III. Recepción normativa del control de Inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional peruano	964
A) El control de Inconstitucionalidad por omisión a través de la jurisdicción constitucional de las libertades	965
a) Proceso de Amparo	966
b) El Proceso de Cumplimiento	978
c) Pautas relativas a la ejecución de sentencias	986
B) El Control de Inconstitucionalidad por Omisión a través de un Proceso Competencial	987
C) Vías jurisprudenciales: Las sentencias aditivas o constructivas y sentencias exhortativas	988
D) Evaluación	997

**EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR:
UN ANÁLISIS PRELIMINAR**

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU

I. Introducción	1001
II. El control de las normas infralegales en Perú. Antecedentes	1002
III. Finalidad del proceso constitucional de Acción Popular	1005
IV. Normas objeto de control	1005
1. Normas de carácter general de los Gobiernos Regionales	1006
2. Normas de carácter general de los Gobiernos Locales	1007
3. Normas de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo	1008
4. Normas administrativas de carácter general dictadas por otros órganos	1008
V. Órgano jurisdiccional competente	1009
VI. El proceso de Acción Popular. Aspectos procesales	1009
1. Legitimación procesal activa	1010
2. Requisitos de la demanda	1011
3. Inadmisibilidad e improcedencia de la demanda	1013
4. Tramitación del proceso de Acción Popular	1014
A) Admisibilidad de la demanda	1014

B) Contestación de la demanda	1015
C) Apelación o consulta ante la Sala Constitucional y Social, como órgano judicial de control de constitucionalidad	1016
VII. Efectos de la sentencia	1018
1. Carácter declarativo y con efectos retroactivos	1018
2. Autoridad de cosa juzgada	1019
3. Inconstitucionalidad e ilegalidad de normas conexas	1020
4. Otras formas de conclusión del proceso de Acción Popular	1021
5. El principio <i>iura novit curia</i>	1022
6. Mecanismos de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional	1023

**JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL
EN VÍA INCIDENTAL Y TUTELA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

GIANCARLO ROLLA

I. Las finalidades esenciales del proceso constitucional	1025
II. Hacia la progresiva convergencia de modelos originalmente contrapuestos	1028
III. Peculiaridad del control de constitucionalidad en vía incidental	1034
IV. Algunos institutos procesales idóneos para favorecer la tutela concreta de los derechos constitucionales	1037
V. El control acerca de la validez de la legislación anterior a la Constitución	1041
VI. Técnicas y cláusulas de interpretación que favorecen, en los sistemas de justicia constitucional en vía incidental, una tutela concreta de los derechos fundamentales	1045
VII. Consideraciones finales	1050

**LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL MEXICANA Y EL PROCESO
COMPETENCIAL PERUANO (BREVES NOTAS COMPARATIVAS
SOBRE SUS REGLAS GENERALES)**

ALFONSO HERRERA GARCÍA

I. Introducción	1054
II. Derecho procesal constitucional y conflictos constitucionales de competencia y atribuciones	1055

III. La controversia constitucional en México	1059
A) Materia y objeto de la controversia constitucional	1061
B) Sujetos legitimados	1064
1) Controversias constitucionales internas	1064
2) Controversias constitucionales externas	1065
C) Desarrollo del proceso	1067
1) Improcedencia (inadmisibilidad) y sobreseimiento	1067
2) La demanda y su contestación	1068
3) Instrucción y pruebas	1069
D) La sentencia constitucional y sus efectos	1071
E) Recursos	1074
IV. El Proceso Competencial en el Perú	1075
A) Materia y objeto del conflicto de competencia	1078
B) Sujetos legitimados	1080
C) Desarrollo del proceso	1081
1) Inadmisibilidad e improcedencia	1081
2) Demanda y contestación	1082
3) Instrucción y pruebas	1083
D) La sentencia constitucional y sus efectos	1083
1) Sentencias en procesos de conflictos positivos	1084
2) Sentencias en procesos de conflictos negativos	1084
E) Recursos	1084
V. Reflexiones comparativas: semejanzas y diferencias entre la controversia constitucional de México y el Proceso Competencial del Perú	1085

**APORTES PARA EL ESTUDIO DEL
NUEVO RÉGIMEN DE LA ACCIÓN POPULAR EN EL
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

JUAN CARLOS MORÓN URBINA

I. Introducción	1091
II. Conceptualización del proceso de Acción Popular como un proceso constitucional dirigido a defender la Constitución frente a infracciones a su jerarquía normativa	1093
III. Normas controlables a través del proceso de Acción Popular	1094
IV. Supuestos de vicio objeto de control por este proceso constitucional	1096
V. Continuidad de la competencia judicial para conocer estos procesos	1099

VI. Unificación de los plazos de prescripción para interponer la demanda	1100
VII. Legitimación para interponer la demanda de Acción Popular	1101
VIII. Admisión de la medidas cautelares para suspender la norma acusada	1102
IX. El efecto temporal de las sentencias estimativas	1103
X. Preferencia del Proceso de Inconstitucionalidad respecto de la Acción Popular	1104
XI. Omisiones importantes en la codificación a tener en cuenta para el futuro	1105
1. Supresión de la Acción Popular «previa» contra reglamentos o normas generales no publicados previsto en la Ley N° 24968 (art. 5)	1105
2. Supresión de la prohibición de reeditar parcial o totalmente la norma reglamentaria declarada inconstitucional o ilegal que preveía el art. 26, de la Ley N° 24968	1105
XII. A modo de conclusión	1106

E) JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

LA INSERCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO

ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA

I. El marco doctrinario internacional	1109
1. Las normas internacionales de derechos humanos y el derecho nacional de los Estados	1109
2. La incorporación de las normas internacionales en la legislación interna	1111
2.1. Las teorías dualista y monista	1111
2.2. Obligaciones para los Estados-parte de los tratados internacionales	1112
3. Relaciones entre la norma internacional y la constitucional	1115
3.1. El reconocimiento expreso de la jurisdicción supranacional	1117
3.2. El Derecho Constitucional de cada Estado y la jerarquía de los tratados	1118
II. La Constitución peruana de 1993 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	1122
1. El modelo político	1122
2. La Constitución de 1993 y los derechos fundamentales	1124
2.1. La constitucionalización de los derechos fundamentales	1124
2.2. La ubicación jurídica de los derechos fundamentales	1129

3. La incorporación de los tratados en materia de derechos humanos en el derecho interno peruano	1133
3.1. Los tratados y la legislación interna	1133
3.2. El proceso de aprobación y ratificación de los tratados	1138
3.3. Los tratados referidos a derechos humanos	1141

LA SENTENCIA 1942 vs. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

CARLOS AYALA CORAO

I. Introducción	1145
II. El desconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos	1153
III. El establecimiento de la censura judicial previa	1178
IV. La validación de las leyes de vilipendio o desacato	1185
V. Una reflexión final	1209

LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL PARA SU PROTECCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CARLOS HAKANSSON NIETO

I. Una dudosa interpretación	1211
II. Los tratados sobre derechos humanos en la teoría constitucional	1212
A) La novena enmienda de la Carta de 1787	1214
B) Los tratados de derechos humanos también frenan al poder	1214
C) La Carta de 1787 desde una perspectiva histórica	1214
III. La jerarquía constitucional de los tratados en la Carta de 1993	1215
A) Los tratados de derechos humanos y el bloque de la constitucionalidad	1216
B) La Constitución y los tratados sobre derechos humanos	1216
IV. Los tratados sobre derechos humanos y el principio de soberanía	1219
V. El sistema internacional de protección de los derechos humanos	1220
A) El Sistema universal de protección de los derechos y libertades	1221
B) El Sistema americano de protección de los derechos y libertades	1222
C) Una aproximación a la CIDH	1224
1) La composición de la CIDH	1225
2) Las sesiones de la CIDH	1226

3) La jurisdicción de la CIDH	1227
4) Una evaluación final a la Corte	1227

**LA RESIDUALIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL EN EL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. UNA REFLEXIÓN A
LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

JOSEPH CAMPOS

I. Presentación	1230
II. Antecedentes	1230
III. Estado constitucional de derecho y derechos fundamentales	1231
IV. Derechos fundamentales, derecho humanos y derechos constitucionales ...	1232
V. La relación entre el Derecho Internacional e Interno. El caso particular de los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos	1234
VI. Derecho internacional y derecho interno. El caso peruano	1236
VII. Los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos vigentes para el Perú	1238
VIII. Los procesos constitucionales como los recursos efectivos, sencillos y rápidos ...	1243
IX. La regulación de las causales de improcedencia de los procesos constitucionales	1245
X. La residualidad en Argentina. Lecturas desde el Perú	1246
XI. Breve reflexión sobre la alternatividad	1248
XII. Las excepciones a la residualidad. Notas y preocupaciones	1249
XIII. El establecimiento de la residualidad después de la alternatividad. Una reflexión a la luz del Derecho Internacional de derechos humanos	1254
XIV. A manera de resumen y aportes	1255

F) MISCELÁNEA

**ASPECTOS DE UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL
PARA EUROPA-UN BOSQUEJO**

PETER HÄBERLE

I. Preliminar	1262
II. Primera parte: sobre los métodos	1263
1. Métodos de trabajo para el estudio de la civilización («comunidad constitucional», el «conjunto de constituciones parciales»)	1263

2. La asamblea constituyente en Europa: camino al «método de la convención»	1265
3. La veracidad y la opinión pública del proceso de constitucionalización europeo: la opinión pública europea sobre el arte y la cultura, en crecimiento debido al internet y a la política (constitucional)	1265
4. Procesos de producción y recepción regional y mundial (la triada textos, teorías y judicatura, el carácter de taller, el Derecho Comparado como el «quinto» método de interpretación, el «Derecho Constitucional del pueblo europeo»)	1266
5. La enseñanza de la Constitución europea como disciplina individual (la aprobación de los «derechos europeos»)	1267
III. Segunda parte: contenidos (selección)	1267
1. «Identidad europea»-«identidades nacionales», el «Derecho Constitucional nacional de Europa»	1267
2. Preámbulos como forma de arte, de cultura, de literatura y como figura constitucional-una forma populista de texto	1269
3. La «pregunta decisiva» sobre la referencia a Dios en una Constitución de la UE (el texto alternativo polaco)	1269
4. La carta de los derechos fundamentales de la UE	1269
5. Los valores fundamentales y los objetivos de la Unión	1270
6. La Corte de Justicia europea y el Consejo de Ministros de la CE como «Tribunales Constitucionales» (la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución como «custodios»)	1270
7. Aclaraciones y dudas en el proyecto 2004 («gestión futura», «extrapolación», deficiencias)	1270
IV. Perspectivas y conclusiones	1271

PROBLEMAS DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS QUE DECLARAN LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY EN ESPAÑA ¿RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO?

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Problemas de ejecución de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una Ley en España ¿Responsabilidad patrimonial del Estado?	1273
---	------

LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA PROCESAL ¿SON FUENTES NORMATIVAS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL?

**LUCIO PEGORARO
SILVIA BAGNI**

Las resoluciones de la Corte Constitucional en materia procesal ¿son fuentes normativas del proceso constitucional?	1283
---	------

**OPPOSIZIONE PARLAMENTARE E CORTE COSTITUZIONALE
NEL RECENTE PROGETTO DI REVISIONE DELLA
COSTITUZIONE ITALIANA**

ANGELO RINELLA

1. Cenni introduttivi sull'impianto del progetto di revisione	1308
2. Osservazioni sull'uso della modellistica costituzionale	1310
3. Le garanzie costituzionali a tutela della coerenza del sistema tra «premierato» e principio federale	1313
4. Lo statuto costituzionale dell'opposizione di fronte al governo del Premier	1314
4.1. Le linee di rafforzamento della figura del Primo ministro nel progetto di revisione	1314
4.2. Cenni ricostruttivi sulla funzione costituzionale di opposizione negli ordinamenti di matrice democratica	1320
4.3. La modellistica costituzionale di riferimento	1328
4.4. «Her Majesty's Loyal Opposition»	1332
(a) Il leader dell'opposizione	1333
(b) Lo Shadow Cabinet	1336
4.5. La funzione di opposizione nel progetto di revisione costituzionale. Alcune ipotesi integrative	1338
4.5.1. La formalizzazione costituzionale dell'opposizione parlamentare	1343
4.5.2. Innalzamento del quorum previsto dall'art. 138 in tema di revisione della Costituzione	1343
4.5.3. La partecipazione alla designazione degli organi di garanzia costituzionale; in particolare l'elezione dei giudici costituzionali (rinvio)	1346
4.5.4. Ulteriori componenti di uno statuto costituzionale dell'opposizione	1346
5. La composizione della Corte costituzionale in relazione al suo ruolo di garanzia ultima del primato della Costituzione «federale»	1349
5.1. Il Tribunale costituzionale federale tedesco (Bundesverfassungsgericht)	1352
5.2. La Corte di giustizia costituzionale austriaca (Verfassungsgerichtshof)	1354
5.3. La Cour d'arbitrage belga	1356
5.4. Il Tribunale federale svizzero (Bundesgericht)	1358
5.5. La Corte suprema degli Stati Uniti (Supreme Court)	1360
5.6. La Corte suprema canadese (Supreme Court)	1362
5.7. L'High Court australiana	1364
5.8. Cenni di conclusione sul raccordo tra la composizione della Corte costituzionale e la qualificazione federale del sistema	1365

**GARANTÍAS Y SUPRAGARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

ADOLFO A. RIVAS

I. A modo de introducción	1369
II. El fenómeno de la constitucionalización	1370
III. La esencia de las constituciones	1371
IV. Las garantías constitucionales	1371
V. Garantías y supragarantías	1374
VI. Garantías instrumentales	1376
VII. Garantías instrumentales y legitimaciones	1377
VIII. Las legitimaciones funcionales públicas	1378
IX. Las legitimaciones sumatorias, populares y colectivas	1379
X. Naturaleza y esencia de las garantías instrumentales	1381
XI. El origen instrumental	1383
XII. La limitación instrumental	1384
XIII. Garantías instrumentales y procesos constitucionales	1384
XIV. Jurisdicción dirimente y jurisdicción protectora	1385

G) TESTIMONIOS

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: UNA PASIÓN AL
SERVICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO

Domingo García Belaunde: Una pasión al servicio del Derecho Constitucional	1389
---	------

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE Y EL
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

RICARDO HARO

I. Proemio	1395
II. Esclarecidos aportes de García Belaunde al Derecho Procesal Constitucional	1397

ÍNDICE GENERAL

1. Sistemas de control de constitucionalidad	1397
2. Jurisdicción o Justicia Constitucional	1399
3. Derecho Procesal Constitucional	1400
4. Aproximación a los contenidos del Derecho Procesal Constitucional	1401
5. La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional	1401
6. Contenidos mínimos de la nueva disciplina	1402
a) La jurisdicción constitucional	1402
b) Los procesos constitucionales	1403
c) La magistratura constitucional	1403
7. ¿Una Jurisdicción Constitucional Transnacional?	1404
8. ¿Derecho Constitucional Procesal?	1404
9. El Código Procesal Constitucional Peruano	1405
III. A guisa de colofón	1406

VIDA Y PLENITUD DE UN GRAN MAESTRO

GERARDO ETO CRUZ

I. Preliminar	1409
II. Breve perfil de la personalidad de Domingo García Belaunde	1410
III. Rescatando algunos aportes en Domingo García Belaunde	1411
A) De la Ley de Hábeas Corpus y Amparo al Código Procesal Constitucional	1411
B) Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú	1411
C) La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional	1411
D) La ubérrima bibliografía en Domingo García Belaunde	1412
IV. A modo de recapitulación	1412

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE:
ALGUNAS NOTAS CON OCASIÓN DE SUS 60 AÑOS**

FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR ROJAS

I. Algunos datos personales	1413
II. Algunos recuerdos en la vida universitaria	1414
III. Del Derecho Constitucional al Derecho Procesal Constitucional	1415
IV. La producción bibliográfica	1415

ÍNDICE GENERAL

V. Los aportes a la Constitución de 1979	1416
VI. Los últimos aportes bibliográficos	1417
VII. La Constitución de 1993 y la transición política	1418
VIII. Los aportes a la actual reforma constitucional	1419

**DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
EL APOORTE DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
A UNA NUEVA DISCIPLINA**

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

I. Prolegómenos	1421
II. Derecho Procesal Constitucional como disciplina sincrética	1423
III. Jurisdicción constitucional como objeto	1425
IV. Conclusiones	1427

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE Y SU PARTICIPACIÓN DECISIVA
EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

MAGDIEL GONZÁLES OJEDA

Domingo García Belaunde y su participación decisiva en el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional	1429
---	------

**DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
(UN TESTIMONIO)**

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

Domingo García Belaunde (Un testimonio)	1433
---	------

**CONTRIBUCIONES DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I. La presencia de Domingo García Belaunde en México	1437
II. El Derecho Constitucional Iberoamericano en los encuentros académicos: su importancia	1439
III. El diseño teórico de la jurisdicción constitucional	1441
IV. Los primeros pasos de García Belaunde en la jurisdicción constitucional y su posterior desarrollo	1442

V. Tres cuestiones relevantes acerca del Derecho Procesal Constitucional	1445
VI. De la magistratura ordinaria a la magistratura constitucional	1446
VII. Las últimas reflexiones de García Belaunde sobre la jurisdicción constitucional	1449

H) ENTREVISTAS

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO: ALCANCES, REFLEXIONES Y PERSPECTIVAS (ENTREVISTA A DOMINGO GARCÍA BELAUNDE)

El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: alcances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaunde)	1453
--	------

DIEZ PREGUNTAS A DOMINGO GARCÍA BELAUNDE SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ENTREVISTA DE JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO)

Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el Código Procesal Constitucional (Entrevista de José F. Palomino Manchego)	1457
--	------

BIO-BIBLIOGRAFÍA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I. Indicación preliminar	1461
II. Datos biográficos y actividad académica	1462
– ÍNDICE ONOMÁSTICO	1499
– ÍNDICE DE MATERIAS	1523

ADHESIONES

El presente libro en homenaje a DOMINGO GARCÍA BELAUNDE fue pensado en torno a un tema muy concreto, como su título lo muestra, y sobre todo con colaboraciones de profesores nacionales y extranjeros identificados con el autor. Una vez más, obedeció este plan a criterios de carácter editorial y también financieros, ya que toda obra, como se sabe, tiene que poner límites a su inversión. Sin embargo, conforme pasaba el tiempo, diversos amigos de nuestro homenajeado han querido hacerse presentes, en especial de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, lo cual, por razones de tiempo y programación, no es posible incluirlos. Por eso, hemos optado por anotar los nombres de los profesores que, en forma expresa, hicieron llegar en su momento su adhesión, haciendo la salvedad que nos hemos limitado a quienes ejercen la docencia en las disciplinas del Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

Abad Yupanqui, Samuel
Alarcón Quintana, Luis
Alcalde Huamán, Jhony Rubén
Alvarez Miranda, Ernesto
Arriola Espino, Marcela
Bernaes Ballesteros, Enrique
Blancas Bustamante, Carlos
Blume Fortini, Ernesto
Borea Odría, Alberto
Bustamante Guerra, Eduardo E.
Cabala Pinazo, Remigio
Cáceres Arce, Jorge Luis
Campos, Joseph
Carpio Marcos, Edgar
Castañeda Otsu, Susana
Chanamé Orbe, Raúl
Chipoco Cáceda, Carla
Danós Ordóñez, Jorge
Del Solar Rojas, Francisco José
Delgado Guembes, César
Díaz Muñoz, Oscar

Dumet Delfín, David M.
Durán Abarca, Washington
Eguiguren Praeli, Francisco
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy
Eto Cruz, Gerardo
Fernández Fontenoy, Carlos
Ferrero Costa, Raúl
García-Sayán, Diego
García Toma, Víctor
González Ojeda, Magdiel
Gutiérrez Camacho, Walter
Hakansson Nieto, Carlos
Ísmodes Cairo, Aníbal (†)
Jiménez Mayor, Juan J.
Kresalja Roselló, Baldo
Landa Arroyo, César
Meléndez Sáenz, Jorge M.
Mesía Ramírez, Carlos
Miró Quesada Rada, Francisco
Morón Urbina, Juan Carlos
Monroy Gálvez, Juan

ADHESIONES

Moscoso Perea, Carlos
Ochoa Cardich, César
Olivari Ortega, Walter
Orbegoso Venegas, Sigifredo
Oré Guardia, Arsenio
Ortecho Villena, Víctor Julio
Otárola Peñaranda, Alberto
Palomino Manchego, José F.
Paniagua Corazao, Valentín
Paz de la Barra, Vladimir
Pestana Uribe, Enrique
Power Manchego-Muñoz, Jorge
Quiroga León, Aníbal
Quispe Correa, Alfredo
Ramiro Chávez-López, Dany

Remotti Carbonell, José Carlos
Rivas Cifuentes, Benjamín
Rodríguez Domínguez, Elvito
Rubio Correa, Marcial
Sáenz Dávalos, Luis
Sequeiros Vargas, Iván
Soto Vallenas, Gastón
Toledo Toribio, Omar
Tupayachi Sotomayor, Jhonny
Uchuya Carrasco, Humberto
Valdivia Cano, Ramiro de
Valega García, César
Velásquez Ramírez, Ricardo
Vilcapoma Ignacio, Miguel Pedro
Zelada Bartra, Jaime

El Coordinador.

LIMINAR

LUIS CERVANTES LIÑÁN (*)

Al asumir el Rectorado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega nos propusimos, entre otros proyectos académicos, llevar adelante una labor y producción bibliográfica permanente y de primera línea y con un control de calidad. Para lo cual, pensamos que la Facultad de Derecho y Ciencia Política, cuya decanatura está a cargo del Dr. Jesús Rivera Oré, era uno de los ambientes más adecuados para iniciar dicha tarea. En efecto, no obstante ser muy joven, la Facultad en mención ha sido el punto de encuentro y desarrollo intelectual de jóvenes e inquietos alumnos que hoy en día en su condición de egresados ocupan importantes cargos en la administración pública y en la judicatura. De igual forma, gran parte de su plana docente goza de prestigio en el ejercicio de la profesión como también de su gran responsabilidad y solvencia en la función jurisdiccional: Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones y Consejo Nacional de la Magistratura.

Añádase a lo expuesto la creación en fecha reciente de la ‘Maestría en Derecho con mención en Administración de Justicia’, cuyos propósitos servirán para que los operadores jurisdiccionales tengan un entrenamiento adecuado con las diversas disciplinas que integran el Mundo Jurídico, y que están estrechamente vinculadas a la judicatura. En tal sentido, una de las disciplinas que hoy en día descolla por sí misma es, con justa razón, el Derecho Procesal Constitucional, cuyo contenido temático es la piedra angular de todos los operadores jurisdiccionales.

En esta línea de análisis y de investigación, durante el año 2005 la Facultad de Derecho llevó a cabo con notable éxito dos diplomados en la especiali-

(*) Rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima-Perú).

dad de Derecho Procesal Constitucional. La concurrencia masiva y el vivo interés puesto de manifiesto por los participantes influyeron sobremanera para que la Universidad Garcilaso de la Vega de a la luz pública el presente Libro-Homenaje en honor al distinguido constitucionalista Domingo García Belaunde, quien nos honra tenerlo entre uno de nuestros profesores *Honoris Causa*, distinción que ha obtenido por sus propios méritos académicos.

Por ello, la Universidad Garcilaso de la Vega no podía dejar pasar por alto el homenaje que le tributa la comunidad académica de constitucionalistas, a propósito de haber cumplido 60 años, y contribuir a difundir el pensamiento del profesor García Belaunde a través de una disciplina tan importante –que él ha sabido cultivar y reflexionar en toda su dimensión– como es el Derecho Procesal Constitucional. Nuestra adhesión al homenaje es, en estricta justicia, prueba del interés puesto en el ámbito académico y cultural de parte de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Los cambios y las nuevas experiencias que son producto de la cultura y de la investigación se tienen que plasmar con mística y de manera permanente en los libros. Y qué mejor ejemplo ahora que la Universidad Inca Garcilaso de la Vega publica *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde* (2 ts.).

Para ello, hemos contado con el patrocinio del Ilustre Colegio de Abogados de Lima a cuya Decana Luz Aurea Sáenz Arana le testimoniamos nuestra gratitud y afecto. En esa misma línea explicativa, extendemos nuestro vivo agradecimiento al Rector de la Academia Diplomática del Perú Embajador Eduardo Llosa Larrabure por permitirnos compartir con su valioso patrocinio la presente edición.

Finalmente, nos congratula sobremanera enriquecer el acervo bibliográfico de la cultura jurídica peruana, y por ende, garcilasina, con la presente publicación que con tanto acierto a coordinado el profesor José F. Palomino Manchego, contando con la participación de 61 colaboradores nacionales y extranjeros. ¡Todo un éxito para ver coronada la obra en su conjunto! El lector sabrá juzgar y sacar provecho, a no dudar, de su lectura.

Lima, 18 de enero del 2007.

PRESENTACIÓN

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

I. GRATITUD HACIA UN CONSTITUCIONALISTA

Es motivo de júbilo para quien escribe estas líneas –y por cierto para los colaboradores– coordinar, y ver culminada la empresa con el presente libro intitulado *Estudios sobre el Código Procesal Constitucional*, en homenaje a Domingo García Belaunde (Lima, 1944), con ocasión de haber cumplido, a buen seguro, 60 años. No es la primera vez que editamos en su honor una obra de tal magnitud. En efecto, ya en 1997 vio la luz el colectivo –terminado en 1994– que coordiné en compañía del recordado maestro argentino Germán J. Bidart Campos (1927-2004) y cuyo título sugestivo era *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde)*, con ocasión de los 50 años de nuestro homenajeado^(*).

Han transcurrido algunos años y el tiempo demuestra inexorablemente que no se detiene. Y en lo que respecta a García Belaunde, conforme se desprende de la riqueza de su *Bio-bibliografía* que al final de la obra se incluye, él se ha dedicado a consagrar su tiempo al estudio: *tempus studii impendere*. Por eso, su esfuerzo intelectual sigue en constante despliegue, y sus obras poseen caracteres notorios de actualidad. Como corolario de

(*) Los colaboradores fueron Germán J. Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, Benjamín Miguel Harb, José Afonso Da Silva, Luiz Pinto Ferreira, Francisco Fernández Segado, Giuseppe de Vergottini, Héctor Fix-Zamudio, César A. Quintero, Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo, José F. Palomino Manchego, Miguel Angel Semino, Allan R. Brewer-Carías y Ubaldo Centurión Morínigo.

estos aspectos, García Belaunde es de aquellos hombres que no le gusta vivir colmado de honores, ni mucho menos buscar el figurín del día. Sino es de los que le agrada llevar una vida honorable: *integre vivere*, en armonía con la vocación por la enseñanza, platicar la investigación rigurosa y el pleno ejercicio de la abogacía con su habitual solvencia.

En todo lo demás, siempre se ha resistido a este tipo de homenajes, que cuando se presentan son casi siempre con ocasión o pretexto para jubilar a un profesor universitario. Desde luego que este *Libro-Homenaje* no es su caso. Por ello, cuesta mucho convencerlo, y peor todavía si se le insiste en algo. Sus colegas saben que yo podía hacerlo. Tan solo era cuestión de esperar y ver el momento oportuno para manifestárselo y como tal, apruebe él su consentimiento. En el fondo, quienes lo conocen, como es mi caso por espacio de 25 años, saben perfectamente que García Belaunde es una persona de corazón noble y generoso.

Como el de todo buen científico, García Belaunde es un constitucionalista muy bien formado, lector impenitente de las obras jurídicas y de otros saberes del mundo de la cultura. Lo cual hacen que sus trabajos encarnen un encanto personal. Para tal efecto, su *itinerarium mentis* se forjó en la cantera familiar con su padre Domingo García Rada (1912-1994) y su abuelo materno Víctor Andrés Belaunde (1883-1966), habiéndolo puesto en la práctica para beneficio de sus alumnos y discípulos desde sus años juveniles cuando comenzó a subir los peldaños de la cátedra como instructor del curso de Historia de la Cultura en la Facultad de Letras de la Pontificia Universidad Católica, en el año de 1963.

Está fuera de toda disputa que de su padre –magistrado probo– heredó el ejemplo de su vida. Le agradece su orientación y la formación humanista y jurídica que le dio. Para lo cual le hizo leer a los clásicos desde muy joven. Mas al mismo tiempo, de su abuelo Víctor Andrés –tertuliano excepcional– le quedó el legado de la reflexión y actitud filosófica y constitucional. En este entendimiento, Belaunde era un hombre de mundo, de viajes, de comidas, generoso y cálido como persona, y sobre todo un maestro muy cerca de la juventud.

¿Qué significó la Universidad de Wisconsin para García Belaunde? El haber estado un año en dicho centro de estudios, y aparte de la formación familiar, Wisconsin fue para él básicamente una gravitación copernicana

en su formación y una invaluable experiencia académica con el mundo desarrollado, y el conocimiento de un sistema jurídico extranjero: el *Common Law*. Y de manera especial, Wisconsin le permite el conocimiento del Derecho Constitucional norteamericano que hasta ahora le sirve para sus planteos teóricos.

Y en cuanto concierne a proyectos, García Belaunde se encuentra preparando las obras de su padre, y seleccionando los trabajos de autores clásicos del Derecho Público, en especial del Derecho Constitucional, para reeditarlos. A la par, sigue profundizando los temas del Derecho Constitucional Peruano en el cual hay mucho por hacer. En este orden de ideas, tiene en mente seleccionar su correspondencia que ha mantenido con diversos personajes identificados con el Mundo Jurídico: Hans Kelsen, Giorgio Del Vecchio, Germán J. Bidart Campos, Giuseppe de Vergottini, Peter Häberle, Víctor Andrés Belaunde, entre muchos.

García Belaunde piensa de buena fe que si llega a una edad avanzada –lo cual está por descontado– empezará a redactar sus *Memorias* dando cuenta de algunos testimonios, acontecimientos y personajes que ha tratado. La vida de un hombre siempre es interesante. Muchas veces hombres importantes no llegan a escribir *Memorias*, y en esos casos no queda más remedio que acudir a las bibliografías. Las *Memorias* por más interesantes y documentadas que sean, son siempre referentes que necesitan ser contrastadas con otros documentos, pues tienen una impronta subjetiva, aún cuando sean valiosos puntos de vista. Y para García Belaunde las *Memorias* son una colaboración que ayuda a comprender un marco histórico, no obstante, repetimos, que en ellas el autor siempre enfoca y redacta una posición subjetiva. Para su gusto las autobiografías de Charles Chaplin –que le impresionó mucho–, Charles De Gaulle, Karl Jaspers, Bertrand Russell y Norberto Bobbio se amoldan a su estilo. A lo cual hemos de añadir las *Memorias* de Francisco Ayala, Julián Marías, Víctor Andrés Belaunde, Jorge Basadre y Luis Alberto Sánchez, que también son de su preferencia.

Pero, de cuanto decimos: ¿cómo surgió este libro colectivo? La feliz circunstancia fue precisamente con ocasión del «II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional» desarrollado durante los días 8 y 9 de julio del 2004 en la ciudad de San José, Costa Rica, donde germinó la idea de llevar adelante un libro en

homenaje a García Belaunde. El *leiv motiv* era, sin duda alguna, sus 60 cumpleaños. Los expositores ahí presentes, tanto nacionales como extranjeros me comunicaron que apoyarían la iniciativa que ahora se ve plasmada con la participación de 61 colaboradores. Entre los partícipes que aportaron su apoyo, de un modo vigoroso, recuerdo a Rubén Hernández Valle, Néstor Pedro Sagüés, Giancarlo Rolla, Allan R. Brewer-Carías, Víctor Bazán, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Osvaldo A. Gozaíni, Hernán Olano García y José Alfonso Herrera García. Todos ellos, reafirmando su compromiso académico, participan ahora con sus valiosos aportes doctrinarios, en las páginas que a continuación siguen.

Días después, el 13 de julio, García Belaunde cumplía sus 60 años, y decidió pasarlo descansando en la playa Conchal que está ubicada a cuatro horas de la ciudad de San José. Al cabo de un año, ve la luz el presente homenaje inspirado y respetando la estructura del Código Procesal Constitucional, sin obviar los fundamentos del Derecho Procesal Constitucional. Al final, se incluyen temas varios –misceláneas– relacionados con la materia central, algunos testimonios entrevistas, y una bio-bibliografía de García Belaunde que comprende hasta el mes de julio del 2005.

II. LOS APORTES DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La altura académica e intelectual de García Belaunde se ve reflejada en toda su dimensión, en el presente libro que concentra los temas en la disciplina del Derecho Procesal Constitucional, y cuyo coronamiento legislativo en fecha reciente es el Código Procesal Constitucional. La huella que ha dejado García Belaunde en este cuerpo normativo es tesonera y de paciente labor. Por ello, es de destacar que el colectivo –*Estudios sobre el Código Procesal Constitucional*– simboliza un justo homenaje y fiel testimonio de parte de sus amigos, de sus discípulos y de sus colegas extranjeros. No están, como le hubiera gustado a él, todos los que son. Si así fuere, el homenaje se convertiría en una *summa theologiae*. ¿Por qué? Muy simple, por cuanto García Belaunde ha sabido cultivar, en conjunción de un espíritu fraterno, la amistad franca y sincera, que va de la mano con su lealtad incuestionable. Y al fluir de los años ha ganado muchos amigos que le guardan respeto y admiración a su ciencia y magisterio. ¿Cuántos cole-

gas no hubieran querido participar en su honor, reafirmando así su amistad con García Belaunde?

Su predilección por el Derecho Procesal Constitucional –sin descuidar otras parcelas del Derecho Constitucional– ha sido la reflexión que ha realizado en mayor intensidad en estos últimos años, con toda la lealtad posible. Tomando como presupuesto inicial a la jurisdicción constitucional, García Belaunde aborda con amplitud los diversos segmentos del Derecho Procesal Constitucional. Para lo cual, así lo concibe, elabora un minucioso y detallado *syllabus* tentativo. Sabe y tiene el convencimiento pleno de que no se puede entender el contenido, y el alcance de la disciplina, si es que no se desarrollan los conceptos y las categorías a las que ha dedicado elevada atención, y una dominación soberana desde hace un buen tiempo atrás.

¡Qué mejor ejemplo ahora que sus presupuestos mentales se ven reflejados en el contenido del Código Procesal Constitucional, cuidadosa y magníficamente redactado por él y un grupo selecto de juristas! Por eso es que, al fluir de los años, su magisterio y producción bibliográfica se revela extraordinariamente fecundo. Y ambos quehaceres intelectuales son saludados con satisfacción por los discípulos y lectores de García Belaunde.

García Belaunde ha sentenciado que la importancia del Código Procesal Constitucional radica en que es el producto de una experiencia de más de 20 años, en rigor, desde 1980 cuando entra en vigencia la Constitución de 1979, que arma un cuadro armónico de lo que se conoce genéricamente como jurisdicción constitucional. Es experiencia acumulada a nivel jurisprudencial, legislativa y doctrinaria. Cierra, pues, una etapa y abre otra, que tiende a abrir nuevos horizontes y perfeccionamientos ineludibles en toda tarea legislativa, y que queda encargada a los operadores del Derecho.

Frente a tal estado de cosas, ha sido fundamentalmente el Código Procesal Constitucional uno de sus máximos anhelos y proyectos que ahora se ha hecho realidad. En tal sentido, sus propósitos investigatorios en la disciplina se irán acentuando, siempre renovando su pensamiento con nuevas lecturas, e intercambiando ideas con sus colegas. Para ello su experiencia, su esfuerzo doctrinal y su presencia en el mapa constitucional es de vital importancia. Así lo detallan y reafirman los testimonios que van al final de esta obra.

III. REFLEXIÓN FINAL

Cabe ahora extraer las conclusiones que dio motivo al presente *Libro-Homenaje*. Sirvan los 60 años cumplidos por García Belaunde como pretexto para abordar una temática, como él lo ha expresado, «que está por hacer». Las bases ya se han echado, los aportes doctrinarios que siguen a continuación así lo demuestran. Queda ahora todo en manos de los magistrados, quienes tienen la facultad de cambiar de rumbo, en larga y paciente labor, a la jurisprudencia constitucional. Como también, de los justiciables –la idea es que se cale un amplio consenso social– para que el éxito del Código Procesal Constitucional se cumpla, y en especial, que se respete el espíritu que en su día plasmaron sus autores en su versión original.

Mientras tanto, esperamos con beneplácito las nuevas contribuciones de García Belaunde, cargadas de ideas, planteamientos y soluciones que se inician con los títulos sugestivos –verdaderas fuentes de inspiración para quien desee investigar el tema– que coloca a cada uno de sus ensayos de alta calidad didáctica. Y, por cierto, a las conclusiones que, en síntesis ejemplar, llega finalmente. Para lo cual se tiene que ser coherente con los principios de que se parten. Demos pues las gracias al homenajeado y la enhorabuena a la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que constituye verdadera fuente caudalosa y transparente en la protección procesal de los derechos fundamentales y en la supremacía de la Constitución.

San José, julio del 2004.

Lima, 13 de julio del 2005.

**A) FUNDAMENTOS DEL
DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

ALESSANDRO PIZZORUSSO

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ) (*)

*En homenaje al
Prof. Domingo García Belaunde.*

ALESSANDRO PIZZORUSSO ()**

1. La promulgación del Código Procesal Constitucional ha disciplinado la nueva regulación de la justicia constitucional peruana, en cuya elaboración el estudioso al cual el presente volumen se dedica, ha hecho una contribución fundamental, además de su obra de investigador y de jurista práctico, desarrollada a través de décadas de trabajo, mediante su participación en los trabajos de la Comisión que ha redactado el *Anteproyecto* de este texto normativo, que transformado en el *Proyecto* N° 9371/2003-CR y sometido al *iter* legislativo, se publicó el 31 de mayo de 2004 y entrará en vigor el próximo 1° de diciembre.

En el *Código* se encuentran reunidos, en una versión muy atenta a los problemas de encuadramiento sistemático, todas las reglas de procedimiento mediante los cuales el Tribunal Constitucional puede ser activado, sea en cuestiones de constitucionalidad de actos normativos propuestos en vía de acción directa (incluida la Acción Popular contra reglamentos inconstitucionales o simplemente ilegítimos), sea en procesos destinados a la protección de los derechos fundamentales (*Hábeas Corpus*, *Amparo*, *Hábeas Data*, *proceso de Cumplimiento*) que no hayan sido acogidos por la jurisdicción ordinaria, sea la de conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y entre éstos y los órganos de gobierno regional o local. Los recursos que denuncian la inconstitucionalidad de leyes o regla-

(*) Traducción del italiano de Edgar Carpio Marcos.

(**) Profesor Ordinario de Derecho Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia).

mentos, y los conflictos de competencia son juzgados en instancia única, mientras los procesos de tutela de derechos fundamentales, constituyen un medio de impugnación extraordinaria de las decisiones de los jueces ordinarios.

Como ya se evidencia de varios artículos de la Constitución (artículos 51, 138, párrafo 2, 200 al 205), la justicia constitucional peruana, en efecto, no comprende sólo la actividad del Tribunal Constitucional, sino también la desarrollada por los jueces ordinarios en el ejercicio del control «difuso», por lo que el Código comprende acertadamente –en un *Título Preliminar*– algunas disposiciones comunes sobre el Tribunal y los jueces ordinarios que actúan como jueces constitucionales, además de las concernientes a las relaciones entre uno y los otros (así como las relaciones con las jurisdicciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos (arts. V y 114 al 116). Y también los procesos en los cuales el Tribunal Constitucional decide en última instancia, encuentran en este texto su regulación, complementaria de aquellas que resultan de las leyes procesales respectivas de cada uno de ellos.

Al margen de los casos en los que las decisiones del *Tribunal Constitucional* pueden modificar o anular directamente sentencias de los jueces ordinarios, una clara supremacía funcional del Juez especial resulta no sólo (indirectamente) del efecto derogatorio *ex nunc* que es propio de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de los actos normativos impugnados, previsto en el artículo 204 de la Constitución (por virtud del cual el Juez está sujeto a las decisiones de inconstitucionalidad, así como está sujeto a la ley o a las otras fuentes del Derecho), sino también por el efecto preclusivo de la inaplicación difusa derivada de las decisiones desestimatorias pronunciadas por el mismo *Tribunal Constitucional* (segundo párrafo del artículo VI).

De notable interés, bajo este punto de vista, también es la explícita enunciación de la regla sobre la interpretación «conforme» con la Constitución, prescrita no sólo en modo general con referencia a los principios constitucionales (primer párrafo del artículo VI) y a los principios establecidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos (art. V), sino también en relación a las interpretaciones que de los principios constitucionales efectúe el Tribunal Constitucional (párrafo tercero del art. VI del *Código*; disposiciones finales 1° y 2°, de la *Ley Orgánica del Tribunal constitucional*).

Además, se llega a dotar con eficacia de «precedente vinculante» a las sentencias definitivas del Tribunal Constitucional (esto es, a sus *rationes decidendi*, que no se identifican necesariamente con la cosa juzgada, si bien nada excluye que esta eficacia exprese en algún modo el mismo contenido preceptivo de la cosa juzgada, «sobreponiéndose», por así decir, a ella), cuando la sentencia misma lo prescriba en modo explícito. Sin embargo, esta eficacia del precedente vale sólo

en las relaciones con los jueces ordinarios, mientras que para el mismo Tribunal Constitucional, la eficacia del precedente de sus propias decisiones es la normal, es decir, la «persuasiva», por lo que el *overruling* del precedente es en este caso posible, siempre que sea expreso y motivado (art.VII).

Junto con las disposiciones de la Constitución, que establecen el marco general, y las de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (núm. 28301), que se ocupan de los aspectos organizativos, el Código nos ofrece una regulación completa de la jurisdicción constitucional del país ⁽¹⁾. Se presenta –también para quien esto escribe, que tiene un conocimiento bastante limitado de la realidad peruana– una ocasión favorable para formular una evaluación sobre la ubicación de tal ordenamiento en el marco del derecho comparado, influenciado por la obra que también bajo este perfil, ha desarrollado el jurista que aquí homenajeamos.

2. Como se sabe, la justicia constitucional nace en los Estados Unidos con la decisión *Marbury v. Madison*, que introduce por vía jurisprudencial (si bien fundándose sobre un importante debate doctrinal) la *judicial review*, es decir, un sistema de control de constitucionalidad de las leyes ejercitado –en forma difusa, incidental y declarativa (con efectos vinculantes sólo *inter partes* ⁽²⁾ en lo que hace a los efectos de lo decidido, pero *erga omnes*, en cuanto efecto del precedente)– por cualquier Juez que se encuentre con el deber de aplicar a un caso concreto, una ley de cuya constitucionalidad duda.

A este sistema se contraponen, sobretudo en Francia, el proyecto propuesto en aquel mismo periodo por Sieyès, quien promovió un sistema de control de

(1) Es digno de resaltarse lo mencionado por el art. IX del *Título preliminar* del *Código*, donde se prevé como fuente de normas supletorias a aplicarse a eventuales casos no regulados en modo explícito por las fuentes propias de la justicia constitucional, los códigos procedimentales afines al tipo de juicio y, supletoriamente, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho Procesal y la doctrina. El inciso 2) del artículo 2º de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* prevé, además, que el Tribunal mismo pueda adoptar «reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley». El Tribunal, como otros órganos constitucionales, es además titular de la iniciativa legislativa «en las materia que le son propias» (art. 107, Const.; art. 4, LOTC) y tomando en cuenta ello, ha previsto la organización de un *Centro de estudios constitucionales* «como órgano de investigación, académico y técnico de apoyo al desarrollo y cumplimiento de los objetivos del Tribunal Constitucional» (art. 22, LOTC). La «Gaceta Constitucional» es el órgano oficial del Tribunal (disposición final 7º del *Código*). El proyecto del presupuesto anual del Tribunal es incluido en el proyecto de la ley del presupuesto del Estado, y es sustentado por su Presidente ante el Pleno del Congreso (3º disposición final, LOTC).

(2) A. Pizzorusso, en *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. de «Il Foro italiano», 1981, p. 7.

constitucionalidad de las leyes a cargo de las asambleas electivas o, en su caso, por órganos que tuvieran una estructura similar a la de los órganos calificados como «políticos» y no como «jurisdiccionales». Las soluciones de este tipo, que fueron propuestas en Francia y también en otros lugares en el periodo siguiente a la Revolución de 1789 hasta nuestros días, no desarrollaron ningún rol que tenga alguna importancia práctica.

Solamente el *Conseil Constitutionnel* de la Quinta República, que fue esencialmente concebido en el ámbito de esta tradición, ha asumido un rol de relieve en el ámbito de la forma de gobierno francés contemporánea. Pero ello se explica esencialmente por la influencia que sobre su funcionamiento ha ejercido el ejemplo de otras cortes o tribunales constitucionales que, en el entretiem po, comenzaron a funcionar en otros países, y que ha permitido que aquel interpretase su rol, en lo posible, según líneas interpretativas que han terminado por acercarlo a lo propio de un «verdadero»⁽³⁾ Juez constitucional.

Sin embargo, más que los proyectos de ingeniería constitucional inspirados por Sieyès, y contra cualquier perspectiva de recepción del modelo norteamericano en Europa, ha preponderado la desconfianza sobre los jueces, difundida en Francia después de los sucesos que habían precedido y seguido a la Revolución de 1789⁽⁴⁾. Tal desconfianza ha impedido, por mucho tiempo, reconocer al Poder Judicial un rol siquiera vagamente similar a aquel que éste ha asumido en los países anglosajones, y la distancia entre las ideas que circulan a propósito es aún profunda⁽⁵⁾.

La influencia de la experiencia estadounidense fue ciertamente mayor en los países de América Latina, una vez que éstos consiguieron su independencia. Pero ésta no trajo efectos prácticos que tuvieran consistencia, a causa del contexto político-social en el cual tal influencia se realizó, de manera que escasa eficacia tuvo la aplicación de la *judicial review* en esta parte del mundo.

(3) En un artículo publicado en *Le Monde*, del 6 marzo de 1971, el constitucionalista Maurice Duverger habló de «verdaderos» jueces constitucionales, con referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos y a las cortes constitucionales alemana e italiana, señalando las profundas diferencias que distinguían a estos jueces del *Conseil Constitutionnel*.

(4) Como está demostrado por el uso de la fórmula «*gouvernement des juges*», empleada con referencia al modelo americano por E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921, y todavía frecuentemente empleada en modo polémico, en comparación con los ordenamientos que reconocen al Poder Judicial un rol independiente de aquellos de los poderes «políticos».

(5) *Cfr.*, por ejemplo, las actas del seminario desarrollado entre noviembre de 1998 y mayo de 1999 en la Universidad de Paris-I, reproducidos en S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (cur.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

Una verdadera y real alternativa al modelo norteamericano, en cambio, fue la que se manifestó en Europa a partir de la primera posguerra, desarrollando en alguna medida la tradición del *Staatsgerichtsbarkeit* que se había formado en el área centro-europea ⁽⁶⁾ después de la afirmación del principio del «Estado de Derecho» y de la realización de la justicia administrativa. El «modelo austriaco», que fue experimentado con base a la Constitución kelseniana de 1920, era efectivamente un modelo de justicia constitucional, que pudiendo ser calificado como «jurisdiccional» y no como meramente «político» ⁽⁷⁾; sin embargo, se contraponía en todo al modelo norteamericano, presentándose como un control concentrado, principal y constitutivo (esto es, con efectos *erga omnes* y, tendencialmente al menos, *ex nunc*) ⁽⁸⁾.

Las dificultades de la política europea de aquellos años, impidieron que los experimentos de este tipo, desarrollados sobre todo en Austria y en España entre las dos guerras mundiales, produjeran efectos prácticos de gran alcance. Pero su importancia fue notable, sobre todo, porque demostró la posibilidad de adoptar sistemas de justicia constitucional que no estuvieran exclusivamente ligados al reforzamiento del rol político del Poder Judicial.

Las consecuencias de ello se reflejaron sobre todo, en la segunda posguerra, cuando se manifestó –sobre todo en los países en los cuales los regímenes autoritarios se afirmaron con gran facilidad, a veces incluso valiéndose de los instrumentos de la democracia parlamentaria que fueron conquistados tras la caída de las instituciones del *ancien régime*– la tendencia a introducir formas de «racionalización» del poder, que consintieran la «defensa» de la democracia frente a sus enemigos.

La valorización de la Constitución, mediante la inserción de normas tendientes a proteger un complejo de derechos fundamentales de la persona, y la atribución a ella de un carácter «rígido» (garantizada a través del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes ordinarias), fue uno de los remedios a los cuales los constituyentes de la segunda mitad del siglo XX hicieron frecuente recurso, lo que vino a atenuar la distancia que en el periodo precedente se había realizado entre la noción de Constitución empleada en los Estados Unidos, de la utilizada en Europa: en efecto, mientras la primera concebía a la Constitución esencial-

⁽⁶⁾ P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1987.

⁽⁷⁾ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968, *passim*.

⁽⁸⁾ A. Pizzorusso, en *Commentario della Costituzione*, cit., 1981, p. 24.

mente como un texto jurídico y «justiciable», cuyas violaciones fueran accionables ante un Juez mediante las técnicas propias del proceso, la noción europea la consideraba como un documento político, cuya observancia podía ser reivindicada sobre todo mediante los instrumentos de la política (y no ciertamente –salvo en pocos casos– mediante un recurso ante un Juez).

Estos objetivos fueron perseguidos, comúnmente, instituyendo «cortes constitucionales» organizadas según el modelo austriaco, y sólo raramente confirmando a los jueces «ordinarios» el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. Algunos entendieron, por tanto, que la alternativa entre los dos modelos –el norteamericano y el austriaco– estuviese destinada a asumir un carácter menos absoluto, en el sentido que el Derecho Comparado demostraba la posibilidad de una elección entre dos soluciones, convergentes en el objetivo principal, de asegurar el respeto de los principios y las reglas establecidas por la Constitución por parte del legislador ordinario (sea este el Parlamento o, eventualmente, otros órganos constitucionales), pero divergentes en las normas sobre el procedimiento, que no excluía aquellas relativas a la legitimación para recurrir, ante la Corte Constitucional, a la identificación de los actos que podían constituir el objeto del recurso, a los eventuales términos para recurrir o a otras eventuales condiciones de la acción ejercitada mediante el recurso.

Sin embargo, muy pronto se observó cómo la contraposición entre las dos soluciones no se limitaba a este tipo de reglas. En primer lugar, porque a las cortes (tribunales) constitucionales con competencia concentrada (comenzando por el *Verfassungsgerichtshof*) les fueron asignadas competencias adicionales al control de constitucionalidad de las leyes ⁽⁹⁾, pero también y sobre todo porque algunas de sus competencias vinieron a establecer relaciones inestables con los jueces pertenecientes al Poder Judicial (o de algunos de ellos), que quedaron frágilmente ligadas a las cortes constitucionales ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Así, a las cortes constitucionales fueron encomendadas competencias que fueron asignadas en el pasado a los órganos de la *Staatgerichtsbarkeit* (como la decisión de los conflictos entre poderes o entre entes, esta última en el caso de Estados federales o regionales), o bien a las asambleas parlamentarias (como el juicio sobre delitos adscritos a los titulares de algunos cargos o aquel sobre la regularidad de las elecciones y otros similares), además de algunas que se presentaban como del todo nuevas (como por ejemplo, el control sobre la constitucionalidad de los partidos políticos y otros similares).

⁽¹⁰⁾ Es de señalar, que casi siempre las cortes constitucionales concentradas fueron configuradas por las normas constitucionales como sujetos extraños al Poder Judicial (también donde un tal poder era previsto, explícita o implícitamente) y, por tanto, como un órgano-poder distinto, que frecuentemente y a través de sus sentencias, reivindicaban su rol, bien diverso de

Así, en algunos casos, a las cortes constitucionales les fueron asignadas competencias que precedentemente no tuvo el Juez, o, de otro modo, que ingresarían en la competencia de los jueces pertenecientes al Poder Judicial y, particularmente, del Juez civil o penal, o bien al Juez administrativo, sin que se previese algún procedimiento de conflicto de atribuciones o de competencias del tipo de aquellos que se prevén para los conflictos entre los jueces ordinarios y los jueces administrativos ⁽¹¹⁾.

Sin embargo, la novedad más interesante derivó de la adopción de soluciones que en alguna medida entrelazaron el modelo austriaco originario con el modelo norteamericano, dando lugar a un tipo de control que resultaba concentrado en cuanto a la decisión, pero difuso en cuanto a la iniciativa.

Se tenía, así, un sistema de control de constitucionalidad «concreto» en base al cual a una corte «concentrada» se asignaba la tarea de resolver «cuestiones de constitucionalidad» de disposiciones legislativas o de normas derivadas en vía de interpretación de textos legislativos, que se presentasen como «prejudiciales», a la solución de una controversia sujeta a la decisión de cualquier Juez, la cual era elevada por éste, de oficio o a instancia de parte. El vínculo de la «relevancia» establecía así, entre el Juez «a quo» y la Corte Constitucional, una relación en virtud de la cual la decisión de la Corte se presentaba, en vía puramente lógica, como la decisión de una cuestión prejudicial propia del juicio en curso ante el

aquel de los jueces ordinarios o especiales. En Europa, con excepción sobretodo del artículo 92 de la Constitución alemana, que explícitamente incluye el *Bundesverfassungsgericht* entre los jueces a los cuales se ha confiado el Poder Judicial. Sin embargo, si se mira a la distribución de las funciones entre tal Juez y los otros, el caso es que no existe mayor diferencia de aquellos otros países que tienen una corte constitucional concentrada. Fuera de Europa, existen interesantes casos de «secciones o salas constitucionales» de la «Corte Suprema» a los cuales se han atribuido también funciones de justicia constitucional concentrada.

(11) Y donde nada se preveía, como por ejemplo en Italia, la opinión de los intérpretes fue generalmente en el sentido de que la competencia de la Corte Constitucional comportase una derogación tácita de la competencia del Juez ordinario y que la decisión de la Corte Constitucional que interfiriese con competencias de los jueces ordinarios asumieran fuerza de cosa juzgada también en las relaciones de sujetos que, por ausencia de específica legitimación otorgada, no habrían podido participar en el proceso desarrollado ante el Juez ordinario, donde la competencia de éste fuese reconocida y la eventual decisión de ello fue susceptible de determinar efectos de cosa juzgada, no obstante la violación que derivaba del principio del contradictorio (también constitucionalizado como «principio supremo», es decir, como norma supra constitucional). Ni resulta que la posibilidad de proponer, a la Corte Constitucional, un conflicto de atribuciones entre el Poder Judicial y la Corte Constitucional misma, donde deducir en tal sede problemas de este género, también alguna vez sostenida o discutida, haya encontrado –al menos en Italia– verdadera y propia confirmación en sede jurisprudencial.

primero (con los correspondientes efectos *inter partes*), y sólo accesoriamente, en virtud de una norma constitucional *ad hoc*, como capaz de determinar la cesación de eficacia *erga omnes*, de la disposición o norma eventualmente declarada inconstitucional (en algunos países fue adoptada una regla aún más extensiva, la cual atribuía eficacia *erga omnes* también a las decisiones desestimatorias y a las motivaciones de las decisiones ⁽¹²⁾).

En muchos países, sin embargo, los casos de control concreto coexistieron con casos de control abstracto, promovidos sobre instancias de autoridades específicamente legitimadas y algunas veces también mediante Acción Popular, por el cual, sobre todo con referencia a éstos, a juicio de algunos, la contraposición entre control abstracto y control concreto, devino en el más importante criterio de clasificación de las distintas formas de control de constitucionalidad de las leyes ⁽¹³⁾.

3. Ha de notarse, sin embargo, que mientras el control político y el control jurisdiccional se presentaban como una alternativa que difícilmente habría podido llevar a resultados equivalentes (el caso francés es excepcional, porque éste se ha transformado de control político en jurisdiccional), control difuso y control concentrado parecían poder desarrollar un rol semejante, no obstante las profundas diferencias que los caracterizaban. Pero cuando el control comenzó a extenderse hasta casi devenir en un componente necesario de los ordenamientos inspirados por los principios del constitucionalismo, las dos soluciones se manifestaron más complementarias que alternativas, y en muchos casos, fueron acogidas ambas combinadas entre sí.

El modo empleado con más frecuencia para combinar los dos sistemas, fue el sistema de control incidental por parte de cualquier Juez, con remisión al Juez constitucional concentrado en la tarea de decidir, que se desarrolló en el ámbito del mismo sistema austriaco, inicialmente ante la imposibilidad de excluir que la misma Corte Constitucional fuese obligada a aplicar una ley ordinaria, de cuya constitucionalidad ella misma dudase en el ejercicio de sus competencias que no comportaban cuestiones de constitucionalidad, sino cuestiones de legitimidad de los actos administrativos ⁽¹⁴⁾.

(12) A. Pizzorusso, F. Delperee, F. Rubio Llorente, *Les effets des décisions du juge constitutionnel*, en «Annuaire international de Justice constitutionnelle», X, 1994, p. 11 ss.

(13) A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, en «Quaderni costituzionali», 1982, p. 521 ss.

(14) B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, Cedam, 1985, p. 113 ss.

Un paso sucesivo fue la extensión de la posibilidad de elevar cuestiones de constitucionalidad en vía incidental al Tribunal Supremo y al Tribunal Supremo administrativo introducido por la reforma constitucional austriaca de 1929 y, por lo tanto, a todos los jueces de segundo grado (siempre en Austria, en la segunda posguerra), y a todos los jueces para la cual el pronunciamiento de la cuestión fuese relevante (en Alemania, Italia y España, etc.), en base a la relación de prejudicialidad entre cuestión de constitucionalidad y cuestión de mérito, combinándose así la iniciativa incidental con la decisión concentrada y *erga omnes* ⁽¹⁵⁾.

Pero también se experimentaron soluciones alternativas a los modelos que se venían utilizando, aunque de modo diferente. Una de las cuales derivó, por lo demás, del hecho que la impugnación mediante el recurso era compatible con la imposición de condiciones de la acción como aquellas derivadas de la existencia de un específico criterio de legitimación del recurrente, unido a su posición institucional, o bien, de la existencia de un específico interés para obrar, o de un término de prescripción, mientras que en el caso en el cual la iniciativa se fundaba sobre la prejudiciabilidad fue más lógico que la impugnación asumiese carácter objetivo y el vínculo requerido fuese sólo la «relevancia» de la cuestión, identificada en la prejudicialidad de la cuestión de constitucionalidad respecto a alguna cuestión de mérito ⁽¹⁶⁾.

De todo ello, derivó una distinción neta entre las dos formas de ejercicio del control, de las cuales la «cuestión incidental» se califica más por el rol que en su ámbito correspondía al Poder Judicial, a quien se confería el poder de iniciativa del proceso constitucional, entretanto se le excluía completamente en el otro caso. En los casos de pura y simple armonía de un poder de recurso en vía principal, con el poder de iniciativa en vía incidental con remisión, en cambio, el primero se presentaba como una anticipación del juicio que habría podido ser desarrollado en forma más completa con referencia al segundo, con la consecuencia de que la decisión adoptada en el procedimiento en vía principal, excluía la de la vía incidental, sólo en el caso en que se hubiese expedido una decisión de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, mientras consentía ulteriores pronunciamientos en el caso opuesto.

⁽¹⁵⁾ Es de señalar también la aplicación de este tipo de solución en el ámbito del derecho de la Unión Europea, por efecto de la remisión que se realiza al Tribunal de Justicia de la Comunidad de las decisiones sobre la interpretación y sobre la validez del derecho comunitario (art. 234 TCE).

⁽¹⁶⁾ A veces, como en Italia, la evaluación efectuada por el Juez ordinario asume también el carácter de un filtro, tendiente a seleccionar las cuestiones en base al su eventual «manifiesta» improcedencia.

Esta solución, que es la seguida en Italia, sin embargo, no es la misma que la adoptada en Alemania, en la que las decisiones desestimatorias (y también las motivaciones) tienen efectos *erga omnes*, lo que se origina en una (discutible) interpretación del artículo 31, n.1, de la Ley sobre el *Bundesverfassungsgericht* (seguida también en otros países), según la cual las decisiones de este Juez, vinculan a todos los poderes del Estado.

A este modelo se contraponen la solución portuguesa, que mantiene separado el control difuso del control concentrado, cada una con sus respectivas características, si bien admite que se recurra al Tribunal Constitucional contra las decisiones «difusas», a fin de que se emita un pronunciamiento susceptible de operar *erga omnes* (art. 280 de la Constitución portuguesa).

4. En todos los casos de utilización de modelos de justicia constitucional pertenecientes a los dos tipos, concreto y abstracto hasta aquí considerados, se tiene pues una combinación de ellos, en virtud de la cual el modelo abstracto ofrece una posibilidad de tutela de intereses particulares (en virtud de la cual el poder de promover un recurso directo es confiado a una autoridad o a sujetos que pueden hacerse cargo en modo específico, o están de otro modo delimitados), y por lo tanto, tiene una regulación que hace de ello una suerte de anticipación eventual del control concreto, mientras se confiere en cambio a este último, un carácter general, también obviamente eventual (como en Alemania, Italia, España, etc.); o bien el control difuso está sujeto al control concentrado en virtud de un poder de impugnación de las decisiones por ellos producidas ante el Juez concentrado (como en Portugal).

Al ligamen fundado sobre la prejudicialidad de la cuestión de constitucionalidad remitida al Juez concentrado o sobre la impugnabilidad de la decisión del Juez difuso ante el Juez concentrado, se contraponen –según una indicación propuesta desde hace tiempo por el constitucionalista que aquí homenajeamos⁽¹⁷⁾– la solución peruana⁽¹⁸⁾, la cual no establece algún tipo de unión entre los dos proce-

(17) Domingo García Belaunde, *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú*, relación presentada al primer seminario latinoamericano de justicia constitucional, desarrollado en Santiago de Chile entre el 26 al 30 de octubre de 1987, reproducido en *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, Editorial UNSA, 1996, p. 109 ss., especialmente p. 116; ID., *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*, en *La Ley* (Buenos Aires), 16 de octubre de 1998, reproducido en *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 129 ss.; ID., *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en Domingo García Belaunde, Francisco Fernández Segado (coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 827 ss., especialmente p. 837.

(18) Sobre otras soluciones adoptadas en América Latina que presentan algunos elementos de interés desde este punto de vista, *cf.* Domingo García Belaunde, *Derecho procesal cons-*

dimientos, y consiente que estos se desarrollen del todo separados («en paralelo», según la fórmula de García Belaunde), cada uno con los efectos que les son potencialmente propios.

El problema no se presenta evidentemente en los casos en los cuales el juicio concentrado concluya con una decisión de inconstitucionalidad que tenga eficacia *erga omnes* (art. 204 de la Constitución); ni en los casos en el cual éste concluya con una decisión desestimatoria de la cuestión, que también excluye un reexamen incidental de ella (art. VI, segundo párrafo del *Código Procesal Constitucional*). El problema surge, en cambio, en los casos en los cuales la cuestión debería ser examinada en vía difusa, habiendo sido declarada fundada por el Tribunal, pero sin efectos (de cosa juzgada) en el juicio en curso, a causa de la exclusión de los efectos retroactivos del pronunciamiento (párrafo 2° del artículo 204 de la Constitución) ⁽¹⁹⁾.

En tal caso, no parece de todos modos, que pueda deducirse de la decisión estimatoria no retroactiva un efecto vinculante negativo del tipo que sería propio de una decisión desestimatoria, y que en cada caso de este tipo, algún Juez ordinario deba decidir la cuestión como si ella no hubiese aún constituido objeto de un recurso directo ante el Tribunal. Una decisión que declara fundada una cuestión de constitucionalidad con efectos limitados en el tiempo, no puede ser considerada como una decisión estimatoria con referencia al periodo en el cual ella se aplica, y desestimatoria con referencia al periodo, en el cual ella no se aplica. Con referencia a este último periodo ella es solamente una no-decisión, privada de efectos de cosa juzgada de cualquier género.

Sin embargo, el problema que surge es si tal decisión no pueda determinar un efecto de precedente –eventualmente vinculante según art. VII, *Código Procesal Constitucional*– en el sentido de la inconstitucionalidad. La respuesta a dar, empero, debe tener presente la diferencia fundamental que existe entre eficacia de precedente y eficacia de cosa juzgada. Mientras esta última tiene la estructura que es generalmente propia de los preceptos legislativos, los cuales se distancian de los motivos que los determinaron (los cuales, por tanto, pasan a fungir al máximo

titucional, Bogotá, Temis, 2001, p. 136 ss.; ID., *La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado*, relación presentada a las segunda jornada de Derecho Procesal Constitucional, desarrollado en Santiago de Chile entre el 24 al 26 de abril de 1991, en *La Constitución en el péndulo*, cit., p. 161 ss., especialmente p. 166 ss.

⁽¹⁹⁾ Algunos puntos argumentativos podrían recabarse tal vez de las dos excepciones al régimen de irretroactividad, que tienen las decisiones de inconstitucionalidad de normas penales y aquellas relativas a normas tributarias (Domingo García Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 34).

como instrumento de interpretación de la disposición en la cual se concretan), la eficacia del precedente, que está ligada a la *ratio decidendi* –y no al dispositivo– de la sentencia, depende de los presupuestos lógicos de la decisión de la cual se trate y, por tanto, no del primer párrafo del artículo 204 de la Constitución, sino del razonamiento desarrollado para arribar a la declaración de inconstitucionalidad. Si este razonamiento es relacionado también a los supuestos localizados temporalmente fuera del ámbito de eficacia de cosa juzgada de la sentencia, ello no excluye, ni siquiera asegura, que se pueda entender que opera la eficacia de precedente de la declaración de inconstitucionalidad. La respuesta a dar depende, por tanto, de la concreta argumentación que subyace al pronunciamiento del Tribunal, y si ésta es relacionada al periodo en el cual se localiza el supuesto sobre el cual se debe pronunciar el Juez difuso, nada excluye que pueda entenderse que la comprende.

En suma, aquello significaría hacer aplicable al derecho peruano la célebre jurisprudencia norteamericana iniciada con el caso *Linkletter* ⁽²⁰⁾ que, como se sabe, permitió a la Corte Suprema norteamericana derogar el principio de la retroactividad de sus propios precedentes. No es de recibo, en cambio, el ejemplo propuesto por el artículo 140 de la Constitución austriaca, que establece la eficacia no retroactiva de las decisiones de inconstitucionalidad del *Verfassungsgerichtshof*, salvo la facultad de éste de diferir tal eficacia hasta por un máximo de dieciocho meses. Una dificultad podría aún derivar de la regla establecida por el Código, que habla de precedente vinculante. Pero esta expresión ¿debe tomarse al pie de la letra, o considerarse como una calificación del precedente del tipo de aquel que usan los norteamericanos cuando hablan de precedente «fuerte» o usan otras expresiones similares sin con ello negar el valor fundamentalmente persuasivo del precedente?

Donde se acepte esta interpretación, el modelo «paralelo» peruano podría ofrecer una solución original al problema de la eficacia en el tiempo de las decisiones de inconstitucionalidad, que indudablemente constituye una de las mayores dificultades prácticas, sea para los sistemas de control difuso, sea para los sistemas concentrados. Consintiendo de explicarse la eficacia de precedente –para el caso– además de la eficacia de cosa juzgada de la sentencia, tal solución consentiría de resolver el problema de los efectos retroactivos de las decisiones ligadas a un preciso dispositivo, subordinándolos, sin embargo, a la mayor ductilidad de los efectos del precedente. La eficacia de precedente, en el sentido de la inconstitucionalidad, operaría en efecto sólo en cuanto la cuestión sea aún proponible en el ámbito de algún proceso, para lo cual esta eficacia encontraría de todos mo-

(20) *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629 (1965).

dos, el límite que la doctrina italiana llama de las «relaciones agotadas»⁽²¹⁾. Consiguientemente, estos efectos resultarían circunscribibles –mejor que aquel de la cosa juzgada– a través de argumentaciones fundadas sobre las particularidades del caso, en mérito al carácter concreto de la evaluación de inconstitucionalidad.

Es claro que un sistema que asigna un rol importante al control difuso, presupone una organización de la Magistratura que asegure a ella, además que a cada uno de los magistrados, un elevado nivel de independencia y de profesionalidad, así como un adecuado funcionamiento de los órganos constitucionales, comenzando por el *Tribunal Constitucional*. Como ya se ha dicho, quien escribe no está en capacidad de expresar evaluación alguna sobre la actual existencia en el Perú de las condiciones de hecho que son necesarias para que se tenga una tal independencia, y una tal profesionalidad. Para formular un juicio, entre otras cosas, sería necesario ante todo conocer la jurisprudencia emanada, sea del Tribunal Constitucional, sea por los jueces ordinarios en materia constitucional, y quien esto escribe no dispone de información suficiente sobre el tema. Por tanto, es justo limitar esta breve intervención a los aspectos teóricos del problema, dejando a los amigos peruanos la tarea de trazar un cuadro más completo de esta experiencia, que se anuncia seguramente interesante también desde el punto de vista del estudio comparado de la justicia constitucional (o del Derecho Procesal Constitucional, como ellos prefieren decir, empleando un término en verdad ya ampliamente usado también en Europa, y particularmente en Italia).

⁽²¹⁾ Cfr., por último, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 140 ss.

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS

REFLEXIONES SOBRE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS (*)

SUMARIO: **I.** Introducción: pros y contras de la codificación procesal constitucional. **II.** Las rutas de la codificación. **III.** Las opciones de la codificación. **IV.** Los toques de la codificación. **V.** La codificación y sus mercados. **VI.** El destino de la codificación.

I. INTRODUCCIÓN: PROS Y CONTRAS DE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

El reciente lanzamiento del Código Procesal Constitucional del Perú, mediante su Ley 28.237, reactualiza el debate en torno a la conveniencia o los defectos de abordar una empresa legislativa de tal tipo.

Resumamos los argumentos a favor de la codificación de esta materia ⁽¹⁾: *a) seguridad*, para dar un tratamiento coherente a institutos procesal-constitucionalistas muchas veces dispersos y no siempre armónicos, nacidos en distintas épocas y desenvueltos quizá al azar, a borbotones, con tribunales de factura diversa y en etapas ideológicas a veces contrapuestas ⁽²⁾; *b) perfeccionamiento y eficacia*, ya que la codificación es un buen momento, por ejemplo, para mejorar el

(*) Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad Católica del Rosario (Argentina).

(1) Derivamos al lector a nuestro trabajo *La codificación del Derecho Procesal Constitucional*, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. ed. (México, 2003), ed. Porrúa, t. I, pág. 499 y ss.

(2) La ley 25.675 ha creado, recientemente, un nuevo subtipo de Amparo, el ambiental. Sobre el resto, v. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo* (Buenos Aires, 1995), 4ª. ed., t. 3, pág. 59 y ss.

arsenal normativo existente, actualizarlo, eliminar dispositivos incorrectos, incorporar a otros que faltaban, cubrir los vacíos lagunosos y disipar ambigüedades, tarea que implica una contribución positiva en términos de claridad jurídica; *c) robustecimiento*, académico e ideológico, del Derecho Procesal Constitucional, puesto que una correcta codificación dará consistencia a esta joven disciplina y puede contribuir a mutarla en más operativa para los derechos personales emergentes de la Constitución o del Derecho Internacional, y más útil para dirimir las controversias constitucionales entre los órganos del Estado. En definitiva, para tornarla mucho más funcional a fin de hacer operar idóneamente a la *jurisdicción constitucional de la libertad* y a la *jurisdicción constitucional orgánica*, expresiones éstas felizmente acuñadas por Héctor Fix-Zamudio y Mauro Cappelletti⁽³⁾.

Conviene asumir, paralelamente, los riesgos de la codificación: *a) la impericia*, si malos legisladores perjudican o complican los procesos constitucionales ya existentes; *b) la regresión*, cuando en vez de desenvolver y desplegar positivamente a tales institutos, se los retrotrae al pasado volviéndolos poco operativos, burocráticos y complejos, cuando no, en situaciones límites, paradójicamente castrativos; *c) el conflicto*, que se presenta cuando se reavivan disputas ya superadas, o al menos aletargadas, o se introducen mecanismos o sistemas harto discutibles, provocadores de mayores debates y controversias en la comunidad forense; *d) la esclerotización*, rara de evitar si el legislador, por excesivo reglamentarismo o simplemente por un deseo patológico de aherrojar la realidad, corta las alas de los operadores (en particular, de los jueces) y los encierra en una suerte de jaula regulatoria que impide el desarrollo de nuevas variables procesales o la remodelación ágil de los existentes.

No en vano estos temores explican disposiciones curiosas del Derecho Constitucional, como las leyes supremas de las provincias de Salta y Jujuy, en Argentina, que han prohibido reglamentar legislativamente al Amparo y al Hábeas Corpus, fuera de las reglas constitucionales vigentes. La incógnita respecto de en quién es mejor confiar (¿en los legisladores o en los jueces?) para el más conveniente desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, es por cierto repetida. En algunos casos, la Acción de Amparo fue auspiciada por los legisladores, que abrieron brecha en el tiempo y la proyectaron innovadoramente en un medio que hasta entonces la desconocía; pero en otras regiones, fueron los jueces quienes –literalmente– la inventaron, desglosándola de las cláusulas constitucionales de los dere-

(3) Fix-Zamudio, Héctor, Reflexiones sobre el Derecho Constitucional Procesal mexicano, en «Memorias de El Colegio Nacional», t. IX, n° 4, págs. 42, y sigts., 87 y sigts.; Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, 1987, UNAM, pág. 117.

chos no enumerados o implícitos, o desde el Derecho Internacional (por aplicación, *v. gr.*, del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica). Y en algunas ocasiones, frente a ese activismo judicial, legisladores (ocasionalmente, *de facto*) involucraron a institutos como el Amparo y el Hábeas Corpus, sancionando, más que una Ley de Amparo, una de «desamparo», como irónicamente se dijo, respecto de Argentina, respecto de la 16.986⁽⁴⁾.

II. LAS RUTAS DE LA CODIFICACIÓN

Desde el punto de vista técnico hay dos caminos para la codificación: la *consolidación*, que aglutina las normas preexistentes, las amolda entre sí, llena sus intersticios y atiende las áreas no legisladas, y la *codificación propiamente dicha*, propuesta más ambiciosa, que con una nueva factura, con pretensiones de casi hermeticidad, recrea el panorama normativo previo y diseña libremente los distintos capítulos del Código.

Naturalmente, la vía de la consolidación parte del supuesto de que el material normativo actual no es malo, sino provechoso, aunque resulte perfectible. Es un trabajo más simple y rápido, casi de engarce legal (aunque puede haber mucho pulimiento). Algunas veces, el factor tiempo puede explicar que se recurra a este procedimiento: si los plazos son, por diversas circunstancias, breves, resulta más fácil aglutinar que fabricar nuevas normas.

A su turno, la opción de la codificación puede demandar un mayor espacio cronológico, mayor contracción en el trabajo y también mayores responsabilidades frente a la sociedad, ya que una cosa es recompagnar lo hecho por otros, y algo distinto elaborar nuevas normas. Por lo demás, una empresa codificatoria en sentido estricto puede auspiciar mayores expectativas y exigencias sociales, que si no se satisfacen adecuadamente, provocan a su turno frustraciones y crisis de ilusión en la comunidad.

III. LAS OPCIONES DE LA CODIFICACIÓN

En su empresa codificatoria, el legislador tendrá un manójo de opciones, entre las que se encuentran la de preferir tipos uniformes de procesos constitucionales, o en cambio, alternativas múltiples.

Concretamente: ¿es aconsejable diseñar, por ejemplo, un tipo de Amparo base, o en cambio, es mejor pensar en un abanico de subtipos de Amparo? Argen-

(4) Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, ob. cit., pág. 48.

tina, en el orden nacional, se inclina por la última variable, y es así como legalmente hay un Amparo contra actos u omisiones de autoridad pública, otro contra actos u omisiones de particulares, dos Amparos electorales, uno sindical, tres Amparos por mora especializados (contra la Agencia Federal de Impuestos, la Dirección General de Aduanas, y el Amparo por mora de la ley de procedimientos de índole administrativa), el Amparo ambiental de la Ley 25.675, y el Hábeas Data, que a la postre es un Amparo especializado. Costa Rica otorga al ejercicio del derecho de réplica una suerte de Amparo *sui generis*, y otros países instrumentan mandamientos de ejecución y de prohibición peculiares pero que, más o menos, guardan parentesco con el Amparo. A lo dicho habría que agregar el «Amparo interamericano», emergente del Pacto de San José de Costa Rica, y del que haremos después alguna mención.

El dilema de estructurar un Amparo fundamental o muchos Amparos subespecializados no tiene una conclusión dogmática que sea válida para todos los países. Teóricamente es posible conjeturar que una clase de Amparo puede demandar un trámite más comprimido o más amplio que la dedicada a otro asunto, como la legitimación activa y la pasiva, los efectos de la sentencia (en particular, los propios de la temática ambiental, que tienden a ser Acciones Populares y con resultados *erga omnes*) y las facultades probatorias o cautelares del Juez resulten igualmente disímiles, en función, por ejemplo, del derecho tutelado.

Sin embargo, tanta policromía procesal-constitucional, transportable por lo demás al Hábeas Corpus y al Hábeas Data, puede llevar a un casuismo interminable, que justifique el capricho de cada especialista en contar con un Amparo «a medida» de la disciplina a la que se dedique. No aconsejamos, pues, esa inflación de Amparos, sin perjuicio de prever cláusulas elásticas que permitan al magistrado arbitrar soluciones procesales flexibles atendiendo al derecho en juego.

IV. LOS TOPES DE LA CODIFICACIÓN

Es bueno tener presente que la gesta codificatoria amplia tiene siempre sus condicionamientos, en particular los emergentes de la Constitución. A menudo, ésta detalla aspectos secundarios de los procesos constitucionales, perfilándolos con ciertas minucias que recortan las facultades del codificador subconstitucional. En el caso del Perú, *v. gr.*, los artículos 200 y 202 de la Constitución son una muestra de ello. La distinción –muy opinable– que hace el texto constitucional entre la legitimación activa para cuestionar la constitucionalidad de leyes y la constitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo; el conferimiento de distinta competencia para esos quehaceres al Tribunal Constitucional y a la jurisdicción ordinaria; el tipo de recursividad de las sentencias de esta última ante el Tribunal Constitucional en cuanto los Amparos, Hábeas Cor-

pus y Hábeas Data, el planeamiento de las Acciones de Cumplimiento, etc., son todas limitaciones que, más allá de su acierto o error, implican serios topes a la imaginación del codificador.

Un capítulo importante, en este subtema, es el de las imposiciones provenientes del Derecho Internacional. Por ejemplo, el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica contempla un Amparo destinado, según el mismo Pacto, no exclusivamente para tutelar los derechos emergentes de la referida Convención Americana sobre derechos humanos (como sería su objetivo natural y propio), sino también los derechos fundamentales que provengan de la Constitución y de las leyes domésticas. Dicho de otro modo, el Pacto protege al Pacto, pero también a la Constitución y a las leyes internas.

De acuerdo con este discutible criterio, pero que está vigente, el «Amparo interamericano», como se lo ha dado en llamar, tutela así tanto a los derechos del Pacto como a los derechos locales de fuente constitucional y legal, que sean fundamentales. De ahí que si un Estado programa por su Constitución o por la ley a su Acción de Amparo, no sin cierta razón, solamente para cubrir derechos de base constitucional, pero no los de fuente legal que sean fundamentales, podría encontrarse en *défault* normativo, en cuanto las exigencias del Pacto.

Deberá recordarse, también, que las reglas del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica operan para el constituyente y el legislador local como un «piso», pero no como un «techo» normativo. En otras palabras, el codificador interno no podrá negar lo que el Pacto otorga (por ejemplo, que el Amparo procede para atacar actos lesivos tanto de particulares como de autoridad pública; que deberá existir un recurso judicial de Amparo, y que el afectado en sus derechos fundamentales tendrá derecho a un pronunciamiento en el mismo; que el trámite debe ser sencillo, rápido y básicamente efectivo). Pero podrá ser más generoso (*v. gr.*, si contempla una legitimación activa más indulgente, o programa el Amparo para proteger, también, derechos no fundamentales).

V. LA CODIFICACIÓN Y SUS MERCADOS

Como todo producto jurídico, la codificación tiene sus mercados, donde imperan la oferta y la demanda.

Hay sociedades más perfeccionistas que reclaman la codificación, mientras que en otras la comunidad forense no insiste demasiado en ella, o hasta desconfía de sus méritos. Hay tendencias de negación y de rechazo, ora por desinformación, ora por pequeñeces y egoísmos personales, por falta de estatura intelectual, o por experiencias normativas anteriores poco felices. Además, en ciertos supuestos, la alergia anticodificatoria puede ser muy explicable: por ejemplo, ante la perspecti-

va cierta de un eventual mal codificador procesal-constitucional, la codificación en sí es realmente temible.

En otras latitudes es factible que la sociedad mire este proyecto con buenos ojos, y que esté dispuesta a afrontar los costos del producto codificado (esfuerzo intelectual, decisión política, quizá honorarios y gastos consecuentes), pero también puede ocurrir que esa demanda no encuentre la oferta que la satisfaga. No en todas partes se recluta un equipo codificador eficiente, ni a la clase política le cautiva la iniciativa, ni existe el consenso académico y legislativo para redactar al Código Procesal Constitucional y más tarde aprobarlo. Las discusiones doctrinarias, las polémicas de los partidos, los conflictos ideológicos entre garantistas y pragmáticos o eficientistas, aparte de los clásicos alineamientos de izquierdas y derechas, pueden torpedear el proyecto de la codificación. Detrás de los engranajes procesal-constitucionales, anidan distintas y contrapuestas visiones sobre el estatuto del poder y el estatuto de los derechos, así como de diversa cotización entre estos últimos.

El Derecho Procesal Constitucional no es una disciplina políticamente neutra. Pegado a la Constitución, está inevitablemente inficionado de ideología, y la diagramación de los procesos y recursos constitucionales implica también, con sus distintas opciones, un escenario de confrontación y de contestación. Vale decir, agonal, de lucha.

VI. EL DESTINO DE LA CODIFICACIÓN

Como toda gestión normativa, la suerte de la codificación dependerá básicamente de dos factores.

a) El primero es el *mérito de la codificación*. Se trata de un ingrediente *intrínseco*, que alude al acierto de su arquitectura normativa, a la técnica jurídica correcta empleada, al sentido común que anime a sus disposiciones, a la difícil ecuación que tendrá que guardar entre aspiraciones de máxima y adaptaciones a la realidad (aquel tradicional duelo entre la «ética de los principios» y la «ética de la responsabilidades» a que aludía Max Weber).

b) El segundo es exógeno respecto de los codificadores, y refiere a la *genuina voluntad de cumplimiento* de los operadores de la codificación. En Perú, dado su sistema «dual», «paralelo», o «mixto» de control de constitucionalidad, refiere principalmente a la conducta de abogados y jueces, tanto de la judicatura ordinaria como de la constitucional especializada. Estamos haciendo referencia a la honestidad de los letrados para plantear sus reclamos «conforme» y no «contra» el Código Procesal Constitucional, en base a demandas responsable y seriamente fundadas, razonables, prudentes y no manipuladoras del Código y de la Constitu-

ción; y por parte de los magistrados, a sentencias con calidad jurídica, espíritu republicano, criterio protector de los derechos constitucionales y portadoras de un hábil equilibrio en materia de ponderación de derechos y de relaciones entre derechos y deberes emergentes de la Constitución. Vacunadas, asimismo, contra el facilismo, las extravagancias y la demagogia judicial, tentaciones hoy tan fuertes como nunca, en particular cuando son alimentadas por un escenario mediático muy tentador.

También entre en juego, principal y obviamente, la obediencia (y ejecución) del Poder Ejecutivo de las sentencias que emanen de la jurisdicción constitucional, como el respeto por el Poder Legislativo de tales veredictos y de la independencia de esa magistratura; así como el comportamiento activo, diligente y serio del Ministerio Público, en resguardo de los intereses generales de la sociedad.

En conclusión, un Código Procesal Constitucional mediocre puede ser rescatado por abogados calificados y decentes, como por una jurisprudencia rectora; y otro de calidad, a la inversa, desnaturalizado y degradado por malos operadores. Concluida la etapa normativa fundacional, el futuro del Código pasa a manos de sus ejecutores. Su vigencia se desprende del ánimo de quienes, bien o mal, lo hicieron. Así pasa con toda norma, y tal parece ser el destino del Derecho Formal. Su dimensión normativa se pone a prueba en la realidad fáctica o existencial, que es el reino de la experiencia jurídica: una verdadera pedana que define la suerte del Código de Derecho Procesal Constitucional.

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI

AUTONOMÍA CIENTÍFICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI (*)

SUMARIO: **I.** Punto de partida. **II.** Nociones generales. **III.** El Derecho Procesal Constitucional: ¿rama o ciencia autónoma? **IV.** Ubicación de la ciencia. **V.** Autonomía científica. **VI.** Bibliografía.

I. PUNTO DE PARTIDA

La Ciencia Procesal Constitucional puede explicarse simplemente con la relación que existe entre el proceso y la Constitución; vale decir, cómo se aplican las garantías judiciales de la Norma Fundamental en los procesos entre partes.

Sin embargo, la simplificación es incorrecta, porque más allá de que en cualquier controversia particular siempre hay un conflicto entre derechos que se desprenden de la Constitución, también hay perspectivas diferentes.

En América, por ejemplo, es más importante el estudio de los procesos constitucionales y de las facultades que tienen los jueces que actúan en ellos; mientras que en Europa, la preocupación se inclina hacia la investigación de los límites y poderes de los Tribunales Constitucionales. Mientras uno se ocupa de las garantías procesales en el proceso bilateral; el otro enfoca la dimensión de la actividad normativa que puede desnaturalizar la tutela de los derechos fundamentales. Pareciera que el interés a desentrañar consiste en saber cuanto puede hacer el Juez del control difuso cuando tiene que poner en marcha su deber de afianzar la Constitución y hacer justicia en el caso concreto; frente a la potestad del Tribunal concentrado en una única actividad de aplicar la ley y resolver si ella es o no constitucional.

(*) Profesor titular de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina).

El segmentar la tarea del Juez constitucional de acuerdo con los poderes que cada sistema le asigna probablemente sea equivocado, porque en definitiva, ambos tienen la misión de equilibrar las tensiones entre los fines constitucionales y la justicia del caso.

Zagrebelsky sostiene que no tiene el Tribunal Constitucional una misión política, sino social, porque tiene que ser colocada en la línea de tensión entre las exigencias «objetivas» del gobierno (del cual el Derecho Objetivo es la manifestación formal) y las exigencias subjetivas de tutela de las propias expectativas concretas.

Esta idea se distancia de la tradicional polaridad que generó la creación de los Tribunales Constitucionales, donde el conocido ensayo de Hans Kelsen (“La garantía jurisdiccional de la Constitución”, 1928) sustentó que el mejor sistema para evitar la desconfianza en los jueces tradicionales era la creación de un tribunal neutro, pero específico en la misión de controlar la constitucionalidad de las leyes; tesis contra la que reaccionó Carl Schmitt (*El custodio de la Constitución*, 1931) alegando que de este modo se politizaba la justicia y se convertía al Juez en legislador.

Es decir, en uno y otro sistema no se trata de señalar los opuestos. Mientras en el sistema de control difuso se actúa en la soledad del problema contingente y propio que resuelve la fiscalización constitucional en el límite subjetivo (entre partes) de la cosa juzgada; en el sistema concentrado la regla es la abstracción y la generalidad del pronunciamiento porque interesa el principio de legalidad antes que la justicia del caso concreto.

En ese dualismo polarizado entre dos lecturas que llegan desde las concepciones distintas que se tienen para realizar el control de constitucionalidad, se derivan imprecisiones y enfrentamientos estériles que ningún favor le hacen a la ciencia que abordamos.

En efecto, considerar que el Juez del sistema americano atiende la justicia objetiva del caso concreto; como creer que el Tribunal concentrado del sistema europeo resuelve haciendo abstracción de la causa, son caminos confusos que demuestran la inconsistencia de las respuestas que se toman desde una u otra posición.

En efecto, ninguna es precisa porque, en el primer espacio se pierde solidez dogmática al encontrar diversidades en el sistema de control de constitucionalidad que tienen los países latinoamericanos, que hace diferentes los sistemas de regulación procesal de los procesos y una lectura distinta en cada una de las garantías de la jurisdicción. En cambio, en el segundo, no se advierte ni considera que hay

mecanismos transnacionales que convierten en constitucionales una multiplicidad de procesos que en el orden interno no son atendidos por los Tribunales Constitucionales; como tampoco se analiza que estas magistraturas especiales no trabajan aisladas del contexto ni son insensibles al padecimiento humano: todo lo contrario, aunque se pueda poner en duda el carácter puro de la jurisdicción que ejercen, no existe temor alguno para afirmar que la resolución se aplica también a un juicio entre partes.

Las alternancias en la interpretación pueden hacer creer que solamente los que poseen Tribunales Constitucionales tienen una jurisdicción especial y un Derecho Procesal Constitucional; así como sucede que quienes estudian la disciplina desde los sucesos del control difuso son proclives al error de buscar el Derecho Procesal Constitucional en los pilares de una ciencia u otra (es decir, del Derecho Procesal o del Derecho Constitucional), cuando en realidad, no es rama ni proyección de ninguna de ellas, sino un caso más del Derecho Público.

En síntesis: el punto de partida para reconocer la disciplina comienza con el esclarecimiento de los contenidos. Se puede preferir una versión mínima que se ocupe de la magistratura y los procesos constitucionales y explicar así el desarrollo de los modelos para el control de constitucionalidad de las leyes; o ampliar el espectro y abarcar las garantías contenidas en las cartas fundamentales, los procesos que al efecto se diseñan, y los órganos encargados para encausar tales objetivos, sin necesidad de acotar la visión a los Tribunales Constitucionales.

En esta línea, es muy importante la aparición de los llamados derechos de la tercera generación, pues implantan un principio de cooperación colectivo, que implica una renovación en la típica protección a los derechos individuales, afectando principios tradicionales del proceso judicial como son la bilateralidad del contradictorio, la legitimación para obrar y, especialmente, el alcance de la cosa juzgada.

Precisamente, los procesos colectivos son procesos constitucionales, en esencia, y deben estudiarse dentro de la disciplina.

II. NOCIONES GENERALES

Si el punto de partida de la ciencia es el control de constitucionalidad y los modelos que se aplican, las dos cuestiones principales de estudio son: *a)* la magistratura constitucional; y *b)* el sistema procesal específico.

El primer aspecto no tiene simetrías, porque el patrón jurisdiccional concentrado piensa que el mejor modelo para llevar a cabo esa tarea de fiscalización de la supremacía constitucional debe estar en un solo órgano de justicia; mientras que el control difuso acepta y permite que esa función la concreten, con pocas limitaciones, todos los jueces que actúan en conflictos constitucionales.

En consecuencia, el segundo problema es más importante por la variedad de situaciones que debe afrontar. El esquema procesal no es otra cosa que el proceso constitucional con sus reglas y principios, y como no existe un programa común predispuesto de manera general, los puntos de análisis se abren a varias situaciones: 1) los poderes del Juez constitucional; 2) la legitimación para actuar; 3) los contenidos de la sentencia constitucional; 4) los alcances y efectos de la cosa juzgada, entre otros.

Ahora bien, estas diferencias de sistemas no pueden alimentar la creación de procesos constitucionales distintos porque esencialmente tienen como destino iguales funciones. Vale decir que el proceso de Amparo, Hábeas Corpus, protección de datos personales, acciones colectivas, recursos de Inconstitucionalidad, etc., tal como cada uno se conoce en el Derecho Comparado, debieran armonizar sus dimensiones con el fin de evitar interpretaciones disímiles (reglas del debido proceso), aunque sea lógico que el estudio comparado permita observar cada uno con la perspectiva de sus reglas complementarias (*v.gr.*: un recurso solitario de Inconstitucionalidad puede ser la última herramienta a utilizar contra una ley que se ataca en vías anteriores, sean éstas concurrentes o paralelas).

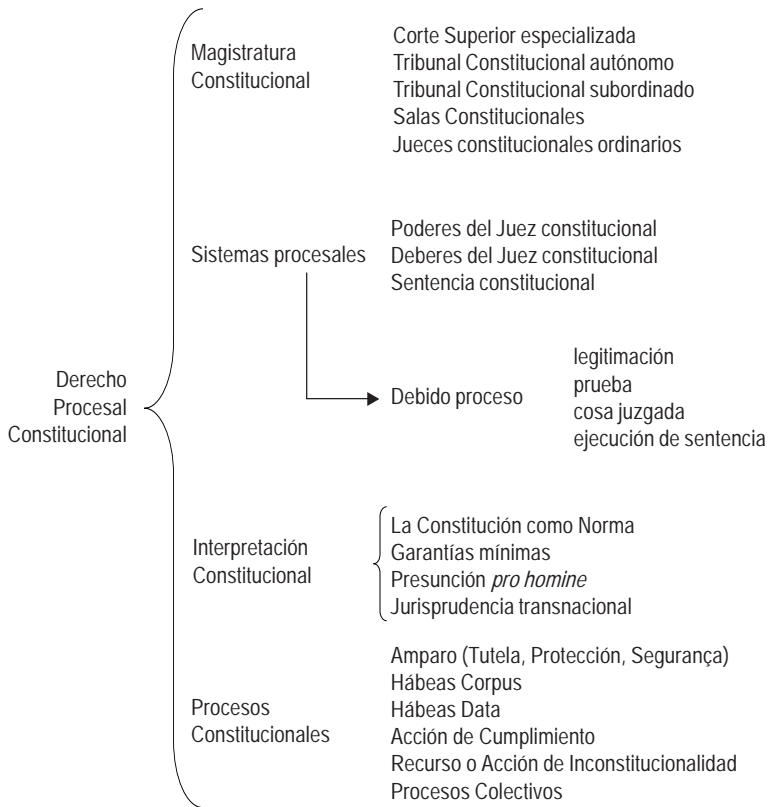
Es decir, uno de los puntos cruciales a presentar es el debido proceso constitucional, como una pauta común para todo tipo de procesos y una regla especial para los conflictos constitucionales. En este sentido el Derecho Procesal Constitucional se ocupa de: 1) el acceso a la justicia; 2) los principios de bilateralidad y contradicción; 3) la carga de la prueba; 4) la fundamentación de las resoluciones judiciales; y 5) la ejecución de la sentencia.

No obstante, al Juez constitucional no se le establecen reglas insalvables, porque el poder principal a desarrollar está en la interpretación judicial, y con ello cada sistema admite modalidades para el uso y la aplicación de esa potestad jurisdiccional.

Por el caso vale recordar que los modelos de las magistraturas constitucionales van desde las ordinarias (Estados Unidos, Brasil, Argentina y Venezuela), especializadas (México), autónomas (España y Perú), subordinadas (Colombia y Alemania), o divididas en Salas Constitucionales dentro del Superior Tribunal de cada país, como es el caso de Costa Rica.

Y finalmente, como dicha interpretación o lectura de las normas fundamentales tiene guías o pautas superiores, aparece el llamado Derecho Procesal Transnacional que establece desde jurisdicciones axiológicas como son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una suerte de jurisprudencia vinculante que tiende unificar las reglas de interpretación cuando se trata de resolver sobre derechos de las personas.

Un cuadro podría simplificar los contenidos a desarrollar:



Una excelente descripción de los contenidos la realiza García Belaunde cuando sostiene que el Derecho Procesal Constitucional tiene tres partes: *a*) general, *b*) positiva (dividida en un sector de legislación nacional y otro local cuando se trata de Estados federativos), y *c*) una parte comparada. El primero tiene que ver con la fusión entre el Derecho Procesal y el Constitucional que deriva en esta nueva rama procesal, donde es necesario ver la jurisdicción constitucional en sentido estricto (modelos para el control de constitucionalidad). El siguiente estudia la realidad de cada país y, dentro de este esquema, se analizan las situaciones puntuales de los

Estados que otorgan autonomía legislativa a sus federaciones autónomas. El tercer punto es la parte comparada, es decir, la comparación jurídica entre dos o más sistemas jurídicos procesales constitucionales.

En nuestro «*Derecho Procesal Constitucional-Amparo*» sostuvimos que el contenido del Derecho Procesal Constitucional, en forma ordenada y sistemática, nos lleva a encontrar dos tipos de actividades esenciales, y alguna más derivada del procedimiento que la misma Constitución establece para ciertas instituciones.

Elas son: a) Desde un aspecto sustantivo, se analizan los órganos que tienen como finalidad la defensa de la Norma Fundamental y la supremacía de sus disposiciones. b) Desde un *aspecto adjetivo* se abarca el estudio de las instituciones procesales específicas para tutelar las garantías individuales y sociales. c) Se podría agregar un tercer componente en los procedimientos especiales que tiene cada organización judicial, como resultan aquellos destinados a impugnar toda norma contraria a la Constitución y a tutelar los derechos humanos explícita o implícitamente reconocidos. Aparece aquí la denominada *jurisdicción constitucional orgánica* ya que comprendería el análisis de los instrumentos establecidos para resolver los conflictos o controversias entre los diversos órganos del poder.

En suma, existen tres sectores bien diferenciados. Uno llamado por Cappelletti, de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que analiza los instrumentos establecidos en las cartas constitucionales para la protección de los derechos y garantías fundamentales; otro vinculado con la defensa constitucional, la fiscalización de la supremacía y la resolución de los conflictos internos de poder; y finalmente, un sector de carácter *transnacional o internacional* por el cual se pueden colegir e interpretar las normas de dicho carácter que se incorporan en los Estados como una forma de garantizar la difusión, promoción y protección de los derechos humanos.

III. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: ¿RAMA O CIENCIA AUTÓNOMA?

No hay aún coincidencia doctrinaria para sostener la autonomía como Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Algunos lo derivan del Derecho Procesal y otros del Derecho Constitucional, por eso los enunciados de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Procesal.

Rubén Hernández Valle sostiene que «en el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de la supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de

procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad propia del proceso constitucional condiciona lógicamente el contenido del Derecho Procesal Constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del Derecho Procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídico procesal»⁽¹⁾.

Esta deducción desde el Derecho Procesal también se postula por Domingo García Belaunde, quien tras un prolijo y meditado estudio indica que la disciplina es una rama del Derecho Procesal, que participa de su carácter como Derecho Público donde el proceso, como garantía, es uno solo y, por lo tanto, es como el tronco de un árbol del que salen varias ramas con singularidades propias⁽²⁾.

En esta línea se define al proceso como género con procedimientos constitucionales que tienen configuraciones particulares. A su vez los poderes del Juez se enlazan con las potestades de la jurisdicción en materia de control de constitucionalidad, de manera que pueden encontrarse diferencias no ya entre modelos como sí entre ordenamientos.

Dice Lucio Pegoraro que ésta distinción es correcta para avanzar en la actualidad, y ello debido no sólo a que todos los ordenamientos se sirven de más procedimientos para dar justicia constitucional, sino también a que los Tribunales instituidos *ad hoc*, y en muchos casos los tribunales superiores de justicia o sus secciones especializadas se han ido invistiendo de ulteriores funciones, que los configuran de forma bastante diversa a como eran con anterioridad, lo que los coloca posteriormente en una peculiar posición integradora en el contexto de las formas de Estado y de gobierno.

La posición refleja, con algunos matices, la enseñanza editada en el año 1955 por Mauro Cappelletti, que realizó una labor de Derecho Comparado que publica con el título de «Jurisdicción constitucional de la libertad».

Precisa allí los contenidos de la «justicia o jurisdicción constitucional», ampliando el reducto del control de constitucionalidad de las leyes. Su interés queda

(1) Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995, págs. 35/36.

(2) García Belaunde, Domingo, “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, n° 2, julio/diciembre 2004, Editorial Porrúa, México, pág. 48.

expuesto en los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, *writ of error* y otros similares destinados a resolver la tutela constitucional de los derechos humanos.

Cappelletti dio un enfoque diferente, novedoso, a los estudios sobre la justicia constitucional. Él sostenía que no toda la ciencia era puro control de constitucionalidad, porque existían proyecciones importantes en otras instituciones, tales como las actuaciones del Tribunal Constitucional Federal de Alemania cuando atiende la legalidad constitucional de los partidos políticos, el juicio sobre las acusaciones del Bundestag o del Bundesrat contra el Bundespräsident, etc. O bien, de la Corte Constitucional italiana, respecto a sus poderes para resolver conflictos de atribución de competencias, o interadministrativos o entre regiones o provincias, etc. La posibilidad de constituirse en órgano de decisión en el juicio político contra funcionarios estatales. «Todas estas manifestaciones –decía Cappelletti– se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de la tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional». El punto más importante, quizá, se encuentra en la dimensión transnacional que le avizora a los estudios, dando por cierto la influencia que tiene la justicia constitucional como fenómeno que trasciende fronteras, estableciendo una especie de nueva ley superior de tipo «comunitaria» que, como tal, pone un techo diferente al reconocido en las soberanías territoriales.

Con otra perspectiva pero sin antinomia, están quienes deducen la Ciencia desde el Derecho Constitucional.

No lo hacen de manera directa sino escondida tras el manto de otras denominaciones como Justicia Constitucional o Jurisdicción Constitucional. Es el pensamiento que llega desde Europa, dominado en focalizar el procesal constitucional en la actividad de los Tribunales Constitucionales.

Un ilustre procesalista como José Almagro Nosete afirma que «el fundador del Derecho Procesal Constitucional fue, sin duda, el jurista vienés Hans Kelsen, inspirador de la regulación en la Constitución austriaca de 1920 de una jurisdicción especial cuyo fin específico era la resolución de procesos exclusivamente constitucionales. La vigencia de la Constitución, en efecto, se traduce principalmente en la adecuación a ésta de las leyes que la desarrollan. Si las leyes incurren en contradicción o discordancia con los preceptos constitucionales, se incumplen los mandatos primarios de la ley suprema y se incurre en inconstitucionalidad. El desorden jurídico que, en cadena, puede originar la multiplicidad de los actos

jurídicos, sujetos a la observancia de la ley inconstitucional, aconseja la institución de órganos y medios específicos remediadores de la injusticia»⁽³⁾.

Por otra parte, como ha puesto de relieve Zagrebelsky, la justicia constitucional está, en efecto, constituida por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no se agota solamente en esto. Ella comprende también la teoría de la Constitución como norma sustancial. De esta forma la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino más bien como la unión de ambos, porque cada concepción de la Constitución lleva en sí misma una concretización del procedimiento, así como cada concepción del procedimiento implica una concepción de la Constitución. No existe un *prius* ni un *posterius*, sino una recíproca implicación. Por consiguiente, el término justicia constitucional es muy lato para explicar la materia en estudio, siendo preferible integrarlo a dos nociones más como son la jurisdicción constitucional, o la magistratura encargada de ejercer en los procesos constitucionales; y el Derecho Procesal Constitucional que serían los procedimientos tutelares de las garantías y del principio de la supremacía constitucional.

Luis López Guerra ha marcado la necesidad de constituir al Derecho Constitucional en fuente de mecanismos procesales para garantizar la sujeción de todos los poderes públicos a los mandatos constitucionales⁽⁴⁾.

Louis Favoreau precisa que «un Tribunal Constitucional es una institución creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de éste como de los poderes públicos...[...]. Un tribunal supremo, o incluso la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales Constitucionales»⁽⁵⁾.

(3) Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, págs. 157/8.

(4) López Guerra, Luis, "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", en *Justicia Constitucional Comparada*, AA.VV., editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM-, 1993, México, pág. 73.

(5) Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, editorial Ariel, Barcelona, 1994, pág. 13.

Jesús González Pérez diferencia al proceso constitucional de otros, diciendo que será proceso constitucional aquél del que conoce el Tribunal Constitucional ⁽⁶⁾.

Gustavo Zagrebelsky se pregunta si se puede hablar de un Derecho Procesal Constitucional con referencia al conjunto de reglas –todas a interpretar– relativas a la instauración de los juicios constitucionales y la representación en éstos de posiciones subjetivas, las modalidades de acción de la Corte Constitucional, los caracteres y efectos de sus decisiones: en síntesis, las reglas a través de las cuales la Constitución viene puesta en condición de desarrollar la función de criterio de juicio práctico para la resolución judicial de las controversias pertenecientes a su esfera.

La misma tendencia se encuentra en otros autores europeos e inclusive en algunos latinoamericanos, proclives a verse influenciados por la doctrina española principalmente.

Una posición intermedia postula el maestro Héctor Fix-Zamudio al mencionar que «la imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el Derecho Constitucional por una parte, y el Procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que pueden configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como Derecho Procesal Constitucional en sentido estricto, y la otra Derecho Constitucional Procesal...[...]. El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como Derecho Constitucional Procesal, examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del Derecho Constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma

(6) González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1980, pág. 25.

aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia»⁽⁷⁾.

En nuestro país acompaña el temperamento Néstor Pedro Sagüés, quien agrega que «el Derecho Constitucional Procesal es un sector del Derecho Constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente «formal o informal». Entre estas cuestiones pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia...[...]. En cambio, el Derecho Procesal Constitucional es una rama del mundo jurídico que se sitúa en el Derecho Procesal, y atiende a los dispositivos «obviamente jurídicos» procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El Derecho Procesal Constitucional es, principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales»⁽⁸⁾.

Esta posición es seguida en Argentina por Antonio Castagno, y recibe el apoyo de Ernesto Rey Cantor (Colombia) y Elvito A. Rodríguez Domínguez (Perú). Sostiene el eminente profesor colombiano que «el Derecho Procesal Constitucional es un conjunto de principios y normas jurídicas consagrados en la Constitución y en la ley, que regulan los procesos constitucionales y los procedimientos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos...[...]. Como corolario de lo anterior podemos afirmar que el Derecho Constitucional Procesal estudia el debido proceso, desde la perspectiva constitucional, de conformidad con los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos». Rodríguez Domínguez argumenta, por su parte, que la existencia de normas procesales en la Constitución, no implica la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, pues aun se está en el ámbito del Derecho Constitucional, por qué la Constitución es el fundamento del sistema jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir –agrega– que también existe un Derecho Civil Constitucional o un Derecho del Trabajo Constitucional...[...]. En suma, el Derecho Procesal Cons-

(7) Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional, *passim*. Tomado de la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, tomo I (coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor), 2ª. ed., Editorial Porrúa, México, 1993, págs. 269 y ss.

(8) Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso Extraordinario*, tomo I, 3ª. ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 4/5.

titucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona.

IV. UBICACIÓN DE LA CIENCIA

La vacilación en ubicar el Derecho Procesal Constitucional en un campo particular de la ciencia no tiene demasiada importancia, a no ser que se persiga autonomía plena tal como nosotros postulamos.

La perspectiva continental europea, especialmente en Italia, España y en menor medida en Alemania, remiten la enseñanza de lo procesal constitucional al campo de ésta última disciplina, considerando que los Tribunales Constitucionales han creado la necesidad de explicar el desenvolvimiento de una justicia especial que denominan «jurisdicción constitucional». La preferencia está en la descripción del sistema y la exégesis normativa. En cambio, hay una mirada distinta que pretende ubicar al Derecho Procesal Constitucional en el campo de la teoría general del proceso, desde el cual se analiza antes que la naturaleza del conflicto privado entre partes, las consecuencias del Derecho Público que emergen en los conflictos constitucionales. Con esta base se emplaza lo procesal constitucional como Derecho Público, donde las garantías del proceso son sustanciales y nunca adjetivas. Es decir, constituyendo al proceso constitucional en un conjunto de reglas y principios comunes (debido proceso) desde el cual se pueden proyectar procedimientos constitucionales especiales como el Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data, etc.

En síntesis, el desacuerdo sobre el área donde prevalece el estudio de la disciplina tiene tres posiciones diferentes:

a) La primera deduce que el análisis del Derecho Procesal Constitucional compete principalmente al Derecho Constitucional, ya que de éste emerge la temática basal sobre la que versan «procesos» y «conflictos» constitucionales, e incluso que de él surgen los trámites procedimentales del caso (*V. gr.*: Hábeas Corpus, Amparo, Acción de Inconstitucionalidad, etc.)

b) En segundo término, se ubica a la disciplina como un capítulo del Derecho Procesal. La variación está en los contenidos que se adscriben. Por ejemplo, González Pérez sostiene que el Derecho Procesal Constitucional se ocupa del conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos que el mismo conoce. Es una rama netamente procesal, cuya naturaleza no ofrece distin-

tos problemas que los del Derecho Procesal en general. Sin embargo, a pesar de la seriedad de las reflexiones, es difícil compartirlas, pues la materia procesal constitucional no puede identificarse únicamente con la presencia de un Tribunal Constitucional. Con sólo observar un sistema de control de constitucionalidad diferente, basta para encontrar las dificultades de encuadre.

Otros, en esta misma línea, opinan que las garantías constitucionales son instrumentos procesales y por ello forman parte del Derecho Adjetivo.

Esta relación entre normas es importante, pero no definitiva para establecer una determinada adscripción científica.

c) La tercera es una posición ecléctica. En general, responde a una fórmula transaccional que reconoce elementos constitucionales y procesales, sin que uno avasalle, supere o aprisione al otro. Se parte del supuesto de que la ciencia no se encuentra suficientemente elaborada de forma tal que el emplazamiento definitivo en una dimensión de plena autonomía, es un riesgo que por ahora no se debe correr.

V. AUTONOMÍA CIENTÍFICA

Nosotros creemos en la autonomía, sin pensar si ella es producto de una eventual delegación normativa, o consecuencia de la pérdida que sufre algún sector de la Ciencia Procesal o Constitucional.

La mirada desde el Derecho Constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del Juez constitucional y de las garantías, lo que nos vuelve a la dimensión del proceso como única garantía.

Gelsi Bidart fue el primero en señalar que ninguna garantía es eficaz ni adecuada sino tiene una vía útil para concretar la protección que se dispensa en las Normas Fundamentales. De este modo, la garantía de las garantías es el proceso, y en definitiva, se observa al proceso como la «única garantía». «La garantía culturalmente más avanzada, para el caso de que los involucrados no puedan llegar, por sí mismos, a la efectiva aplicación del derecho, es el proceso, que convoca a todos los comprometidos en el problema para que, en igualdad de condiciones y bajo la dirección de una autoridad imparcial y técnica, lleguen a una solución de acuerdo o impuesta por aquélla».

Si el foco se dirige hacia el Derecho Procesal, y se ilumina la base teórica general (jurisdicción, acción y proceso) observamos distancias significativas que

dificultan asumir al proceso constitucional como una modalidad o tipo especial de procedimiento. Además, si tenemos en cuenta que las reglas del debido proceso cuadran en el contenido del Derecho Procesal Constitucional, podremos ratificar la autonomía que se preconiza.

Pero la observación dogmática no sirve si no la apoyamos con la legislación imperante y la realidad fáctica donde se inserta, convirtiendo el trialismo de la teoría, la norma y la praxis, en una necesidad ineludible para demostrar dicha conclusión.

En efecto, la ciencia procesal en el pensamiento de Carnelutti era un gran tronco del que se desprendían ramas disciplinadas. La unión se daba con la teoría del proceso (el tronco), y las ramas (administrativo, comercial, laboral, familiar, constitucional, etc.) podían tener particularidades pero sin generar con su corte un fruto nuevo. Son derivaciones y nunca semillas.

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: la jurisdicción, que significa atender el rol del Juez en el proceso, las garantías judiciales que debe impartir desde su magisterio, la organización jurídica de un país o de una región, y los deberes que supone el ejercicio de la función jurisdiccional. La acción, es el terreno del acceso a la justicia; allí anidan las preocupaciones del que pide y reclama, donde se atienden situaciones como las condiciones y presupuestos de la demanda, los requisitos para ser parte en un litigio, la defensa técnica en el proceso, la igualación económica con el carente de recursos, etc. Finalmente el proceso, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios que deben cubrirse, deberes y derechos de las partes en orden a la producción probatoria, intervención de terceros, y muchos aspectos más que se relacionan también con temas constitucionales (*v.gr.*: defensa en juicio, sentencia fundada, derecho a la verdad, plazos razonables en el trámite, nulidades por dilaciones indebidas, doble instancia, libertad personal, etc.)

1. La jurisdicción

En el primer aspecto la teoría debe resolver dos posibilidades en la explicación de la actividad del Juez en el proceso: 1) O simplemente resuelve los conflictos aplicando la ley; o 2) Interpreta los hechos y aplica el derecho.

La primera función es propia de los sistemas donde la jurisdicción se divide por especialidades (civil y comercial, administrativa, comunitaria, constitucional y supranacional) dejando en cada uno el deber de resolver propio de su actividad. Uno no puede subordinar a otro, por eso en materia constitucional, se forma el incidente de inconstitucionalidad o se remite al tribunal especial para que asuma la competencia correspondiente. En líneas muy genéricas diríamos que es el me-

canismo que sigue la Europa continental, apegada en sus orígenes al principio de legalidad y a desconfiar de los jueces cuando se trata de interpretación normativa.

La valoración judicial de los hechos y el derecho es un poder que tienen los magistrados del sistema difuso, también llamado «americano» por la influencia que tuvo el fallo *Marbury vs. Madison* en el señalamiento de las características, que llevó a descifrar el sistema como de la «confianza en los jueces».

Aquí el Juez, salvando las distancias propias de un modelo de control de constitucionalidad que de a poco va desapareciendo en América (al advertirse una rotación hacia los sistemas de control concentrado en Tribunales Constitucionales o Salas especializadas), dicta sentencia según su leal saber y entender (principio llamado: *iura novit curia*). Puede decretar la inconstitucionalidad de las normas sin afectar el derecho de terceros, porque el efecto de la cosa juzgada solo alcanza a quienes son partes en el proceso.

La jurisdicción tiene pilares comunes en la independencia e imparcialidad; y así como suele decirse que en las controversias entre litigantes es más importante fallar con imparcialidad antes que cuestionar la eventual dependencia o influencia de otros poderes; en los conflictos constitucionales trasciende la independencia porque no es posible pensar en una sentencia imparcial si el tribunal no es autónomo y distante del poder de gestión.

2. La acción

Cuando se analiza la acción nos instalamos en los presupuestos de entrada al proceso. En la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de acreditación de la personalidad y del interés que reclama. Es una antesala donde se debate el acceso al tribunal y donde se puede postergar *sine die* la decisión de tener un Juez que entienda en la causa. No son cuestiones de competencia, sino de representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

Las expansiones del interés en la causa (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado el cuadro de exigencias rituales, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que los procesos constitucionales se debaten aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a los conflictos globales.

Esta característica agrega un elemento más para ponderar por qué, cuando el tema de la acción se lo estudia desde el Derecho Procesal Constitucional, tiene respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil.

Lo mismo cabe agregar con aspectos proyectados del derecho de entrada. El derecho de petición (de naturaleza constitucional) no se reduce en lo procesal constitucional a un asunto de consistencia jurídica del que reclama, porque la atención se dirige al asunto antes que a la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene el que demanda la actuación jurisdiccional.

En orden a la defensa técnica, la teoría general se conforma con la asistencia letrada de la parte, mientras que en lo constitucional se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto. No hay estrictamente una lucha entre partes, porque la bilateralidad se atenúa con el rol social que tiene el Juez o tribunal que se desenvuelve ante una controversia constitucional.

3. El proceso

Finalmente, el proceso, o la regla técnica para debatir. La teoría general sostiene el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el Juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etc. etc. Todos estos principios no tienen plena adecuación en el proceso constitucional.

En efecto, la premisa es diferente a la que señala la dogmática porque un proceso constitucional se resuelve protegiendo los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el Estado o los particulares generen a través de sus actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del Juez del sistema difuso, quedaría eludida por la probabilidad –que la jurisprudencia comprueba– de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual, será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional.

Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que, corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el Juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.

En el *Derecho Procesal Constitucional-Amparo*, sostuvimos que si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente otro prin-

cipio procesal desajuste la finalidad del proceso de Amparo: el principio dispositivo. Según él, el proceso es cosa de partes y el Juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación, esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso. En el proceso constitucional es fundamental y hace a la esencia de su función, controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades –públicas y privadas–, de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante, los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

Inclusive, la afirmación precedente no sería adecuada en sentido estricto en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado donde no hay controversia entre partes, sino conflictos de constitucionalidad que habilitan la actuación de un órgano diferente a judicial ordinario para que interprete la adecuación de la ley a la Constitución.

Obsérvese que esta dimensión de la «justicia constitucional», coincidente con la del Juez del sistema difuso, en ejercer la función de resolver los conflictos de interpretación o aplicación de la Norma Fundamental, trabajan con un principio inverso al que preserva la garantía judicial que se vincula con la organización jurisdiccional, porque la idea del «Juez Natural» (que se designa con anterioridad a los hechos de la causa) y de «Unidad de la Jurisdicción», se desplazan en el modelo europeo.

Es cierto que el primer aspecto se puede resistir con sólidos argumentos, pero en el mecanismo difuso, la idea de mantener la decisión dentro de la jurisdicción que se origina no tiene confrontación posible.

Claramente explica Ferrer Mac-Gregor que, el crear un Tribunal Constitucional implica crear también una nueva jurisdicción, lo que va en contra de lo que la doctrina procesal denomina «*unidad de la jurisdicción*». Este principio consiste en que todos los órganos de impartición de justicia pertenezcan al Poder Judicial, al considerar que la función jurisdiccional originaria necesariamente debe ser ejercida por este poder del Estado.

Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento, reparan que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del «debido proceso».

Esta es una «garantía» que promueve el Derecho Procesal Constitucional porque en la teoría general del proceso, el principio de economía (que internamente se integra con la acumulación de pretensiones y procesos; el establecimiento del principio de perentoriedad; la inclusión de plazos y términos; etc.) toma a su cargo una suerte de consigna dirigida a las partes (en función del principio dispositivo, o de avance del proceso de acuerdo al interés de los litigantes), características que no se dan en el proceso constitucional donde el llamado de las normas transnacionales claman por un proceso rápido y breve y con recursos sencillos y eficaces.

En nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso* advertíamos en este dialismo, que incide en los contenidos esenciales y por ello modifica la tradición conceptual del debido proceso. En particular la regla del plazo razonable muestra cómo no se pueden aplicar los principios procesales tradicionales a los que penetran desde el Derecho Procesal Constitucional.

Por ejemplo, desde una perspectiva más amplia suele nominarse la necesidad de tener derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, interesando en cada adjetivo un aspecto puntual a resolver. Sin embargo, «plazo razonable» es un concepto indeterminado y, como tal, puede tener lecturas diferentes y hasta contradictorias entre sí, porque como suele ocurrir cuando se realiza interpretación, las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir.

Así, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el Juez resuelva con carácter definitivo.

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: *a)* reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y *b)* admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Editorial Cívitas, Madrid, 1985.
- Calamandrei, Piero, *Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986 (tres volúmenes).
- Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione della libertà*, Editorial Giuffrè, Milano. Hay varias ediciones posteriores y una traducción al español de Héctor Fix-Zamudio en 1961.
- Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, editorial UNAM, México, 1987.
- Cascajo Castro, José Luis, “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos* n° 199, págs. 149 y ss., Madrid.
- Couture, Eduardo J., “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en *Estudios del Derecho Procesal Civil*, tomo 1, Editorial Depalma (3ª.), Buenos Aires, 1979.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Fundap, Querétaro (México), 2002.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1993.
- Fix-Zamudio, Héctor, *25 años de evolución de la Justicia Constitucional*, Editorial UNAM, México, 1968.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de Amparo*, Editorial UNAM, México, 1993.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 56, octubre-diciembre, 1964, págs. 959/1012.
- García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- García Belaunde, Domingo, “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución–*, n° 2, julio/diciembre 2004, Editorial Porrúa, México, págs. 45 y ss.
- García Belaunde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, en *Jurisdicción constitucional*, editorial PUCP, Lima, 1990, coordinador general Aníbal Quiroga León.
- Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre común*, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1986.
- González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Cívitas, Madrid, 1980.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo, *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (Vínculos y autonomías)*, Editorial UNAM, México, 1995.

- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al nuevo Derecho Procesal*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1988.
- Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1995.
- Hitters, Juan Carlos, “El Derecho Procesal Constitucional”, *Rev. El Derecho*, tomo 121 págs. 881 y ss.
- Iribarne, Héctor Pedro e Iribarne, Rodolfo A., “Acerca del Derecho Procesal Constitucional”, *Rev. El Derecho*, tomo 127 págs. 722 y ss.
- Jiménez, Eduardo Pablo, *Garantías Constitucionales*, Editorial Suárez, Mar del Plata (coordinador).
- Jiménez, Eduardo Pablo, *Los derechos humanos de la tercera generación*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997.
- López Guerra, Luis, “Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá”, en *Justicia Constitucional Comparada*, AA.VV., Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM-, 1993, México.
- Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional -Proceso y Constitución-*, nº 2, julio/diciembre 2004, Editorial Porrúa, México, págs. 131 y ss.
- Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional - Derecho Constitucional Procesal - Derechos Humanos Procesales*, Editorial Ciencia y Derecho (Breviarios jurídicos nº 9), Bogotá, 2001.
- Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional*, Editora Grijley, Lima, 1997.
- Rodríguez Domínguez, Elvito A., “Derecho Procesal Constitucional Peruano”, en *Notarius* (Revista de Notarios de Lima, Perú), año 2, Lima, 1991, págs. 265/272.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, tomo I, Editorial Astrea (3ª.), Buenos Aires, 1992.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional y jurisdicción constitucional*, en *Rev. La Ley*, 1981-C, págs. 870 y ss.

TRASCENDENCIA Y VALOR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

«El destino de la democracia moderna depende en gran medida de una organización sistemática de las instituciones de control, la democracia sin control no puede durar».

Hans Kelsen.

SERGIO DÍAZ RICCI (*)

SUMARIO: **I.** A modo de introducción. **II.** Significación política. **III.** Significación jurídica. **IV.** Significación técnica. **V.** Significación sistemática. **VI.** Sistema peruano. **VII.** Estructura sistemática. **VIII.** Conclusiones. **IX.** Bibliografía.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Un libro en Homenaje al profesor Domingo García Belaunde no sólo es un reconocimiento a su trayectoria y su huella indeleble en el Constitucionalismo Iberoamericano y, particularmente, peruano, sino, además, un punto de encuentro de ideas y reflexiones en torno al Derecho Constitucional, y esto, en sí mismo, es de una trascendencia inusitada. El devenir constitucional latinoamericano representa una forma de ver la historia de nuestros pueblos, pues los valores constitucionales sirven de referencia para ver lo que debió ser y no ha sido, pero que se

(*) Profesor de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina). Autor del Código Procesal Constitucional de Tucumán (Ley 6.944/1995).

quiere llegar a ser. Son un llamado, una convocatoria en la lucha sisífrica de estas regiones por su libertad, sus derechos y el bien común de los pueblos de este continente que, parafraseando al vate nicaragüense, «aun reza a Jesucristo y aún habla en español». Un libro homenaje es el mejor tributo a un constructor de la constitucionalidad peruana e iberoamericana, a un luchador por los valores y principios que nos reúnen a quienes creemos que «la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado» como quedó para siempre grabado en el frontispicio de la inolvidable Constitución peruana de 1979.

La sanción del Código Procesal Constitucional del Perú, de que García Belaunde fue un decisivo impulsor, es un acontecimiento de enorme trascendencia. Nos atrevemos a afirmar que constituye el segundo de los grandes aportes latinoamericanos al constitucionalismo universal. Al igual que el Amparo nacido en México por obra de Manuel Crescencio García Rejón en la Constitución de Yucatán de 1847, el Código Procesal Constitucional peruano está llamado a ser un hito en la construcción de la democracia constitucional en el mundo.

El nuevo Código peruano se nos revela con una enorme trascendencia que se nos antoja analizar desde una cuádruple significación: política, jurídica, técnica y sistémica.

II. SIGNIFICACIÓN POLÍTICA

La existencia de un Código Procesal Constitucional (en adelante «el Código») tiene indudablemente una importancia política superlativa que no puede dejar de destacarse. Define, nada más y nada menos, cuál será la «jurisdicción constitucional» dentro de un Estado Democrático de Derecho.

El Estado Constitucional, heredero de la Revolución Francesa, trae consigo como principio político basilar, la despersonalización del poder. Su victoria contra el Absolutismo monárquico es tributaria de la idea central del contractualismo: la separación entre la sociedad y el Estado. En otras palabras produce el hecho revolucionario de la «institucionalización» del poder estatal, es decir, que el poder deja de ser el patrimonio de persona alguna y quienes ocasionalmente «materialicen la institución», o sea, quienes lo corporicen lo hacen en calidad de mandatarios transitorios y pasajeros. La lucha por la institucionalización del poder, esto es, por la despersonalización del poder, es el cometido esencial del Derecho Constitucional.

Sobre estas bases emerge su consecuencia elemental: el poder estatal es un poder limitado –la noción de poder constituido introducida por Sieyès brinda el fundamento conceptual a esta idea– y, como todo poder sometido a límites, el respeto a éstos debe ser constatado. Para que haya control debe existir una instancia que ejerza la verificación de la observancia de esos límites, es decir, constatar

que el sujeto a cargo de una institución no se «extralimite» y, en tal caso, aplicar los correctivos necesarios. Sobre esta premisa básica se asienta la idea operativa de «jurisdicción constitucional» en el Estado Constitucional. Como enseña Aragón Reyes «el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución».

Existen diversas formas de control del poder (control político, social y jurídico). Aquí nos interesa el control «jurídico» por su naturaleza de contralor objetivo, necesario, imparcial, racional y controlable. Este control jurídico es la razón de ser de la jurisdicción constitucional. De este modo, el control jurisdiccional de constitucionalidad adquiere centralidad al punto de llegarse a afirmar que el Estado Constitucional adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional. Explica García-Pelayo que esta función esencial es «contribuir, a través del ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas, a que la realización de las funciones del Estado no se desvíe de las normas constitucionales que la disciplinan, o dicho de otro modo, a que en la máxima medida posible, el ejercicio de cada función estatal sea simultáneamente el legítimo ejercicio de una función constitucional».

En suma, debemos admitir que el control de constitucionalidad cumple una misión contramayoritaria, es decir, es un límite a la omnipotencia de la mayoría dentro de un Estado Democrático. En definitiva, implica reconocer que la legitimidad que deriva del principio de la mayoría dentro de una democracia, tiene un límite dado por las normas constitucionales. La legitimidad constitucional, al decir de Kägi, proporciona el fundamento de validez del ejercicio del poder institucional.

III. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA

Si bien en Latinoamérica, las Leyes de Jurisdicción Constitucional del El Salvador de 1960 y la de Costa Rica de 1989, pueden tener la apariencia de antecedentes cercanos, en realidad el Código es en sentido estricto muy original. Se diferencia porque en aquéllos responden a un modelo de jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal único (o una Sala del Tribunal Supremo), en cambio en el Perú responde a un modelo más complejo, pues establece los procedimientos aplicables tanto por todos los jueces del Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional.

Aunque puede citarse como precedente el Código Procesal Constitucional de Tucumán de 1995, sin embargo, éste traduce exclusivamente el modelo de control difuso reducido al ámbito de un Estado federado de Argentina.

No debemos dejarnos llevar por la apariencia de compilación legislativa ya que, a primera vista, parecería que el Código es un consolidado de leyes. En efecto, en el Código se agrupan 4 leyes relativas a procesos constitucionales hasta entonces vigentes en el Perú: La Ley 23.506 de Hábeas Corpus y Amparo, la Ley

24.968 de Acción Popular, la Ley 26.301 de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, y la Ley 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional. Todas estas son leyes que fueron dictándose en cumplimiento de expresas disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 200 de la Constitución al enumerar estos mecanismos de tutela constitucional.

En realidad, el Código Procesal Constitucional aporta un *plus*. En efecto, un Código es algo más que una ley o una reunión de leyes. Un Código conlleva una idea de «completitividad» jurídica, es decir, que toda la materia regulada se encuentra reunida en una ley única. O sea, una ley única que reúne toda la materia de un dominio jurídico. En este caso, nada más y nada menos, que el control de constitucionalidad de actos y normas. Adoptar la forma de un Código implica metodológicamente dos efectos complementarios: por un lado, que queda comprendida en su contenido todo un sector jurídico perfectamente identificado y, por otro lado, que estos contenidos reciben un tratamiento unitario. De ello se derivan dos consecuencias trascendentales: por una parte, que no puede haber materia de este sector jurídico fuera de este Código y, por otra parte, que todo este sector jurídico queda sometido a una sistematicidad y a unos principios propios de orden interno que dan organicidad a este dominio del Derecho.

En esto, justamente, reside el *plus* que aporta este Código pues todos los procesos constitucionales reunidos en el mismo deben ser interpretados y aplicados a la luz de los principios y valores que inspiran esta región jurídica. Si a ello se agrega que este ámbito normativo está referido a la aplicación de las normas constitucionales puede colegirse la importancia del Código Procesal Constitucional peruano.

Éste despliega su importancia extraordinaria porque se ocupa de la aplicación de las normas constitucionales que son por esencia supremas, es decir, gozan de una jerarquía jurídica superlativa por encima de las restantes normas del ordenamiento jurídico. El cometido de estos procesos es nada menos que el sostenimiento de la supremacía jurídico-política de la Constitución. Esto revela su enorme trascendencia porque los procesos constitucionales son el medio por el cual se hace efectiva la voluntad del poder constituyente popular, fuente de la superioridad política y jurídica de las normas constitucionales. Éstas invisten la condición de normas superiores (*Lex fundamentalis*) respecto de las cuales deben guardar correspondencia tanto las normas inferiores como los actos de los poderes constituidos (limitados). Aquí se revela su significación técnica.

IV. SIGNIFICACIÓN TÉCNICA

El Código por tratarse de una sola ley, es decir, un texto único, orienta y facilita la actividad del intérprete. Quien tenga a su cargo la función de control de

constitucionalidad dispone de una única ley para tal cometido. Por su parte, el intérprete aborda su labor desde una plataforma dogmática singular.

En efecto, la tutela constitucional está impregnada por unos principios rectores propios. Estos principios nutren el desarrollo de los procesos constitucionales en razón de su especialidad. La dogmática constitucional proporciona unos principios y valores rectores que se reflejan en los procesos constitucionales. Aquel a cuyo cargo esté un proceso de control constitucionalidad habrá de guiarse por las pautas propias de este tipo de proceso, cualquiera sea la causa que lo genere. Así, principios como la gratuidad, la celeridad, la preferencia, la subsanabilidad, la impulsión de oficio, son característicos de los procesos constitucionales, que difieren de los principios que definen otras disciplinas procesales.

Por esta razón, el hecho de que estén contenidos en una ley única, para todos los operadores jurisdiccionales, es una de las grandes ventajas que proporciona un Código a sus operadores.

V. SIGNIFICACIÓN SISTEMÁTICA

Dentro del sistema constitucional, el Código cumple con una finalidad trascendente: define el o los órganos encargados del control de constitucionalidad. Esto tiene de por sí un valor superlativo porque se refiere al «Guardián de la Constitución». Es decir, el Código no sólo determina los procedimientos constitucionales si no también señala el órgano a quien se inviste con la función de defensa de la Constitución. Dicho de otro modo, los procedimientos ordenados sistemáticamente son la proyección dinámica de la previa definición sobre el o los órganos a quienes se encomienda el control de constitucionalidad.

Pero también aporta una dimensión sistémica insoslayable. El Código como conjunto normativo unitario tiene una sistemática interna que debe ser tenida muy en cuenta por el intérprete. Este cuerpo presenta un orden de prelación normativo interno de gran trascendencia. En efecto, el Título Preliminar establece una serie de principios que deben inspirar e impregnar la aplicación práctica de los diversos procesos constitucionales.

Por un lado, los procedimientos de tutela constitucional son la proyección de la fuerza arquetípica del Hábeas Corpus, un proceso sumario, sencillo y actuado. Y, por otro lado, refleja la clásica distinción de las posibles lesiones constitucionales: en una parte, los actos, hechos u omisiones que afecten derechos fundamentales y, en otra parte, las normas jurídicas con fuerza de ley contrapuestas a disposiciones constitucionales.

En suma, desde el punto de vista sistemático, el Código resuelve dos cuestiones: *a)* regula a todos los procesos constitucionales posibles y *b)* define el o los

órganos encargados de la defensa de la Constitución. En el caso peruano, específicamente, establece la articulación entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en materia procesal constitucional, desarrollando el diseño básico establecido en la Constitución.

Detengámonos un momento en la cuestión del Guardián de la Constitución. La definición de esta función representa la exteriorización de uno de los últimos estadios en la evolución del Estado Constitucional. La historia universal así lo demuestra. En el caso particular de Latinoamérica no se llegó a este momento de manera sencilla. Podemos decir que recién desde el reencauzamiento constitucional de las repúblicas latinoamericanas a partir de la década de los '80, empezamos a transitar por esta fase de definir al defensor de la Constitución. El Código es una clara manifestación de este hecho.

La historia iberoamericana del siglo XX estuvo marcada por la oscilación entre gobiernos legales generalmente conservadores y golpes militares autoritarios. En aquellos períodos de gobiernos «constitucionales» conservadores se concibió que la misión de custodio de la Constitución le correspondía prevalentemente a los poderes políticos. Las cuestiones de constitucionalidad eran propias del órgano político y el Poder Judicial buscaba las maneras de eludir estas decisiones. De algún modo como reflejo de su compromiso con el sistema conservador se aplicaba una autocensura a través de las «cuestiones políticas no justiciables». Esta realidad debilitó fuertemente la conciencia de que la custodia de la constitucionalidad estaba en manos de los jueces del Poder Judicial. Tal es la causa por la que muchos países iberoamericanos a la hora de definir el control de constitucionalidad ensayasen otras fórmulas que se fueron apartando de modelo primigenio de la *judicial review* que entre claroscuros inicialmente había sido adoptado (en lo formal) las nuevas repúblicas hispanoamericanas.

Para intentar una clasificación que nos permita comprender las modalidades de control jurisdiccional adoptadas por los distintos países resulta indispensable reconocer que entre los modelos podemos distinguir una versión «originaria o pura» (el norteamericano y el europeo) y una versión «derivada» porque combina elementos de los dos modelos originarios. Dentro de este grupo encontramos formas mixtas (Guatemala, Colombia, Bolivia), formas duales (Perú) y paralelas (Tucumán-Argentina).

Existen dos paradigmas históricos de control jurisdiccional de constitucionalidad: la *judicial review* norteamericano y el antijudicialismo francés típicamente europeo. El primero, dio lugar al control de constitucionalidad a cargo de los jueces del Poder Judicial. En el segundo, la desconfianza hacia los integrantes jueces, llevó a conferir el control a un Tribunal Especial. El primero, no tenía desconfianza en los jueces, porque los miembros del Poder Judicial que

había nacido juntamente con la revolución, imbuidos por el *idem sentire republica*, debían velar por el respeto de las normas constitucionales. En cambio, la Europa de las revoluciones republicanas posteriores a la primera guerra mundial, que ya venían impregnadas por el antijudicialismo de origen francés, no quiso que el control jurídico quede en manos de los jueces, para lo cual se crea una instancia especial y única: un Tribunal Constitucional (Austria, Alemania, España).

Esto dio origen a los dos modelos típicos de control jurisdiccional de constitucionalidad: el llamado «control difuso» a cargo de los jueces del Poder Judicial y el llamado «control concentrado» a cargo de un único Tribunal Constitucional. El primero, con efectos restringidos al caso planteado (se limita a no aplicar la norma en el asunto sometido a su consideración sin derogar la norma cuestionada por inconstitucional por respeto al principio de separación de poderes), en cambio el segundo con resultado derogatorio de la norma inválida (legislador negativo) y, por lo tanto, con mayor efecto expansivo.

Esta desconfianza hacia el Poder Judicial que dio lugar a la aparición de los Tribunales Constitucionales, se ofrece como un mecanismo apto para la tutela de las disposiciones plasmadas en cualquier texto constitucional, de allí que algunas veces regímenes autoritarios hayan echado mano a una especie de Tribunal Constitucional para preservar los principios del régimen, por ejemplo, la Turquía de la Revolución de los Coroneles de 1960 y, en cierto modo, también la Constitución de la provincia de Tucumán de 1989. Incluso, dentro de un régimen democrático podemos encontrar junto a la clásica dirección antijudicialista (Austria, Italia, España), algún caso de Tribunal Constitucional con un sentido antiparlamentario como el caso de Chile o el de Tucumán.

VI. SISTEMA PERUANO

La historia constitucional peruana no escapó a la regla general de las repúblicas iberoamericanas. Lo que comenzó siendo una timorata aceptación de la *judicial review* concluyó con la instauración instaurando un modelo dual a partir de la Constitución de 1979 con la incorporación de un Tribunal de Garantías Constitucionales.

La inestabilidad constitucional del siglo XIX, reflejo de la oscilación entre gobiernos conservadores y golpes militares autoritarios, no podía dar cabida a la cuestión del Control Jurídico de Constitucionalidad. Incluso durante aquellos gobiernos constitucionales predominó la concepción del Control Político de Constitucionalidad. Podríamos decir que en Latinoamérica durante los siglos XIX y buena parte del XX prevaleció la idea schmittiana de la Custodia Política de la Constitución por sobre la idea kelseniana del Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad.

Tímidamente y de poco, fue haciendo su aparición la intervención judicial primeramente a través del Hábeas Corpus consagrado en la Ley de 1897. Un paso importante en esta dirección fue el artículo XXII del Código Civil de 1936 que introdujo una cláusula que adquirió ciudadanía en el Derecho Público peruano: «*Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera*». Principio que es luego reforzado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 y con el Amparo agrario de 1974.

Sin embargo, esta dificultad de arraigar el control de constitucionalidad a cargo de los jueces, derivada sin duda de los procesos políticos del siglo XX, terminó en 1979 cuando se incorpora un Tribunal Constitucional pero que no se desprende del modelo anterior porque deberá coexistir conjuntamente con el sistema difuso a cargo del Poder Judicial.

De este modo, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 tuvieron la tarea de articular estos dos sistemas, difuso y concentrado, dando lugar a un modelo que acertadamente denomina García Belaunde, modelo «dual», porque de la combinación no resulta un sistema *sui generis*, o sea, un *tertium*, sino que ambos modelos coexisten con sus propias notas características en toda su extensión.

Aquí podemos ya señalar una diferencia con el Código Procesal Constitucional de Tucumán que sólo tiene aplicación dentro de un sistema difuso a cargo de los jueces del Poder Judicial local con efecto circunscrito al caso.

Vamos a detenernos a analizar las características de este sistema dual de Control de Constitucionalidad del Perú. Se lo califica como «dual» porque coexisten ambos sistemas con un cierto grado de autonomía: por un lado, el Poder Judicial reafirma su función en el control de constitucionalidad y, por el otro, el Tribunal Constitucional, lo hace con competencia propia. Así lo recoge expresamente el art. IV del Título Preliminar: «*Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código*».

Sin embargo, estos dos ámbitos no permanecen como compartimentos estancos, sino que rige un principio de unidad de la jurisdicción constitucional a través de la reafirmación la supremacía del Tribunal Constitucional. En efecto, uno de los principales problemas que tuvo que resolver este sistema que combina la actividad de los tribunales judiciales ordinarios con un Tribunal Constitucional, es la articulación de ambas instancias. Ello no ocurre en aquellos sistema de Tribunal Constitucional europeo donde los jueces no intervienen en las cuestiones de constitucionalidad. Incluso, en estos casos las constituciones se ocupan en señalar la supremacía del fallo del Tribunal Constitucional, por ejemplo, el artículo 164 de la Constitución española.

La supremacía del Tribunal Constitucional aparece reflejada en el Código Procesal Constitucional a través del principio de unidad jurisdiccional. Este se materializa en la confluencia hacia el Tribunal Constitucional de las decisiones judiciales, es decir, establece la supremacía interpretativa de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto nos lleva a preferir la calificación de «dual» en lugar de «paralela», porque dos líneas paralelas –según la geometría euclidiana clásica– no se unen en el espacio. En este sentido, no sería paralela porque las decisiones en materia constitucional confluyen en la superioridad del Tribunal Constitucional.

Un caso de sistema paralelo es la Constitución de Tucumán porque las decisiones del Tribunal Constitucional no influyen sobre las sentencias de Juez en materia constitucional que no se encuentra obligado a sujetarse a la interpretación del Tribunal Constitucional en un caso concreto, lo que incluso se encuentra expresamente reconocido por el propio texto constitucional tucumano en el art. 22 («...Si el Tribunal no hiciere lugar a la declaración de inconstitucionalidad, la cuestión no podrá ser reeditada, *quedando a salvo de los interesados la impugnación ante los jueces, con efectos específicos*»).

El Código establece este principio de unidad de la jurisdicción constitucional a través de la supremacía del Tribunal Constitucional. Ello se manifiesta en la obligación de los jueces de sujetarse a la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional (en el Título Preliminar, art. VI, segundo párrafo: «*Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...*» y último párrafo: «*Los jueces interpretan y aplican 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*», y en especial el art. VII: «*Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo*»).

La cuestión es más complicada e imperiosa en el caso peruano porque, a diferencia del Tribunal Constitucional español que concentra las acciones de Amparo, en el Perú los Amparos están a cargo de los jueces ordinarios. Aquí el Código lo resuelve en idéntico sentido al admitir un Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional contra la resolución judicial de segundo grado denegatorias una demanda de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, de Cumplimiento (arts. 18 y 20). Incluso se prevé un recurso de queja para el caso de denegarse el recurso de agravio constitucional ante el TC (art. 19).

En este sentido debe interpretarse el art. 22 cuando dispone que «*Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los*

restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad». Esto se completa con el art. 24: «*La resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo agota la jurisdicción nacional*». De este modo queda consagrado el principio de la supremacía jurídica del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad.

Empero, alcanza la mayor relevancia en el Código la contundente reafirmación del rol del Poder Judicial en su misión de custodio de la constitucionalidad. En efecto, el Código expresa una convalidación de la función del Poder Judicial en el control de constitucionalidad. Por cierto, la Constitución peruana así lo había concebido al establecer en el Capítulo VIII: un Poder Judicial. Esta denominación no es baladí, significa reconocer que el cuerpo de magistrados que integran el Poder Judicial constituyen uno de los «poderes» del Estado.

Ser un «poder» en un esquema que recoge el principio de separación de poderes, significa que uno de los poderes puede controlar a los otros, de lo contrario no sería un «poder» en la concepción clásica montesquiesiana. Pues bien, entonces la misión del Poder Judicial será controlar a los otros dos poderes: Ejecutivo y Legislativo. Controla que el primero no se extralimite en sus atribuciones y afecte los derechos fundamentales. Controla al segundo para que no se exceda en el dictado de leyes que se contrapongan a las competencias y a los derechos establecidos por la Constitución. Para mayor precisión, el carácter de «poder» del Poder Judicial aparece nítidamente en la función de control de constitucionalidad. Carecer de esta potestad lo convertiría en una mera administración de justicia, tal como lo entendía la corriente antijudicialista.

La Constitución peruana no quiso privar a sus jueces de formar parte de un «poder» del Estado, así lo dice expresamente el art. 138: «*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial...*», para aclarar más adelante que «*El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación... Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica*» (art. 143).

En materia constitucional se reafirma, como principio capital del Poder Judicial, al inicio de su regulación constitucional, la tradicional fórmula peruana establecida en 1936 en el Código Civil dirigida a los jueces: «*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera*» (art. 138 cit.) Más adelante, la Constitución luego de enumerar los seis procesos de tutela constitucional, define la competencia del Poder Judicial por exclusión al atribuir al Tribunal Constitucional sólo el conocimiento de la Acción de Inconstitucionalidad y la apelación por denegatoria de acciones tuitivas (art. 202).

El Código, además de aportar una reafirmación de la función de custodio de la constitucionalidad del Poder Judicial, también permite reconocer claramente la «investidura constitucional» con que se reviste un Juez al conocer un proceso constitucional. En efecto, un magistrado judicial actúa en una doble dimensión competencial. Por un lado, cada uno atiende su propio fuero, es decir, su competencia civil, penal, laboral, contencioso-administrativo, comercial, etc., diferente de otros magistrados, sin embargo, por otro lado, puede convertirse además en un Juez «constitucional». Es decir, todos los jueces por igual, sin diferencia con los demás, pueden «invertirse» de «Juez de la Constitución», o sea, en defensor de la supremacía constitucional sin importar el fuero de origen.

Esto último constituye un gran aporte del Código pues los miembros del Poder Judicial disponen de una misma y única ley, el Código Procesal Constitucional, para aplicar cuando se revisten de la investidura de Juez constitucional. Esto opera un efecto singular en el Juez interviniente, pues le está señalando claramente, le hace tomar conciencia, en el rol que le compete dentro del sistema constitucional: de guardián último de la Constitución. Esto sólo justifica el dictado de un Código Procesal Constitucional como instrumento normativo único aplicable por todos los jueces de Poder Judicial.

VII. ESTRUCTURA SISTEMÁTICA

Existe una notable coincidencia en la técnica legislativa del Código peruano con otros códigos vigentes o proyectos de códigos análogos. Se mantiene la distinción primaria basada en los dos supuestos de agravios constitucionales, esto es, según estén originadas en hechos o actos lesivos, por un lado, o sean derivados de normas inconstitucionales, por el otro.

En este sentido divide el cuerpo legal en dos partes: los mecanismos de tutela urgente de derechos fundamentales, de los procesos de validez normativa donde aparece una cuestión de inconstitucionalidad. Obviamente, el Código no hace más que reflejar y recoger los procesos de garantía constitucional establecidos por el Título V de la Constitución y, específicamente, regulados por el art. 200.

Con carácter previo, al igual de otros códigos, en nueve artículos se establecen principios generales aplicables a todos los procesos regulados en el Código (Título Preliminar, arts. I-IX) al que nos referiremos más adelante.

En una primera parte podemos agrupar los Títulos I al V que regulan los procesos tutelares de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y proceso de Cumplimiento. En éstos se establecen mecanismos rápidos y expeditos atento a la naturaleza tuitiva de derechos fundamentales de éstos. Por ello resulta destacable el Título I que aborda disposiciones comunes a todos estos procesos, resaltando la característica del Código que constituye un cuerpo normativo.

Sin entrar a analizar en profundidad cada uno de estos procesos sólo podemos señalar algunas ausencias: por ejemplo, el proceso de Hábeas Corpus no constituye una obligación expresa lo más característico de todo Hábeas Corpus: la obligación de presentar físicamente al detenido ante el Juez interviniente. En esto consiste justamente la garantía judicial, sin embargo, no se impide que el Juez del Hábeas Corpus pueda requerir la presencia física del afectado. También cabría señalar que el Amparo colectivo, es decir, relativo a la protección de derechos públicos subjetivos no está regulado como una acción especial, pues, si bien, aparece mencionado en el inc. 23° del art. 37 como derecho protegido por el Amparo, sin embargo su especificidad y efecto expansivo puede demandar luego una regulación propia. Todos estos procesos están en manos de los jueces del Poder Judicial, es decir, son materia de control difuso.

Los procesos de control sobre la constitucionalidad de normas se encuentran regulados en los Títulos VI al VIII. Al igual que los procesos tutelares anteriores también éstos se inician con un Título que establece Disposiciones Generales para las dos causas de inconstitucionalidad: el proceso de Acción Popular a cargo del Poder Judicial (Título VII) y el proceso de Inconstitucionalidad en sede del Tribunal Constitucional (Título VIII). En esta parte el Código se ocupa de elaborar la articulación entre los sistemas de control: difuso por el Poder Judicial con efecto sólo entre las partes y concentrado por el Tribunal Constitucional con efecto derogatorio de la norma legal inconstitucional *erga omnes*. Para el Código no son sistemas que se repelen, tan es así que establece disposiciones comunes para ambos supuestos.

Para finalizar, resulta necesario detenernos en los principios rectores que guían los procesos constitucionales regulados por el Código. Estas pautas generales están recogidas con notable acierto en el Título Preliminar (arts. I al IX) especialmente en el artículo III referido a «principios procesales». Estos principios reflejan los notas tipificantes de todos los procesos constitucionales. En definitiva, denotan la singularidad de los procesos constitucionales.

Todos giran alrededor de un presupuesto básico: el mantenimiento de la supremacía constitucional. Busca concretar lo que la propia Constitución peruana establece en el art. 51: «*La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal*». A esta premisa debemos complementarla la obligación dispuesta por el artículo 25 del Pacto de San José: «*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...*».

Con estos parámetros quedan demarcadas las dos notas específicas de los procesos constitucionales: a) su excepcionalidad y extraordinariedad y, b) la sin-

gularidad de su finalidad que le otorga una especificidad propia. Estas notas definen caracteres propios que son recogidos como principios rectores de todos los procesos constitucionales: celeridad, simplicidad, publicidad y justiciabilidad.

Analizaremos brevemente estos cuatro caracteres esenciales de los procesos constitucionales:

1. Celeridad

Una de las notas típicas de un proceso constitucional es su rapidez procesal. Eso se manifiesta en una simplificación procesal, por un lado, de la cuestión probatoria así como evitar aquellas audiencias innecesarias más propias de los procesos bilaterales contradictorios que de éstos procesos de tutela constitucional. De allí que estén descargados de excesos rituales al punto que se admite la subsanabilidad de la acción así como su convertibilidad, cosas inadmisibles en un procedimiento civil. En este sentido debe entenderse la cláusula cuarta del Art. III (Principios procesales): «...*el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código a los fines de los procesos constitucionales*».

Debe repararse que la celeridad también está dada porque los plazos establecidos suelen ser más breves que lo habitual en otros procesos. Todo ello guiado por la finalidad tuitiva de derechos fundamentales, por una parte, y/o por la necesidad de esclarecer rápidamente una situación jurídica de constitucionalidad.

2. Sencillez

Estos procesos se caracterizan por su gran simplificación procesal. En efecto, el Código, por un lado, busca evitar las complicaciones procesales que lleven a desvirtuar el sentido tuitivo de estas acciones y, por otro lado, que facilite el acceso de los ciudadanos a los mecanismos tuitivos. Esta última razón justifica el principio de gratuidad de la acción del demandante y de economía reconocidos explícitamente por el primer párrafo del art. III del Título Preliminar.

3. Publicación

Con este término se quiere mentar el carácter eminentemente «público» de las acciones constitucionales. El bien jurídico protegido son las disposiciones constitucionales, cuya supremacía el Juez debe preservar como un mandato democrático. De esta premisa se derivan algunos efectos: el principio de impulsión de oficio por el Juez y el Tribunal Constitucional; el principio de la conducción de la acción (Art. VIII: «*El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o*

lo haya sido erróneamente»), y el principio de preferencia (Art. 13: «*Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por defectuosa o tardía tramitación de éstos, será exigida y sancionada por los órganos competentes*»). Es que en cada proceso constitucional el derecho del afectado queda superpuesto al derecho de la comunidad a que el orden constitucional sea respetado. Así alcanza a comprenderse en toda su extensión el art. II del Título Preliminar: «*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*». En la persona del afectado por un hecho, acto o norma inconstitucional está el interés de toda la comunidad que es lesionada por la inobservancia del orden constitucional.

4. Justiciabilidad

Por último, la plena justiciabilidad de las cuestiones constitucionales significa que todo asunto donde esté involucrado un problema constitucional puede ser llevado al conocimiento de los jueces.

Por esta razón el órgano jurisdiccional asume una posición determinante en el proceso constitucional. El Tribunal se convierte en «defensor de la Constitución», por lo tanto no debe reparar en aspectos formales y adjetivos sino debe asumir a conciencia el rol institucional trascendente que pasa a investir: el resguardo del sistema constitucional sobre el que se funda la convivencia política. Aquí es donde se manifiesta claramente la función trascendente que se confía al Juez en un Estado Constitucional de Derecho. No se entendería esta misión sino desde el supuesto de una comunión con los valores y principios constitucionales. Es el *idem sentire republica* que señalamos más arriba.

Cuando el Juez es un Tribunal Especial (Tribunal Constitucional) esta posición va de suyo a través de una fuente más inmediata de legitimidad democrática. En cambio cuando, además, esta misión se encomienda a los tribunales ordinarios, éstos se hallan más predispuestos a interpretar los procesos constitucionales según la perspectiva que le da su propia rama de especialización jurídica. El rol de «custodio de la Constitución» asignado a un Tribunal conduce como corolario a disponer de mayores facultades tanto para dirigir el proceso constitucional como para reconducirlo por los cauces apropiados teniendo en cuenta que la cuestión planteada, por un lado, excede el interés individual del sujeto afectado y, por otro lado, en cada caso particular se halla comprometido el ordenamiento constitucional en su conjunto que, precisamente, puso a dichos preceptos como fundamento de la convivencia política. Junto a este mayor protagonismo del Juez en dirigir el proceso constitucional surge la innegable relevancia política del agravio constitucional por sobre los otros conflictos judiciales de su competencia habitual.

Las cuestiones de competencia ordinaria deben ser «desplazadas» en razón de la *preferencia* que tiene la aparición de una cuestión de constitucionalidad. Esta amplia atribución que se reconoce al Juez posibilita que dentro de un reclamo de cese de la lesión y restablecimiento de un derecho fundamental conculcado pueda aparecer la presencia de una norma contraria a la Constitución, lo que habrá de concluir en una tacha de inconstitucionalidad. Y, viceversa, que detrás de una norma afectada de inconstitucionalidad exista un derecho fundamental conculcado. En consecuencia, el Juez en ninguno de los dos casos podrá atender una situación sin pronunciarse sobre la otra.

En resumen, los procesos constitucionales ofrecen una clara especificidad dada por su materia (preceptos constitucionales) y por su finalidad (preservar el ordenamiento constitucional) que imponen un abordaje procesal especial y unificado. La posición del Juez constitucional es tan singular que requiere de instrumentos específicos, diferentes de los medios procesales ordinarios que dispone habitualmente en el ejercicio de su competencia ordinaria. De allí que sea teórica y prácticamente inaceptable la dispersión de instrumentos procesales de defensa de la Constitución que presenta el ordenamiento normativo argentino.

En definitiva, el Código constituye una reafirmación del rol del Poder Judicial como custodio de la Constitución. En este sentido es muy revelador el art. 3, cuando al regular los principios generales de las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento, que son de conocimiento exclusivo de los jueces, aclara, además, que: «*Cuando se invoque la amenaza o la violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma*». Es una clara definición del rol del Juez que se busca consolidar.

VIII. CONCLUSIONES

1. Son muchas las ventajas que reporta un Código Procesal Constitucional. Una ley para todos los operadores jurisdiccionales, especialmente, para los jueces del Poder Judicial es un gran avance porque hace más coherente y eficaz la labor del intérprete jurisdiccional. Una ley única significa un llamado a la conciencia del Juez ordinario cuando cae en sus manos una cuestión de gravedad constitucional a través de cualquiera de los procesos regulados. El Juez que debe actuar en un proceso constitucional se despoja su propio fuero material para revestirse de la investidura de «Juez constitucional» cuya función en nada menos que la defensa del orden constitucional establecido. Además, una ley única que evitará sentencias contradictorias en materia constitucional. Los mecanismos de apelación en las acciones tutelares así como

en los procesos de Acción Popular, conducen a dar coherencia a los pronunciamientos judiciales, los que en última instancia pueden confluír en el Tribunal Constitucional.

2. Sin embargo, no son pocos los riesgos que pueden amenazar al nuevo Código Procesal Constitucional del Perú. Por de pronto, importa un cambio de mentalidad en los miembros del Poder Judicial peruano porque significa un llamado a tomar conciencia de su función en un Estado Constitucional de Derecho (*cf.* art. 3 Constitución Política del Perú). El peligro de escabullirse de esta responsabilidad jurídico-política siempre está latente. Quizás éste sea el mayor desafío que planté el nuevo Código Procesal Constitucional en el Perú. Habrá de asumir que se trata de procesos guiados más por valores y principios que por disposiciones procesales positivas pues el Juez intérprete está llamado a defender un sistema político basado en la Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado.
3. Seguramente hasta su entrada en vigencia, el 1° de diciembre del 2004, recibirá cuestionamientos y críticas interesadas. Es que se están brindando las herramientas para que la Constitución tenga una operatividad efectiva y eso, sin duda, va a rozar algunos intereses creados. El Código posibilita que la Constitución se ponga en acción. El Código Procesal Constitucional peruano es una obra jurídica excelente. Hoy el esfuerzo debe estar dirigido a su aplicación, a su entrada en vigor. Lo peor que puede sucederle a este Digesto jurídico es que se pretenda reformarlo antes de su entrada en acción. Debe resistirse a estos intentos que seguramente no faltarán pues toda observación o señalamiento que pudieran hacerse puede ser suplida, llenada y corregida por la interpretación del Juez o del Tribunal Constitucional que en esta materia, más que en ninguna otra, disponen de amplia libertad de configuración jurídica.
4. Avizoramos una proyección trascendente del Código Procesal Constitucional del Perú en el mundo iberoamericano. Hacemos votos que otros países de la región imiten este ejemplo y sobre la huella trazada por esta obra jurídica relevante pueda reafirmarse la lucha por el Estado Constitucional de Derecho. Un Código Procesal Constitucional es un acto de fe, fundado en la convicción de la fuerza demiúrgica del Derecho (control jurisdiccional mediante) para reglar la convivencia en una comunidad política, lo que, en definitiva, constituye la razón de ser de toda Constitución.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. García Belaunde, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Trujillo-Lima, Marsol Perú Editores, 1998.

2. Serra, Mercedes: *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1992.
3. García Belaunde, Domingo: «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», en *Revista Jurídica La Ley*, t. 1998, Sec. Doctrina, pp. 1175-1182.
4. Herrera, Carlos Miguel: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, N° 86, Octubre-Diciembre, Madrid, 1994, pp. 195-227.
5. Pérez Tremps, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
6. Díaz Ricci, Sergio: «El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica», en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 1, año 1, pp. 269-274.
7. Kelsen, Hans: «El control de la constitucionalidad de la leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana», en *Revista Ius et Veritas*, N° 6, junio 1993 (trad. de Domingo García Belaunde).
8. Kelsen, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)». También en *Revista Ius et Veritas*, N° 9, nov. 1994 (trad. R. Tamayo, rev. por D. García Belaunde). Reeditada por UNAM, México, 2001, 107 pp.
9. Clavero, Bartolomé: «Código como fuente de Derecho y achique de Constitución en Europa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 60 (Año 20), Set.-Dic. 2000, pp. 11-43.
10. Kägi, Werner: *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado* (trad. de J. Reyven y Sergio Díaz Ricci), Madrid, Ed. Dykinson, 2004 (en prensa).
11. Abad Yupanqui, Samuel: «La jurisdicción constitucional en el Perú. Las reformas constitucionales pendientes», en *Apuntes para la reforma Constitucional*, *Revista Institucional* N° 6, Academia de la Magistratura, junio 2002, pp. 13-33.
12. Fernández Segado, Francisco: «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 56, Año 19, Madrid (mayo-agosto 1999), pp. 11-42.
13. Bernaldes Ballesteros, Enrique: «El control constitucional en el Perú», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 5, Madrid, año 2001, pp. 45-65.
14. Häberle, Peter: «La Jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 5, Madrid, año 2001, pp. 169-182.

15. Pegoraro, Lucio: «La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, Madrid, año 2002, pp. 393-416.
16. Horn, Hans-Rudolf: «Jueces *versus* diputados: sistema americano y austriaco de revisión judicial» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, Madrid, año 2002, pp. 221-244.
17. Weber, Albrecht: «Tipos de Jurisdicción constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 6, año 2002, pp. 583-600.
18. Landa Arroyo, César: «Balance de la reforma judicial del Perú, a la luz de los derechos fundamentales», en AA.VV.: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, APDC-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sección Peruana, 2002, pp. 549-564.
19. Blume Fortini, Ernesto: «El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 50, Diciembre, Lima, 1996, pp. 125-205.
20. Palomino Manchego, José F. y Carpio Marcos, Edgar: «La interpretación constitucional y los intérpretes de la Constitución», en *Revista N° 4, Academia de la Magistratura*, Lima, 2000, pp. 25-54.
21. Palomino Manchego, J.; Eto Cruz, G.; Sáenz Dávalos, L.; Carpio Marcos, E.: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, N° 1, Lima, 2003.
22. Palomino Manchego, José F.: «Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en América Latina», en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 34, Mayo, Trujillo, 2002, pp.19-31. También *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, N° 2, Lima, 2003.
23. Quiroga León, Aníbal: «El Derecho Procesal Constitucional en el Perú: fundamentos y esquema». Ponencia presentada en el I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Rosario, 21-22 de agosto de 2003.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA^(*)

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR ^(**)

SUMARIO: I. Los prolegómenos del estudio sistemático de la defensa jurídica de la Constitución. **II.** La justificación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma. **III.** Los sectores del Derecho Procesal Constitucional. **IV.** El Derecho Procesal Constitucional mexicano. **V.** Retos y desafíos del Derecho Procesal Constitucional. **VI.** Bibliografía especializada.

I. LOS PROLEGÓMENOS DEL ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA DEFENSA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN

Entre la abundante bibliografía que se ocupa de la temática de los instrumentos de control de la constitucionalidad y los órganos orientados a la solución de conflictos de naturaleza constitucional, pueden encontrarse títulos con las más variadas expresiones como *Justicia constitucional*, *Control constitucional*, *Jurisdicción constitucional* o *Defensa constitucional*, terminologías que encontraron cierto arraigo a lo largo del siglo XX en muchos países, fundamentalmente europeos.

La expresión *Derecho Procesal Constitucional* fue empleada, a mediados del siglo pasado, por Niceto Alcalá Zamora y Castillo en sus clásicas obras *Ensa-*

(*) El presente trabajo constituye la actualización de la ponencia presentada en el *Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional*, organizado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, 23 a 25 de septiembre de 2004).

(**) Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

vos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional (1944) y *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947). Sin embargo, dicha expresión no alcanzó una consolidación suficiente sino hasta tiempos relativamente recientes para sistematizar las instituciones y principios jurídico-procesales relacionados con las garantías de la Constitución.

Puede afirmarse que el estudio sistemático de la disciplina, siguiendo la tesis de Alcalá-Zamora, se inicia con el establecimiento de los primeros Tribunales Constitucionales europeos debido al pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, que en el año de 1928 publica su ensayo denominado *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, ocho años después de la introducción de la Alta Corte constitucional de Austria (1920), teniendo dicho estudio un impacto importante en la doctrina europea.

Sin ser Kelsen un cultivador del procesalismo científico, se le atribuye la paternidad de la disciplina no sólo por haber sido el promotor para el establecimiento de la Corte Constitucional en la Constitución austriaca –con lo cual se le considera fundador del modelo de control concentrado de constitucionalidad–, sino también por haber establecido los lineamientos, principios e instituciones del Derecho Procesal Constitucional, en sus aspectos generales, que con anterioridad no se habían estudiado de manera sistemática. Después de este acontecimiento, la polémica acerca del órgano del Estado que debería realizar la función de protector o defensor de la Constitución surgida entre Kelsen y Carl Schmitt, agudiza el interés científico por la materia y empiezan a multiplicarse estudios doctrinales especializados.

No obstante que, en gran medida, el estudio sistemático de la disciplina parte del pensamiento de Kelsen, ya en los albores del siglo XIX se había instituido la revisión judicial norteamericana, que con el célebre caso *Marbury vs. Madison*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y redactado por su Presidente John Marshall en el año de 1803, constituye el paradigma de los sistemas de justicia constitucional y, específicamente, del modelo difuso de control de la constitucionalidad.

Bajo este contexto, desde el punto de vista genérico, existen dos sistemas de solución de los conflictos constitucionales. El primero que se denomina *austriaco, continental europeo o concentrado*, parte del criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de Teoría General del Proceso, y se caracteriza por encomendar a un órgano especializado denominado Corte o Tribunal Constitucional para decidir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos de autoridad. El otro modelo, denominado *americano o difuso*, surgió en los Estados Unidos –de ahí su nombre– y ha predominado prácticamente en todo el continente americano, aun-

que con varias modalidades. De acuerdo con este sistema, todos los jueces y tribunales pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, especialmente de las disposiciones legislativas.

En la práctica, los elementos de ambos sistemas aparecen matizados, y en la actualidad no pueden ser encontrados en forma pura en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos, y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, por lo que se han creado sistemas mixtos, introduciéndose de manera creciente en Latinoamérica. Un claro ejemplo de la aproximación de los dos modelos es la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el sistema difuso tradicional, pero por conducto de su competencia discrecional denominada *certiorari* introducida en 1925, se ha convertido materialmente en un Tribunal Constitucional, debido a que la mayoría de los asuntos de que conoce tienen carácter eminentemente constitucional –especialmente en materia de derechos humanos– y resuelve menos de cien asuntos por año.

Ahora bien, aun cuando los primeros cimientos del Derecho Procesal Constitucional, según se ha mencionado, fueron aportados por Kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti –que desde perspectivas diferentes se acercaron al Derecho Constitucional– no fue sino con los aportes de Héctor Fix-Zamudio cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año de 1956, la disciplina empieza a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a la luz del Derecho Comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la Constitución.

Desde sus primeros trabajos, el jurisconsulto mexicano se ocupó de analizar el Juicio de Amparo mexicano bajo la perspectiva de los fundamentos de la Teoría General del Proceso, destacando que se trata de una institución jurídica de naturaleza y estructura esencialmente procesal. Una de las más importantes aportaciones de Fix-Zamudio respecto de este tema ha sido su tesis acerca de que el Juicio de Amparo en realidad configura un genuino y auténtico proceso jurisdiccional, apoyándose en teorías publicistas, que postulan al proceso como una relación jurídica, siendo que esta centenaria institución se venía estudiando esencialmente desde la óptica del Derecho Constitucional.

Derivado de sus pioneros ensayos, Fix-Zamudio se ocupa también de la acción y la jurisdicción, los otros dos conceptos fundamentales de la ciencia procesal, adaptándolos a la perspectiva del derecho de Amparo. Afirma que la llamada «Acción de Amparo» constituye una verdadera acción procesal genérica en la cual se formula, por supuesto, una pretensión, entendiéndose por tal –apoyándose en la doctrina del procesalista español Jaime Guasp– la declaración de voluntad

por medio de la cual se insta la actuación de un órgano jurisdiccional en contra de una persona determinada y diversa del autor de dicha declaración. En relación con la jurisdicción, el investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, desde entonces advertía la existencia de una auténtica jurisdicción constitucional mexicana, en virtud de que, por un lado, el proceso de Amparo sólo puede realizarse a través del ejercicio de la acción correspondiente y, por el otro, debido a que la función jurisdiccional constitucional, en principio, se ve realizada por los tribunales de la Federación, toda vez que la intervención de los tribunales comunes sólo puede verificarse, según la propia Ley Fundamental, en los casos en que sea reclamada la violación de derechos fundamentales relacionados con la libertad personal, y solamente se realiza en auxilio de la justicia federal.

Dadas sus innovadoras consideraciones, se reconoce en Fix-Zamudio la reivindicación procesal del Juicio de Amparo, al introducir en su estudio los conceptos y los principios fundamentales que ofrece la ciencia procesal contemporánea, así como al estudio sistemático de las demás garantías constitucionales, es decir, los instrumentos predominantemente procesales para la defensa de la Constitución.

II. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA

En nuestros días se cuestiona por importantes juristas, como Gustavo Zagrebelsky o Peter Häberle, la aceptación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma al estimar que en realidad representa un sector del Derecho Constitucional. Sin embargo, aunque comparte de los principios y estructuras de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional (tan autónoma como, por ejemplo, el Derecho Procesal Civil lo es del Derecho Civil), bajo cuatro ópticas distintas, a saber: la legislación, la magistratura especializada, la doctrina y el sentido común.

A) La legislación

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional al artículo 105 en diciembre de 1994 y con la expedición de su ley reglamentaria en mayo de 1995, el tradicional Juicio de Amparo dejó de tener el monopolio de la defensa de la Constitución, al consolidarse un sistema integral de instrumentos procesales para su tutela.

El Juicio de Amparo tuvo su nacimiento en México (Constitución yucateca de 1841), y fue trasladado y adoptado de manera progresiva por la mayoría de los

textos fundamentales iberoamericanos, aunque en algunos de ellos con denominaciones distintas: Argentina (art. 34), Bolivia (art. 19), Brasil (*mandado de segurança*, art. 5), Chile (recurso de protección, art. 21), Colombia (tutela jurídica, art. 86), Costa Rica (art. 48), El Salvador (art. 182.1), España (art.53.2), Guatemala (art. 265), Honduras (art. 183), Nicaragua (art. 188), Panamá (art. 50), Paraguay (art. 134), Perú (art. 200), Uruguay (art. 7) y Venezuela (art. 27).

En la realidad actual, el Amparo mexicano, como lo ha afirmado Héctor Fix-Zamudio, comprende cinco instrumentos distintos, que en otros países se prevén de manera autónoma: *a)* la protección de la libertad e integridad personal (Hábeas Corpus); *b)* la impugnación de la Teoría General del Proceso de leyes; *c)* el Amparo contra resoluciones judiciales o «Amparo casación»; *d)* el Amparo contra actos o resoluciones de la Administración Pública federal o local; y *e)* el Amparo en materia social agraria.

No obstante esta amplia estructura, el tradicional Juicio de Amparo mexicano resulta hoy insuficiente para lograr una adecuada, completa y eficaz tutela de los derechos fundamentales, lo que ha motivado recientes iniciativas de reforma constitucional y legal, como la que versa sobre derechos humanos presentada por el ejecutivo federal, en abril de 2004, y la de Nueva Ley de Amparo (que de aprobarse abrogaría a la actual legislación de 1936), que fundamentalmente abraza el proyecto elaborado por una Comisión de juristas (1999-2001) designada por el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para esa finalidad, y convertida en proyecto de ley en 2004.

Entre los novedosos aspectos que contiene ese proyecto de nueva Ley de Amparo destacan cuatro que se prevén en otros ordenamientos iberoamericanos:

- a)* La ampliación del ámbito de protección del Juicio de Amparo no sólo a las garantías individuales previstas en la Constitución federal, sino a «los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con aquélla, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado» (art. 1º). Lo anterior deriva lo que se ha denominado el bloque de la constitucionalidad, lo que daría una nueva jerarquía normativa a los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ordenamiento mexicano, tendencia que han seguido varios países latinoamericanos.
- b)* La incorporación del «interés legítimo», que rompe con el tradicional «interés jurídico» y abre las ventanas a la protección de los denominados intereses o derechos difusos o transpersonales. En México se ha avanzado muy poco en esta materia, si se tiene en cuenta las modificaciones que en los últimos años han sufrido los textos constitucionales y legales de varios países lati-

noamericanos. La protección jurisdiccional de esos derechos sólo se regula en dos Códigos de Procedimientos Civiles locales (de los Estados de Coahuila y Morelos), y tibiamente sin un adecuado tratamiento procesal, para los consumidores (*Ley Federal de Protección al Consumidor*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 24 de diciembre de 1992), en materia ambiental (*Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 28 de enero de 1988, así como las diversas leyes sobre la materia expedidas con posterioridad en las distintas entidades de la República mexicana), o las que algunos autores sostienen existe en materia electoral. En esta dirección destacan los esfuerzos por la elaboración del *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* presentado en el marco de las *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Montevideo, 2002), en el que se establecen bases generales que pudieran adoptar los países de la región, sobre los distintos aspectos procesales de esta compleja temática. Resulta relevante que el *Código Modelo* quedó finalmente aprobado en el marco de las *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y V Congreso Venezolano de Derecho Procesal* (Caracas, octubre de 2004).

- c) La declaración general de Teoría General del Proceso es una propuesta que Fix-Zamudio realizó desde el *Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, celebrado en la ciudad de México en 1975, quedando reflejada en la conclusión quinta: «La realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas, de la desaplicación concreta de la ley, para consignar en la *declaratoria general de Teoría General del Proceso*, tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle una verdadera eficacia práctica».

En la actualidad la desaplicación de las disposiciones legislativas en el caso concreto y sólo en relación con las partes, «viola el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley que es uno de los valores básicos en un régimen democrático, en cuanto dichos efectos particulares implican que, frente a una ley constitucional, únicamente las personas que cuentan con recursos económicos para obtener el asesoramiento de abogados expertos están excluidos de la obligación de cumplirla en caso de haber obtenido un fallo favorable al haber figurado como partes en los propios juicios de Amparo. En tanto que un número generalmente mucho mayor de personas las que, por su limitación de recursos económicos y por su inadecuada preparación cultural no han contado con ese asesoramiento, deben acatar las disposiciones legales contrarias a los preceptos fundamentales» (Fix-Zamudio).

La Ley de Amparo vigente sólo protege al caso particular, no obstante que en la Acción de Teoría General del Proceso y en la controversia constitucional los efectos de la sentencia pueden ser *erga omnes* requiriendo una votación calificada (8 de 11 miembros del pleno).

- d) Incorporación de la interpretación conforme de la constitucionalidad de normas generales, que surgió en la legislación y jurisprudencia alemana, y que actualmente siguen varios Tribunales Constitucionales latinoamericanos. Si bien este instrumento lo practican los juzgadores constitucionales, en ocasiones no lo realizan de manera consciente, por lo que precisa introducirla de manera expresa en la legislación. De esta manera se salvaría la constitucionalidad de la norma impugnada mediante la interpretación que al respecto realizara la Suprema Corte de Justicia.

Aunque del proyecto de nueva Ley de Amparo se desprenden importantes avances en materia de protección procesal de los derechos humanos y de defensa jurisdiccional de la Constitución, desde la aludida reforma constitucional de 1994 se estableció en México un sistema integral de control constitucional, que se vio cristalizado en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 11 de mayo de 1995, en la que se crea la *Acción de Teoría General del Proceso* que tiene por objeto la impugnación abstracta de las normas de carácter general, de competencia exclusiva del pleno de la Corte, semejante a las acciones europeas; y, por otra parte, se ampliaron los supuestos de procedencia de la *controversia constitucional*, que resuelve los conflictos competenciales y de atribuciones entre entidades, poderes u órganos del Estado, al ampliarse la legitimación procesal a los municipios.

Ante un panorama de pluralidad de instrumentos de control de constitucionalidad, como el que ahora subsiste en México, en algunos ordenamientos iberoamericanos contemporáneos es más amplio (además de instrumentos similares a los existentes en nuestro país se encuentran regulados otros, como el Hábeas Data, la cuestión de Teoría General del Proceso, la Teoría General del Proceso por omisión, el control previo de constitucionalidad de leyes y tratados internacionales, etcétera), y se refleja y desarrolla en leyes procesales específicas.

Incluso, en algunos países existen *Leyes o Códigos Procesales Constitucionales* que, de manera unitaria y general, regulan los procesos constitucionales, como son los casos de Argentina (*Ley núm. 8369 de Procedimientos Constitucionales de la Provincia de Entre Ríos y Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán*), Costa Rica (*Ley Nacional núm. 7.135 de Jurisdicción Constitucional*), Guatemala (*Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*), y el Perú (*Código Procesal Constitucional*); además de que

existen anteproyectos de leyes de jurisdicción constitucional en otros países como El Salvador y Honduras.

En el ámbito local mexicano, aunque la reforma de 1994 a la Constitución del Estado de Chihuahua (art. 200) ratificó la existencia de un instrumento de control constitucional llamado Recurso de queja (Amparo local), la tendencia de producción de cuerpos unitarios reguladores de la jurisdicción constitucional ha cobrado fuerza a partir del año 2000, al haberse verificado reformas a las Constituciones de los Estados de Veracruz (2000), Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el Estado de México (2004), en virtud de las cuales se instituyeron diversos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al Poder Judicial estatal. Particularmente, en los Estados de Guanajuato (*Ley Reglamentaria de la fracción XV del Artículo 89 de la Constitución*), Tlaxcala (*Ley del Control Constitucional*), Chiapas (*Ley de Control Constitucional*) y Estado de México (*Ley Reglamentaria del Artículo 88 Bis de la Constitución*), existen sendas leyes de control constitucional. Este movimiento de unidad legislativa induce a la reflexión sobre la necesidad de crear un Código Procesal Constitucional a nivel federal en México.

B) La magistratura especializada

De manera progresiva se ha establecido una magistratura especializada en la resolución de los conflictos o litigios constitucionales realizando una función interpretativa de la normativa constitucional. En América Latina existen órganos *ad hoc* que realizan dicha función, siguiendo el modelo europeo de control constitucional, denominados cortes o Tribunales Constitucionales (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala y Perú). En otros casos se han creado salas constitucionales dependientes de las propias cortes supremas (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela). Incluso, en algunos países donde no existen estos tribunales o salas constitucionales, el máximo órgano jurisdiccional ordinario realiza funciones de control constitucional, aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, México, Panamá y Uruguay).

En nuestro país, las trascendentes reformas constitucionales y legales, primero de 1987-1988 y después de 1994-1995, incorporaron elementos fundamentales para la configuración de un sistema de magistratura constitucional especializada, al haberse acercado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde un punto de vista material, en un Tribunal Constitucional.

Por virtud de las reformas que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se modificó el sistema anterior en el que la Suprema Corte de Justicia funcionaba de forma predominante como tribunal de casación, para encomendarle la última ins-

tancia de los juicios de Amparo y de otras controversias de carácter estrictamente constitucional, y se trasladó a los tribunales colegiados de circuito la decisión de los juicios de Amparo en los cuales se plantearan cuestiones de mera legalidad.

Con la mencionada reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994 la Suprema Corte de Justicia sufrió una profunda transformación tanto en su estructura orgánica como en su esfera competencial, al haberse aproximado notoriamente a la estructura de los Tribunales Constitucionales europeos, al reducirse su número de miembros (de 26 a 11), y suprimir la inamovilidad de los ministros para establecer un periodo de quince años en la duración de su cargo. Dicha reforma también significó la creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano del Poder Judicial de la Federación dirigido a la realización de las funciones de administración de ese Poder y para velar por el sistema de carrera judicial, lo cual significó descargar las tareas que en materia administrativa tenía la Suprema Corte, distrayéndole de sus funciones sustanciales.

Por otro lado, como se ha dicho, con el otorgamiento a la Corte de la atribución exclusiva para conocer de las acciones abstractas de Teoría General del Proceso, y la confirmación de la que ya tenía en materia de controversias constitucionales, se introdujo la posibilidad de emitir resoluciones con efectos generales futuros.

Posteriormente, mediante reforma constitucional de 21 de agosto de 1996, junto a la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, se diseñan dos nuevos procesos constitucionales, orientados a la materia electoral: el Juicio de revisión constitucional electoral y el Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, con los cuales se continuó delineando el vigente sistema de control de constitucionalidad mexicano.

Asimismo, la Constitución prevé otros instrumentos, como el Juicio político, la facultad de investigación de la Suprema Corte y los procedimientos ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, que si bien no comparten la naturaleza jurisdiccional de los anteriores, representan procedimientos específicos configurados para la defensa de la normativa constitucional, lo que, en principio, impone sean estudiados de manera conjunta y sistemática con los referidos procesos jurisdiccionales.

El 11 de junio de 1999 se verifican otras reformas constitucionales que confirman la tendencia de fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de Tribunal Constitucional, al establecerse, en la fracción IX del artículo 107 constitucional, que las resoluciones que se dicten en materia de Amparo directo por los tribunales colegiados no admiten recurso alguno, con excepción de los casos en que decidan sobre la Teoría General del Proceso de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y, además, a juicio de la Suprema Corte

y conforme a los acuerdos generales que emita su pleno, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en este específico caso resulta procedente el recurso de revisión, limitándose la materia del mismo exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, en caso contrario se desecha el recurso. Como puede advertirse, en este último supuesto de Amparo directo, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión, a semejanza del *writ of certiorari* estadounidense.

En ejercicio de la facultad que le concede el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución federal, la Suprema Corte de Justicia ha emitido diversos acuerdos generales a través de los cuales ha definido reglas y lineamientos delimitadores de su esfera competencial. Así, por ejemplo, pueden mencionarse los importantes acuerdos plenarios 5/1999 y 5/2001. En el primero se establecen las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en Amparo directo, mientras que en el segundo se determinan los asuntos que conservará para su resolución el Tribunal Pleno y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito.

A través de acuerdos generales como los mencionados, la Suprema Corte ha logrado depurar todavía más su carácter de órgano jurisdiccional especializado en materia constitucional.

Aunado al fenómeno de la configuración de una magistratura especializada a nivel federal, resultan también relevantes las jurisdicciones especializadas en materia constitucional que se están forjando en las entidades federativas de la República mexicana, realizando dicha función el pleno de los tribunales superiores de justicia (Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala y Nuevo León); o bien una Sala Superior (Chiapas) o Sala Constitucional (Veracruz, Quintana Roo y Estado de México).

Además de esta vertiente local de la magistratura constitucional experimentada en nuestro país, con el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1998, se inicia la configuración de una vertiente internacional o supranacional, al establecerse dicha Corte como órgano jurisdiccional concentrado e intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos o «Pacto de San José» –suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969–, que viene a constituirse, junto con sus protocolos adicionales, como una suerte de *lex superior* para los países sometidos al sistema interamericano, misma que sirve como parámetro de control al que puede recurrir el promovente de la queja respectiva, caracterizándose así un verdadero «Amparo interamericano» como un instrumento procesal de defensa de los derechos fundamentales que convive con los sistemas existentes a nivel federal y, en su caso, en el ámbito local (estatal).

C) La doctrina

A partir del nacimiento de los Tribunales Constitucionales europeos en la segunda década del siglo XX, se inició el estudio sistemático de los procesos constitucionales y de la magistratura especializada para resolverlos. Especialmente en las últimas tres décadas, constitucionalistas y procesalistas han enfocado sus esfuerzos en establecer la denominación, el contenido y los límites del *Derecho Procesal Constitucional* como nueva disciplina jurídica. Existen avances importantes con la aparición de libros con esta denominación en varios países como Alemania, Argentina, Brasil, Costa Rica, Colombia, Chile, España, México, Nicaragua, Panamá y Perú; al margen de las múltiples monografías sobre procesos constitucionales específicos o, en general, sobre justicia, jurisdicción, control o defensa constitucional. En esta dirección de fomento y proliferación de la literatura sobre la materia se inscribe la recién creada *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2004).

Asimismo, el *Derecho Procesal Constitucional* se ha venido incorporado con inusitada fuerza a los planes y programas de estudio de diversas facultades, escuelas y departamentos de Derecho en México y América Latina, y se han multiplicado los cursos, diplomados, seminarios y coloquios académicos dedicados al estudio y análisis de sus instituciones.

Derivado de la progresiva importancia de la disciplina en la región, en agosto de 2003 fue creado el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, en el marco del Primer Encuentro sobre la materia, celebrado en la ciudad de Rosario, Argentina. Su antecedente inmediato, el *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, había sido instituido desde la década de los ochenta, bajo los auspicios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Rosario, impulsado por el destacado jurista Néstor Pedro Sagüés, actual presidente del Instituto. La inquietud de sus miembros, en esos primeros meses posteriores a su refundación, se ha patentizado con la organización del Segundo Encuentro, que tuvo verificativo en la ciudad de San José de Costa Rica en julio de 2004.

Es previsible que, en los años inmediatos, se instituyan asociaciones nacionales, como clara muestra de ello es la *Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional*, que en el mes de septiembre de 2004 celebró sus VIII Jornadas académicas, y el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, que fue creado dentro del marco del *Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional* celebrado en la ciudad de Monterrey, Nuevo León, los días 23 a 25 de septiembre de 2004, al que asistieron juristas de la más reconocida autoridad en la materia.

D) El sentido común

Los anteriores elementos mencionados de legislación, magistratura especializada y doctrina específica, en confluencia con un elemento metajurídico, como lo es el «sentido común», tan precisamente explicitado por Álvaro d'Ors, robustecen la consagración del *Derecho Procesal Constitucional* como disciplina jurídica autónoma, con un objeto de estudio propio e independiente. Apelando a las ideas de este insigne iusfilósofo, el Derecho es ante todo sentido común, pues éste «no se determina por estadísticas plebiscitarias, sino por una simplicidad de la razón individual de cada uno: no es el sentir de las multitudes, sino el de cada hombre no-demente con el que nos podemos encarar a solas. No podrá negarnos que unas cosas vienen de otras por su naturaleza y que por eso mismo tienen una finalidad...» (*Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, 1995). Basta entonces para un jurista ver sencillamente las cosas como son.

La tesis de d'Ors es útil para afirmar que si se ha producido una legislación dirigida a la regulación de procesos y jurisdicción constitucionales, si es evidente la expansión de órganos especializados en la resolución de los conflictos constitucionales, y si es ostensible que la doctrina es cada vez más creciente sobre estos temas, es posible afirmar que la sistematización de ese conocimiento habrá de desembocar en una disciplina jurídica, en este caso, correspondiente con el Derecho Procesal Constitucional. Así como al lado del Derecho Civil, existe un Derecho Procesal Civil, o como al lado del Derecho Penal, hay un Derecho Procesal Penal, es de sentido común pensar que, paralelamente al Derecho Constitucional, existe también el Derecho Procesal Constitucional, como parcela jurídico-procesal en la que habrán de sistematizarse los instrumentos, predominantemente de carácter procesal, tendentes a la salvaguarda de las reglas, principios y valores de la normativa fundamental.

III. LOS SECTORES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Siguiendo las ideas del maestro Fix-Zamudio que ha desarrollado notablemente el pensamiento de Mauro Cappelletti, el Derecho Procesal Constitucional se divide, para efectos de estudio, en tres sectores:

- a) *Derecho Procesal Constitucional de las libertades*, que comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos; en el caso mexicano, por aquellos mecanismos que protegen esencialmente la parte dogmática de la Constitución (garantías individuales), así como los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.

- b) *Derecho Procesal Constitucional orgánico*, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los distintos órganos de poder, donde también se puede ubicar el control constitucional abstracto de las disposiciones legislativas. Fundamentalmente en México se prevén a las acciones de Teoría General del Proceso y a las controversias constitucionales.
- c) *Derecho Procesal Constitucional transnacional*, que constituye un sector que cada día adquiere mayores dimensiones debido a la importancia creciente de los pactos y compromisos internacionales, y de la creación de tribunales supranacionales, especialmente aquéllos relativos a la protección de los derechos fundamentales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, que realizan una función semejante a los Tribunales Constitucionales en el ámbito interno.
- d) *Derecho Procesal Constitucional local*. En la actualidad se puede afirmar la configuración de un nuevo sector del Derecho Procesal Constitucional que podemos denominar como *local*, que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger ya no a las constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas. Si bien en ciertos países como Argentina y Alemania ha tenido un desarrollo considerable; también en España, mediante la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, se ha introducido una nueva competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los conflictos en defensa de la autonomía local.

En Alemania se ha consagrado una doble jurisdicción constitucional (la desarrollada por el Tribunal Constitucional federal y la encomendada a los quince Tribunales Constitucionales de los *Länder*). Incluso, la Ley Fundamental alemana en su artículo 99, prevé la posibilidad de ceder la jurisdicción local hacia la jurisdicción federal, es decir, para que conozca el Tribunal Constitucional federal de los litigios constitucionales derivados de la interpretación de la normativa constitucional local, como es el caso del *Land* de *Schleswig-Holstein*, que carece de una jurisdicción constitucional propia. En este caso, como lo señala Norbert Lösing, «el parámetro de control del Tribunal Constitucional federal es la Constitución del *Land*».

A pesar de que en México a partir de la Constitución federal de 1824, los ordenamientos supremos de las distintas entidades federativas han previsto diversos instrumentos para su propia protección (fundamentalmente encomendados a los poderes Ejecutivo y Legislativo), no han tenido aplicabilidad debido a la concentración del control de la constitucionalidad a través del Juicio de Am-

paro federal. No debe perderse de vista que la institución del Amparo se previó por primera vez en un ordenamiento local, como lo fue la Constitución yucateca de 1841 (arts. 8, 9 y 62), gracias al pensamiento preclaro de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, y que luego se consagrara a nivel federal en el Acta de Reformas de 1847 (art. 25) y en las Constituciones de 1857 (arts. 101 y 102) y en la actual de 1917 (arts. 103 y 107). Como se ha dicho, en la actualidad, el pensamiento de García Rejón se ha reivindicado con la creación de instrumentos de control constitucional en algunos Estados debido a reformas recientes a los ordenamientos de Veracruz (2000), Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el Estado de México (2004).

IV. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL MEXICANO

A) El Juicio de Amparo

En el Derecho Procesal Constitucional mexicano, el Juicio de Amparo constituye la garantía constitucional por antonomasia y el instrumento más importante. Hasta antes de la reforma constitucional de diciembre de 1994, el proceso de Amparo era el único medio de defensa constitucional con aplicación práctica efectiva.

El Juicio de Amparo se configuró como el instrumento jurídico-procesal sometido al conocimiento de los tribunales de la Federación y, en última instancia, de la Suprema Corte de Justicia, contra leyes o actos de autoridad que violasen los derechos individuales de índole fundamental, o bien contra leyes o actos de la autoridad federal que invadiesen la autonomía de los Estados o viceversa, siempre que se verificare la afectación a un derecho individual. Su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 103 y 107, los cuales se hallan pormenorizados en la Ley de Amparo, reglamentaria de dichos preceptos.

El Amparo mexicano se ha ido transformando y ampliando de manera considerable frente a la manera en que éste se encontraba regulado en la Constitución de 1857. En la actualidad ha llegado a adquirir una estructura jurídica sumamente compleja y, bajo su aparente unidad, comprende diversos instrumentos procesales, que si bien siguen principios generales comunes, cada uno de ellos tiene aspectos que los particularizan unos de otros. Como se ha mencionado, los cinco sectores en los que puede clasificarse el estudio del Juicio de Amparo mexicano son: el Amparo para la tutela de la libertad personal, el Amparo contra leyes, el Amparo casación o contra sentencias judiciales, el Amparo administrativo y el Amparo en materia agraria.

B) La controversia constitucional

Esta garantía constitucional se encuentra consagrada en la fracción I del artículo 105, y se encuentra desarrollada por el título II, artículos 10 a 58, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con motivo de la reforma constitucional de diciembre de 1994 se introdujeron importantes modificaciones al texto del artículo 105, ampliándose los supuestos de procedencia de las controversias, las cuales ya se encontraban previstas desde el texto original de la Constitución de 1917, y aún en anteriores textos constitucionales vigentes en el país, pero nunca se significaron en un efectivo medio de control constitucional debido a factores fundamentalmente de índole político-estructural.

Las posibilidades de las controversias, de acuerdo con el puntual análisis que de dicho artículo ha realizado José Ramón Cossío, pueden agruparse en tres hipótesis: *a)* en primer lugar, los conflictos entre diversos órdenes jurídicos con motivo de la constitucionalidad o legalidad de una norma general o de un acto, como acontece cuando controvierten la Federación y un Estado y el Distrito Federal; el Distrito Federal y un municipio y dos municipios de diversos Estados; *b)* en segundo lugar, aquellos conflictos entre los órganos de diversos órdenes jurídicos por la constitucionalidad o la legalidad de normas generales o de actos, es decir, los surgidos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, o entre un Estado y un municipio perteneciente a un Estado diverso; *c)* finalmente, también existen los conflictos entre órganos pertenecientes a un mismo orden jurídico, cuando se plantee exclusivamente la constitucionalidad de las normas generales o de los actos entre dos poderes de un Estado; de un Estado y uno de sus propios municipios o entre dos órganos del Distrito Federal.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 105 constitucional, las controversias constitucionales pueden referirse a actos concretos o bien a disposiciones normativas generales de cualquier naturaleza, entendiendo por «disposiciones generales», desde un punto de vista material, a los tratados internacionales, leyes y reglamentos. Según lo dispone el propio precepto constitucional, las controversias constitucionales no pueden plantearse respecto de leyes o actos de naturaleza electoral.

El conocimiento y la resolución de las controversias constitucionales corresponden, en única instancia, al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyas resoluciones que declaren inválidas las disposiciones generales examinadas pueden tener efectos generales siempre que sean aprobadas por una mayoría

de por lo menos ocho votos y, en caso contrario, sólo tendrán efectos entre las partes, según se dispone en la mencionada ley reglamentaria.

C) La Acción en la Teoría General del Proceso

Un instrumento de control constitucional adoptado por la trascendental reforma constitucional de diciembre de 1994, sin precedente en la tradición del sistema jurídico mexicano, es la acción abstracta de Teoría General del Proceso. Consiste esta garantía en una acción de carácter «abstracto», lo que quiere decir que para su promoción no se requiere de la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico.

De acuerdo con lo establecido por la fracción II del artículo 105 constitucional, y 62 de la ley reglamentaria, se encuentran legitimados para ejercer dicha acción el equivalente al treinta tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados; de la Cámara de Senadores; de la Asamblea de Representantes (ahora Legislativa) del Distrito Federal, así como de las legislaturas de los Estados. También se le reconoce legitimación al procurador general de la República y, después de la reforma constitucional de agosto de 1996 que admitió la impugnación de las leyes electorales, también se otorgó legitimación exclusiva en la materia a las dirigencias nacionales y estatales de los partidos políticos.

El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia es competente para conocer y resolver este instrumento procesal en instancia única. Al igual que en las controversias constitucionales, en las acciones de Teoría General del Proceso cabe la posibilidad de que las sentencias surtan efectos generales, llegado el caso de que éstas declaren la invalidez de las normas impugnadas y fuesen aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos; en caso contrario, se desestima la acción ejercitada y se ordena el archivo del asunto.

D) El procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia

Este instrumento de garantía constitucional está previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 97 de la Constitución federal. Según lo dispone este precepto, la Suprema Corte de Justicia se encuentra facultada para designar a alguno o algunos de sus miembros, o a algún Juez de distrito o magistrado de circuito, o bien a uno o varios comisionados especiales, cuando lo juzgue conveniente o lo solicitare el Ejecutivo federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de alguna entidad federativa, únicamente con el propósito de que averigüe algún hecho o hechos que se presuman como una grave violación de alguna garantía individual. En virtud de esta facultad, la Suprema Corte también puede solicitar al Consejo de la Judicatura Federal la averiguación de la conducta de algún Juez o magistrado del Poder Judicial de la Federación.

Asimismo, esta atribución constitucional de la Corte se extiende a la materia electoral en tanto se encuentra facultada para practicar de oficio la investigación de algún hecho o hechos que se estimen violatorios del voto público, siempre que a su juicio pueda ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión.

El ejercicio de esta facultad de la Suprema Corte se traduce en un simple procedimiento y no en un verdadero proceso, y el resultado de la investigación respectiva culmina con un dictamen elaborado por la Corte, el cual debe hacerse llegar con oportunidad a los órganos competentes.

E) El Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano

Este medio de control constitucional fue introducido debido a las reformas constitucionales de 1996 (artículo 99, fracción V), y se encuentra reglamentado en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral publicada en el *Diario oficial de la Federación* en noviembre de ese mismo año. Como se desprende de su denominación, la finalidad del juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, es la de tutelar procesalmente esos derechos ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por lo que respecta a la competencia para conocer de este instrumento, éste puede presentarse ante la Sala Superior, en única instancia, cuando se trate de la violación a los derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, asociarse individual y libremente para tomar parte en los asuntos políticos del país; y, durante el periodo electoral, ante las Salas Regionales del mismo Tribunal, cuando no se entregue al afectado el documento necesario para ejercer el voto, o no aparezca o se le haya excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio.

F) El Juicio de revisión constitucional electoral

Este otro medio de control constitucional en materia electoral fue introducido por el artículo 99 constitucional y por la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral con el objeto de combatir la Teoría General del Proceso de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas, para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos. Se configura como una especie de Juicio de Amparo en materia electoral.

El conocimiento de este proceso de revisión constitucional corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única

instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como de jefe de gobierno, diputados a la Asamblea legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal.

Sólo los partidos políticos, por conducto de sus representantes legítimos, pueden promover este juicio, siempre que dichos representantes estén registrados formalmente ante el órgano electoral responsable cuando éste haya dictado el acto o resolución impugnados; cuando hayan interpuesto el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución impugnada; los que hayan comparecido con el carácter de tercero interesado en el medio de impugnación jurisdiccional al cual recayó la resolución combatida; o, finalmente, los que tengan facultades de representación de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo.

G) El Juicio político

Es una garantía constitucional que consiste en el enjuiciamiento por parte de la Cámara de Senadores, previa acusación que formule ante ella la Cámara de Diputados, a los altos funcionarios de los tres órganos de gobierno por la comisión de infracciones de tipo político, especialmente a la Constitución federal. La consecuencia del fallo condenatorio implica únicamente la destitución o inhabilitación del responsable. Su fundamento constitucional se encuentra, principalmente, en el artículo 110.

De acuerdo con este precepto constitucional pueden ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, los jefes de departamento administrativo, los diputados a la asamblea legislativa del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los magistrados de circuito y jueces de distrito, los magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal, los consejeros de la judicatura del Distrito Federal, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos. Los gobernadores de los Estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas locales, sólo pueden ser sujetos de juicio político por violaciones graves a la Constitución federal y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, casos en los que la resolución será únicamente de carácter

declarativo, comunicándose a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan en consecuencia.

El procedimiento se encuentra regulado en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que fue parcialmente derogada por la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos de marzo de 2002, en lo que se refiere a las responsabilidades de naturaleza administrativa, quedando vivos los títulos correspondientes a la responsabilidad política y al procedimiento ante el Congreso de la Unión en materia de juicio político.

H) El procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos (*ombudsman*)

Si bien, en rigor, los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, no tendrían cabida dentro de la disciplina del Derecho Procesal Constitucional, en cuanto no constituyen instrumentos de carácter procesal, su análisis tiene que incorporarse debido a su estrecha vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos.

Como instrumento de control constitucional, las funciones de las comisiones de derechos humanos se materializan a través de la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos en el ordenamiento mexicano. De estas atribuciones la más significativa es la de realizar investigaciones, ya sea a petición de los afectados o de oficio, sobre las violaciones de los derechos humanos por parte de actos u omisiones de carácter administrativo de cualquier autoridad o funcionario público (exceptuando por tanto las derivadas de las materias electoral, jurisdiccional o laboral).

Como resultado de la investigación efectuada se deriva la formulación, bien de recomendaciones públicas autónomas, o de acuerdos de no responsabilidad. Cuando el procedimiento culmina con una recomendación, que no tiene carácter obligatorio, la autoridad respectiva debe comunicar al organismo si la acepta, y entregarle posteriormente las pruebas de su cumplimiento. Por otra parte, el propio órgano debe notificar inmediatamente al promovente los resultados de la investigación, la recomendación respectiva, su aceptación y ejecución, o bien, en su caso, el acuerdo de no responsabilidad.

I) Otras garantías constitucionales en el sistema jurídico mexicano

En la actualidad se discute, en atención a un criterio flexible de clasificación, si otros mecanismos podrían ser considerados como auténticas garantías constitucionales en razón de que se dirigen hacia la defensa jurídica del propio ordena-

miento constitucional y que, por razón de sistemática y de conveniencia doctrinal, deben ser estudiados en el marco del Derecho Procesal Constitucional. Ejemplos de esos mecanismos son: la responsabilidad patrimonial del Estado introducida por la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de junio de 2002 (artículo 113, párrafo segundo), en la que se establece que el Estado será responsable por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa; o la facultad exclusiva del Senado para resolver las cuestiones políticas que surgieren entre los poderes de un Estado cuando alguno de ellos ocurriera con ese fin ante esa Cámara legislativa, o cuando con motivo de ellas se hubiere interrumpido el orden constitucional (artículo 76, fracción VI), caso en el cual el Senado habrá de dictar su resolución con sujeción a la Constitución federal y a la particular del Estado de que se trate.

V. RETOS Y DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En el ámbito latinoamericano no puede negarse que el Derecho Procesal Constitucional es una realidad en el concierto de las disciplinas jurídicas, y que al momento presente, se encuentra transitando hacia una nueva etapa, consistente ya no en la mera discusión sobre su existencia o el debate terminológico (justicia o jurisdicción constitucional), sino en la de definir y delimitar con exactitud lo que habrá de constituir su objeto de estudio.

Dos posiciones antagónicas pueden advertirse: una que defiende un criterio restringido o rígido, y otra que sustenta uno amplio o flexible. Bajo la primera concepción, el contenido del Derecho Procesal Constitucional se limitaría a considerar dentro de su esfera de estudio únicamente a los procesos jurisdiccionales de naturaleza constitucional, excluyendo la posibilidad de que en ella queden comprendidos otros instrumentos o procedimientos, es decir, mecanismos no procesales (en estricto rigor del término) de protección constitucional. La segunda concepción admite el estudio tanto de los genuinos instrumentos procesales, cuanto de los procedimientos, siempre que se encuentren previstos a nivel constitucional y la finalidad de todos ellos se encuentre dirigida a la salvaguarda y protección del propio ordenamiento supremo.

En el marco del sistema jurídico mexicano, el contenido del Derecho Procesal Constitucional, desde el punto de vista restringido, comprendería sólo los instrumentos del Juicio de Amparo, las controversias constitucionales y los procesos constitucionales en materia electoral (el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral). En cambio, desde el punto de vista flexible o amplio, que podemos afirmar es el que ha venido postulando incansablemente Héctor Fix-Zamudio a lo largo de las últimas décadas, dentro del Derecho Procesal Constitucional se encontrarían com-

prendidos no sólo los acabados de enunciar, sino también otras garantías constitucionales como: el procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos, la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia, las acciones de Teoría General del Proceso y el Juicio político –incluso de estos dos últimos instrumentos cabría plantearse, en primer término, si son genuinos procesos, o bien, procedimientos–. Desde esta óptica, tanto los procesos como los procedimientos mencionados se encuentran orientados hacia un mismo objeto y guardan una afinidad estrecha, circunstancia que impone su estudio bajo un mismo contexto disciplinario.

Bajo el prisma del enfoque flexible, conviene reflexionar si cabría la posibilidad de incorporar otros institutos distintos que, previstos constitucionalmente, finalmente redundan en instrumentos protectores de la normativa constitucional, como puede ser, según se ha mencionado, la facultad exclusiva del Senado para resolver contiendas de carácter político entre los poderes de un Estado, o cuando con motivo de dichas cuestiones se haya interrumpido el orden constitucional local (art. 76, fracción VI); o bien la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa (art. 113, segundo párrafo).

Ante estos problemas de indefinición, el Derecho Procesal Constitucional tendrá que enfrentar otros no menos importantes que algunos autores, como Domingo García Belaunde, han puesto de relieve, por ejemplo, la existencia de otra disciplina paralela y limítrofe como lo es el «Derecho Constitucional Procesal», el diálogo de sordos entre procesalistas y constitucionalistas, o la preferencia en denominar a la materia «justicia constitucional» o «jurisdicción constitucional» en el continente europeo, en el que no termina de permear la idea de denominar a la disciplina con la precisa expresión científica de *Derecho Procesal Constitucional*. Estos son sólo algunos de los múltiples retos y desafíos que habrá de enfrentar y superar la disciplina en los próximos años.

VI. BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

La bibliografía sobre los temas de justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional, o acerca de procesos constitucionales en particular, resulta abrumadora. Con independencia de la pionera obra de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional* (1944), es partir de la década de los ochenta del siglo pasado cuando han venido apareciendo obras que emplean la denominación expresa de *Derecho Procesal Constitucional*. Esta tendencia se ha incrementado de manera notable en los últimos años, especialmente en países latinoamericanos como Argentina, México y Perú. A continuación aparecen esas obras por orden alfabético del país.

1. Alemania

- Benda, Ernst, y Klein, Eckart, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991.
- Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª. edición, C.H. Beck, Munich, 1991.

2. Argentina

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional*, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, S.A., Buenos Aires, 1944.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Data. Protección de datos personales (decreto 15558/2001)*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Data. Protección de datos personales. Doctrina y jurisprudencia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional*, Belgrano, Universidad de Belgrano, 1999.
- Rivas, Adolfo A. (director) y Machado Pelloni, Fernando M. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomos I y II: «Recurso Extraordinario», 4ª. edición, Buenos Aires, 2002; Tomo III: «Acción de Amparo», 4ª. edición, Buenos Aires, 1995; Tomo IV: «Hábeas Corpus», 3ª. edición, Buenos Aires, 1998.
- Sagüés, Néstor Pedro y Serra, María Mercedes, *Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

3. Brasil

- Cattoni, Marcelo, *Direito processual constitucional*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.
- Guerra Filho, Willis Santiago, *Introdução ao direito processual constitucional*, Síntese, Porto Alegre, 1999.

- Gonçalves Correia, Marcus Orione, *Direito processual constitucional*, Editorial Saraiva, São Paulo, 1998.
- Rosas, Roberto, *Direito processual constitucional*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

4. Costa Rica

- Hernández Valle, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Juricentro, San José, 1995.

5. Colombia

- García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª. edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2002.
- Henao Hadrón, Javier, *Derecho Procesal Constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Temis, Bogotá, 2003.
- Rey Cantor, Ernesto, *Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Procesal, Derechos humanos procesales*, Ediciones Ciencia y Derecho, Colombia, 2001.
- Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Ed. Universidad Libre, Cali, 1994.

6. Chile

- Bordalí Salamanca, Andrés, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Juan Colombo Campbell, Fallos del mes, Santiago de Chile, 2002.

7. España

- González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980.

8. México

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, 2004.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional. Legislación, prontuario y bibliografía*, 2ª. edición, Editorial Porrúa, México, 2004.

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, 4ª. edición, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., IV tomos, Editorial Porrúa, México, 2003.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de Andrés Garrido del Toral, Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., Fundap, México, 2002.
- García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández, Prólogo de José F. Palomino Manchego, Fundap, México, 2004.
- Gil Rendón, Raymundo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Presentación de Luis Ponce de León Armenta, Prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fundap, México, 2004.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, UNAM, México, 1995.
- Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho Procesal Constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., Fundap, México, 2004.
- Colección: *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Porrúa, México, (2004-).
- *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México (número 1, enero-junio 2004; y número 2, julio-diciembre 2004).

9. Nicaragua

- Escobar Fornos, Iván, *Derecho Procesal Constitucional*, Hispamer, Managua, 1999.

10. Panamá

- Barrios González, Boris, *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª. edición, Portobelo, Panamá, 2002.

11. Perú

- Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª. edición, Jurista Editores, 2 tomos, Lima, 2004.
- Eto Cruz, Gerardo, *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Derecho y Sociedad, Trujillo, 1992.
- García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Prólogo de José F. Palomino Manchego, 4ª. edición, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003.
- García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Marsol, Trujillo, 1998.
- Landa Arroyo, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003.
- Palomino Manchego, José F.; Eto Cruz, Gerardo; Sáenz Dávalos, Luis R. y Carpio Marcos, Edgar: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Liminar y Prólogo de Domingo García Belaunde, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003.
- Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª. edición, Grijley, Lima, 1999.

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

TRES VARIACIONES Y UNA CODA SOBRE LA ARTICULACIÓN ENTRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ORDINARIA (*)

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ (**)

SUMARIO: I. La variación histórica. II. La variación institucional. III. La variación técnica. IV. Coda final. V. Nota bibliográfica.

I. LA VARIACIÓN HISTÓRICA

La historia de la justicia constitucional cuenta con ciertas fechas prominentes, de entre las que vienen de inmediato a la cabeza 1803, el año de la sentencia norteamericana *Marbury contra Madison*, y quizá 1920, el año de la Constitución austriaca, en la que se plasmó un modelo de justicia constitucional diseñado *ex profeso* por Kelsen. Retrocediendo en el tiempo, podríamos citar *Bonham*, el célebre caso de 1610, en el que el Juez Coke se atrevió a poner coto a las facultades del Parlamento inglés, contribuyendo a asentar una tradición de gobierno limitado.

Mucho más difícil sería, en cambio, establecer un esbozo histórico de la función judicial. Y aunque lo hiciéramos de modo aproximado, no podríamos establecer en él fechas señeras; más bien deberíamos acudir a la antropología política para destacar el carácter consustancial y primigenio de tal función con respecto a cualquier sociedad organizada. La resolución de conflictos por un tercero impar-

(*) El presente trabajo reproduce con bastante fidelidad la conferencia pronunciada el 27 de octubre de 2004 en Quito (Ecuador), en el Salón de Plenos del Tribunal Constitucional de dicho país, y en el marco del Proyecto para el fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, dirigido por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid, y financiado por la iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos.

(**) Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España).

cial es una constante histórica con múltiples variantes, y en la que la diferenciación entre el momento de creación de la norma y el de su aplicación no siempre se nos aparece con perfiles nítidos.

Por eso ha podido decirse que en vísperas constitucionales todas las tradiciones eran tradiciones judiciales, de tal manera que la bifurcación entre unos sistemas llamados de «Derecho común», y otros designados como de derivación romano-canónica, o de «Derecho continental», tiene mucho que ver con la deriva que tomaron las cosas a raíz de las dos grandes revoluciones de finales del XVIII. En el caso de los Estados Unidos de América, porque aquel *Higher Law Background*, que le sirvió al Juez Coke para establecer en Inglaterra el principio de la nulidad de las leyes que fueran en contra del «Derecho y la razón común», contribuyó tras 1787, en las ex-colonias, a afianzar el lugar de la Constitución como ley suprema de la tierra, custodiada por los jueces, y disponible para reducir el Poder Legislativo a los márgenes de lo constitucional. Y en el caso de la Revolución francesa, y en el de los sistemas que se inspiraron en ella, porque fue la ley, en tanto que voluntad de los representantes de la soberanía, la que pasó a concebirse como garantía y medida de la libertad, desplazando al Documento constitucional a un lugar secundario (o al menos previo) al de la auténtica decisión jurídica que había que preservar, incluso frente al Juez.

Constitución, ley y Juez son, pues, los tres vértices de un sistema, cuyas relaciones determinarán la posibilidad misma de una jurisdicción constitucional. Allí donde la Constitución fue percibida *ab origine* como una norma jurídica susceptible de ser aplicada por el Juez, no tiene sentido hablar de jurisdicción constitucional. Hay que hablar de jurisdicción a secas. Pero la naturalidad con la que la Constitución fue pronto utilizada como parámetro de juicio, no significa que la función de interpretar la Constitución y, especialmente, la posición del Tribunal Supremo, que es quien lo hace con carácter último y vinculante para los demás jueces y Tribunales, no haya sido (y en parte siga siendo) una cuestión polémica.

En cambio, allí donde el problema constitucional fue el de asegurar la vinculación del Juez a la ley, el punto de partida hacía inviable que éste pudiera «saltar» sobre la voluntad del legislador para buscar en la Constitución razón alguna que no estuviera ya expresada en la letra de la ley. Todo un arsenal de mecanismos de «ingeniería» jurídica (*référé* y casación, principalmente), y toda una organización que hizo del Juez un funcionario situado en la órbita de la Administración y entregado a la tarea de preservar la majestuosidad de la ley, se pusieron al servicio de ese ideal.

Con ello se abrió una brecha entre la cultura jurídica de uno y otro lado del Atlántico, que nunca fue tan honda como a veces se dice —entre otras cosas porque durante el siglo XIX la facultad de control judicial de la ley fue en los Estados

Unidos más un principio que una práctica— pero cuyo influjo es todavía decisivo. Por más que resulte obvio, interesa no olvidarlo: la jurisdicción constitucional se introdujo en Europa como un artificio tardío al servicio de la racionalidad democrática. Pero su acomodo en un engranaje jurisdiccional que tenía tras de sí una tradición más que centenaria podía ser cualquier cosa menos fácil. De hecho, no creo que sea exagerado afirmar que el primer intento de introducir una jurisdicción constitucional, que fue el que se implantó en Austria bajo la estela *profesoral* de Kelsen, resulta inservible si pretendemos tomarlo como contribución a un cambio de mentalidad en lo que a la relación entre Juez y Constitución respecta. Interesado como estaba en instituir una garantía de la Constitución frente al legislador, Kelsen no profundizó demasiado en el problema de la vinculación constitucional del Juez, si bien en trabajos como *La teoría pura del derecho*, o *La garantía jurisdiccional de la Constitución* advirtió sobre el carácter esencialmente creativo del acto jurisdiccional, como acto de voluntad, y sobre los riesgos que entrañaba la presencia en la Constitución de cláusulas generales o exigencias de justicia, equidad, igualdad, etc. No hay que olvidar, en todo caso, que la Constitución austriaca de 1920 estableció en el artículo 83 la prohibición de que el Juez entrara a enjuiciar la validez de la ley.

Así pues, si el Estado constitucional desarrollado bajo el influjo de la Revolución francesa se planteó como objetivo originario sujetar al Juez para que imperara la ley, no es menos cierto que sólo progresó hacia el Estado de Derecho cuando comenzó a avanzar hacia la erradicación de lo que García de Enterría ha llamado las inmunidades del poder. Un paso importante en tal dirección fue el control de la Administración a manos de una jurisdicción especializada, la contencioso administrativa. Y una vez conseguido eso, lo que faltaba era establecer frenos al potencial arbitrario del propio legislador. Pero durante el período que media entre las dos grandes guerras del siglo XX, que fue el primero en el que el Estado constitucional actuó con mecanismos participativos genuinamente democráticos, no fue posible llevar hasta tales extremos los frenos jurídicos del poder.

Para el modelo de Justicia constitucional concentrada es muy importante lo que algunos países (Checoslovaquia, Austria y España, entre otros) intentaron entonces. Pero como experiencia histórica o *contramodelo*, quizá es todavía más destacable la «rebelión» que protagonizaron algunos jueces alemanes durante los primeros años de vigencia de la Constitución de Weimar, buscando en ella —y singular e irónicamente en el principio de igualdad— argumentos para negarse a aplicar aquellas leyes (aprobadas por el legislador democrático) consideradas por ellos contrarias a *la* (en realidad habría que decir *su*) idea de justicia.

A la deslegitimación de la Constitución resultante de ese seudo control difuso y falto de cualquier contrapeso limitador, se unió la deslegitimación teórica de

la Justicia constitucional por obra de las aportaciones teóricas de Carl Schmitt. Para el autor germano, en célebre polémica con Kelsen, la defensa de la Constitución había de ser naturaleza «política» o no ser. Y de ahí al respaldo de las Ordenanzas de Necesidad del Presidente del Reich, y al estado de excepción permanente, como antesala de la destrucción de todo el edificio liberal-democrático sólo mediaba un pequeño paso.

II. LA VARIACIÓN INSTITUCIONAL

La variación histórica es, pues, la crónica de un imposible: el primer intento de llevar a Europa un control de la constitucionalidad de las leyes sucumbe ante el marasmo de las pasiones políticas. Y en Alemania, aquellos que habían hecho de la obediencia ciega a la ley la marca distintiva de su oficio, invocaron la Constitución para luchar contra las leyes cuya impronta «socializante» no les gustaba.

El tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho también costó en los Estados Unidos el célebre conflicto entre el Presidente y el Tribunal Supremo por la supremacía en materia de interpretación constitucional. Curiosamente fue un autor francés, Edouard Lambert, quien mejor teorizó el problema con su obra, publicada en 1924, y que ha dejado una imagen perdurable: la del gobierno de los jueces como una patología de la que puede ser víctima la democracia.

Comparadas con esos conflictos *fuertes*, las tensiones institucionales que se van a producir entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, ya en el constitucionalismo de la posguerra, son meros escarceos provocados por los ajustes de carácter técnico que provoca la «gran novedad» de la Justicia Constitucional. Ésta tiene que buscar su espacio *contra* (o pese a) una tradición que sólo había conocido la aplicación dispersa del Derecho por jueces dotados de una organización jerárquica en cuya cúspide estaba un Tribunal concebido para unificar doctrina y crear seguridad. No es de extrañar que desdoblar en dos esa función de supremacía sobre la interpretación jurídica, que no es más que el reflejo de una cultura jurídica diversa de la que había imperado hasta entonces, llevara en sí mismo el germen de cierta conflictividad entre los dos órganos supremos.

Una cultura que toma en serio el valor fundamental de los derechos y la fuerza normativa de la Constitución, es una cultura inclinada hacia lo que Cappelletti ha llamado la «jurisdicción constitucional de la libertad». Y aunque hablando en términos generales, dicha jurisdicción especializada no es un ingrediente necesario del Estado constitucional de Derecho, lo cierto es que hoy se ha convertido en un expediente generalizado, que ha de buscar en cada sistema su particular espacio de convivencia con la jurisdicción ordinaria.

Para ello no hay fórmulas universales ni soluciones de manual. Por ejemplo, desde 1945, y hasta nuestros mismos días, la historia constitucional de Ecuador

ha conocido bien la tensión entre un Poder Judicial tradicional, que se resistía a perder su supremacía, y una Justicia constitucional especializada y encuadrada bien en el seno de aquel Poder, o bien separada y al margen del mismo. Las dosis en la que el actual texto constitucional de 1998 combina facultades de apelación ante el Juez constitucional dirigidas a la tutela de los derechos en la Acción de Amparo, con el principio general de la exclusión de la revisión de las providencias de la Función Judicial (artículos 95 y 276 de la Constitución), son expresión del deseo de lograr ese espacio de convivencia entre ambas jurisdicciones.

Porque lo que sí puede afirmarse sin género de dudas, es que estando de acuerdo en lo más —la fuerza normativa de la Constitución y la adecuada garantía para los derechos— las tensiones o las *guerras* entre los dos Tribunales que aspiran a ocupar el lugar supremo, no suelen ser más que conflictos pasajeros y de escasa entidad, y en cuyas razones de fondo tiene mucho que ver las reivindicaciones de prestigio y *status* profesional. Guerras entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional se han conocido en casi todos los sistemas donde ésta última irrumpió como una novedad en el entramado jurídico-político. Quizá la más conocida es la italiana de los años 70, provocada en parte por lo novedoso de una técnica de resolución de las controversias constitucionales, hoy bastante extendida, y que vincula la constitucionalidad de la ley a una determinada interpretación de la misma, que el Tribunal Constitucional impone a los jueces de la jurisdicción ordinaria. Pero las ha habido en Alemania, en Bélgica, en Austria y seguramente en otros muchos sistemas, sin que por ello se hayan conmovido los cimientos que sostienen el edificio constitucional.

Y también en España seguimos acusando una tensión provocada, sobre todo, por el malestar que provocan ciertas decisiones del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo (y, para ser más exactos, en una de sus Salas, la de lo Civil). Es un desencuentro que viene de lejos y cuyos pormenores les ahorraré. Aparecen en él condensados algunos ingredientes característicos de las «guerras» entre las Cortes de una y otra jurisdicción. Uno es el recelo profesional y la ya mencionada resistencia por parte del más alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria a perder ese carácter de Juez último y supremo en el que le situaba una determinada tradición jurídica. Otro, específico del caso español, es la poca fortuna del legislador constituyente a la hora de encontrar el lenguaje adecuado para dar cuenta de la nueva realidad. Basta con leer el artículo 123, que es el que la Constitución española dedica a la posición constitucional del Tribunal Supremo («El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es superior en todos los órdenes, *salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*»), para darse cuenta de lo ambiguo de una forma de deslindar atribuciones de la que podría decirse lo mismo que suele señalarse de las atribuciones del Presidente y el Congreso norteamericano en materia de política exterior: que son una «invitación a la lucha».

Pero, sobre todo y por encima de las particularidades de caso, lo que sucede es que reorganizar el triángulo «Juez-Constitución-Ley», sin perder de vista que de ello depende, en buena medida, el que los derechos de los ciudadanos queden salvaguardados, supone establecer un delicado reparto de tareas entre el Juez ordinario y el Juez constitucional, lo que no es precisamente una tarea sencilla.

III. LA VARIACIÓN TÉCNICA

Partir de la base de que la Constitución es un texto normativo tiene consecuencias demoledoras sobre el entendimiento tradicional del papel del Juez y sobre la labor que realiza al ejercer jurisdicción. Resolver con imparcialidad a instancia de parte suponía extraer de la prescripciones generales de la ley, la regla aplicable al caso concreto, y en el estricto vínculo a la ley, y en la reafirmación del carácter sistemático y completo del ordenamiento jurídico –una respuesta justa para cada caso– encontraba el Juez su lugar como un técnico a refugio de las mudanzas contingentes de lo político.

Mediado el siglo XIX, diversas teorías del Derecho ya venían avisando de que la obra del Juez no estaba en realidad tan vinculada a la ley como pretendía la Escuela de la Exégesis. Y a lo largo del siglo XX cambió para siempre nuestra forma de ver las cosas: el acto jurisdiccional ya no es visto por nadie como la aplicación mecánica de una legalidad previa, sino como una respuesta aproximativa, que ha de ser convenientemente razonada, elegida de entre las varias que ofrece un arsenal de normas y disposiciones de distinto rango y carácter.

Un universo jurídico caracterizado por la multiplicación de normas, por la precariedad y la variabilidad de las mismas, inmerso a menudo en procesos de integración supranacional, y abierto al impacto de reglas jurisprudenciales externas, no puede ya «blindar» la actividad del Juez bajo el manto de la pureza metódica y la neutralidad técnico-jurídica.

Pero, por otra parte, un sistema comprometido con lo constitucional, esto es, con el valor *fundante* de la Constitución en tanto que norma que expresa un determinado orden de valores, y sirve como punto de partida para todo el ordenamiento jurídico, y como marco último de referencia de sus posibilidades y sus límites, tampoco puede dejar que la normatividad de la Constitución se disuelva en un magma de interpretaciones de carácter contradictorio.

Puesto que el Juez está vinculado a la ley, y la Constitución es ley, la cuadratura del círculo consiste en mantener aquel vínculo, sin separarlo del que el Juez, cada Juez, al ejercer Poder Judicial, mantiene con la Constitución. Y la fórmula para realizar esa complicada tarea de cuadrar el círculo es la Justicia Constitucional.

El sistema de las relaciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria no puede, pues, diseñarse como si el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad ordinaria fueran mundos separados; al contrario, siendo la Constitución el vértice hacia el que todo se reconduce o, si se prefiere, la base desde la que es posible delimitar las posibilidades argumentativas, todo Juez es, como tantas veces se dice, Juez constitucional.

Pero una vez dicho eso, hay que apresurarse a añadir que allí donde se ha instituido una jurisdicción constitucional, es porque se han sopesado una serie de argumentos que a buen seguro actúan a favor de ella y en contra de la jurisdicción ordinaria. Uno evidente es que al establecer el principio del control constitucional de la ley, surge un problema de legitimidad democrática, cuya superación se estima que está más al alcance de un órgano de composición y naturaleza especial, que al de la generalidad de los miembros de la carrera judicial.

Un segundo argumento a favor de la jurisdicción constitucional suele extraerse de la experiencia histórica. Cuando se establece una Constitución con fuerza normativa, su entrada en vigor siempre plantea un problema de preparación técnica (y de disposición) para asegurar su efectividad. Y es bastante frecuente que ambas cosas no vayan de la mano —o al menos no en la medida deseable— entre los miembros de la judicatura ordinaria, a veces simplemente por razones generacionales.

Y en tercer lugar, hay un argumento puramente práctico. Desconcentrar la interpretación constitucional hasta el extremo de atribuírsela a cada Juez, plantea exactamente el mismo género de problemas a los que el mecanismo de la casación, en los tiempos de la Revolución francesa, intentó hacer frente. Ha de haber algún intérprete *supremo* (en su condición de intérprete *último*) capaz de generar certidumbre y solidez a la interpretación de una norma de características tan especiales como la Constitución.

De manera que, una vez que se opta por algún tipo de jurisdicción constitucional concentrada, esto es, por la existencia de un órgano de nueva planta, separado e independiente del Poder Judicial, al que se le atribuye el carácter de intérprete último de la Constitución, la cuestión radica en decidir una serie de cuestiones atinentes a dicho carácter del órgano *ad hoc*; y entre ellas:

- a) Cómo regular el acceso de los «casos y controversias» al conocimiento de tal intérprete último.
- b) Cómo afianzar la autoridad de sus pronunciamientos:

a) La regulación del acceso de los casos al conocimiento de la jurisdicción constitucional admite una doble variante. *a.1)* Puede diseñarse como un diálogo entre el Juez ordinario y el Juez constitucional. *a.2)* O bien puede contemplarse

como una válvula de seguridad a disposición del justiciable para acudir al Juez constitucional, al objeto de que éste pueda remediar las eventuales faltas de tutela de los derechos por parte del Juez ordinario.

a.1) El establecimiento de cauces para el diálogo constitucional es la forma más armónica de conciliar las facultades del Juez ordinario y el Juez constitucional en la interpretación de la Constitución. En principio nadie está en mejor disposición que el Juez ordinario para captar toda la complejidad interpretativa planteada por un supuesto concreto. Sobre tal supuesto concreto deberá el Juez ordinario proyectar toda la luz que puedan arrojar las disposiciones normativas, y éstas habrán de ser leídas teniendo muy presente la Constitución. En el sistema norteamericano, ahí concluye todo el problema de la aplicación jurisdiccional de la Constitución. Pues, como supo ver muy bien Madison en *El Federalista*, o prevalece la ley, en cuyo caso la Constitución queda a merced de ella, o prevalece la Constitución, y entonces no hay más salida que inaplicar la norma opuesta a ella.

Pero allí donde la función de interpretar la Constitución aparece desdoblada –fatalmente desdoblada, cabría decir, con una «herida» institucional infligida a la falta de eficacia jurídica de la Constitución– el problema es más complejo. Y lo es porque al dilema efectos *inter partes*, o efectos *erga omnes* de la decisión del Juez (que también es propio del sistema norteamericano, pero que allí se resuelve en el seno del propio Poder Judicial, y a través del correspondiente sistema de recursos), se sobrepone el problema, de que es un solo Tribunal el que tiene el monopolio de rechazo de las leyes. La cuestión ya no es entonces tanto la de los efectos, generales o ceñidos al caso concreto, de la decisión del Juez ordinario, como la de la falta de habilitación de este último para razonar en abstracto sobre la compatibilidad entre la voluntad del legislador, objetivada en el producto normativo, y la Constitución.

El diálogo constitucional entre las dos jurisdicciones, ordinaria y constitucional, aparece entonces como la fórmula idónea para intentar solventar el problema –casi una aporía– del doble vínculo del Juez ordinario, a la ley y a la Constitución. Hay sistemas que, en nombre del vínculo a la Constitución, permiten al Juez inaplicar la ley en el caso del que están conociendo. Así ocurre en Ecuador, cuya combinación de elementos de los sistemas de justicia constitucional, difuso y concentrado, nos parece particularmente interesante. Si el Juez opta por inaplicar la norma, ha de ponerlo en conocimiento del Tribunal Constitucional por medio de un Informe (artículo 274 de la Constitución), que actúa entonces como una especie de «puente» entre las dos jurisdicciones, permitiendo a la constitucional decidir con carácter último y efectos generales, si bien su decisión no tiene capacidad para remover los efectos de cosa juzgada generados en vía ordinaria.

En España, en cambio, la posibilidad de inaplicar una norma por iniciativa del Juez ordinario se circunscribe a las leyes vigentes con anterioridad a la publi-

cación de la Constitución en el Boletín Oficial (lo que ocurrió el 29 de diciembre de 1978). En tal supuesto, pero sólo en él, el vínculo del Juez a la Constitución, sin intermediación de intérprete supremo, se ve favorecido por la tajante Disposición Derogatoria de esta última («Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Constitución»), en virtud de la cual la dimensión vigencia/derogación de una norma alcanza supremacía. Pero incluso en tal supuesto no dejan de ser curiosas ciertas resoluciones del Tribunal Constitucional de los primeros años 80, que actuaron como recordatorio, dirigido a los jueces, acerca de las bondades de la cuestión de inconstitucionalidad para resolver con carácter definitivo las dudas sobre la constitucionalidad de leyes anteriores a la entrada en vigor de la Constitución, algo, por lo demás, explicable a la vista de la renuencia inicial de los jueces españoles a recurrir a un cauce de diálogo inédito para ellos.

Una variable interesante es la que atañe al tratamiento procesal del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, especialmente si se tiene presente que hay sistemas, como el italiano, en los que tal es el único cauce disponible para la depuración constitucional del ordenamiento. En líneas generales, podría decirse que un elevado grado de exigencias relativas al fondo y la forma de plantear la cuestión, es indicio de la existencia de otros cauces de control de la constitucionalidad de las leyes y/o de garantía de los derechos fundamentales. Mientras que, a la inversa, la laxitud o anti-formalismo en el tratamiento de la cuestión puede corresponderse con un protagonismo de ella en el diseño genérico del sistema de control de constitucionalidad.

Y hay que tener, por lo demás, muy en cuenta que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no es más que uno de los posibles resultados del diálogo intelectual que el Juez ordinario debe realizar en su fuero interno con la jurisdicción constitucional, como consecuencia del valor que tienen las decisiones de este último como canon genérico para la interpretación del Derecho.

a.2) Aunque se ha dicho muchas veces que la defensa de los derechos, entendida en clave subjetiva, no es algo que pertenezca al núcleo de atribuciones de la justicia constitucional, lo cierto es que la deriva de los sistemas de justicia concentrada va en el sentido de reforzar esa vertiente. Y ello no porque se esté generalizando la existencia de mecanismos de tutela del tipo del Amparo, o del recurso de queja alemán, sino más bien porque los razonamientos que utiliza el Juez constitucional, en aras de la defensa de la Constitución, suelen contribuir de manera decisiva al surgimiento de una dogmática sobre la posición y el contenido de los derechos fundamentales.

Los problemas surgen a veces cuando el sistema de garantías de los derechos incluye un recurso ante la jurisdicción constitucional, cuyo uso desmesurado por

parte de los justiciables dificulta no ya la posibilidad misma de una respuesta en plazo razonable, sino que compromete el ejercicio regular de las demás competencias que dicha jurisdicción pueda tener atribuidas. Tal fenómeno es percibido a veces como un síndrome producido por el enorme atractivo y prestigio de la jurisdicción constitucional –síndrome de la muerte por éxito, suele decirse– aunque puede ser también sintomático de una preocupante patología: la de la escasa conciencia constitucional del Juez ordinario para salvaguardar aquellos derechos cuya garantía debería ser la parte esencial de sus cometidos «naturales».

La sobreabundancia de recursos de los particulares ante la jurisdicción constitucional, ocasiona, en cualquier caso, graves problemas de tipo práctico, pues el número de jueces constitucionales es un número cerrado, y su capacidad de trabajo es también, por naturaleza, limitada. Por eso suele hablarse de que una regla de oro de cualquier sistema de justicia constitucional consiste en disponer los mecanismos procesales que correspondan, para impedir que el Tribunal Constitucional acumule más carga de trabajo de la que puede atender.

Pero una regla como la que se acaba de exponer es tan fácil de enunciar como difícil de llevar a la práctica. Y eso lo sabemos bien en un sistema de justicia constitucional como el español, en el que el recurso de Amparo ante el Tribunal hace años que está aquejado de graves problemas de diseño, como lo demuestra el hecho de que un porcentaje altísimo de los que se presentan cada año (superior al 90 por ciento) no da lugar a resolución alguna sobre el fondo, sencillamente porque el recurso no pasa el filtro procesal de la admisión a trámite. La cosa no sería grave si la cifra global de recursos presentados se mantuviera en márgenes razonables, y si el trámite de admisión no consumiera un porcentaje excesivo del tiempo de trabajo de los doce jueces del Tribunal. Pero no ocurre ni lo uno ni lo otro. El previsible destino de los recursos, que la mayor parte de las veces es la providencia de inadmisión, no parece estar actuando como factor disuasorio para los abogados, y por otra parte dichas providencias han de cumplir unos requisitos desde el punto de vista de la motivación, que alejan el sistema de ese modelo de «selección discrecional de lo importante» practicado por el Tribunal Supremo norteamericano, mediante el mecanismo del *certiorari*.

Mientras que en Ecuador el Amparo ante el Tribunal Constitucional se aparece como una segunda instancia «natural» de apelación, dirigida a remediar los defectos de tutela de los derechos en que hubiera podido incurrir el Juez ordinario, en España los problemas del Amparo se originan, sobre todo, por la distancia que media entre el diseño teórico del instituto y una práctica que tiende a discurrir por otros derroteros. El Amparo aparece configurado, en efecto, como un mecanismo de tutela extraordinario y subsidiario (artículo 53.2 de la Constitución). Esto significa que el Juez natural de los derechos es el Juez ordinario, a quien corresponde

tutelarlos a través de una serie de recursos concebidos expresamente para garantía de los mismos. Pero la paradoja —y el contraste más llamativo con respecto al sistema ecuatoriano— se produce cuando se comprueba que el mayor vivero de recursos de Amparo se encuentra precisamente en aquel artículo de la Constitución que eleva a la categoría de derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva, que es la categoría genérica con la que designa el conjunto de garantías procesales reconocidas en el artículo 24 de la Constitución.

La cuestión requeriría mucho más espacio del que podemos utilizar aquí. Pero baste con decir que cierta tendencia a dotar de estatuto de garantía constitucional al ordenamiento procesal en su conjunto, unido (que todo hay que decirlo) a la propensión de los abogados a equiparar «caso perdido» con «tutela denegada», han acabado por crear un riesgo cierto de colapso en el Amparo y, en general, en el funcionamiento del Tribunal Constitucional, que hace inexcusable plantearse seriamente la posibilidad de reformar el Amparo, para acomodarlo a esa posición extraordinaria y subsidiaria, en la que quiso emplazarlo el constituyente.

La perspectiva conflictiva en las relaciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria también se ve favorecida por la capacidad del intérprete último para «casar» y anular lo dispuesto en las instancias anteriores. Y esto es especialmente patente cuando lo que se anula, para garantizar el derecho conculcado, es una sentencia dimanante de la instancia última de la vía ordinaria. Puede aparecer entonces con toda crudeza el conflicto entre dos intérpretes que invocan para sí la condición de intérpretes máximos en su respectivo ámbito. En el caso de España, el conflicto institucional entre los Tribunales Supremo y Constitucional, al que antes nos hemos referido, ha tenido, sobre todo, su origen en situaciones de este tipo; y ha alcanzado especial virulencia en aquellos casos en los que el Tribunal Constitucional, llevado por un deseo de economía procesal, optó por la vía expeditiva de «resucitar» decisiones de instancias anteriores al pronunciamiento del Tribunal Supremo, en lugar de remitirse a éste para que dictara una nueva sentencia ajustada a lo establecido por el Tribunal Constitucional al estimar el Amparo.

Además no hay que olvidar que la extraordinaria amplitud con la que el Tribunal Constitucional español ha dotado de contenido al derecho a la tutela judicial, incluye controles sobre la congruencia y la calidad misma de las resoluciones del Juez ordinario, pues así se estima que lo exige el derecho a la motivación como parte integrante del contenido del derecho a la efectividad de la tutela judicial. Y en semejante línea de conducta de la jurisdicción constitucional española, que se sitúa en las antípodas de la que persigue la Constitución ecuatoriana al delimitar un área de inmunidad para los actos de la función judicial, se localiza también un importante foco de tensión y conflictividad entre las dos jurisdicciones.

b) Afianzar la autoridad de los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional es tanto como sentar las bases para que ésta sólo tenga que intervenir en aquellos casos en los que lo novedoso de la cuestión planteada justifique, desde la perspectiva constitucional, una intervención por su parte. Claro que ése es un *desideratum* que suele estar bien lejos de cumplirse; entre otras cosas porque no hay sistema jurídico que pueda asegurar un «seguidismo» a ultranza de los criterios de órgano superior alguno, sin desvirtuar al propio tiempo la esencia de la función jurisdiccional. Dicho de otro modo: difícilmente podríamos hablar de las dificultades que hoy entraña configurar la decisión judicial como decisión vinculada a la ley, y defender al mismo tiempo que la vinculación del Juez sí es posible, en cambio, en lo que respecta a las decisiones de la Justicia constitucional.

El propio estilo de la sentencia constitucional tampoco favorece la vinculación. Las cascadas de «resultandos» y «considerandos», con los que la vieja escuela pretendía dar apariencia silogística al acto jurisdiccional, han sido (felizmente) sustituidas por una forma de razonamiento mucho menos rígida y encasillada, pero el precio a pagar por ello es que a veces puede resentirse la solidez de las líneas argumentativas, y desdibujarse los límites que separaban –por decirlo a la manera clásica– la *ratio decidendi* de los *obiter dicta*. En tales condiciones, la primera duda que puede plantearse es con respecto a qué parte de la sentencia se defiende la vinculación, pues si respondemos que solamente al Fallo, bien puede suceder que éste apenas contenga doctrina interpretativa, mientras que si nos remitimos a los Fundamentos en su integridad, el problema puede ser el inverso. Además, en los sistemas de justicia constitucional donde se combinan elementos de control sobre constitucionalidad de la ley, con otros relativos a la defensa de los derechos, resolución de conflictos relacionados con la división territorial del poder, etc., siempre puede plantearse la duda de en qué ámbito, y con respecto a qué resoluciones se preconiza la vinculación.

Una forma bastante práctica de resolver tales dudas consiste en remitir en bloque a la doctrina del Tribunal Constitucional, pero tal fórmula equivale en cierto modo a jugar con un margen de ambigüedad, para diferir al buen criterio del Juez ordinario la selección de la «norma jurisprudencial» vinculante. Todo ello, claro está, siempre que el Tribunal Constitucional no haya establecido en el propio texto de la Sentencia (ya sea en el Fallo o en los Fundamentos) que la constitucionalidad de la ley queda vinculada a cierta interpretación de la misma establecida rígidamente. Este tipo de sentencias «interpretativas» o «manipulativas» desafían el papel que tradicionalmente le ha sido asignado a la interpretación del Derecho por el Juez, pero son el mejor modo de agotar las posibilidades de mantener la ley, antes de acudir al expediente de eliminarla (que es siempre algo traumático y problemático, desde el punto de vista de la legitimidad democrática).

En España la Constitución de 1978 supuso por vez primera en nuestra historia la gran oportunidad (felizmente cumplida) de sentar las bases para que el texto constitucional fuera de verdad una norma vinculante. Eso explica la presencia en el Título Preliminar de un artículo como el 9.1, en el que se establece el principio general de vinculación de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, un principio que, referido a los derechos del Título Primero, reitera el artículo 53. Y con respecto al valor de las decisiones del Tribunal Constitucional, el artículo 164 de la Constitución parte de la base de los plenos efectos frente a todos (lo que se vincula con la obligación general de publicar todas ellas en el Boletín Oficial del Estado), aunque el artículo exceptúa de esa vinculación general a las que se limiten a la estimación subjetiva de un derecho.

Pero ese punto de partida es poco esclarecedor en lo que se refiere al problema específico de la vinculación del Juez. Por eso cuando en 1985 se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial, que vino a sustituir a la venerable Ley de 1870, el legislador optó por reunir en un solo artículo la cuestión de la fuerza normativa de la Constitución y el asunto de la regla básica en materia de interpretación general del Derecho, aprovechando la ocasión para generalizar, con respecto a Juez, su vinculación a la jurisprudencia constitucional recaída en todo tipo de procesos (artículo 5 LOPJ: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes 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 en todo tipo de procesos*»). Y además, con referencia específica a los derechos, el artículo 7.2 de la LOPJ reitera la misma idea con un estilo mucho más depurado: «los derechos (...) se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido».

El hecho mismo de la existencia de una jurisprudencia constitucional, acerca de cuyo valor último se puede dudar, pero sin discutir que algo le distingue de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, plantea también, en el plano dogmático, interesantes cuestiones sobre el emplazamiento de aquella jurisprudencia en el esquema general de las fuentes del Derecho. En realidad se trata de un ingrediente más de la necesaria reformulación de una teoría que sigue encasillada en tres concepciones «tradicionales» (en el peor sentido) que cuadran mal con la nueva realidad de una Constitución normativa. La primera es la de la centralidad de la ley, como categoría básica de referencia de todo el ordenamiento. La segunda, la de la incidencia de la costumbre como un segundo grado del escalafón del fenómeno jurídico, disponible para colmar sus aspiraciones a regularlo todo. Y la tercera, que es quizá la más dañina, la referencia de cierre a unos etéreos princi-

prios generales del Derecho, de impronta iusnaturalista, sobre cuyo contenido y virtualidad práctica es difícil hacerse alguna idea. A ese tríptico ley, costumbre, principios generales del Derecho, con el que el Código Civil español todavía abre su articulado, se le añade la «perla» del valor complementario de la jurisprudencia con la doctrina (*sic*) que el Tribunal Supremo establezca (artículo 1.7 del Código Civil).

La tarea pendiente consiste en responder a la pregunta del lugar de la jurisprudencia constitucional; sobre todo, porque de la coherencia de la respuesta, y de la medida en que la misma impregne el modo habitual y rutinario de concebir la tarea de aplicar el Derecho en sede de jurisdicción ordinaria, depende en muy buena medida la suerte de la Constitución en lo que respecta a sus pretensiones normativas. Y, como se adivina, tal lugar no puede emplazarse en una sede auxiliar o complementaria de la «lectura» de la ley, sino (por utilizar una imagen que no hiera la sensibilidad de quienes se resisten a aceptar el destronamiento de la ley a impulso de la Constitución interpretada) en el de una plataforma de paso necesario para que la interpretación jurídica pueda continuar respondiendo a las expectativas de quienes creen en la racionalidad del Derecho y en la capacidad del mismo para regular pacíficamente la convivencia.

IV. CODA FINAL

La evolución del Estado constitucional durante los últimos dos siglos demuestra que no ha sido fácil asentar la idea de que la Constitución es una ley fundamental, que demanda mecanismos jurisdiccionales capaces de salvaguardar la fuerza normativa de la misma. Si el ideal del constitucionalismo de todos los tiempos fue confiar en que el Derecho podía limitar el poder, hoy tal creencia puede considerarse reforzada gracias a los cambios espectaculares que se han producido en las concepciones generalizadas sobre el significado de los derechos fundamentales, las funciones de la Constitución y el contenido de la democracia. Mantener esas concepciones, y reforzarlas frente a cierta tendencia natural hacia el des-control y el arbitrio, exige cultura constitucional y una disposición generalizada favorable a ella. Pero si tales postulados son deseables para el común de los ciudadanos, con mucho mayor motivo cabe esperar que concurren en los jueces, pues sobre ellos recae principalmente la responsabilidad de reducir las tensiones provocadas por los contrastes entre Constitución y ley, entre ley y derechos y entre derechos y Justicia.

El gran riesgo de aquellos sistemas –que son la mayoría– en los que la función de control de constitucionalidad se introdujo tardíamente y mediante una escisión de jurisdicciones, la «tradicional» u ordinaria y la de «nueva planta» o constitucional, es que el sistema jurídico acabe por desdoblarse en dos

compartimentos, cada uno con su lógica de funcionamiento interno, y sin verdaderos canales de comunicación entre ellos. A veces las tensiones entre el Tribunal Constitucional, o su equivalente funcional, y los órganos de la jurisdicción ordinaria, son el reflejo de esa escasa capacidad de ósmosis, que suele ser reflejo de inercias y desafectos por parte del Juez ordinario hacia la cultura de lo constitucional. Cuando tal cultura se ha generalizado y ha arraigado en la mentalidad social, las tensiones entre las jurisdicciones raras veces trascienden el ámbito de lo jurídico. Lo grave es que a las resistencias del Juez ordinario a reconocerse en un mundo mucho más exigente y distinto de aquel para el que fue formado, se une el menosprecio hacia el intérprete supremo de la Constitución, y el olvido generalizado de todo lo que ésta significa.

V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

El contraste entre la mentalidad norteamericana y la francesa de la época de las Revoluciones, en cuanto al valor de la Constitución, es el argumento central del libro de Roberto Blanco, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1995. Con más detalle, en lo que al lugar de los derechos respecta, trata el tema Bartolomé Clavero, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Cívitas, 1988.

Un recorrido histórico y un completo tratamiento del problema de la relación entre el Juez ordinario y la Jurisdicción constitucional se encuentra en el trabajo pionero de Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Sobre la posición de Kelsen en relación con el Juez y el carácter de la Constitución, además de los dos trabajos clásicos del propio Kelsen, citados en el texto, puede verse la monografía de Luis Prieto Sanchís, *Ideología e Interpretación Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987. Y sobre la rebelión judicial que, en nombre de la Constitución, protagonizaron los jueces alemanes durante la República de Weimar, la obra de referencia es Giuseppe Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1977.

La obra de Lambert a la que me refiero en el texto es *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, París, Giard, 1921. Puede verse también, al respecto, el trabajo de Michael H. Davis «A Government of Judges. An Historical Overview», *American Journal of Comparative Law*, XXXV, 3 (1987), pp. 559 y ss.

Una visión panorámica de la evolución de la justicia constitucional en Ecuador y del conflicto sobre su emplazamiento, en el seno o al margen del Poder Judicial, en Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004. Puede verse también el Ca-

pítulo dedicado a Ecuador del libro de Norbert Lösing, *La Jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, 2002.

En España, la obra de referencia sobre el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, es la de Rosario Serra Cristóbal, *La Guerra de las Cortes. La revisión de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del Recurso de Amparo*, Madrid, Tecnos, 1999, que también incluye abundante información de Derecho comparado. Más recientemente, puede verse el trabajo de Francisco Rubio Llorente, «El guardián de la Constitución», *Claves de Razón Práctica*, 142 (2004), pp. 14 y ss.

Y para el último Apartado («La variación técnica»), me es difícil identificar las fuentes concretas en las que me he basado. Pero una rápida evaluación tiene que incluir necesariamente los trabajos de Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1985, Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2002, Francisco Rubio Llorente, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la Jurisdicción constitucional», en *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 431 y ss.; así como los de Pablo Pérez Tremps (coord.), *La reforma del Recurso de Amparo*, Madrid, Tirant lo Blanch/ Instituto de Derecho Público Comparado, 2004, y «Las perspectivas del sistema de Justicia Constitucional en España», *Foro Constitucional Iberoamericano*, 5 (2004), <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-05art-ppt.htm>.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UNA REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

JAVIER TAJADURA TEJADA (*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** La evolución de la jurisdicción constitucional en Europa: De un modelo centrado en la ley a un modelo centrado en los derechos. **III.** Justicia constitucional y derechos fundamentales: Las insuficiencias de un modelo de jurisdicción constitucional configurado como legislador negativo. **IV.** La configuración de los poderes privados como la principal amenaza para los derechos fundamentales en el mundo actual. **V.** A modo de conclusión. **VI.** Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

En su brillante, sugerente y emotivo discurso de clausura del primer seminario sobre Derecho Procesal Constitucional (México, D.F., 31 de octubre de 2000), don Mariano Azuela Güitrón, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pronunció unas esperanzadoras palabras sobre nuestro inmediato futuro destacando que el siglo XXI debe ser el siglo de la Ciencia Jurídica: «El siglo XX fue el siglo de los grandes avances científicos y técnicos, pero su resultado desafortunadamente ha sido esa sociedad enfrentada y polémica de los que gozan de los grandes beneficios y los que siguen marginados de ellos; esto tiene que arreglarse en el siglo XXI y, por ello, yo quisiera que si se convencen de la importancia del Derecho, se convenzan también de que el siglo XXI debe ser el siglo de las cien-

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad del País Vasco (España).

cias sociales y dentro de ellas, especialmente, de la Ciencia Jurídica» (Azuela Güitrón, M., 2002: LI).

Si el siglo XXI ha de ser el siglo de la Ciencia Jurídica, nada habría que objetar a que, dado su carácter fundamentador de todo ordenamiento jurídico democrático, lo fuera, especialmente, del Derecho Constitucional.

En este sentido a nadie se le oculta que el siglo XX fue testigo, ya en sus últimas décadas, de una victoria, al menos aparente y retórica, del Estado Constitucional como forma histórica de organización de la mayor parte de las comunidades políticas del planeta. Ahora bien, como ha señalado el profesor Pedro de Vega, como contrapunto «aparece la universalización de la miseria y del hambre que recorre en paralelo a la universalización de los mercados más de las tres quintas partes del planeta. A su vez, incluso dentro de los países más desarrollados, como secuelas lacerantes y corolarios inevitables del sistema, adquieren de día en día más intensidad fenómenos tan hirientes como la marginación y el paro estructural. Si a ello se añaden los hechos generalizados de violencia, corrupción, polución y destrucción del medio ambiente, inseguridad ciudadana, y un largo etcétera que no vale la pena recordar, a nadie en su sano juicio se le ocurriría pensar que su vida transcurre en el mejor de los mundos posibles» (De Vega, P., 2000: 16).

Para decirlo en pocas y claras palabras: el problema de nuestro tiempo no reside en aprobar más o nuevas constituciones, sino en dotarlas de operatividad y eficacia. Y es aquí donde la problemática del Derecho Procesal Constitucional como conjunto de instrumentos de defensa de la suprema normatividad constitucional adquiere una relevancia capital. Como recordara el maestro Fix-Zamudio en el prólogo al *Derecho Procesal Constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer, al fin y al cabo el Derecho Procesal Constitucional es el «que permite otorgar efectividad a las disposiciones de las constituciones de nuestra época» (Fix-Zamudio, H., 2002: XXXIX).

Ahora bien, como acertada y agudamente ha subrayado el profesor Pedro de Vega, lúcido analista de toda la problemática relativa a este tema, «defender la Constitución lo que implica es la defensa de los valores que, desde sus comienzos, inspiraron al movimiento constitucionalista» y ello porque «la Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político» (De Vega, P., 1979: 117 y 95). Es desde este prisma valorativo desde donde hay que entender e interpretar siempre el Derecho Procesal Constitucional.

Y esto es algo que hay que tener hoy muy presente porque el actual contexto histórico, político e ideológico que, por fortuna o por desgracia, nos ha tocado vivir, y al que nos referimos con el término genérico de mundialización, se caracteriza, en buena medida, por enarbolar, retóricamente, la ideología de la Constitu-

ción, al mismo tiempo que aniquila los valores del constitucionalismo, comenzando por el principio democrático que, de forma no por gradual y progresiva menos escandalosa, va quedando vacío de todo contenido y eficacia. Este gravísimo problema se configura como el principal desafío que el constitucionalista del tercer milenio habrá de afrontar. El tema ha sido expuesto magistralmente por Pedro de Vega en su ensayo «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual»: «Entre la confrontación entre la lógica de la mundialización y del mercado (como lógica del cálculo y de la ganancia) y la lógica del Estado (como lógica valorativa de la política) la lógica de la mundialización no encontrará mayores dificultades para asumir la ideología del constitucionalismo, renovada ahora bajo la forma de ideología de la Constitución, y aprovecharse en lo posible de ella» (De Vega, P., 2000: 53).

Ahora bien, en este confuso y peligroso contexto, no podemos dejar de advertir que si las constituciones dejan de ser expresión de un sistema de valores para configurarse como meros instrumentos de falsificación de la realidad política, los sistemas de justicia constitucional, entendidos como sistemas de defensa de unos valores que no existen porque han dejado de estar vigentes, pierden su razón de ser, y quedan sin justificación posible.

Sirvan estas consideraciones meramente introductorias como justificación de mi elección del tema a tratar en esta modesta contribución realizada como homenaje a uno de los principales cultivadores del Derecho Procesal Constitucional, el maestro de constitucionalistas peruanos, profesor Domingo García Belaunde. Homenaje que coincide con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional del Perú.

El profesor García Belaunde ha creado una meritoria escuela peruana de Derecho Constitucional, en la que juristas como José F. Palomino Manchego, Ernesto Blume Fortini o Gerardo Eto Cruz, por citar a algunos de los más significativos, ocupan un lugar muy destacado. Y el nexo común de todos ellos, es la defensa de los valores y principios fundacionales del constitucionalismo contemporáneo, esto es, la libertad y la democracia. Con meridiana claridad y acierto pleno, la escuela peruana ha puesto de manifiesto cómo el Derecho Procesal Constitucional se configura como un grandioso sistema de garantías sin el cual los mencionados valores difícilmente podrían subsistir.

Ello explica, y esto es algo que quisiera subrayar, la importancia que el maestro García Belaunde y sus dilectos colaboradores han otorgado siempre a la enseñanza de este instituto. El presente colectivo se configura como un claro exponente de ello. Como ha escrito nuestro homenajeado: «la enseñanza de una temática, en forma independiente, ayuda grandemente a su consolidación y a su difusión. Esto es, la independencia en la enseñanza universitaria de un determinado tópico,

no ayuda de por sí a que se convierta en disciplina autónoma, pero es útil, no sólo para configurarla cuando esto es necesario, sino para que el conocimiento de ella se extienda y su importancia aumente, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica». Ahora bien, el profesor García Belaunde advierte cómo «pese al hecho de que el Derecho Procesal Constitucional (...) es quizá el aspecto más novedoso en el Derecho Público en el presente siglo, y seguramente el más valioso desde el punto de vista axiológico (sobre todo en relación con los derechos humanos) su enseñanza anda a paso lento» (García Belaunde, D., 2003: 329).

El trabajo que el lector tiene entre las manos comparte plenamente las anteriores consideraciones y pretende, modestamente, contribuir a la difusión del tema. Como el título indica, tratan estas páginas del Derecho Procesal Constitucional como mecanismo de garantía de los derechos fundamentales y de los retos que habrá de afrontar en el futuro inmediato para poder cumplir con éxito la misión que se configura como su razón de ser: garantizar la supremacía normativa de la Constitución, atenuando en lo posible la distancia existente entre la realidad jurídico-constitucional y la realidad social y política.

La tesis que voy a defender puede resumirse así: la Justicia Constitucional configurada como jurisdicción de la libertad, en afortunada expresión del insigne jurista italiano Mauro Cappelletti (1955), ha experimentado en Europa una profunda transformación en los últimos cincuenta años. Transformación que se resume en la sustitución de un modelo de Justicia Constitucional centrado en la ley por otro centrado en los derechos (II). Desde esta última perspectiva, los distintos sistemas europeos tienen que hacer frente a un doble reto: en primer lugar, la garantía de los derechos no está hoy asegurada configurando al Tribunal Constitucional como un mero legislador negativo y ello porque dicha garantía exige muchas veces remedios contra la pasividad o la inactividad del legislador, lo que determina nuevos tipos de sentencias constitucionales alejados de los esquemas clásicos (III). En segundo lugar, la gran amenaza para la libertad en el momento presente no procede tanto de los poderes públicos legítimos del Estado Constitucional cuanto de los poderes privados por lo que resulta imprescindible someter las actuaciones de éstos al juicio de constitucionalidad (IV).

II. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EUROPA: DE UN MODELO CENTRADO EN LA LEY A UN MODELO CENTRADO EN LOS DERECHOS

Como es bien sabido los dos paradigmas tradicionalmente utilizados para el análisis comparado de los diversos sistemas de Justicia Constitucional son el modelo norteamericano y el modelo europeo.

El primero atribuye a todos los jueces del país (control difuso) la facultad de inaplicar en el caso concreto la ley considerada inconstitucional. Con arreglo

al modelo europeo, la ley no se juzga en relación con el caso concreto, sino en abstracto, y ese juicio se atribuye a un órgano *ad hoc* que no forma parte del Poder Judicial.

Ahora bien, la convergencia entre ambos modelos es cada vez mayor. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos prácticamente ya no se ocupa de asuntos que no impliquen problemas de constitucionalidad. Debido a la selección de asuntos que él mismo hace funciona ya como un auténtico Tribunal Constitucional. Por otro lado, los Tribunales Constitucionales europeos, incluido el francés, cada vez con mayor frecuencia, sustituyen el pronunciamiento sobre el precepto por el pronunciamiento sobre la norma que la interpretación extrae de él. En la medida en que así disocian inconstitucionalidad y nulidad se aproximan en definitiva a la tradición de la *judicial review* americana.

En este contexto, la doctrina ha advertido de la conveniencia de abandonar la contraposición de ambos modelos como método para el estudio comparado de la Jurisdicción Constitucional. «En parte, —escribe el profesor Rubio Llorente que a su condición de catedrático une la experiencia de haber sido Vicepresidente del Tribunal Constitucional de España— porque como consecuencia de la mencionada aproximación entre ellos, pero sobre todo de la diversificación de los sistemas europeos, esos modelos han perdido utilidad analítica. Hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre unos y otros de ellos que entre alguno de ellos y el norteamericano» (Rubio Llorente, F., 1997:160).

Pero es que además, existe otra razón mucho más importante para abandonar esa clasificación. Y es que la misma al atender a criterios puramente orgánicos o procedimentales impide percibir las diferencias realmente fundamentales existentes entre los distintos sistemas de jurisdicción constitucional, diferencias que tienen que ver con la finalidad misma de dicha institución.

Por ello, siguiendo al profesor Rubio Llorente, parece más útil emplear una contraposición que se base en el *telos* específico de cada sistema, esto es en su centro de atención principal. Y así cabe hablar de un modelo centrado en asegurar la constitucionalidad de la ley, y frente a él otro que persigue garantizar la vigencia de los derechos.

«Es innegable —escribe Rubio Llorente— que en el modelo de jurisdicción centrado en el control de constitucionalidad de la ley, la Jurisdicción Constitucional sirve también de instrumento para asegurar los derechos. Pero ésta no es su única utilidad y ni siquiera la principal. El control de constitucionalidad de las leyes protege directamente la división constitucional de los poderes, pero el aseguramiento de los derechos se hace sólo a través de la ley, que sigue siendo considerada en consecuencia la garantía real de los derechos y en cierto modo su fuente real, puesto que frente a ella nada pueden ni el ciudadano ni el Juez. En el

otro modelo, el que se articula en función de los derechos, por el contrario, éstos dimanan directamente de la Constitución, tanto para el ciudadano como para el Juez y el control de constitucionalidad de la ley es un medio entre otros para garantizar su disfrute» (Rubio Llorente, F., 1997: 160).

Innecesario resulta recordar que se trata de dos modelos teóricos, el centrado en la ley y el centrado en los derechos, y que la realidad, esto es los sistemas vigentes hoy en Europa, incorporan elementos de ambos. Veamos muy brevemente la estructura y funcionamiento de dichos modelos para poder extraer después una conclusión sobre el futuro de los mismos.

El modelo centrado en la ley es el que se corresponde con los planteamientos kelsenianos de la jurisdicción constitucional como *legislador negativo*. Dicho modelo intenta reducir la crisis de la ley al mínimo posible. Admitida la existencia de una Constitución como norma superior que consagra derechos que el legislador debe respetar, la jurisdicción constitucional se configura como el instrumento para asegurar dicha supremacía, mediante la invalidación de las leyes inconstitucionales. Pero, y esto es importante subrayarlo, no se pone nunca en cuestión la sujeción efectiva de la Administración y de la Jurisdicción ordinaria a la ley, ni pueden tampoco los ciudadanos invocar otros derechos que los que la ley les otorgue. El elemento central de este modelo es el *recurso de inconstitucionalidad directo*, llamado recurso abstracto en la doctrina alemana, y existente con variantes en casi todos los sistemas de Jurisdicción Constitucional europeos. Recurso que sólo puede ser activado por determinados órganos políticos.

En el recurso de inconstitucionalidad la impugnación de la ley se hace en términos puramente abstractos, sin relación con ningún caso concreto, y con frecuencia antes de que la ley haya sido aplicada a caso alguno. En este tipo de proceso constitucional se enfrentan dos concepciones políticas, una de las cuales, la de los recurrentes niega la legitimidad constitucional de la que sostiene el legislador. Importa subrayar que la ley, por tanto, no se combate en nombre de derecho lesionado alguno y que por ello la finalidad directa e inmediata del recurso, resulta obvio, no es la protección de los derechos.

Con este sistema, una vez transcurrido el plazo para la interposición del recurso, las leyes existentes son inatacables puesto que ni los ciudadanos pueden impugnarlas ni los jueces ponerlas en cuestión. La aplicación judicial de las leyes es igualmente incontrolable.

Algunos de los inconvenientes de este modelo se superan mediante la combinación con elementos procedentes del otro modelo. Pero como advierte el profesor Rubio Llorente hay un defecto intrínseco a este sistema que no puede ser eliminado: «el que viene de situar al Tribunal Constitucional en el centro de la arena política, con cuanto ello supone de riesgo para su autoridad» (Rubio Llorente, F., 1997: 164).

El otro gran modelo, aquel en que el enjuiciamiento del poder desde el punto de vista de la Constitución tiene como finalidad directa e inmediata la garantía de los derechos, y en el que la depuración del ordenamiento resulta, por tanto, una consecuencia secundaria derivada de lo anterior, encuentra su principal manifestación en el sistema norteamericano de la *judicial review*.

En Europa cabría incluir en dicho modelo no sólo a aquellos ordenamientos como el portugués que junto a la existencia de un Tribunal Constitucional admiten el control difuso, sino a todos los que atribuyen a todos los jueces la facultad de plantear la *cuestión de inconstitucionalidad*, y sobre todo a los que, como el alemán o el español, prevén la existencia de un recurso abierto a todos los ciudadanos para la defensa de sus derechos constitucionales.

El control concreto de constitucionalidad, lo que en España denominamos cuestiones de inconstitucionalidad, es una institución que aunque combina elementos de ambos modelos está más próxima al segundo de los examinados. Y ello por la razón evidente de que en este tipo de procesos constitucionales aunque el objeto del mismo sea la ley, al arrancar de un caso concreto, aquel no es el puro enunciado de la ley sino una interpretación de la misma de la que se derivan derechos y obligaciones para las partes. El hecho de que la cuestión pueda ser activada directamente por los órganos judiciales, e indirectamente, por los justiciables, implica una diferencia radical respecto al recurso directo en cuanto a su finalidad. La respuesta solicitada por el Juez ordinario al Tribunal Constitucional se configura esencialmente como un medio para la preservación de los derechos constitucionales de las partes en el proceso.

En cualquier caso, y como recuerda una vez más el profesor Rubio, la vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, mediante la que se garantiza al máximo la vigencia efectiva de la Constitución y en especial de los derechos fundamentales, sólo queda definitivamente asegurada, cuando las decisiones judiciales son recurribles ante el Tribunal Constitucional, como ocurre en Alemania y en España, gracias a la existencia de un recurso directo de los ciudadanos para la defensa de los derechos.

Recapitulando lo anterior, y a modo de síntesis, cabe concluir que en última instancia lo que diferencia a ambos modelos es que uno tiene por objeto el control de constitucionalidad de la ley mientras que el otro controla la aplicación de la misma. Si en el primero se controla al legislador, en el segundo es la actuación del Juez que aplica la ley, el objeto de control.

Como hemos anticipado la realidad nos muestra cómo los sistemas europeos combinan elementos de uno y otro modelo. Así ocurre en Alemania, España, Italia y Portugal. Ahora bien, la importancia de unos y otros es en la práctica muy desigual. En este sentido cabe realizar la siguiente observación: la prima-

cía de los procedimientos encaminados a preservar los derechos constitucionales es total y absoluta.

Esta afirmación no se basa sólo en el hecho puramente cuantitativo de que como consecuencia de la ampliación del número de sujetos legitimados para interponerlos, la resolución de los recursos directos de los ciudadanos, se configuren como la principal tarea a llevar a cabo por los Tribunales Constitucionales de los países citados, sino en razones más profundas, de índole cualitativa.

Entre ellas cabe destacar la tendencia creciente a formular en términos de derechos, y no de competencias orgánicas o funcionales, casi todos los procesos constitucionales, y especialmente aquellos en que están en juego concepciones políticas diversas. Con dos ejemplos se entenderá lo que quiero decir. En España la problemática relativa a la posición constitucional de los partidos políticos ha sido atendida a través de recursos de Amparo. Y en Alemania, donde el proceso es si cabe más visible y acusado, ha sido también esta vía el cauce utilizado para dirimir cuestiones tales como el principio de neutralidad religiosa del Estado o los límites del proceso de integración europea.

Con meridiana claridad y evidente acierto el profesor Rubio ha advertido cómo en este contexto «la fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la conciencia generalizada de su vigencia plena permiten formalizar a través de esta vía (el recurso de Amparo) cualquier litigio constitucional imaginable y reducen a un papel muy secundario (y en cierto sentido muy débil, en cuanto que no abiertas a la generalidad de los ciudadanos, sino sólo a los órganos políticos) todas las demás» (Rubio Llorente, F., 1997: 170).

Que el recurso directo de los ciudadanos plantea muchos y graves problemas técnicos es algo que no puede negarse, pero lo que importa es subrayar que la búsqueda de soluciones a los mismos, nunca ha puesto en cuestión la existencia misma del recurso. Recurso que, además y a pesar de que a través de él el Juez constitucional también se configura como Juez del legislador, casi nunca ha recibido objeciones basadas en su carácter antidemocrático por antimayoritario. Objeciones que nunca han desaparecido por completo en el caso de los recursos abstractos.

La primacía indiscutible del recurso de Amparo presenta en los sistemas europeos aludidos, como reverso de la misma moneda, una crisis generalizada del recurso de Inconstitucionalidad. Baste por todo recordar que en Alemania amplios sectores doctrinales han denunciado ya la perturbación que para el funcionamiento de la democracia parlamentaria implica la existencia de un recurso a través del cual los partidos políticos continúan sus debates convirtiendo al Tribunal Constitucional en la Tercera Cámara.

En España el tema ha sido abordado recientemente, con rigor y brillantez, por el profesor de la Universidad de Granada, Montilla Martos en su monografía «Minoría política y Tribunal Constitucional» (Montilla, J. A., 2002).

Sea de ello lo que fuere, este examen de las tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa nos pone de manifiesto que el modelo kelseniano de un Tribunal Constitucional configurado como legislador negativo, y por ello primariamente como Juez del legislador, hace tiempo que ha sido abandonado en la realidad constitucional europea.

Llegados a este punto, parece preciso dar cuenta de las causas de ese abandono, que es tanto como decir de las razones por las que una jurisdicción constitucional centrada en la ley ha sido sustituida por otra centrada en los derechos.

Dichas razones y causas no son otras que el cambio radical que en el ordenamiento origina la eficacia directa de los derechos fundamentales. El profesor Rubio lo ha explicado con claridad y acierto en palabras que por compartirlas plenamente creo oportuno reproducir.

Debido a la eficacia directa de los derechos fundamentales «el Juez se libera en alguna medida de la sujeción al imperio de la ley, pero sólo para quedar estrechamente sujeto a las normas constitucionales. La formulación, necesariamente muy genérica, lapidaria de éstas, requiere sin embargo de una mediación que el legislador por sí mismo no puede asegurar, pues nunca las leyes pueden ser tales que conviertan al Juez en mero autómatas. Liberarlo de todo control equivale a dejar en sus manos la definición real de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad de la ley no permite ya decir que es ésta la que define realmente esos derechos y que, por consiguiente el único derecho fundamental realmente existente es el derecho a la legalidad, pero la suerte de los ciudadanos no mejora mucho si el único derecho fundamental que se les concede es el derecho a obtener una sentencia judicial. La vigencia plena de los derechos exige no sólo el control de constitucionalidad de las leyes, sino también, directamente, el de las decisiones judiciales que las aplican. Sobre la forma de organizar este control cabe la discusión; sobre su necesidad, no» (Rubio Llorente, F., 1997: 173).

III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LAS INSUFICIENCIAS DE UN MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONFIGURADO COMO LEGISLADOR NEGATIVO

Del epígrafe anterior cabe deducir con claridad que las transformaciones sufridas por los Tribunales Constitucionales europeos son de notable envergadura.

Todavía es frecuente leer que el control de las leyes, especialmente a través del recurso de Inconstitucionalidad es el núcleo esencial de las funciones pro-

pías de un órgano de Justicia Constitucional, que debería dejar en segundo lugar el resto de competencias, pero la realidad, quiero reiterarlo una vez más, no sigue ya ese camino. Mientras se multiplican las exigencias de protección de las libertades disminuyen en todos los países los recursos de Inconstitucionalidad (Aja, E., 1998: XXIX).

Como ya hemos anticipado, la causa última y profunda de esa transformación reside en el espectacular desarrollo de los derechos y libertades de los ciudadanos a partir de los años sesenta y setenta de la pasada centuria. «Los derechos constitucionales –escribe el profesor Aja– se extienden a todas las esferas de la vida (la familia, el trabajo, la sociedad), con nuevas dimensiones generadas por la multiplicación de los medios de comunicación (la protección de la intimidad o del honor frente a las televisiones); los mismos derechos llegan a colectivos nuevos (los funcionarios, los estudiantes, los militares, los presos), que antes carecían de ellos; y aun en los derechos más clásicos se introduce una nueva sensibilidad democrática, que se refleja, por ejemplo, en la exigencia generalizada del principio de igualdad (de las minorías, de los colectivos más débiles y, sobre todo de la mujer)» (Aja, E., 1998: XXVII).

Este espectacular avance de los derechos constitucionales incide de forma directa y notable en las funciones de los órganos de Justicia Constitucional. Tanto en aquellos que prevén expresamente recursos individuales o de Amparo por violación de derechos, como en aquellos otros sistemas donde no existen. Y ello porque «la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos como principal tarea de los Tribunales Constitucionales supera los procedimientos previstos para ellos, impregna todas las funciones de los Tribunales y lleva al control de las leyes criterios nuevos» (Aja, E., 1998: XXVIII).

Esta es la principal causa de que aparezcan nuevas categorías jurídicas y nuevos tipos de sentencias y de que, en casi todos los países (Alemania, Italia, España, Portugal, Francia, Austria) encontremos una tendencia común en los órganos de justicia constitucional a superar la legislación para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución. Esa misma orientación se refleja en la consideración de los derechos constitucionales como elementos objetivos del ordenamiento aplicables a las relaciones entre particulares.

Las referidas tendencias, que insisto son comunes a la mayor parte de los ordenamientos europeos, responden a una teoría de la Constitución centrada en la garantía de los derechos, y ponen en cuestión dogmas fuertemente arraigados en la concepción tradicional de la Jurisdicción Constitucional como legislador negativo. Concepción claramente insuficiente para hacer frente a los retos que las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales presentan.

La doctrina y la jurisprudencia son prácticamente unánimes en su afirmación de la doble dimensión de los derechos constitucionales, entendidos estos como un bloque o sistema cuya existencia es determinante para poder hablar de régimen constitucional. La doble dimensión de los derechos constitucionales se afirma por presentar éstos simultáneamente dos facetas: por una parte, la de derechos públicos subjetivos y por otra la de elementos objetivos del ordenamiento democrático de la comunidad nacional.

Ahora bien, como muy acertadamente ha apuntado mi maestro, el profesor Torres del Moral, «cabe añadir un tercer rasgo: los derechos constitucionales son mandatos a los poderes públicos que requieren una política positiva de derechos» (Torres del Moral, A., 1997: 149).

Tradicionalmente se ha sostenido que esta tercera faceta sólo podría predicarse de algunos derechos, los de la segunda generación (derechos sociales, económicos y culturales). No creemos que sea así. La naturaleza de los derechos constitucionales es siempre la misma. Han sido precisamente los defensores de la teoría de la distinta naturaleza de los derechos sociales los que han impugnado los mecanismos para hacer éstos exigibles. Por el contrario creemos que, como han demostrado con claridad y brillantez, entre otros los ilustres investigadores argentinos, profesores Abramovich y Courtis, «las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales». Tanto unos como otros pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado. El hecho de que en el caso de los derechos sociales, las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos, no quiere decir que los derechos civiles y políticos no impliquen también obligaciones de hacer (Abramovich, V. y Courtis, C., 2002: 24-25).

En este sentido Laski ha podido decir que «existen ciertos elementos vitales en el bien común que sólo pueden alcanzarse mediante la acción del Estado –educación, vivienda, salubridad pública, seguridad– contra el desempleo». Y añade «lejos de producirse un necesario antagonismo entre la libertad individual y la autoridad del gobierno, existen áreas de vida social en que el segundo factor es necesaria condición del primero» (Torres del Moral, A., 1997: 153-154). Subyacen en estas palabras la acertada reflexión del creador del concepto de Estado Social y dirigente histórico de la socialdemocracia alemana, y sin lugar a dudas, uno de los mejores teóricos del Estado de la pasada centuria, Hermann Heller, quien advirtió lúcidamente que «la libertad humana es siempre libertad organizada».

El constitucionalismo social posterior a 1945 ha modificado así su posición respecto al problema de los derechos. Frente al carácter programático que la Constitución de Weimar atribuía a las normas referentes a los derechos, la vigente Ley

Fundamental de Alemania dice taxativamente en su artículo 1. 3: «Los derechos fundamentales que se relacionan a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derechos directamente aplicables».

En el mismo sentido, la Constitución española de 1978, en su artículo 53, después de vincular los poderes públicos a los derechos, reserva al legislador, a la ley, su regulación, ley que, cuando se trata de los denominados en España «derechos fundamentales y libertades públicas» ha de ser orgánica, la cual requiere un mayor consenso parlamentario (Chofre Sirvent, J. F., 1994:17).

Los derechos son aplicados a pesar de la inhibición del legislador. Pero sobre este pesa la obligación positiva de su regulación, garantía y desarrollo. Háberle recuerda que ya en 1971 comenzó a hablarse en Alemania de una política de derechos fundamentales como tarea del Estado. Política en la que el Parlamento asume un protagonismo indiscutible.

«Se trata –escribe el profesor Torres del Moral– de una política de prestación, de promoción, de búsqueda de la eficiencia, de optimización de los derechos; de una tarea política positiva que busca contribuir en la creación o conformación de la realidad y no meramente respetarla» (Torres del Moral, A., 1997: 155).

Como ha afirmado Pace «mientras el mejor legislador en materia de derechos a prestaciones negativas (...) es el que evita intervenir, el peor legislador en el sector de los derechos a prestaciones positivas (...) es, obviamente, el que no interviene» (Pace, A., 1990: 109).

En este sentido, y en relación con esta última y fundamental faceta de los derechos constitucionales, es un dato incontrovertible el hecho de que las denominadas sentencias aditivas han permitido la extensión de los derechos sociales, porque mediante la interpretación constitucional añaden nuevos sectores o nuevos derechos al contenido de las leyes. En general la variada tipología de sentencias constitucionales denominadas intermedias, muestra, sin ningún género de dudas que, como acertadamente ha subrayado el profesor Aja con toda claridad y rotundidad, «a menudo, los Tribunales (constitucionales) dejan de ser legisladores negativos para convertirse en legisladores positivos, en auténticos legisladores» (Aja, E., 1998: XXIX).

El profesor Díaz Revorio ha analizado de forma exhaustiva este tipo de sentencias en España (Díaz Revorio, F. J., 2001) y el profesor Di Manno lo ha hecho en relación con la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés y la Corte Constitucional italiana (Di Manno, T., 1997).

Y a pesar de que ello es así, como han demostrado los precitados trabajos, la mayor parte de las constituciones y de las normas reguladoras de las distintas jurisdicciones constitucionales europeas no prevén esta función. Dichas normas

ancladas en el modelo del legislador negativo tan sólo contemplan la posibilidad de que el Tribunal anule la ley contraria a la Constitución. Pero la sencillez del esquema que apareja inconstitucionalidad y nulidad hace mucho que fue desbordada por la realidad y las preguntas que hoy surgen carecen de respuesta en el derecho vigente. Por esto mismo las soluciones vienen dadas por la propia jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales.

Siguiendo al profesor Eliseo Aja, esas preguntas serían básicamente las tres siguientes: ¿Puede el Tribunal Constitucional reinterpretar una ley, corrigiendo así una decisión del Parlamento, y creando de esta forma una nueva forma?; ¿Puede el Tribunal Constitucional recomendar o imponer al legislador las líneas de una futura ley?; ¿Puede en definitiva un Tribunal Constitucional actuar apartándose de su propia ley reguladora?

Compartimos la opinión de los profesores Aja y González Beilfuss, de que en este contexto es preciso profundizar en la consideración de los Tribunales Constitucionales como órganos constitucionales en el marco de una teoría renovada de la división de poderes. Lo cual exigiría a su vez configurar «una colaboración mucho más estrecha entre el legislador y el Tribunal Constitucional, incluyendo algunos mecanismos formales de relación» (Aja, E. y González Beilfuss, M., 1998: 262).

Y nos atrevemos a proponer la inclusión en las leyes reguladoras de la jurisdicción constitucional de mecanismos y procedimientos *ad hoc* para controlar las omisiones legislativas inconstitucionales, especialmente cuando de ellas se derivan la violación de derechos fundamentales. Portugal, y especialmente Brasil, nos proporcionarían el modelo básico a seguir.

IV. LA CONFIGURACIÓN DE LOS PODERES PRIVADOS COMO LA PRINCIPAL AMENAZA PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MUNDO ACTUAL

En la medida en que los sistemas de Justicia Constitucional surgieron históricamente como respuesta a las amenazas que se cernían sobre la Constitución liberal, serán en buena medida los presupuestos ideológicos del liberalismo los que determinarán y configurarán la estructura y funcionamiento de aquellos.

En este contexto, las únicas amenazas y los únicos riesgos que los liberales podían imaginar para los derechos fundamentales procedían del Estado. Ello determinó que la teoría jurídica de los derechos fundamentales, pieza angular del edificio constitucional liberal, se construyera sobre la base de las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, en la medida en que sólo éste podía conculcar los derechos fundamentales.

Concebida la sociedad como una arcadia feliz en la que la libertad reina gracias a un estatuto jurídico basado en los principios de generalidad de la ley,

igualdad de la ley y autonomía de la voluntad, impensable resultaba imaginar que de ella pudieran provenir ataques a la libertad.

Frente a esa utópica e idílica visión, la realidad nos muestra, sin embargo, cómo las sociedades actuales, calificadas por sociólogos relevantes (Schmitter, Panich, Jessup, Winker), como corporatistas, se caracterizan por la existencia en ellas de una pluralidad de poderes privados que rompen las obligadas posiciones de igualdad y simetría, que serían necesarias en las relaciones entre particulares para poder hablar de una auténtica autonomía de la voluntad. De suerte que, como advierte el profesor De Vega, «la teoría de los derechos fundamentales no podrá ya seguir interpretándose desde la confrontación reductora entre el Estado y el individuo, sino que, por exigencias de la lógica más elemental, habrá que entenderla desde una perspectiva más amplia. Puesto que los derechos fundamentales son lesionados también, y en todas partes, por los múltiples poderes privados surgidos en el seno de la sociedad corporatista del presente, esos poderes privados tendrán que ser forzosamente tenidos en cuenta a la hora de construir una efectiva teoría jurídica de la libertad» (De Vega, P., 2001: 16).

El problema de la libertad del individuo ha cambiado radicalmente de sesgo. Con meridiana claridad y evidente acierto ha reflejado este cambio el insigne filósofo italiano Norberto Bobbio: «No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la ‘no-libertad’, como sujeción al poder del príncipe, hay una ‘no-libertad’ más profunda... y más difícilmente extirpable: la ‘no libertad’ como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno. El problema actual de la libertad no puede restringirse ya al problema de la libertad del Estado y en el Estado, sino que afecta a la misma organización de la sociedad civil, afecta no al ciudadano en cuanto tal, esto es al hombre público, sino al hombre entero en cuanto ser social» (Bobbio, N., 1975: 453).

La realidad anteriormente descrita nos obliga a replantearnos no sólo la teoría de los derechos fundamentales sino también, y sobre todo, sus sistemas de garantías, los cuales, como ha advertido el profesor De Vega, no deberán reducirse «a contemplar hipotéticas violaciones de los mismos precedentes sólo de la acción de los poderes públicos, sino que tendrá que contemplar también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio, y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad» (De Vega, P., 1996: 269-270).

Ante esta nueva realidad, los Tribunales Constitucionales europeos han asumido la necesidad de replantear la teoría de los derechos fundamentales. El profe-

sor Bilbao Ubillos ha analizado pormenorizadamente este replanteamiento en una sugerente obra a la que remito al lector: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Bilbao Ubillos, J. M., 1997).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El profesor Carlos de Cabo, uno de los más cualificados estudiosos del Estado Social, y de su crisis, recordaba hace años en una obra ya clásica cómo «el Estado Social no produce una estructura institucional garantista de los derechos sociales a la manera como el Estado liberal la construyó para los derechos individuales». «El hecho –continuaba el Catedrático de la Universidad Complutense– es jurídicamente inatacable pero no se hace sin coste de legitimación y de erosión de credibilidad y del sentimiento constitucional» (De Cabo, C., 1986).

Esas insuficiencias de la estructura institucional garantista del Estado Constitucional son manifiestas y notorias en el ámbito de la Justicia Constitucional, instituto con el que el Estado Constitucional alcanza su consolidación definitiva. La Justicia Constitucional fue concebida para coronar con éxito el grandioso y armónico edificio del Estado Constitucional liberal. Cuando sobre las ruinas de este, tras la Segunda Guerra Mundial, fueron erigidos los Estados Sociales contemporáneos, las constituciones introdujeron sin cambios el modelo de Justicia Constitucional del Estado Constitucional clásico.

Estado Constitucional fundamentado en una teoría política de los derechos fundamentales que al concebir al Estado como única amenaza para la realización de los mismos, ningún mecanismo arbitró para proteger los derechos de las posibles violaciones imputables bien a los particulares, o bien al Estado pero no por sus actuaciones sino por su pasividad.

En este contexto, y a la vista del espectacular desarrollo y de las profundas transformaciones experimentadas por los distintos sistemas de Justicia Constitucional europeos, que han convertido a la garantía de los derechos constitucionales en su finalidad principal e inmediata, cabe propugnar la posibilidad de configurar a esos órganos como garantes también de los derechos propios del Estado Social.

Esa nueva configuración obliga inexcusablemente a olvidar los esquemas del Tribunal como legislador negativo y a establecer procedimientos para el control de las omisiones legislativas inconstitucionales. Igualmente exige tener en cuenta el dato incontrovertible de que son hoy los poderes privados, más que los públicos, la principal amenaza para los derechos de los ciudadanos.

El siglo XXI exigirá a los órganos de Justicia Constitucional llegar hasta las últimas fronteras de la Constitución normativa, a saber, tanto el control de las omisiones del legislador, como el de las violaciones de derechos fundamentales

por los poderes privados. Son estos, en mi modesta opinión, y como he tratado de exponer con mayor o menor fortuna en estas páginas, los principales retos y desafíos que el Derecho Procesal Constitucional habrá de afrontar en los umbrales del nuevo siglo y milenio. Y para afrontarlos con éxito será preciso la colaboración de todos.

De la necesidad de esa colaboración fue siempre muy consciente el profesor García-Pelayo –maestro de constitucionalistas de ambos lados del Océano– quien en el discurso que pronunció en el solemne acto de constitución del Tribunal Constitucional de España dijo: «Si la jurisdicción constitucional es un desarrollo lógico y un perfeccionamiento técnico de la idea de Estado de Derecho, esta jurisdicción implica necesariamente un alto grado de sumisión de la política al Derecho. Asegurar esta sumisión y no producir decisiones políticas en forma jurisdiccional es la delicada y alta tarea que se nos ha encomendado. Para llevarla a cabo, se necesita, ciertamente, de nuestro propio esfuerzo, pero también, sin duda, *de la sincera colaboración de todos los actores de nuestra vida política*».

De cómo se afronten los desafíos mencionados dependerá el futuro de los Tribunales Constitucionales en la medida en que ello determinará su consolidación o no como auténticos Tribunales de los ciudadanos. El recurso directo de los ciudadanos por violación de derechos constitucionales aparece entonces como el elemento central de este modelo.

Creo por ello oportuno concluir este estudio con unas observaciones realizadas a la hora de valorar el éxito del Tribunal Constitucional alemán, por el profesor Helmut Simon, quien ha desempeñado también la función de Magistrado Constitucional, y ha subrayado la importancia del recurso de Amparo para convertir al Tribunal en un Tribunal de ciudadanos, conectarlo así con el pueblo e incrementar su legitimidad: «Ha sido precisamente el recurso de Amparo el que ha hecho del *Bundesverfassungsgericht* un Tribunal de los ciudadanos, que a través del proceso han colocado en primer plano la fuerza de obligar de los derechos fundamentales, y de esa forma han logrado una influencia directa en la formación de voluntad política» (Simon, H., 1996: 834).

A la doctrina peruana corresponde valorar y enjuiciar en qué medida el nuevo Código Procesal Constitucional del Perú, cuya entrada en vigor celebramos, afronta estos problemas. Y, en todo caso, sobre los titulares de la magistratura constitucional peruana pesa la alta responsabilidad de abordarlos con prudencia, rigor y acierto.

Madrid, 9 de setiembre de 2004.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- Aja, Eliseo (1998): «Prólogo» a *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel.
- Aja, Eliseo, y González Beilfuss, Markus (1998): «Conclusiones generales» en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel.
- Azuela Güitrón, Mariano (2002): «Discurso de clausura» en *Derecho Procesal Constitucional*, 3 volúmenes, tercera edición. Coordinado por Eduardo Ferrer, Editorial Porrúa, México D. F.
- Bilbao Ubillos, Juan María (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bobbio, Norberto (1975): «Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica» en *Política del Diritto*, núm. 4.
- Cappelletti, Mauro (1955): *La giurisdizione costituzionale delle libertà (primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milán, Giuffrè.
- Chofre Sirvent, José F. (1994): *Significado y función de las Leyes Orgánicas*, Madrid, Tecnos.
- De Cabo, Carlos (1986): *La crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona.
- De Vega, Pedro (1979): «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución» en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7.
- De Vega, Pedro (2000): «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual» en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 100.
- De Vega, Pedro (2001): «Prólogo» a *El Recurso de Amparo* de Angela Figueruelo, Madrid, Biblioteca Nueva.
- Di Manno, Thierry (1997): *Le juge constitutionnel et la technique des décisions 'interpretatives' en France et en Italie*, Paris, Economica.
- Díaz Revorio, Francisco Javier (2001): *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Editorial Lex Nova.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2000): *La acción de Amparo en México y España. Estudio de Derecho Comparado*, Editorial Porrúa, México. D. F.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2002): *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, México D. F.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2003): (coord) *Derecho Procesal Constitucional*, 4 volúmenes, cuarta edición, Editorial Porrúa, México D. F.

- Fix-Zamudio, Héctor (2003): «Prólogo» a *Derecho Procesal Constitucional*, 4 volúmenes, cuarta edición. Coordinado por Eduardo Ferrer, Editorial Porrúa, México D. F.
- Montilla Martos, José Antonio (2002): *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Trotta.
- Pace, Alessandro (1990): *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei 'giudici comuni'»* en *Scritti in onore di P. Barile*, Padua.
- García Belaunde, Domingo (2003): «De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional» en *Derecho Procesal Constitucional*, 4 volúmenes, cuarta edición. Coordinado por Eduardo Ferrer, Editorial Porrúa, México D. F.
- Rubio Llorente, Francisco (1997): *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*, Madrid, Mac Graw-Hill.
- Simon, Helmut (1996): «La jurisdicción constitucional» en Benda y otros *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons-Instituto Vasco de Administración Pública.
- Tomás y Valiente, Francisco (1997): *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Torres del Moral, Antonio (1997): «Naturaleza de los derechos constitucionales» en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XVIII.

LOS MECANISMOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA PERUANA

ALFONSO GAIRAUD BRENES (*)

SUMARIO: **I.** Consideraciones previas. *A)* ¿Derechos humanos o derechos fundamentales? *B)* El Código Procesal Constitucional del Perú. **II.** Precisiones acerca de la interpretación. *A)* ¿Para qué es la interpretación? *B)* ¿Por qué el énfasis en la interpretación jurisdiccional? *C)* ¿Para qué sirven los principios interpretativos? **III.** Principios interpretativos de normas sobre derechos humanos. *A)* Principio *pro homine*. *B)* Principio de interacción. *C)* Principio de interpretación progresiva. *D)* Principio de promoción. *E)* Otros principios. **IV.** Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en el Perú. *A)* La jerarquía de los instrumentos internacionales. *B)* Los instrumentos vigentes en el Perú. **V.** Aplicación de los principios de interpretación por el Tribunal Constitucional. *A)* Principio *pro homine*. *B)* Principio *pro libertatis*. *C)* Principio de interacción. *D)* Principio de interpretación progresiva. *E)* Principio de promoción. *F)* Principio de universalidad. **VI.** Consideraciones finales.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

No me considero un experto en el sistema jurídico peruano. Sin embargo, asumí como un reto la invitación que me formulara el Dr. José F. Palomino Man-

(*) Letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Master en Derecho Público europeo de la Universidad Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Doctorando en la misma Universidad. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Latina de Costa Rica. Quiero agradecer expresamente a mi familia, ya que sin su apoyo incondicional esta presentación no hubiera sido posible.

chego para escribir algunas notas no sólo a propósito de la promulgación del Código Procesal Constitucional sino, especialmente, para honrar al ilustre profesor Domingo García Belaunde.

De la lectura de ese Código, llama vivamente la atención el texto de su artículo V porque, en un ejercicio verdaderamente novedosos en Latinoamérica, se vincula expresamente al Juez, al efectuar su interpretación, con el Derecho de los Derechos Humanos. Si bien es cierto es una tendencia cada vez más frecuente en la materia, rara vez resulta plasmada en normas de Derecho Positivo.

Además, para ejemplificar cómo el aplicador del Derecho, en este caso el Juez constitucional, emplea los principios de interpretación sobre normas de derechos humanos, he optado por utilizar fundamentalmente la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional peruano, con algunas referencias marginales a la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de mi país.

A) **¿Derechos humanos o derechos fundamentales?**

Si bien es cierto el tema a desarrollar no tiene que ver con la discusión acerca de la diferencia –o ¿similitud?– entre los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales, sí quiero dejar claro algunos puntos y el por qué he optado por la utilización de la noción de derechos humanos.

¿Qué es lo que determina el carácter fundamental de un derecho? En la doctrina se encuentran varios criterios: el formal, según el cual un derecho es fundamental si está inscrito en un texto constitucional o un texto internacional, cuyo objeto es dar la lista de esos derechos. Para el criterio material lo fundamental de un derecho está ligado a la importancia que le reconozca la sociedad. Los derechos fundamentales son aquellos que, en un sistema de valores, tienen suficiente importancia para el autor de la norma (jurídica o no) o para el Juez, lo que los hace prevalecer frente a otro que pueda oponérsele.

La utilización exclusiva de uno u otro criterio no es suficiente para definir los derechos fundamentales. Por ejemplo, ¿todos los derechos previstos en la Constitución Política son fundamentales? ¿Acaso una persona moral o de Derecho Público puede ser titular de derechos fundamentales?⁽¹⁾ Por el contrario, hay derechos fundamentales que no están ligados a una norma constitucional o un principio convencional, pero que el Juez constitucional los hace derivar. Por ejemplo el

(1) La Sala Constitucional de Costa Rica ha descartado esta última posibilidad en varias sentencias, entre ellas la n° 00174-91, del 25 de enero de 1991 o la n° 3147-98, del 12 de mayo de 1998.

principio de la dignidad humana que para el Consejo Constitucional francés se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución Política.

Otra solución propuesta es aquella de la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Los «derechos humanos» es la expresión utilizada en los textos regionales y con vocación universal. Su característica esencial es el lugar tradicional que ocupa el individuo como fin del Derecho. Es alrededor del individuo que se forma el Derecho. Por su parte los derechos fundamentales son el producto de cierto número de estratos del Derecho. Así, están los derechos de la primera generación (derechos civiles y políticos), de la segunda generación (económicos, sociales y culturales) y de la tercera generación para incluir en él todo lo que no estaba antes: son los *derechos colectivos* que ponen en relieve la protección de una entidad abstracta colectiva que puede prevalecer sobre el individuo. Por ejemplo las generaciones futuras –conjunto de sujetos de derecho que no existen todavía– o el patrimonio común de la humanidad –personalización de lo humano al atribuirle un patrimonio–. Esta concepción ubica en el centro del sistema a la colectividad y no a la persona humana y, en consecuencia, cuestiona el lugar del individuo en el sistema. Hay una protección de todo elemento viviente y el individuo se transforma en un simple elemento de protección. Así, por ejemplo el artículo 124 de la Constitución Política Suiza que habla de la dignidad de la criatura. Por estas razones –principalmente conservar al individuo como fin del Derecho– he optado por utilizar el término derechos humanos y no el de derechos fundamentales.

B) El Código Procesal Constitucional del Perú

Para la efectiva protección de los derechos humanos, ya no es suficiente la simple existencia formal de una jurisdicción especializada a nivel constitucional. La creación de los Tribunales Constitucionales y el reconocimiento de los mecanismos de protección de los derechos humanos, dentro del texto constitucional, deben ir acompañados de la producción de normas, de preferencia de rango legal, que vengán a desarrollar de la mejor manera posible esos mecanismos de protección. Es precisamente dentro de este contexto que en el año de 1995 arrancó el grupo de trabajo encargado de reunir en un solo cuerpo normativo las distintas leyes existentes.

Este trabajo vio la luz con la promulgación del Código Procesal Constitucional, una de las mayores reformas que se haya introducido en el sistema jurídico de ese país. Además de reunir los distintos procesos constitucionales⁽²⁾ se incorpora

(2) Procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, Acción Popular, Inconstitucionalidad y Competencial.

un Título Preliminar donde, entre otros, se establece la forma en que deben ser interpretados los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Tal y como lo manifestaron los miembros del grupo de trabajo, en la exposición de motivos del anteproyecto, existió una preocupación por la adecuada interpretación de los derechos humanos reconocidos no sólo en la Constitución Política sino en los instrumentos internacionales. Esta inquietud se vio plasmada en el texto del Código que, en su artículo V dispone:

«Artículo V.- Interpretación de los derechos constitucionales.

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte»⁽³⁾.

El objeto de este trabajo será precisamente el estudio de las reglas de interpretación que guían al Juez constitucional en esta labor. Toda interpretación de normas requiere de una serie de «reglas» que merecen ser recordadas, en especial tratándose de normas de derechos humanos. Una vez establecidas las pautas de interpretación a seguir se procederá a determinar cuáles son los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ratificados por el Perú y algunos ejemplos que pueden ayudar a la labor del Tribunal Constitucional.

II. PRECISIONES ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN

El tema de la interpretación ha llenado muchas páginas del Derecho, en general, y más recientemente del Derecho Constitucional, del Derecho Procesal Constitucional y del Derecho de los Derechos Humanos, las tres grandes ramas jurídicas donde ubicaría el problema de la interpretación de los derechos humanos.

No es mi intención repasar aquí *in extenso* aquellas nociones básicas sobre interpretación jurídica que todos los que nos ocupamos del Derecho conocemos,

(3) La redacción del citado artículo es muy similar a la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución Política del Perú que dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

sino, antes de referirme al asunto específico evocado por el artículo V del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional del Perú, llamar la atención sobre ciertos temas concretos que, si bien no son novedosos –creo que es ya imposible serlo en este campo–, siguen estando un poco soslayados de las discusiones sobre interpretación y, a mi juicio, merecen una plaza menos olvidada.

A) ¿Para qué es la interpretación?

Primero que nada, en un tema tan perdido entre teorías divergentes, creo que vale la pena preguntarse, cuál es el fin de la interpretación jurídica. Partiendo de la concepción del Derecho como un instrumento de regulación que persigue una convivencia pacífica, parece paradójico que la manera de entenderlo lleve a tanta disputa.

Sólo para demostrar la complejidad de la tarea de interpretación detengámonos en tres de las acepciones que, de ese término, de la XXII^{ava}. edición del *Diccionario de la Real Academia Española*. La primera de ellas dice que interpretar es «*explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*», la tercera que consiste en «*explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos*» y la cuarta «*concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad*».

Hay una clara diferencia de matices entre la primera acepción, por un lado, y la tercera y cuarta, por el otro, que se manifiesta de una manera particular en el Derecho.

La primera la identifico con el papel del jurista-técnico y el del Juez. El jurista-técnico maneja un conjunto de conocimientos específicos sobre el Derecho que le permite entenderlo y, a su vez, explicarlo a quienes no tienen ese conocimiento y el Juez «*declara el sentido de algo*» (del Derecho, en este caso). Este primer significado del verbo interpretar, no obstante, encierra una trampa sutil y, por ello, muchas veces pasa desapercibida. No debe confundirse la tarea creativa del intérprete, quien finalmente asume una opción de significado de una norma –cuando caben varios posibles–, con la posición de sacerdote iluminado a quien se le ha revelado una verdad absoluta y la transmite a sus fieles.

Y antes de aclarar lo que quiero decir con estas dos actitudes frente a la interpretación del Derecho, retomemos los significados tercero y cuarto que propone el *Diccionario* mencionado. Ellos introducen un elemento esencial de la interpretación, constituido por su aspecto subjetivo. Así, la tercera acepción habla de acciones, dichos o sucesos *que pueden ser entendidos de diferentes modos*, mientras que la última se refiere a concebir, ordenar o expresar *de un modo personal* la realidad. ¿Son realmente estos elementos ajenos a la interpretación jurídica? ¿No puede el Derecho ser entendido de diferentes modos? ¿No pueden esos

modos estar determinados por el propio intérprete, su forma de entender el Derecho y aún la realidad?

Ahora bien, la distinción que señalaba entre el intérprete que opta por un sentido posible y el sacerdote iluminado tiene una gran importancia para encarar la cuestión de la interpretación jurídica, en tanto que se parte de bases más o menos firmes para sentar las propias interpretaciones. Las bases de quien ha recibido «por revelación» el significado de los textos interpretados es inevitablemente dogmática y por esa razón descalificará toda interpretación que se le oponga. Por el contrario, una interpretación elaborada a partir del supuesto de la multivocidad del lenguaje jurídico no se cree poseedora de una verdad incontestable, sino que crea Derecho a partir de las propias limitaciones de los textos jurídicos.

En suma, contestaría a la pregunta sobre el papel que cumple la interpretación en nuestro campo enfatizando su función creadora dentro de las posibilidades y limitaciones que ofrece el Derecho Positivo.

B) ¿Por qué el énfasis en la interpretación jurisdiccional?

¿Cuáles son las formas en las que se manifiesta la interpretación jurídica? Podríamos aquí hablar de distintos campos: del académico –que incluiría el trabajo de los estudiosos del Derecho y de los docentes–, del de la interpretación auténtica, del de las interpretaciones que exponen las partes de un proceso y, finalmente, del de la interpretación de los aplicadores del Derecho, entre ellos, el Juez.

De estos ejemplos de labor interpretativa, aquella que desarrolla un impacto mayor sobre la vida social es la jurisdiccional, pues es la que prevalece en el momento de decidir un conflicto. Nos detendremos en este ámbito específico, además, porque las reglas de interpretación que sienta el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú están dirigidas a la labor jurisdiccional.

Aquí hay dos nociones en relación estrecha –interpretación y declaración del Derecho– que, no obstante, no significan exactamente lo mismo. La interpretación es parte del proceso que debe seguir el Juez para finalmente declarar el Derecho del caso concreto, pero no equivale ni abarca la totalidad de ese proceso. El acto jurisdiccional es mucho más que la interpretación. Ese «decir el Derecho» no es tan solo explicar qué es lo que establece el ordenamiento jurídico en un caso concreto, sino una elaboración compuesta de la fijación de un conjunto de hechos relevantes para la decisión como demostrados o no; de la interpretación del Derecho aplicable; y de su aplicación al caso específico. La interpretación interviene en estos dos últimos momentos, determinando los textos de Derecho Positivo que entran en juego, estableciendo su significado exacto para el caso concreto y optando por los que zanjarán la controversia en uno u otro sentido. Y en esto último,

me parece que no se ha puesto énfasis: la interpretación implica escoger, inclinarse por una tesis específica.

C) ¿Para qué sirven los principios interpretativos?

Al preferir una tesis específica por encima de otras, también plausibles, el aplicador del Derecho imprime al acto un elemento valorativo. No nos confundamos: en ocasiones se piensa que la aparición del factor axiológico conduce irremediablemente a la arbitrariedad, pero, por el contrario, no hay mayor arbitrariedad que negar la parte valorativa del Derecho y disfrazar el resultado de la interpretación de ciencia exacta.

En este sentido, los principios interpretativos, tienen una fuerte carga axiológica. Cuando hablamos de derechos humanos y de los principios *pro homine*, *pro libertatis*, o del de interacción, por solo citar algunos ejemplos, no se trata de reglas aritméticas, sino de reglas imbuidas de un contenido ideológico especial, de una forma de entender los derechos humanos, de una lucha por concederles una plaza privilegiada. Por ello repito, no nos llamemos a engaño, la interpretación del Derecho y muy particularmente la del Derecho de los Derechos Humanos tiene un fuerte contenido valorativo e ideológico, que determinará la forma de entender las normas que lo componen, sin que esto constituya un defecto, sino una consecuencia necesariamente derivada del tema regulado.

Así, el papel que juegan los principios interpretativos es el de orientar el resultado de la interpretación y del acto jurisdiccional en determinadas direcciones, según se estudiará en los ejemplos consignados más adelante.

III. PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS DE NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS⁽⁴⁾

Los principios interpretativos sobre las normas de derechos humanos, en el caso de los instrumentos internacionales, no pueden asimilarse a los del Derecho Internacional común; ya sea público o privado. Ello por cuanto los seres humanos se presentan como los sujetos de los mismos, quitándole la exclusividad a los Estados u organizaciones internacionales.

(4) Las pautas de interpretación de los Derechos Humanos han sido brillantemente agrupadas por el Profesor Néstor Pedro Sagüés en su artículo «La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional» in *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2002. El desarrollo de esta sección se hace con base en las pautas establecidas en dicho artículo.

Aunado a lo anterior, la reciente explosión del Derecho Internacional de los derechos humanos, en comparación con el Derecho Internacional tradicional, no ha permitido el pleno desarrollo de dichos principios. Sin embargo, poco a poco, se van perfilando algunos de ellos, que a continuación se destacan.

A) Principio *pro homine*

De algunas opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se deduce que los instrumentos sobre derechos humanos deben ser interpretados en el sentido que más favorezca a la persona⁽⁵⁾. Consecuencia de ese favorecimiento el aplicador del Derecho –Juez– se verá obligado a emplear la norma sobre derechos humanos más favorable, con independencia del rango que ella ocupe dentro del ordenamiento jurídico⁽⁶⁾. Podría argumentarse que lo anterior puede poner en jaque el principio de regularidad jurídica si una norma de rango infraconstitucional desarrolla y brinda una protección mayor que la reconocida en la Constitución Política. Sin embargo, no hay que perder de vista, primero, que se trata más de bien de la prevalencia de una norma para la decisión de un caso concreto –no de un juicio sobre la validez de alguna de ellas– y, segundo, que se está en la búsqueda de la mejor opción posible para proteger a la persona.

Cuando se está en presencia de libertades se habla del *principio pro libertatis*, el cual, con una orientación similar, establece que la norma jurídica debe ser interpretada en el sentido más propicio a la libertad en juego⁽⁷⁾.

B) Principio de interacción

La protección de los derechos humanos ya no es considerada como una atribución «exclusiva» del orden interno o internacional. Existe una interdependencia entre ambos⁽⁸⁾ que obliga al aplicador de la norma a valorar, al momento de tomar su decisión, lo que ha dicho al respecto tanto al Juez nacional como supranacional⁽⁹⁾. Esa influencia debe ser recíproca; es decir que el aplicador del Derecho en el ámbito

(5) Piza Rocafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo: *Derecho internacional de los Derechos Humanos: la Convención Americana*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1989, p. 67.

(6) Néstor Pedro Sagüés, *idem*, p. 37.

(7) Néstor Pedro Sagüés, *idem*, p. 36.

(8) Son varias las causas que motivan esa interdependencia como, por ejemplo, la aplicación común de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, la invocación que hacen de ellos los particulares en los distintos procesos o la posibilidad de que tanto un Juez nacional –en sentido amplio sin limitarse al constitucional– como supranacional puedan conocer un mismo caso.

(9) Piza Rocafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo, *idem*, ps. 67 y 109.

internacional no debe pasar por alto las particularidades del ordenamiento nacional, el cual debe complementar con las normas internacionales sobre derechos humanos.

C) Principio de interpretación progresiva

Según esta regla, entre varias posibles interpretaciones que puedan hacerse de la norma sobre derechos humanos, debe optarse por aquella que limite en menor medida el derecho en cuestión. Asimismo, se exige del Estado una posición activa en pro de la defensa de los derechos humanos, tomando todas las medidas a su alcance para garantizar a la persona una base mínima de protección⁽¹⁰⁾.

D) Principio de promoción

Como ya se dijo, la interpretación de las normas sobre derechos humanos lleva consigo una fuerte carga axiológica frente a la cual el aplicador del Derecho –Juez– no está inmune. Acá, nuevamente, nos alejamos de los criterios «tradicionales» de interpretación, en especial de la aplicación plana y mecánica del Derecho, debiendo su aplicador –Juez– asumir frente a las normas sobre derechos humanos una actitud de *tutela y protección*⁽¹¹⁾ con el fin de lograr su plena vigencia y promoción.

E) Otros principios

Existen otros principios que se han ido desarrollando para la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que sin embargo todavía merecen un especial tratamiento debido a los peligros que encierran para la protección misma de los derechos humanos.

Así, se habla del *principio de universalidad* según el cual, con independencia del país que se trate, debe existir un estándar mínimo de derechos humanos teniendo como consecuencia el que todas las personas disfruten de tales derechos de la misma forma; teniendo como límite la teoría del *margen de apreciación nacional*⁽¹²⁾.

El *principio de indivisibilidad*, según el cual los derechos humanos son vistos como un todo indisoluble y que el goce de unos no es compatible con la negación o lesión de otros⁽¹³⁾; ello es diferente a sostener la existencia de un solo

(10) Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1987, ps. 119 y 127. En el mismo sentido Piza Rocafort, Rodolfo E. y Trejos, Gerardo, *idem*, p. 110.

(11) Néstor Pedro Sagüés, *idem*, p. 38.

(12) Néstor Pedro Sagüés, *idem*, p. 39.

(13) *Ibid.*

bloque de derechos humanos, que es a mi juicio lo correcto, donde existe un grado de prelación entre ellos.

IV. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS APLICABLES EN EL PERÚ

Una vez analizados algunos patrones de interpretación de las normas sobre derechos humanos es necesario determinar cuál es el arsenal de instrumentos internacionales –ya sean de vocación universal o regional– del cual dispone el Juez constitucional a la hora realizar su labor de interpretación.

A) La jerarquía de los instrumentos internacionales

La Constitución Política no aborda sistemáticamente el problema de las fuentes del Derecho y su jerarquía dentro del ordenamiento. En el caso específico de los instrumentos internacionales, si bien es cierto la Constitución Política del Perú los consagra un Capítulo –Capítulo II De los tratados del Título II Del Estado y la Nación–, según la posición que se adopte su ubicación dentro de la jerarquía normativa varía considerablemente. Partiendo del contenido del texto constitucional puede decirse que los tratados internacionales sobre derechos humanos pueden tener rango legal⁽¹⁴⁾, supra legal⁽¹⁵⁾, constitucional⁽¹⁶⁾ o supraconstitucional⁽¹⁷⁾.

(14) «Artículo 200° Son garantías constitucionales: ... 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen *rango de ley*: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, *tratados*, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo». (Lo resaltado no es del original) Este artículo al enumerar dentro de las normas con rango de ley a los tratados –sin hacer distinción alguna entre los instrumentos sobre Derechos Humanos y los tratados con algún otro contenido– les da el mismo valor dentro de la jerarquía.

(15) Esta ubicación dentro de la jerarquía normativa parte de la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución Política: «las normas relativas a los Derechos Humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

(16) El otorgarles rango constitucional a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos parte de lo dispuesto en el artículo 3° de la Constitución Política, en lo que interesa, «la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo relativo de los derechos fundamentales no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno». Por el contenido mismo de estos instrumentos, ellos gozan de una jerarquía constitucional.

(17) La supremacía de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos frente a la Constitución Política puede derivarse de las disposiciones del artículo 57° de la Constitución

En el caso costarricense, la Sala Constitucional ha buscado la integración de los derechos humanos en un solo bloque, sin distinguir el origen de las normas⁽¹⁸⁾, amparándose en la reforma constitucional que dio origen al Tribunal Sala⁽¹⁹⁾.

En el caso específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con base en el artículo 48⁽²⁰⁾ del texto constitucional costarricense, la Sala Constitucional fue desarrollando paulatinamente su jurisprudencia en torno a la posición que ocupa dentro del ordenamiento jurídico costarricense hasta considerar que pueden llegar a tener un valor superior a la Constitución Política «*en la medida en que otorguen mayores garantías a las personas*»⁽²¹⁾.

El Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido un criterio similar señalando que todas las normas del ordenamiento jurídico peruano, en particular, aquellas que tienen relación con los derechos y libertades fundamentales, deben ser interpretadas con base en los tratados en materia de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte⁽²²⁾.

Política: «Cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo».

(18) La posición adoptada por la Sala Constitucional –formación de un sólo bloque de normas para la protección de los Derechos Humanos– fue aceptada por la doctrina costarricense. Así la posible, y eterna para algunos autores, discusión entre monismo y dualismo o el conflicto entre Derecho interno y Derecho externo fue evitada para concentrarse en el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos.

(19) Reforma constitucional bajo la Ley n° 7128 del 18 de agosto de 1989.

(20) «Toda persona tiene derecho al recurso de Hábeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de Amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10».

(21) Sentencia n° 2313-95, de las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco: «*Sobre esto debe agregarse que tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a Derechos Humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93)*».

(22) Expediente número 1230-2002-HC/TC, resuelto por sentencia del 20 de junio del 2002. En dicha sentencia el Tribunal manifestó que: «8.- Así, en materia de derechos funda-

En suma, con independencia del lugar que ocupen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos dentro de la jerarquía de normas, ellos deben prevalecer al momento de resolver un caso en concreto.

B) Los instrumentos vigentes en el Perú

A partir de la segunda mitad del siglo XX los tratados internacionales han comenzado a ser parte importante de la vida jurídica de la mayoría de los ordenamientos; sin que se pueda negar hoy día el papel central que juegan tanto en la organización de la comunidad internacional como en el seno de cada país.

Los instrumentos sobre derechos humanos cobran mayor relevancia luego de la Segunda Guerra mundial con la instauración de la Organización de Naciones Unidas y, además en el caso latinoamericano, con la creación de la Organización de Estados Americanos. En el seno de ambos organismos internacionales se han producido gran cantidad de instrumentos sobre derechos humanos. Es conveniente repasar cuáles de ellos han sido ratificados por el gobierno del Perú y pueden ser utilizados por el Tribunal Constitucional.

Dentro de los instrumentos con vocación universal se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽²³⁾, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽²⁴⁾, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁽²⁵⁾, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁽²⁶⁾ y su Protocolo Facultativo⁽²⁷⁾, la Convención contra la Tortura y otros

mentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre Derechos Humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional».

(23) Adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948.

(24) Los tres instrumentos fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigencia los dos primeros el 23 de marzo de 1976 y el primero el 03 de enero de 1976. Perú procedió al depósito de los instrumentos de ratificación de los Pactos el 28 de abril de 1978, y el 3 de octubre de 1980 el del Protocolo Facultativo.

(25) Adoptada el 21 de diciembre de 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969. Perú deposita el instrumento de ratificación el 29 de setiembre de 1971.

(26) Adoptada el 18 de diciembre de 1979 entrando en vigor el 3 de setiembre de 1981. El depósito del instrumento de ratificación por parte del Perú se dio el 13 de setiembre de 1982.

(27) Adoptado el 6 de octubre de 1999 procediendo Perú a su depósito el 9 de abril del 2001.

Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁽²⁸⁾, la Convención sobre los Derechos del Niño⁽²⁹⁾ y sus dos Protocolos Facultativos⁽³⁰⁾.

A nivel regional se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁽³¹⁾, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁽³²⁾, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁽³³⁾, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁽³⁴⁾.

Como se desprende de la enumeración anterior, el Tribunal Constitucional dispone de múltiples instrumentos para hacer valer los derechos humanos en caso de tener que recurrir a otros textos además de la Constitución Política. Ello extiende, aún más, la posibilidad de tener que recurrir a los principios interpretativos sobre las normas de derechos humanos para lograr su plena vigencia.

V. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez enunciados cuáles son algunos de los principios que deben utilizarse en la interpretación de instrumentos sobre derechos humanos, se va a analizar si ellos han sido utilizados por el Tribunal Constitucional del Perú y, en caso afirmativo, de qué manera, a través de su jurisprudencia.

(28) Adoptada el 9 de diciembre de 1975 procediendo Perú a su depósito el 7 de julio de 1988.

(29) Adoptada el 20 de noviembre de 1989 entrando en vigor el 2 de setiembre de 1990. Perú procedió a su depósito el 5 de setiembre de 1990.

(30) Ambos fueron suscritos el 25 de mayo del 2000; procediendo Perú a su depósito el 9 de mayo del 2002.

(31) Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entró en vigor a partir del 18 de julio de 1978. El Perú lo firmó el 27 de julio de 1977 procediendo al depósito del instrumento de ratificación el 28 de julio de 1978.

(32) Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia el 9 de diciembre de 1985 entrando en vigor el 28 de febrero de 1987 (Artículo 22 de la propia Convención). El Perú firmó la Convención el 10 de enero de 1986 depositando su instrumento de ratificación el 28 de marzo de 1991.

(33) Adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 una vez que 11 Estados depositaron los respectivos instrumentos de ratificación o adhesión. El Perú lo firmó el mismo día que fue adoptado el Protocolo y depositó el instrumento de ratificación el 4 de junio de 1995.

(34) Adoptada el 9 de junio de 1994 en Belem do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994, entrando en vigor el 28 de marzo de 1996. En el caso del Perú fue firmada el 8 de enero del 2001 y el instrumento de ratificación fue depositado el 13 de febrero del 2002.

A) Principio *pro homine*

La utilización de este criterio interpretativo por parte del Tribunal Constitucional ha permitido ampliar los supuestos en los cuales cabe el proceso de Amparo.

En la sentencia recaída bajo el expediente número 1003-98-AA/TC ⁽³⁵⁾ el Tribunal estableció un nuevo criterio en relación con la aplicación del silencio administrativo negativo y su incidencia en el plazo de caducidad para la interposición de los procesos de Amparo. En palabras del Tribunal Constitucional «*Vale decir, el principio pro homine impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en este caso, de ocasionar la caducidad y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto administrativo presuntamente lesivo.*».

Posteriormente el Tribunal Constitucional ⁽³⁶⁾ precisó que para acudir a la vía de Amparo es necesario que se cumplan todos los requisitos establecidos, entre ellos la presentación, dentro del plazo establecido los recursos del caso.

(35) Dictada el 6 de agosto del 2002: «No resulta acorde con el principio *pro homine* y *pro libertatis* de la interpretación constitucional, según los cuales, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en este caso, de ocasionar la caducidad y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto administrativo presuntamente lesivo. La tesis interpretativa que posibilita esto último es justamente la que proviene del propio tenor literal de la norma antes referida (artículo 27 de la Ley n° 23506) y de la propia naturaleza del silencio administrativo negativo; esto es, la que establece que el administrado, luego de haber impugnado un acto administrado y transcurrido el plazo para resolverlo, puede acogerse al silencio administrativo o esperar el pronunciamiento expreso de la Administración, sin que la opción por esta última alternativa genere la caducidad en el ejercicio del derecho de acción». En el mismo sentido *vid.* el expediente n° 2889-2002-AA/TC, sentencia del 11 de mayo de 2004.

(36) Sentencia emitida en el expediente n° 1339-2001-AA/TC, el 30 días de setiembre del 2002: «... lo dispuesto en el artículo 27° de la Ley N.° 23506 y que el acto presuntamente lesivo para el demandante es un acto administrativo, constituye un pre requisito para habilitar la vía del Amparo que se haya cumplido con agotar la vía previa, no bastando para que se cumpla tal presupuesto la sola presentación de recursos impugnatorios por parte del actor, sino que éstos deben cumplir con los requisitos de ley para su validez y eficacia administrativa, debiendo, en consecuencia, ser presentados dentro del plazo legalmente estipulado para, de esa manera, no contravenir el principio de oportunidad». En el mismo sentido el expediente n° 2107-2002-AA/TC, sentencia del 3 de diciembre de 2002. En este caso los recursos fueron interpuestos

Si bien es cierto con base en la utilización del principio *pro homine*, el Tribunal amplió los supuestos dentro de los cuales cabe la presentación del proceso de Amparo gracias a su interpretación del silencio negativo, se mantiene como requisito previo el agotamiento válido y efectivo de la vía administrativa.

La correcta interpretación de este principio ha llevado al Tribunal Constitucional⁽³⁷⁾ a valorar la interposición de un proceso de Amparo contra resoluciones judiciales expedidas en un proceso irregular. Ha precisado que en estos casos el llamado «Amparo contra Amparo», es una modalidad de esta acción de garantía ejercida contra resoluciones judiciales, con la particularidad que sólo protege los derechos constitucionales que conforman el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; partiendo de lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽³⁸⁾.

Asimismo, ha permitido solventar argumentos sobre la falta de legitimación del demandante para acceder al proceso de Amparo⁽³⁹⁾.

fuera del plazo establecido. Caso contrario sucedió bajo el expediente n° 1673-2002-AA/TC, sentencia del 3 de diciembre de 2002, donde el demandante cumplió con impugnar las resoluciones que consideraba violatorias de sus derechos constitucionales, y agotó la vía administrativa. En el expediente n° 3246-2003-AA/TC, sentencia del 5 de enero del 2004, el Tribunal estimó que no operó el plazo de caducidad del artículo 37° de la Ley N.° 23506, puesto que hasta el momento de interposición de la demanda de Amparo y notificación al INC, el recurrente se encontraba a la espera del pronunciamiento por parte de la referida institución y, además, la falta de respuesta oportuna de la Administración no puede ser interpretada en perjuicio del interesado.

⁽³⁷⁾ Expediente n° 200-2002-AA/TC, sentencia del 15 de octubre del 2002: «Si bien es cierto que las acciones de garantía proceden contra actos u omisiones provenientes de cualquier autoridad, funcionario o persona (artículo 1° de la Ley N.° 23506) y que, *contrario sensu*, proceden contra resoluciones judiciales emanadas de procedimientos irregulares, el sentido de la norma radica en la posibilidad, real, de que los magistrados del Poder Judicial puedan, en un proceso de Amparo, convertirse en potenciales transgresores de la Constitución». En este proceso se determinó que la sentencia cuestionada se dictó dentro de un proceso en el que se han respetado los derechos que conforman el debido proceso.

⁽³⁸⁾ «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 ...».

⁽³⁹⁾ Expediente n° 0795-2002-AA/TC, sentencia del 29 de enero de 2003. El Tribunal Constitucional luego de verificar que efectivamente constaba el poder debidamente legalizado señaló que: «*Vale decir, que el principio pro homine impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en el presente caso, del artículo 26° de la Ley N.° 23506, y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se elija la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto presuntamente lesivo*».

Otro caso relevante donde el Tribunal utilizó acertadamente el principio en cuestión fue el que se tramitó bajo expediente número 1049-2003-AA/TC⁽⁴⁰⁾. En lo que interesa se discutía si los días en que el Poder Judicial estuvo en huelga debían computarse como hábiles o no a efectos del cómputo del plazo para la interposición del proceso de Amparo. Al respecto el Tribunal estableció que:

«4. Es menester indicar que, aun cuando existiera alguna duda acerca de la condición de los días de huelga judicial –sobre su carácter hábil o inhábil–, este Tribunal tendría que utilizar la interpretación que mejor favoreciera a la protección de los derechos constitucionales. Esta opción responde al principio *pro homine*, según el cual corresponde interpretar una regla concerniente a un derecho humano «del modo más favorable para la persona, es decir, para el destinatario de la protección».... Evidentemente, en el supuesto de duda experimentado por la recurrida, que se advierte de su recurso al ordenamiento laboral para resolver la cuestión, la interpretación que mejor favorecería a los derechos protegidos por el Amparo sería aquella que considera inhábiles los días de huelga judicial, pues la interpretación contraria conllevaría una intensificación de la exigencia temporal contenida en el artículo 37° de la Ley N.° 23506».

Como lo demuestran los ejemplos citados el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio *pro homine* para ampliar el espectro de posibilidades o motivos por los cuales se puede interponer un proceso de Amparo. Esta labor interpretativa del Juez constitucional debe ir más allá y cuando la oportunidad se le presente aplicarlo en una controversia donde está en juego un derecho humano y no solamente aspectos procesales para acceder a la Justicia Constitucional.

B) Principio *pro libertatis*

El principio *pro libertatis* es otra de las pautas de interpretación seguidas por el Tribunal Constitucional. La ha utilizado exclusivamente para determinar la naturaleza subsidiaria de la detención judicial preventiva. En el expediente n° 791-2002-HC/TC⁽⁴¹⁾, sentencia del 21 de junio del 2002, el Tribunal aclaró que:

(40) Sentencia emitida el 30 de enero del 2004.

(41) En el mismo sentido los siguientes: Expediente n° 1260-2002-HC/TC, sentencia del 9 días de julio del 2002. Expediente n° 1091-2002-HC/TC, sentencia del 12 de agosto del 2002. En las tres sentencias citadas el Tribunal ha insistido en que la detención judicial preventiva, además de ser una medida provisional, debe encontrarse acorde con el principio de

«Del mismo modo, aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el Juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el Tribunal Constitucional declara que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva».

El Tribunal Constitucional ha limitado la aplicación de este principio cuando está en juego la libertad personal.

C) El principio de interacción

El principio de interacción es al que ha recurrido con más frecuencia el Tribunal Constitucional. Al invocarlo no se ha limitado a tener como punto de referencia los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que ha ido más allá al interesarse por jurisprudencia de otros Tribunales internacionales o, incluso, nacionales.

Así, el Tribunal Constitucional, con base en la Opinión Consultiva OC/8/87, N° 32 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido que el proceso de Hábeas Corpus constituye «*la vía idónea para evaluar la legitimidad constitucional de los actos o hechos practicados por quienes ejercen funciones jurisdiccionales, en la medida en que de ellas se advierta una violación del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*»⁽⁴²⁾.

proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso sólo puede deberse a la necesidad de asegurar «*la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*».

⁽⁴²⁾ Expediente n° 1230-2002-HC/TC, sentencia del 20 de junio del 2002. Además el Tribunal precisó que: «De esta forma, de consuno, tanto el ordenamiento constitucional como el

Con base en otra Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, de la Corte, el Tribunal Constitucional hizo un desarrollo muy completo de la tipología de Hábeas Corpus, para concluir que si es cierto *«la recurrente no ha sido privada de su libertad, existe una amenaza, que proviene de una orden de detención dictada por el órgano jurisdiccional emplazado»*, por lo que se está en presencia de un Hábeas Corpus preventivo; entrando a conocer el fondo del asunto ⁽⁴³⁾.

Con el fin de diferenciar los conceptos tortura, trato inhumano y trato degradante, el Tribunal Constitucional ⁽⁴⁴⁾ se ha apoyado en las precisiones que al respecto ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional se ha basado en jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán con el fin de entrar a conocer de un proceso de Amparo cuando está de por medio no un conflicto de derecho sino de interpretación constitucional ⁽⁴⁵⁾.

El mejor ejemplo de la utilización de este principio por parte del Tribunal Constitucional, lo constituye el proceso de Inconstitucionalidad seguido bajo el expediente n.º 010-2002-AI/TC, que culminó con la sentencia del 3 de enero del 2003. En dicho proceso se impugnaba la constitucionalidad de distintos Decretos

ordenamiento supranacional regional reconocen el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales. Protección judicial a la que se debe promover su acceso, aun si los actos que ocasionan agravio de los derechos constitucionales son expedidos «por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales», dentro de las cuales, naturalmente, se encuentran comprendidos los jueces; pero también cualquier autoridad o funcionario que ejerza funciones estatales».

⁽⁴³⁾ Expediente n.º 2663-2003-HC/TC, sentencia del 23 de marzo de 2004.

⁽⁴⁴⁾ Expediente n.º 1429-2002-HC/TC, sentencia del 19 de noviembre del 2002. «La distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante deriva principalmente de la diferencia de intensidad del daño infligido (Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom, 18 de enero de 1978, párrafo 164, párrafo 4º). «La tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes» (Resolución 3452 (XXX) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 diciembre de 1975; citado en la sentencia Irlanda contra Reino Unido, cit., párrafo 5º)».

⁽⁴⁵⁾ Expediente n.º 976-2001-AA/TC, sentencia del 13 de marzo del 2003. En dicha sentencia el Tribunal Constitucional señaló que: «Por ello, si en el Amparo no hay conflicto de derechos e intereses «subjetivos» contrapuestos entre partes, ello es porque los términos de la controversia giran fundamentalmente en torno a una cuestión de interpretación constitucional. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dicha interpretación «tiene la naturaleza de un disenso en el que se mencionan los argumentos a favor y en contra y finalmente se llega a una resolución de acuerdo con las mejores» [BverfGE, 82, 30 (38-39)].

En ese sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso se ha alegado la violación de un derecho constitucional, el Tribunal Constitucional es competente para entrar al fondo de la controversia.

Leyes relativos a la legislación antiterrorista y el delito de traición a la patria. Con apoyo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Tribunal dispuso que: «*En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido*» afectando el principio de legalidad penal. Por otro, lado con base en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español señaló que: «*el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación*»⁽⁴⁶⁾. Siguiendo los pronunciamientos tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha insistido en que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles⁽⁴⁷⁾.

D) El principio de interpretación progresiva

Con base en una interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley N.º 25398 en relación con el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Huma-

⁽⁴⁶⁾ «Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso «Encuesta a boca de urna» (Exp. N.º 002-2001-AI/TC), citando el Caso *Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana*, «una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad» (Fundamento Jurídico N.º 6).

Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que «la exigencia de «*lex certa*» no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 69/1989).

⁽⁴⁷⁾ «En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173º de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173º de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria».

nos, el Tribunal Constitucional, luego de descartar la posibilidad de decretar la nulidad de todo lo actuado, entró a conocer el fondo del asunto discutido en el expediente n° 1091-2002-HC/TC⁽⁴⁸⁾.

El artículo 142 de la Constitución Política impide que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, y las del Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de evaluación y ratificación de jueces, puedan ser impugnadas en sede judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, haciendo una interpretación extensiva del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha manifestado que «*detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos*»⁽⁴⁹⁾. Ello permitió al Tribunal conocer, también en este caso, del fondo del asunto.

E) Principio de promoción

El principio de promoción también ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en casos muy variados. Por ejemplo, en un caso de atención médica integral donde se solicitaba la aplicación del tratamiento de antiretrovirales a pacientes con VIH/SIDA. En esa oportunidad⁽⁵⁰⁾ el Tribunal Constitucional consideró que si bien el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales

(48) Sentencia del 12 de agosto del 2000: «Por ello, si bien en el presente caso se ha rechazado *in limine* la demanda, lo cual coloca al Tribunal Constitucional en el dilema de, o bien declarar la nulidad de todo lo actuado y, en consecuencia, ordenar se admita a trámite la acción de Hábeas Corpus; o bien, pronunciarse sobre el fondo del asunto, este Supremo Tribunal opta por hacer esto último, pues el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales reconocido por el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige del operador constitucional una especial sensibilidad y dejar de lado cualquier comportamiento que pueda significar un exceso formal de ritualismo procedimental, en particular, si en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sentencia de mérito».

(49) Expediente n° 1941-2002-AA/TC, sentencia del 27 de enero de 2003.

(50) Expediente n° 2945-2003-AA/TC, sentencia del 20 de abril de 2004. Incluso sostuvo, con base en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que al estar frente a un caso de prestación gratuita de un tratamiento, el Estado debe comprometerse a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud.

establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien en el capítulo de los derechos económicos y sociales –artículos 7° y 9° de la Constitución–, cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección mediante el proceso de Amparo.

En materia laboral también ha hecho uso de este principio, al señalar que dentro del régimen laboral de la actividad privada, la «protección «preventiva» se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley –inspirado, a su vez, en el artículo 7° del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo–, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgando un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante»⁽⁵¹⁾.

Qué mejor ejemplo de la aplicación del principio en estudio con el siguiente extracto:

«Aunque cuando se produjo la presunta detención del beneficiario no estaba vigente la Convención Americana contra la Desaparición Forzada de Personas, ni tampoco el delito de desaparición forzada se encontraba tipificado en nuestro Código Penal, tal situación no justifica de ninguna manera la comisión del delito, ni nos impide considerarlo como un grave atentado contra los derechos humanos, puesto que los derechos contra los que atenta este ilícito se encuentran protegidos por las constituciones de 1979 y 1993, así como por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú, como son la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»⁽⁵²⁾.

F) Principio de universalidad

Al referirme a este último principio quisiera citar un extracto de una resolución del Tribunal Constitucional; demostrando, una vez más, el compromiso asumido por ese órgano en favor de la mejor interpretación posible de los derechos humanos. Valga aclarar que en este caso el Tribunal se refiere al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal considerados, dentro del bloque de derechos humanos, como el pilar para el desarrollo de los restantes.

⁽⁵¹⁾ Expediente n° 976-2001-AA/TC, sentencia del 13 de marzo del 2003.

⁽⁵²⁾ Expediente n° 2488-2002-HC/TC, sentencia del 18 de marzo de 2004.

«Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»⁽⁵³⁾.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La promulgación del Código Procesal Constitucional va a representar la reforma más importante sufrida en la última década dentro del ordenamiento jurídico peruano. El reconocimiento expreso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como normas de referencia para la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución Política, abre un abanico de posibilidades para su exégesis. Varios principios se han ido perfilando, entre ellos el *pro homine* y *pro libertatis*, de interacción, de interpretación progresiva, de promoción, para ayudar al Juez en esa labor.

La interpretación de las normas sobre derechos humanos obliga al Juez –sea nacional o supranacional– a asumir una labor activa en defensa de los derechos humanos. Debe pasar de una labor meramente interpretativa a una declarativa del derecho que se puede alegar como lesionado.

El Tribunal Constitucional, como lo evidencia su jurisprudencia, ha utilizado tales principios al momento de conocer los distintos procesos. Sin embargo, en el caso del principio *pro homine* se ha limitado a aplicarlo en los procesos de Amparo para resolver cuestiones de legitimación o ampliar los supuestos los supuestos en los cuales se puede interponer. La actitud asumida frente al principio *pro libertatis*, limitándolo a la libertad personal, no debe ser obstáculo para que en el futuro extienda su aplicación a otras libertades.

(53) Expediente n° 2488-2002-HC/TC, sentencia del 18 de marzo de 2004.

PERFIL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PABLO LUIS MANILI (*)

*Al maestro Domingo García Belaunde,
uno de los padres del Derecho Procesal
Constitucional de la patria grande
latinoamericana.*

SUMARIO: I. Presentación: evolución de la materia. **II.** Contenidos del Derecho Procesal Constitucional. **III.** Naturaleza del Derecho Procesal Constitucional. **IV.** Algunas particularidades del Derecho Procesal Constitucional. **V.** Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional. **VI.** El Derecho Procesal Transnacional. **VII.** A modo de conclusión.

I. PRESENTACIÓN: EVOLUCIÓN DE LA MATERIA

El Derecho Procesal Constitucional es una materia relativamente nueva como disciplina científica, es decir, como estudio orgánico y autónomo de ciertos institutos del Derecho Constitucional que mantienen una particular relación con el Derecho Procesal.

Pero la existencia de procesos constitucionales es tan vieja como el propio constitucionalismo; o más vieja, si tenemos en cuenta el interdicto de *homine liberum exhibendo* del derecho romano, antecedente remoto del Hábeas Corpus.

(*) Doctor en Derecho y Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Se deja constancia que una versión similar de este trabajo, más focalizada en el caso argentino, será publicada en la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, coordinada por el suscripto y que, a fines de 2004, se encuentra en prensa en Buenos Aires.

Asimismo, ya en la Carta Magna de 1215 encontramos un mecanismo rudimentario de Hábeas Corpus (arts. 39 y 61), que fue luego perfeccionado por el *Hábeas Corpus Amendment Act* (Ley de Enmienda de Hábeas Corpus) de 1679. La Acción de Amparo aparece en 1841 en México, en la Constitución de Yucatán (arts. 8, 9 y 62), pero no se difunde sino hasta mediados del siglo XX.

También son dignos de ser colacionados, aunque con alguna salvedad, dos precedentes importantes: *a)* La sentencia dictada por el Juez Coke, en Inglaterra, en el caso del «*Bonham*», a principios del siglo XVII, en el cual el magistrado sostuvo que el derecho natural estaba por encima del *common law* y de las prerrogativas del Rey y decidió, por lo tanto, aplicar la norma que consideró jerárquicamente superior; y *b)* El fallo «*Marbury vs. Madison*» dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803, donde por primera vez se dejó sin aplicar una norma legal por entender que lesionaba la Constitución. El presidente de esa Corte, John Marshall, justificó la competencia de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad a través del siguiente silogismo⁽¹⁾:

- i)* El Juez está obligado a aplicar la ley.
- ii)* Si hay dos leyes contradictorias, una debe excluir a la otra.
- iii)* La Constitución es suprema y es la que define qué norma es «ley».
- iv)* Si una ley es contraria a la Constitución, no es «ley».
- v)* Si se admitiera lo contrario, el Congreso podría reformar la Constitución y ésta se transformaría en inútil.
- vi)* Si la ley no es válida, no es obligatoria y no debe ser aplicada.
- vii)* Conclusión: una ley del Congreso contraria a la Constitución no debe ser aplicada por los jueces.

Respecto de ambos fallos debemos hacer la siguiente salvedad: lo único de ellos que entendemos aplicable, como precedente, al Derecho Procesal Constitucional, es la fundamentación y la consecuente decisión acerca de quién debe controlar la validez de las normas inferiores (como se sabe, ambos fallos decidieron en favor del Poder Judicial), pero todo lo que exceda esa dilucidación, trasvasa el marco de esta materia, e ingresa en el ámbito del control de constitucionalidad, que es objeto de estudio del Derecho Constitucional, por ejemplo: cómo se ejerce ese control (posturas amplias o restrictivas); en qué casos se ejerce y en qué casos el órgano de control debe abstenerse de hacerlo (cuestiones políticas no

(1) Puede verse un análisis crítico de esa lógica en Nino, Carlos S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 261.

justiciables); cómo se interpreta la Constitución (tesis originalistas, interpretativistas u otras), etc. Esta aclaración nos conduce a ingresar en el arduo tema de cuáles son los contenidos del Derecho Procesal Constitucional y cuál es su naturaleza, temas a los que nos referiremos más abajo.

También es digno de ser mencionado, como antecedente de esta materia, el debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, de principios del siglo veinte, porque su objeto era, como sabemos, responder la pregunta acerca de quién debe ser el defensor de la Constitución, es decir: inauguraron el estudio de la magistratura constitucional. Incluso, Alcalá Zamora y Castillo sostiene que fue el primero de ellos quien fundó el Derecho Procesal Constitucional⁽²⁾, tesis con la que discrepa Sagüés⁽³⁾ quien, si bien reconoce el enorme aporte del austríaco, señala que existían antecedentes más remotos de la disciplina (en el mismo sentido opina Hitters⁽⁴⁾).

Kelsen ha sido el principal defensor de la creación de un Tribunal Constitucional por fuera de la estructura del Poder Judicial, para encomendarle la tarea de ser el defensor de la Constitución. Así lo plasmó, como se sabe, en la Constitución austríaca de 1920⁽⁵⁾ y lo expuso en varias de sus obras⁽⁶⁾. Si bien el análisis de su postura excede con creces los límites de este trabajo señalaremos los rasgos más salientes: En lo atinente al órgano, el maestro austríaco sostenía que no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones en cuanto a la conformación del órgano, no obstante lo cual proponía, en general: *a)* Que el número de sus integrantes no sea muy elevado⁽⁷⁾; *b)* Que en su designación interengan el Parlamento y el Jefe de Estado combinadamente⁽⁸⁾ (es decir, uno a propuesta del otro o viceversa); *c)* Que los juristas de profesión ocupen un lugar

(2) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Defensa*, 2ª. edición, México, UNAM, 1970, pág. 215.

(3) Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Astrea, 4ª. edición, 2002, págs. 6 y 7.

(4) Hitters, Juan C., «El Derecho Procesal Constitucional», en *El Derecho*, 121:881.

(5) Cabe aclarar que no fue ésta la primera Constitución que instituyó un Tribunal Constitucional, sino la checoslovaca de 1919.

(6) Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Fondo de Cultura Económica, 1948; *La Garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, trad. del francés de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, *passim*; y en «El Control de Constitucionalidad de las Leyes», trad. del inglés de Domingo García Belaúnde, en *El Derecho*, 156:793.

(7) Kelsen, H., *Teoría General...*, *cit.*, pág. 57.

(8) *Idem.*

adecuado, interviniendo en su designación las facultades de derecho o el propio Tribunal por cooptación⁽⁹⁾; *d*) Que se excluya de su conformación a los miembros del Parlamento y que, al mismo tiempo, se «blanquee» de alguna manera la influencia política que puedan tener sus miembros, proveyendo una parte de los cargos teniendo en cuenta la fuerza de cada partido político. En cuanto al procedimiento, Kelsen proponía una legitimación amplia: *a*) todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan dudas de su constitucionalidad deben interrumpir el procedimiento e interponer ante el Tribunal Constitucional una demanda; *b*) todos los justiciables y administrados, a través de la *actio popularis*; *c*) los Estados federados, para demandar la inconstitucionalidad de los actos del Estado federal, y viceversa (el Estado federal para demandar la inconstitucionalidad de actos de los poderes locales)⁽¹⁰⁾; *d*) el defensor de la Constitución ante el Tribunal, a semejanza del Ministerio Público que actúa en materia penal; *e*) una minoría del Parlamento, para demandar la declaración de inconstitucionalidad de una ley sancionada por la mayoría⁽¹¹⁾; *f*) el Tribunal Constitucional, actuando de oficio. Asimismo, Kelsen proponía que la sentencia anulatoria sea publicada en el mismo órgano donde se publicó la norma, aunque no descartaba que el Tribunal Constitucional tenga su propio órgano de difusión.

Contra este intento kelseniano de racionalización del Estado Constitucional de Derecho, Carl Schmitt⁽¹²⁾ intentó plantear las contradicciones que éste podría encerrar como sistema protector de la constitucionalidad de las normas. Conforme al principio orgánico de distribución del poder. La nota definitoria de la función judicial, según Schmitt, es solamente la decisión de «casos» en virtud de «leyes», y no la discusión sobre el contenido de las normas. Para este autor, se plantea un problema cuando la confrontación que se da entre la ley ordinaria y la Constitución dista de ser evidente; y el hecho que, en este supuesto, un Tribunal Constitucional pueda expedirse libremente sobre la validez o invalidez de las leyes, constituye una invasión en la función legislativa que atenta contra el principio orgánico de distribución del poder, aunque «*su decisión se adopte conforme a*

⁽⁹⁾ *Idem*, pág. 58.

⁽¹⁰⁾ En nuestro país, ello está contemplado como competencia originaria de la Corte Suprema (art. 117 CN).

⁽¹¹⁾ Así ocurre en España, donde la acción ejercida es un mecanismo especial, regulado por los artículos 81 de la Constitución y 28.2 y 79.3.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por el cual una cierta cantidad de diputados puede impugnar de inconstitucional un proyecto de ley antes que sea sancionado en forma definitiva.

⁽¹²⁾ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, segunda edición, Madrid, Tecnos, 1998, pág. 27.

un procedimiento judicial»⁽¹³⁾. Luego de analizar las distintas especies y posibilidades de defensa de la Constitución a partir de la visión crítica de la Justicia Constitucional, el autor alemán encuentra su solución en la figura del Jefe de Estado como protector de la Constitución. Esta tesis, obviamente, no tuvo mayor aceptación en la doctrina, ni aceptación en Derecho Comparado.

Siguiendo con la evolución de los procesos constitucionales, digamos que más recientemente han surgido nuevas garantías para dar respuesta a las nuevas necesidades del ser humano. Por ejemplo, frente al avance de la informática y al poder que implican los bancos de datos, ha surgido el Hábeas Data como mecanismo para la protección del derecho a la autodeterminación informativa. Desde este punto de vista es interesante la postura que sostiene cierto sector de la doctrina⁽¹⁴⁾ en el sentido que, así como a los fines didácticos se distinguen tres generaciones de derechos (los civiles y políticos o de primera generación; los económicos sociales y culturales o de segunda generación; y los de incidencia colectiva o de tercera generación) también existirían tres generaciones de garantías: la primera encarnada en el Hábeas Corpus, la segunda en el Amparo y la tercera en el Hábeas Data. Esta teoría de las tres generaciones de garantías resulta atractiva como método para explicar la notoria evolución que han exhibido las garantías: por ejemplo, antiguamente sólo se utilizaban para tutelar derechos en casos extremos (vg.: Hábeas Corpus contra la privación ilegal de la libertad), mientras que en la actualidad hay garantías susceptibles de ser ejercidas aun en ausencia de perjuicio (por ejemplo, el Hábeas Data informativo, destinado sólo a *conocer* la información existente en un banco de datos). No obstante, la clasificación de las garantías en generaciones puede privar a éstas de la riqueza que brinda la enorme variedad de garantías ideadas por los distintos sistemas procesales; esa variedad será sin duda difícil de encasillar en una u otra generación.

Con la brevísima referencia histórica que antecede queda expresado que, según nuestra opinión, el Derecho Procesal Constitucional existe tanto en países donde la magistratura constitucional se encuentra concentrada como en aquéllos donde todos los jueces ejercen el control de constitucionalidad. En palabras de Bidart Campos: «*allí donde hay control e interpretación constitucionales hay Jurisdicción Constitucional*»⁽¹⁵⁾.

(13) Este análisis es volcado desde una postura revisionista de la tesis schmittiana por Pedro de Vega García en el prólogo de la edición citada en la nota anterior, pág. 19.

(14) Basterra, Marcela I., «Hábeas Data. Derechos Tutelados», en *Doctrina Judicial* 1999-III:77.

(15) Bidart Campos, Germán J., *La Jurisdicción y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pág. 260.

Por último, aun cuando sea más que obvio, debemos destacar la creciente importancia de esta materia en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho y de una democracia participativa, que son las características salientes del moderno Derecho Constitucional, al menos en latinoamérica. Gracias al Derecho Procesal Constitucional los derechos consagrados en las constituciones cobran vida y los individuos pueden vehicular sus reclamos a través de los institutos que en él se estudian.

Con esas bases definimos a esta materia como el estudio sistematizado de los *órganos* competentes para el ejercicio del control de constitucionalidad y de los *procesos* de garantía de los derechos humanos fundamentales⁽¹⁶⁾. Como surge de esa definición, son dos, a nuestro criterio, los contenidos básicos del Derecho Procesal Constitucional, tal como se desarrolla en el punto siguiente: los *órganos* y los procedimientos.

II. CONTENIDOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Con respecto al objeto de estudio de esta disciplina, hay varias posturas:

a) Tesis restringida

Es sostenida por Néstor Sagüés⁽¹⁷⁾ y compartida por quien esto escribe; según ella, esta materia incluye el estudio de los *procesos constitucionales* (Hábeas Corpus, Amparo, acciones de Inconstitucionalidad, etc.; en definitiva, lo que Mauro Capelletti denomina «jurisdicción constitucional de la libertad») y la *magistratura constitucional* (es decir, el estudio de los *órganos* que la ejercen: tribunales constitucionales, cortes supremas, salas constitucionales, etc.)

(16) Si bien aquí utilizamos la voz «derechos humanos fundamentales» ello es por razones prácticas, ya que a nuestro entender existe una diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales: siguiendo a Pérez Luño, entendemos por derechos humanos como «... conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional»; y como derechos fundamentales, a «aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional... Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho». Sobre la definición de derechos humanos puede verse Manili, Pablo L., *El Bloque de Constitucionalidad: La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 33 y ss.

(17) Sagüés, N., *Derecho Procesal Constitucional...*, cit., pág. 4.

b) Tesis intermedia

Es sostenida por nuestro homenajeado, Domingo García Belaunde⁽¹⁸⁾, quien postula que el Derecho Procesal Constitucional incluye el estudio de los dos temas ya referidos, más la *jurisdicción constitucional*, la cual incluye: el valor jurídico de la Constitución, el control constitucional, la interpretación constitucional, etc.

c) Tesis amplia

Es sostenida por Osvaldo Gozaíni, que agrega, a todo ello, el estudio del debido proceso⁽¹⁹⁾.

Entendemos que las interpretaciones que proponen las posturas reseñadas en «b» y «c» invaden el viejo tronco del Derecho Constitucional, o, dicho de otra manera, lo amputan de manera excesiva para la conformación de esta nueva disciplina. Es decir: consideramos que no podemos quitarle al Derecho Constitucional sus capítulos dedicados al estudio de la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad, la interpretación constitucional, como sostiene el maestro García Belaunde. Lo mismo ocurre con el debido proceso, que es una materia sustantiva, un derecho en sí mismo, sin perjuicio de su utilidad como garantía de otros derechos.

III. NATURALEZA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Existe una larga discusión acerca de si la disciplina bajo estudio se inscribe en el marco del Derecho Procesal o del Constitucional. Por nuestra parte, a esta altura de su evolución, creemos que el debate debe centrarse, no tanto en la rama del Derecho a la cual *pertenece* nuestra materia, sino a la rama del Derecho de la cual *se desprendió* el Derecho Procesal Constitucional. Es decir que partimos de la base de su autonomía e independencia de otras ramas del mundo jurídico.

a) García Belaunde⁽²⁰⁾ se expide categóricamente por la primera postura y entiende que es imprescindible emplear la técnica propia del Derecho Procesal.

⁽¹⁸⁾ García Belaunde, Domingo, *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Grijley, 2000, pág. 51.

⁽¹⁹⁾ Gozaíni, Osvaldo, *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1995, pág. 77 y ss.

⁽²⁰⁾ García Belaunde, D., *De La Jurisdicción...*, cit., pág. 45, donde incluso llega a afirmar que «*el Derecho Procesal Constitucional sólo se entiende desde una teoría general del proceso*».

En un sentido similar, Hitters sostiene que la disciplina «es tributaria» del Derecho Procesal⁽²¹⁾.

b) Häberle⁽²²⁾ sostiene que es una disciplina constitucional, y Bidart Campos se enrola en esta postura cuando afirma «*la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego –tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento– son constitucionales (las últimas, cuando menos, lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la Constitución formal)*»⁽²³⁾.

c) Néstor Sagüés⁽²⁴⁾, en postura que compartimos, sostiene que es mixta, porque recibe aportes de ambas disciplinas, como explicamos más abajo.

d) Renglón aparte merece la tesis de Fix-Zamudio, quien, si bien sostiene que disciplina deriva del Derecho Procesal, distingue entre el «Derecho Procesal Constitucional» (que contiene, según este autor, los procesos y la magistratura constitucionales) y el «Derecho Constitucional Procesal» (que estudia la Jurisdicción Constitucional y el debido proceso). Así, dedica una parte de su obra sobre la materia a las *garantías judiciales* (que define como el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador⁽²⁵⁾) y de las *garantías de las partes* en el proceso (definidas como las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional⁽²⁶⁾, que coinciden con el concepto de debido proceso). Ello hace que su postura se asimile a la de quienes, sostenemos que es una disciplina mixta.

Respecto de las dos primeras posturas, creemos que ambas son insuficientes para explicar el nuevo fenómeno, ya que éste excede el marco del Derecho Procesal y el del Derecho Constitucional:

- i) Excede el primero por lo específico de la materia que se intenta resguardar a través de los procesos constitucionales. Es decir: el tipo de derechos protegidos influye en el tipo de acción que los canaliza, de manera mucho más

(21) Hitters, J., op. cit., pág. 882.

(22) Citado por García Belaunde, op. cit., pág. 34.

(23) Bidart Campos, G., *La Jurisdicción...*, cit., pág. 259.

(24) Sagüés, N., *Derecho Procesal Constitucional...*, cit., pág. 3 y ss.

(25) Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, México, Fundap, 2002, pág. 50.

(26) Fix-Zamudio, H., *Introducción...*, cit., pág. 60.

acentuada que en Derecho Procesal común. Por ejemplo: un juicio por desalojo, por daños y perjuicios o por filiación pueden tramitar perfectamente por el mismo procedimiento. Lo mismo ocurre, en materia penal, con una causa por estafa, homicidio o violación. En cambio un juicio donde se protege el derecho a la libertad física debe tramitar por Hábeas Corpus; si el derecho en cuestión es otro derecho de tipo individual la acción idónea será el Amparo; pero si se trata de un derecho de incidencia colectiva será el Amparo colectivo; e incluso dentro de éstos derechos hay algunos que, como veremos en capítulos siguientes, tienen su propio régimen de protección procesal (derechos de los consumidores y usuarios, derecho al medio ambiente sano, etc.) En otras palabras, en materia de Derecho Procesal Constitucional es imposible escindir la acción del derecho tutelado, a menos que pensemos que todos los procesos constitucionales son variantes del Amparo, lo cual es inconcebible por razones históricas y técnicas. Acción y derecho, derecho y acción, son las dos caras de una misma moneda y se influyen mutuamente; sostener que el Derecho Procesal Constitucional es meramente procesal implica negar esa interacción. Incluso, obsérvese que aquéllos que consideran al Derecho Procesal Constitucional como parte del procesal, incluyen dentro de él a una serie de institutos que creemos son propios del Derecho Constitucional, como analizamos *supra*.

- ii) Pero esta materia también excede el marco del Derecho Constitucional, porque utiliza una técnica propia del Derecho Procesal para la regulación del tipo de acción, la legitimación, los efectos de la sentencia, etc. Reconocer que se utiliza la técnica del Derecho Procesal no implica contradicción con lo dicho en el punto anterior, por cuanto esa técnica no puede liberarse de la notoria influencia que genera el tipo de derechos protegidos sobre el modo en que se regula la vía procesal adecuada para su defensa.

En cuanto a la postura dual, sostenida por Fix-Zamudio, consideramos que ella implica afirmar que hay normas procesales que se ocupan de materia constitucional y normas constitucionales que se ocupan de materia procesal. Creemos que lo rico está justamente en el fenómeno de la confluencia de dos ramas del derecho, el constitucional y el procesal, en aras de la más completa protección de los derechos humanos. Esa confluencia da por resultado la necesidad de su estudio científico autónomo. Por otra parte, como señala Sagüés, basta que una materia procesal sea incluida en el texto constitucional para que deje de ser parte del Derecho Procesal Constitucional y se incorpore al Derecho Constitucional Procesal.

En el primer párrafo de este punto nos referimos a la autonomía de esta materia. Con ello hacemos referencia a la necesidad de su estudio separado del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional. El fenómeno es similar al que se produce con los derechos humanos, para cuya conformación confluyen el Derecho

Internacional y el Derecho Constitucional, pero el estudio de esa confluencia ha adquirido autonomía académica y científica, al punto que aparece en el programa de estudios de muchas universidades. El por qué de esa autonomía radica en las particularidades que distinguen al Derecho Procesal Constitucional, algunas de las cuales se detallan a continuación.

IV. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

a) Pluralidad de normas en los Estados Federales

Como llevamos dicho, esta materia es producto de la confluencia entre el Derecho Constitucional y el Procesal. Eso genera ciertas peculiaridades en aquellos Estados federales donde los códigos de forma son dictados por las provincias, como en Argentina.

En efecto, en el Derecho Procesal Constitucional de esos países siempre hay manifestaciones de la eterna tensión entre dos fuerzas: el gobierno federal y los gobiernos locales, ya que al momento de regular cada uno de los institutos o acciones de garantía que conforman la materia, el Congreso debe ser muy cuidadoso de no exceder el marco de competencias que las provincias le delegaron. En efecto, al tratarse de una materia que es al mismo tiempo constitucional y procesal, las normas federales que la regulan deben limitarse a definir los institutos, darles su fisonomía, establecer cuáles serán los derechos protegidos a través de él; pero no mucho más, puesto que cuanto más se avance, mayor es el peligro de invadir la esfera estrictamente procesal, que compete a las provincias. El ejemplo más claro de ello es la ley argentina de Hábeas Corpus, número 23.098, que contiene dos capítulos: el primero de naturaleza federal⁽²⁷⁾, que realiza la caracterización del instituto y es aplicable en todo el país; y el segundo, que regula su instrumentación procesal, aplicable sólo en la Capital Federal⁽²⁸⁾ y en los tribunales federales. Asimismo, cuando las constituciones y leyes provinciales regulan la instrumentación procesal de cada instituto, deben cuidar de no alterar su espíritu, ni desvirtuarlo, ni estrangularlo con requisitos excesivos. Ello es por aplicación de los artículos 28 y 31 de la Constitución Nacional.

Esta particularidad va de la mano con otra, que se deriva de la sumatoria de dos factores: la estructura federal del Estado y el sistema de control difuso de

(27) Así lo decidió reiteradamente la Corte Suprema, por ejemplo en *Fallos*, tomo 302, págs. 772, 864 y 1112.

(28) La ley es de 1984, es decir, anterior a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, y dictada en épocas en que el Congreso Nacional era además, legislador local para la Capital Federal.

constitucionalidad. Nos referimos a que los jueces provinciales también ejercen la magistratura constitucional y aplican el Derecho Constitucional siempre que en una causa radicada en sede local surja una cuestión federal conexas con el objeto del juicio. Así lo establece en forma expresa, por ejemplo, el art. 208 inciso 6 de la Constitución de la Provincia de San Juan: «...*Todo tribunal provincial tiene competencia y obligación en cualquier tipo de causa para resolver las cuestiones constitucionales de naturaleza federal incluidas en las mismas*». En el mismo sentido se expide el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (art. 87). Al cumplir esa misión, el Juez local también aplicará, obviamente, Derecho Procesal Constitucional, tanto la parte sustantiva (federal) como la parte procesal (local).

b) Principio *pro homine*: pauta para superar la pluralidad de normas

Esa tensión y esa posibilidad de superposición entre lo federal y lo local tienen también su lado positivo, si se interpretan adecuadamente las normas: el mismo proceso constitucional instituido puede estar regulado, en un Estado Federal, en cinco normas distintas, pertenecientes a distintas jerarquías normativas:

- i) Tratados internacionales de derechos humanos (por ejemplo, en los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica);
- ii) Constitución Nacional;
- iii) Leyes Federales (leyes de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data, etc.);
- iv) Constituciones de Provincia (la mayoría de las constituciones locales los prevén) y
- v) Códigos de procedimientos o leyes provinciales.

Si bien la cantidad de normas y de jerarquías normativas mencionadas se reduce en los Estados unitarios, el fenómeno también se registra en ellos, ya que pueden existir normas internacionales, constitucionales y legales que regulen el mismo instituto.

Esa multiplicidad de normas, lejos de complicar la interpretación, la facilita, ya que se debe aplicar aquí el principio *pro homine*⁽²⁹⁾ y, en virtud de él, elegir la norma que sea más beneficiosa para el sistema de derechos de la persona humana. En el caso, la norma más beneficiosa será la que prevea plazos más amplios de caducidad de la acción, plazos más breves para el dictado de las resoluciones por parte del órgano judicial, menor cantidad de traslados y vistas durante su trámite,

⁽²⁹⁾ Sobre este principio puede verse Manili, P., *El Bloque...*, cit., pág. 218.

mayor facilidad para el dictado de medidas cautelares, efecto devolutivo de los recursos que se deduzcan contra las decisiones que hacen lugar a las medidas solicitadas por el peticionante, etc. Por lo tanto, de esa pluralidad de normas, tanto el justiciable como el Juez deben elegir aquella (o la combinación de dos o más de ellas) que restablezca el goce y ejercicio del derecho violado de manera más efectiva. Ese es el mandato que surge de la interpretación armónica de las siguientes normas del bloque de constitucionalidad: art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica⁽³⁰⁾; art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽³¹⁾, art. 23 de la Convención para Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer⁽³²⁾ y art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁽³³⁾.

El principio *pro homine*, utilizado como pauta para la selección de normas en el marco de la multiplicidad de fuentes que protegen los derechos humanos, es uno de los pilares del moderno Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los derechos humanos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha remarcado *«la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención utilizando principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales o en los propios ordenamientos internos... todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención en virtud del... art. 29...»*⁽³⁴⁾.

(30) *«Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...»*.

(31) *«1. Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte, en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado»*.

(32) *«Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda tomar parte de: a) La legislación de un Estado Parte, o b) cualquier otra Convención, Tratado o Acuerdo internacional vigente en ese caso»*.

(33) *«Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño, y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte, o b) El Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado»*.

(34) Opinión Consultiva n° 4/84, opinión separada del Juez Piza Escalante.

c) **Aplicación del principio *pro actione***

Varios instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas referidas a la tutela judicial efectiva de esos derechos y al derecho al acceso a la justicia: el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁽³⁵⁾, el art. 8 de la Declaración Universal⁽³⁶⁾, los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica⁽³⁷⁾ y el art. 3 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽³⁸⁾. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló la siguiente interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva, en una clara aplicación del principio *pro actione*: «*El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de **libre entrada a los tribunales** para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto*»⁽³⁹⁾ (el destacado nos pertenece).

(35) «*Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*».

(36) «*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley*».

(37) Art. 8: «*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... o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...*». Art. 25: «*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados parte se comprometen... b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial...*» (énfasis agregado).

(38) Art. 3: «*Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se comprometa a garantizar que: a) «Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo aún cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial...*». Art. 14: «*Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil*» (énfasis agregado).

(39) CIDH, Informe n° 80/99, emitido en el caso n° 10.194 («Palacios N. C/R. Argentina»).

En virtud de este principio, el Juez debe buscar la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo su rechazo *in limine* siempre que ello fuera posible y siempre que la acción tenga visos de seriedad. Este principio se encamina entonces a no entorpecer ni obstruir el derecho a la tutela judicial efectiva⁽⁴⁰⁾.

En Argentina el principio, aunque innominado, había sido aplicado ya en la década de 1950, en los casos «Siri» y «Kot»⁽⁴¹⁾, en los cuales la Corte operativizó ciertas normas constitucionales que carecían de una vía procesal adecuada para su defensa, creando así la Acción de Amparo.

En el último medio siglo es dable constatar, según enseña Cappelletti⁽⁴²⁾, una oleada hacia un nuevo concepto de acceso a la justicia, una concepción más amplia, que se traduce en programas de ayuda jurídica para gente de escasos recursos, representación de intereses y derechos colectivos por funcionarios públicos⁽⁴³⁾, reformas procesales, métodos alternativos de solución de conflictos, etc. Por nuestra parte creemos que este fenómeno se debe a la adecuación de las legislaciones internas a las prescripciones de las normas internacionales de derechos humanos⁽⁴⁴⁾. Basta recordar, al efecto, el caso «Airey»⁽⁴⁵⁾ de la Corte Europea de Derechos Humanos, que responsabilizó internacionalmente a Irlanda por no prever en su legislación interna la provisión gratuita de un patrocinio letrado para cuestiones de derecho de familia, pese a que nada impedía que la parte afectada se presentara sin patrocinio, pero —según la Corte— la complejidad del proceso la hubiera colocado en inferioridad de condiciones respecto de la otra parte. El tribunal consideró que ello violaba el derecho de *acceso a los tribunales* (art. 6.1 del Convenio Europeo) entre otros.

(40) Conf. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 392.

(41) *Fallos* 239:459 y 241:291.

(42) Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El Acceso a la Justicia*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pág. 45. A los fines cronológicos aclaramos que la primera edición de la obra es de 1978 y se refiere al «último cuarto de siglo».

(43) Por ejemplo, el art. 43 segundo párrafo y el art. 120 de la Constitución argentina, que facultan al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público a actuar en defensa de los derechos de incidencia colectiva y de los intereses generales de la sociedad.

(44) Incluso, los métodos alternativos de solución de controversias, esto es, los no judiciales, son un claro ejemplo de la influencia del Derecho Internacional en el Derecho Interno, puesto que nacieron en Derecho Internacional (negociación, investigación, buenos oficios, mediación, conciliación, arbitraje, etc.) y de allí fueron trasladados al Derecho Interno. El art. 33 de la Carta de la ONU ha codificado en 1945, la mayor parte de dichos métodos.

(45) C.E.D.H., Octubre 9 de 1979.

En definitiva, se trata de un principio axial, una clave genérica de interpretación de todas las normas del Derecho Procesal Constitucional, basado en la convicción de que «*son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos*»⁽⁴⁶⁾. Por ello, en caso de duda entre abrir o no una determinada vía procesal en defensa de un derecho humano fundamental, por aplicación de este principio, hay que estar a la respuesta afirmativa.

V. LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Esta joven rama del Derecho debe aún perfeccionarse y enfrentar algunos obstáculos para lograr su pleno desarrollo. Entre ellos encontramos:

a) La especialización de la magistratura constitucional

Siguiendo a Sagüés⁽⁴⁷⁾, advertimos que tanto en los sistemas de control difuso como en los de control concentrado de constitucionalidad, existe una gran falencia en la formación y versación de los magistrados en la Ciencia del Derecho Constitucional. Para demostrar lo antedicho, basta con constatar que hace décadas que ningún constitucionalista es nombrado como ministro de la Corte Suprema argentina; pareciera que el máximo tribunal de garantías constitucionales no necesita constitucionalistas en su seno, sino que alcanza con especialistas de otras ramas del Derecho. Otro tanto ocurre con muchos de los integrantes de los tribunales o salas constitucionales en los países que los han implementado (lo cual es aún más grave).

La interpretación constitucional presenta particularidades que están ausentes en la del derecho infraconstitucional; sencillamente porque las normas constitucionales son ontológicamente distintas de las del derecho común. Además, quien ejerce el control constitucional debe interpretar todo el sistema jurídico en clave constitucional, es decir debe hacer interpretaciones *de* la Constitución y *desde* la Constitución. No alcanza con ser un excelente civilista o penalista o laboralista: el magistrado constitucional debe conocer profundamente el Derecho Constitucional, aunque parezca verdad de Perogrullo.

⁽⁴⁶⁾ Cappelletti, Mauro, *et. al.*, ob. cit., pág. 47.

⁽⁴⁷⁾ Sagüés, Néstor P., «El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional: Logros y Obstáculos» en *Revista Hispanoamericana de Derecho*, Ponencias del II Congreso Internacional de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, Huánuco, Universidad de Huánuco, Año 1, n° 2, pág. 6 y ss.

No olvidemos que la palabra «magistrado» significa literalmente: dignidad, sapiencia, fuerza y poder, y se vincula con los términos «magistral», «magisterio», «mayestático» y «mayéutica». Quienes ejercen la magistratura constitucional cumplen, sin duda, una de las más altas funciones en la estructura del gobierno del Estado, y deben ostentar esas virtudes en grado superlativo.

b) La independencia de la magistratura constitucional

Aunque sea obvio es preciso destacar que, si quienes controlan a los poderes políticos no se desprenden de la influencia de éstos, dejan de ser *controladores* y se transforman en *convalidadores*. Si bien la independencia de los magistrados es necesaria en todos los fueros e instancias, en la magistratura constitucional se hace imprescindible. Lamentablemente, en latinoamérica la independencia del Poder Judicial en general y de la magistratura constitucional en particular, dista de ser la deseable. La jurisprudencia de la Corte Suprema durante década de 1990, sin perjuicio de algunos fallos más recientes, son pruebas acabadas de ello.

c) El perfeccionamiento de los procesos constitucionales

Un solo ejemplo demostrará que ésta es una asignatura pendiente del Derecho Procesal Constitucional: En Argentina sigue vigente el decreto ley comúnmente llamado «de desAmparo», sancionado en 1966, por lo cual aún están vigentes (aunque, a nuestro entender, inconstitucionalizadas) las normas que establecen el plazo de caducidad de 15 días para su interposición y la obligatoriedad de agotar la vía administrativa en forma previa. Es necesario modificar esa norma para hacerla más eficaz y para que cumpla con el mandato que surge del art 43 CN, que ni exige agotamiento de otra vía previa, ni establece plazos de caducidad de la acción, no obstante lo cual algunos jueces aún los exigen⁽⁴⁸⁾.

En general, para actualizar los procesos constitucionales, sería necesario: eliminar plazos de caducidad, facilitar el dictado de medidas cautelares (tradicionales e innovativas), reducir los plazos de que disponen los tribunales para expedirse, ampliar la competencia de los tribunales, establecer la gratuidad de todos los procesos constitucionales, ordenar la habilitación de días y horas en forma automática, etc. Todo ello, claro está, no implica que estemos proponiendo la ordinarización de los procesos constitucionales, sino tan solo su actualización.

(48) Ver fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en autos «Capizzano de Galdi» (*Jurisprudencia Argentina* 2000-II-57).

d) La codificación del Derecho Procesal Constitucional

Como en toda rama del Derecho que va adquiriendo autonomía científica, académica, y peso propio, surge el debate acerca de su codificación. Consideramos que, en el mediano o largo plazo, ello sin duda ocurrirá en el orden federal argentino, ya que existen, a esta fecha, algunos antecedentes en el Derecho Público Provincial:

- i) El *Código Procesal Constitucional* de la provincia de Tucumán, ley número 6944 de 1995, que legisla sobre Hábeas Corpus, Amparo general, Amparos especiales (informativo, electoral, fiscal y por mora de la administración), Amparos colectivos, y disposiciones relativas al control judicial de inconstitucionalidad (de oficio, por acción declarativa y por apelación a la Corte Suprema, incluida una especie de *per saltum*).
- ii) La *Ley de Procedimientos Constitucionales* de la provincia de Entre Ríos, número 8369 de 1990, que legisla sobre el Amparo, la acción de ejecución o prohibición por violación de la ley u ordenanza, el Hábeas Corpus, la demanda de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal y el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante el mismo órgano.

En el Derecho Comparado encontramos varios ejemplos de codificación:

- i) En España, la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (LOTIC), de 1979, sin llegar a ser un Código, no se limita a la creación de dicho órgano, sino que regula el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad, el Amparo constitucional, la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades autónomas, la declaración de inconstitucionalidad de tratados internacionales, etc.
- ii) En Costa Rica existe una *Ley de la Jurisdicción Constitucional*, número 7135, de 1989, que regula: el Hábeas Corpus, el Amparo (contra órganos del Estado y contra particulares), las cuestiones de inconstitucionalidad (acción, consulta, consulta judicial, etc.), y dos capítulos novedosos: una acción para el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta y las sanciones contra quienes incumplan órdenes dictadas en los mencionados procesos⁽⁴⁹⁾.
- iii) En el Perú se sancionó, en mayo de 2004, el *Código Procesal Constitucional*, ley 28.237, que entró en vigencia en diciembre de ese año, y regula el Hábeas

⁽⁴⁹⁾ Para un análisis exhaustivo de la ley puede verse la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional*, que contiene la reseña del Seminario sobre Justicia Constitucional celebrado en ese país por el tercer aniversario de la creación de la Sala Constitucional, San José, Juricentro, 1993, *passim*.

Corpus, el Hábeas Data, la Acción Popular, la acción de Inconstitucionalidad, la acción de cumplimiento, el Amparo, etc.⁽⁵⁰⁾

Claro está que la codificación del Derecho Procesal Constitucional, como la de cualquier materia, presenta ventajas y desventajas, que han sido claramente expuestas por Sagüés⁽⁵¹⁾. Entre las primeras menciona:

- i) La seguridad jurídica que emanaría de un cuerpo único de normas sobre la materia.
- ii) La simplificación de los subtipos de Amparo (común, electoral, sindical, tributario, aduanero, ambiental, por mora de la administración, etc.)
- iii) El aumento de la «cotización jurídica» del Derecho Procesal Constitucional, en el sentido de jerarquizar la garantía de los derechos individuales.
- iv) A esas tres ventajas agregamos nosotros las siguientes: la posibilidad de incluir un capítulo preliminar que contenga principios comunes a todos los procesos constitucionales, por ejemplo: la gratuidad de los procedimientos (que en varios países todavía está discutida para ciertos procesos), la posibilidad de interponerlos sin patrocinio letrado, algún tipo de sanción para los funcionarios judiciales que demoren excesivamente la resolución de estos casos, etc. Puede servir de modelo –perfectible– para ello el Título Preliminar introducido en el Código Procesal Constitucional peruano, que establece, entre otros, los siguientes principios procesales: *a)* Dirección judicial del proceso (rol activo de la magistratura); *b)* Interpretación de los derechos contemplados en la Constitución de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; *c)* Obligatoriedad de los precedentes emanados del máximo Tribunal y necesidad de que ese Tribunal justifique cualquier apartamiento de sus propios precedentes; *d)* Aplicación del principio *iura novit curia*.

Entre las desventajas, Sagüés refiere:

- i) La falta de un desarrollo académico suficiente que sirva de apoyatura para el Código.
- ii) La falta de maduración de la disciplina en sí misma.
- iii) Lo arduo que sería un debate sobre la codificación.

(50) Puede verse Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*, Lima, Palestra, 2004, *passim*.

(51) Sagüés, Néstor P., «La Codificación del Derecho Procesal Constitucional» en la obra colectiva por él dirigida *Garantías y Procesos Constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pág. 21 y ss.

iv) La manipulación ideológica de que puede ser objeto la disciplina al momento de la codificación.

No obstante, consideramos que las ventajas son mayores que estas desventajas, máxime cuando las dos primeras se superan con el mero paso del tiempo. En ese sentido, esta obra aspira a ser una pequeña colaboración (un grano de arena, si se permite la metáfora), desde el ángulo académico, para el desarrollo de la disciplina.

VI. EL DERECHO PROCESAL TRANSNACIONAL

El nombre utilizado en el título de este punto le fue dado por Cappelletti y Fix-Zamudio, y consiste básicamente en el estudio del procedimiento ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, sin perjuicio de otros órganos internacionales con competencia para recibir y tramitar denuncias individuales por violaciones a los derechos humanos.

Se ha planteado el interrogante de si esta materia integra o no el Derecho Procesal Constitucional: Según el maestro García Belaunde, no lo hace, sino que su estudio es parte del Derecho Internacional Público y específicamente del Derecho Internacional de los derechos humanos⁽⁵²⁾.

Por nuestra parte consideramos que es imposible soslayar la necesidad del *diálogo* ente las jurisdicciones interna e internacional⁽⁵³⁾ y la importancia de los procedimientos de protección de esos derechos, *al menos* ante el sistema interamericano. Máxime luego del ciclo constituyente iniciado en iberoamérica, en 1976, con la Constitución portuguesa y continuado con las constituciones de España, Perú de 1979, Guatemala, Brasil, Nicaragua, Colombia, Argentina, Venezuela, etc, en las cuales se realiza una amplia recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos⁽⁵⁴⁾ (incluso, en algunas de ellas con jerarquía constitucional).

Decimos «al menos» porque, además del sistema interamericano, hay otros instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen procedimientos de promoción y protección de los derechos humanos, por ejemplo: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (que se refieren al Comité

⁽⁵²⁾ García Belaunde, op. cit., pág. 56.

⁽⁵³⁾ Vid. Manili, Pablo L., *El Bloque...*, cit., págs. 183, 198, 264 y 274.

⁽⁵⁴⁾ Puede verse nuestro artículo «La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional» en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, n° 39, Octubre 2002, pág. 23 y ss.

de Derechos Humanos); la Convención contra la Discriminación Racial (que crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial); la Convención contra la discriminación de la mujer (que crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer); y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (que instituye el Comité contra la Tortura). De todos esos mecanismos el sistema interamericano es el que mantiene con los sistemas constitucionales de los países de latinoamérica un verdadero diálogo de jurisdicciones, en el cual los órganos internos y los internacionales interactúan a fin de lograr una protección integral de los derechos humanos. Además, es el único de los mecanismos mencionados que cuenta con un tribunal jurisdiccional, mientras que los demás sólo emiten informes.

Es preciso tener presente que, a fin de la aplicación de la Constitución y demás normas de Derecho Interno, las cortes supremas y los tribunales constitucionales siguen siendo los intérpretes finales; pero a los fines de la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la última palabra pertenece a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por tal motivo nos inclinamos a considerar que el estudio del Derecho Procesal Transnacional debe integrarse al estudio del Derecho Procesal Constitucional.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se ha ido gestando, durante las últimas décadas, una materia nueva, que es tributaria del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal. Se trata del estudio de ciertas herramientas y ciertos órganos que son imprescindibles para la defensa de los derechos humanos fundamentales. Sin el Derecho Procesal Constitucional (incluido el Transnacional) las normas contenidas en las constituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos serían mera retórica, o bien, un catálogo de ilusiones sin efecto práctico.

EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU DESARROLLO TARDÍO EN EL PERÚ

CARLOS MESÍA RAMÍREZ (*)

SUMILLA: **I.** A modo de introducción. **II.** El control de constitucionalidad de la ley. Antecedentes y orígenes. **III.** Sistemas de defensa de la Constitución. **IV.** Los modelos de jurisdicción constitucional. **V.** Los contenidos de la jurisdicción constitucional. **VI.** La jurisdicción constitucional en el Perú. Su desarrollo tardío. **VII.** El control de constitucionalidad de la ley en el Perú. Aspectos formales y normativos. **VIII.** El legado de la Constitución de 1979: la Ley Suprema como expresión cultural o las relaciones entre literatura, procesos sociales y Constitución (o la aparición tardía de la jurisdicción constitucional).

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En 1928 tuvo lugar un acontecimiento de la mayor importancia para el Derecho Público. Hans Kelsen terminaba de escribir el primer ensayo de sistematización del Derecho Procesal Constitucional que se publicaría seis años más tarde en Francia: «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La justicia Constitucional»⁽¹⁾. Si bien es verdad que Kelsen no fue un cultivador del procesalismo científico sino más bien un filósofo del Derecho, es el primero que estableció los lineamientos, los principios y las instituciones básicas del Derecho Procesal Cons-

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en diversas universidades del Perú y en la Academia de la Magistratura.

(1) Kelsen, Hans (1928): «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)». En: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Tomo 45, 1928, págs. 197-257.

titucional. Considerar al autor de la Teoría Pura del Derecho como el padre de esta disciplina es una *communis opinio* a partir de la afirmación en tal sentido por parte del ilustre procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo⁽²⁾.

Pero Kelsen nunca utilizó la expresión «Derecho Procesal Constitucional». Desde el propio título de su célebre ensayo, se advierte que Kelsen empleó de modo indistinto los términos *justicia* y *jurisdicción* seguidos del adjetivo constitucional, para referirse a la necesidad de crear un conjunto de instituciones, tanto sustantivas como procesales, destinadas a resolver los conflictos que tuvieran como trasfondo la Constitución, su defensa, su supremacía y, en consecuencia, la salvaguarda por parte de un órgano determinado de la regularidad y conformidad con la Constitución de los actos de los poderes y de los particulares.

En esos años sin embargo ambas expresiones no habían alcanzado su exacta dimensión semántica, ya que no existía entre sus cultivadores conciencia plena de su contenido. Era aún una disciplina en ciernes como para ensayar una definición o precisión exacta de sus contornos. En todo caso, se lo tenía como algo conocido o sobreentendido. Y fue así que al tiempo que se utilizaba con frecuencia la expresión jurisdicción constitucional, en igual sentido se manejaba el término justicia constitucional. Por consiguiente, ambas expresiones no son de antigua data. La doctrina constitucional tiene establecido que estos vocablos aparecieron en la literatura jurídica europea del período de entreguerras —concretamente por el año de 1928—, cuando tres publicistas notables dieron a la luz sus trabajos relacionados con la materia. Nos referimos a Kelsen, Eisenmann y a Mirkine-Guetzevitch⁽³⁾.

A medida que avanzaba el tiempo, a estas dos denominaciones originarias se les fueron sumando otras. Entre los constitucionalistas franceses predomina todavía la expresión control de constitucionalidad; los juristas italianos emplean los vocablos *giurisdizione costituzionale* o *processo costituzionale*, y en un sentido casi parecido los tratadistas alemanes hablan de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*,

(2) Cfr. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto (1947) *Proceso, Auto Composición y Defensa (Contribución a los fines del Proceso)*, México D.F., Editorial Imprenta Universitaria. Con excepción de Néstor Sagüés, quien considera que si el Derecho Procesal no sólo comprende la organización de los órganos de la justicia constitucional, los llamados Tribunales Constitucionales, sino también los procesos de protección de los derechos humanos, como el Hábeas Corpus, por ejemplo, «resultaría desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería». Véase: Sagüés, Néstor P. (1984) *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*. Buenos Aires, Depalma, Tomo I, pág. 11.

(3) Vid. Kelsen, Hans (1928) «La Garantía Jurisdiccional de la...» *Op. cit.*; Eisenmann, Charles (1928) *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche*. París; Mirkine-Guetzevitch (1928): «Las nuevas tendencias del Derecho Constitucional».

mientras que entre los angloamericanos es frecuente referirse a la *Judicial review* (revisión judicial). A estas expresiones, por último, debe sumarse la utilizada por Carl Schmitt, *Defensa de la Constitución*, en su conocida polémica con Kelsen.

¿Es legítimo y válido hacer uso de cualquiera de estas denominaciones como si fuesen sinónimas? Está claro que no porque con estas expresiones sólo hacemos referencia a aspectos parciales de una rama del Derecho Público en franco proceso de expansión y florecimiento. Unas son muy amplias –como Defensa de la Constitución– en tanto que otras no llegan a traducir la totalidad de la problemática –como revisión judicial– mientras que algunas otras se limitan a describir sólo una parte de la realidad, como control de constitucionalidad. El *nomen iuris* correcto es el de Derecho Procesal Constitucional, disciplina jurídica que tiene por objeto el estudio y formulación de los procesos constitucionales y de los órganos encargados de decir el Derecho en materia constitucional –la llamada jurisdicción o justicia constitucional– con la finalidad esencial de garantizar el cumplimiento, tutela y aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales⁽⁴⁾.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. ANTECEDENTES Y ORÍGENES

El Derecho Procesal Constitucional se ocupa pues del estudio de los órganos y de las normas procesales que deciden controversias de carácter constitucional. No obstante, han existido desde mucho antes de su aparición instrumentos e instituciones dedicadas a resolver los conflictos entre un derecho entendido sino como natural, por lo menos como superior. Si bien se trata de antecedentes remotos, que nada tienen que ver con el control de constitucionalidad que apareció tras la creación del Estado democrático y constitucional, dichos acontecimientos nos ilustran muy bien sobre la idea que siempre ha acompañado al hombre, en el sentido de que el detentador del poder no puede traspasar un derecho natural justo. Esta idea y las instituciones que son su fruto contienen en estado larval o embrionario, lo que habrá de ser en nuestros días el control de constitucionalidad

(4) El Derecho Procesal Constitucional o la Jurisdicción Constitucional, como la llama Pablo Lucas Verdú, es la disciplina jurídica que «tiene por objeto decidir, de modo imparcial, con arreglo al derecho objetivo y mediante los procedimientos y órganos especiales establecidos, el cumplimiento, tutela y aplicación de las normas constitucionales». Cfr. Lucas Verdú, Pablo (1983) *Curso de Derecho Político*, 3ª. ed. revisada, Madrid, Tecnos, t. II, pág. 690. El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que «son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales». El Código habla de *finis esenciales* y no de objeto, porque éste último más bien es propio del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica.

de la ley, a propósito de lo cual Kelsen habrá de fundamentar la necesidad y legitimidad de su existencia, dando lugar así al nacimiento del Derecho Procesal Constitucional por medio de su sistematización.

1. Antecedentes históricos

En su libro *La Política*, Aristóteles concebía la Constitución como una «cierta ordenación de la ciudad»⁽⁵⁾. Pero en otro pasaje de su conocida obra, el Estagirita la concebiría como: «la ordenación de todas las magistraturas, y especialmente de la suprema, y es supremo en todas partes el gobierno de la ciudad, y ese gobierno es el régimen»⁽⁶⁾. En diversas partes de su *Política*, Aristóteles afirmará que «las leyes deben establecerse en armonía con el régimen y no los regímenes a las leyes»⁽⁷⁾.

Pese a ello, hay discrepancias sobre el significado y alcances de la institución griega creada para controlar las leyes que pudiesen ser contrarias al régimen, el *Grafe Paranomon*. «¿Era una acción –dice Bertelsen– destinada a impedir la existencia de leyes contrarias a la Constitución, o tenía por finalidad contener las proposiciones de ley imprudentes? Según Touchard, no se debe esperar que la Constitución desempeñe un papel regulador, ya que el griego no da a las leyes constitucionales un lugar especial entre las leyes. Nada obstruye en la democracia el Poder Legislativo de la asamblea, a no ser la ley ya existente. La *grafe paranomon* –o acusación de ilegalidad– frena tan sólo al creador imprudente, prohibiéndole proponer, sin precauciones, disposiciones contrarias a las vigentes»⁽⁸⁾.

Pero bien se trate de un control de la ley frente al régimen o frente a la ley prudente, lo cierto es que ya en la Grecia clásica, los griegos tenían establecida toda una institucionalidad destinada a controlar las leyes.

En el Derecho Romano la ley era la declaración solemne que vinculaba en un doble sentido: a aquel que la aprobaba y a aquellos que eran sus destinatarios. La *lex privata* era el resultado de un «negocio jurídico», en tanto que la *lex publica* constituía la voluntad del magistrado que ha sido autorizada por el *populus (iussium)*. En tal sentido, la ley no sólo obligaba al pueblo que la consentía sino al

(5) Aristóteles [Siglo V A.C.] (1951) *Política*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pág. 67.

(6) *Ibidem*, pág. 78.

(7) *Ibidem*, págs. 90 y 167.

(8) Bertelsen Repetto, Raúl (1969) *Control de Constitucionalidad de la Ley*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 37.

magistrado que la elaboraba, ya que era un acuerdo entre ambos reunidos en comicios (*lex comicia*). O entre el Tribuno y la *concilia plebis* (leyes plebiscitarias).

Por consiguiente, es importante tener en cuenta las leyes comiciales y las leyes plebiscitarias frente al *ius civile* que era obra del prudente. Aquí tiene su manifestación la idea de un control sobre la ley. El *ius civile*, no podía ser modificada por la *lex*. El papel de la ley no era como aconteció con el nacimiento del Estado constitucional una fuente de innovación sino de defensa del derecho consuetudinario amenazado por disposiciones nuevas pero perjudiciales. La idea de un derecho histórico por encima del positivo acompaña también al hombre de la *civitas*.

Bajo el influjo del Derecho Romano, en la Edad Media el Derecho fue concebido como algo sempiterno, inamovible, como un conjunto de reglas profundamente arraigadas en el pueblo, al cual incluso se hallaban sometidos los reyes. El derecho vinculaba de modo obligatorio al pueblo cualquiera que fuese su lugar en la sociedad. Pero, a la vez, garantizaba a todo hombre los privilegios, derechos e inmunidades propios de su clase o estamento. El soberano no constituía una excepción a la regla. Sometido a la ley, debía gobernar conforme a ella.

La idea de todos sometidos a una ley eterna se condensa en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino: «Como toda clase de ley, eterna, natural, divina, la ley humana queda incluida en la definición de la ley general que da Santo Tomás: la ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad»⁽⁹⁾. Por consiguiente, el que gobierna no puede ir en contra de la ley natural, eterna y superior a los mandatos provenientes de su voluntad, que para convertirse en verdaderas leyes tienen que ser justas, arregladas al Derecho Natural.

Pero a medida que evoluciona la sociedad, el Renacimiento trae aparejado el descrédito de la costumbre. Los derechos consuetudinarios no son ya la única fuente benéfica que da contenido a los ordenamientos jurídicos, sino que empieza a tomar cuerpo la idea de que el monarca tiene una potestad legislativa con capacidad para aprobar nuevas reglamentaciones. El derecho deja de ser, como era en la Edad Media, un acto de descubrimiento, para convertirse en un acto de creación. Se produce a partir de entonces un incremento notable en la producción legislativa, sobre todo en Francia, pero en menor grado en Inglaterra donde todavía siguió primando, como hasta hoy, un derecho basado en la costumbre. Pese a ello, va a ser en Inglaterra donde se desarrollará la idea de que el *common law* es superior al derecho legislado. Desde esta visión, el soberano estaba limitado por tres clases de leyes: las leyes de Dios, la ley natural y las leyes fundamentales del

(9) Ibidem, pág. 46.

Estado. Como súbdito de Dios el *princeps* debía ser fiel a los fines y a los medios que Dios ha puesto a su disposición. Por otra parte, el Monarca no podía transgredir ciertos derechos y libertades que los hombres poseían por el simple hecho de ser hombres (derechos naturales o ley natural). Las leyes fundamentales del Estado regulaban la potestad soberana del príncipe, su modo de actuar al frente de la máxima magistratura.

En esta etapa del desarrollo histórico, la presencia del Juez Edward Coke constituirá un vital precedente para el posterior desarrollo del control de constitucionalidad en Norteamérica, pese a que en Inglaterra su pensamiento no tuvo mayor influencia. Sostuvo Coke que el *common law* es un derecho histórico y no un derecho racional que requiere largos conocimientos y mucha experiencia. Debe prevalecer sobre las leyes del Parlamento. En el caso *Bonham*, Coke dijo lo siguiente: «aparece en nuestros libros que en muchos casos el *common law* controla las leyes del Parlamento y a veces decide que son enteramente nulas; porque cuando una ley aprobada por el Parlamento es contraria a común derecho y razón, o repugnante, o de imposible ejecución, el *common law* debe dominar sobre ella y pronunciar la nulidad de tal ley»⁽¹⁰⁾.

Lo más importante en el pensamiento de Coke es la idea de que los jueces debían preferir el *common law* a las leyes del Parlamento, ya que este es superior al derecho legislado. Como ya se expresó, las ideas de Coke habrán de tener notable influencia en la implantación en los Estados Unidos del control judicial de constitucionalidad de las leyes. No obstante, la doctrina de Coke estaba llamada al olvido debido al triunfo de la Gloriosa Revolución de 1688 que significó la proclamación expresa de la supremacía contrapuesta, la del Parlamento.

2. La aparición de la *judicial review*

La Constitución norteamericana no recogerá expresamente la doctrina de la *Judicial review*, sino que fue el resultado de muchas decisiones judiciales expedidas con anterioridad a la Constitución de 1787. Pero todo ello terminó por asentarse en una concepción del hombre y del derecho que quedó estampada en el párrafo segundo de la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776:

«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

(10) Coke, Edward: «Reports, Parte VIII, 118ª». Citado por Raúl Bertelsen, *El Control de ...*, op. cit., pág. 60.

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 organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad...».

Todo esto quiere decir que el ordenamiento jurídico norteamericano se construye sobre la base de las libertades y la felicidad del hombre que se entiende como realidades anteriores y superiores al Estado.

Los autores de *El Federalista* sostienen que en la Convención de 1787 se abordó el principio de la *judicial review*. Como ha puesto de relieve Fernández Segado: «Hamilton atribuirá a los tribunales la trascendental función de interpretar las leyes, prefiriendo la Constitución en el supuesto de que se produjere una discrepancia entre esta y cualquier ley ordinaria:

«La interpretación de las leyes –aduce Hamilton– es propia y peculiarmente de la 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 ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores: en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la Ley Ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios»⁽¹¹⁾.

En 1803, como se sabe, el Juez John Marshall amparado en la cláusula de supremacía constitucional consagrada en el artículo 6º de la Constitución norteamericana, proclamaba en la célebre sentencia *Marbury vs. Madison* el principio esencial inherente a toda Constitución escrita, de que los jueces tienen la potestad de declarar nulo cualquier acto contrario a la Constitución, ya se trate de un acto normativo o de un acto de ejecución basado en una norma inconstitucional.

(11) Fernández Segado, Francisco (1990) «La Jurisdicción Constitucional en la actualidad». En: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, diciembre, N° 16, pág. 60.

Marshall fundamentará su doctrina en la idea de que las atribuciones del Congreso están limitadas por la Constitución, en la medida que ésta ha llevado a cabo la división de poderes y, en consecuencia, de nada serviría esta división si el Parlamento rebasará las competencias que le han sido asignadas. Como correlato de su razonamiento, Marshall se preguntaba en el célebre caso si se debía o no acatar las normas que eran contrarias a la Constitución. El Juez del caso *Marbury vs. Madison* respondió negativamente y afirmó que es misión de la judicatura decidir en cada caso lo que es ley y la que no lo es. Como las leyes incompatibles con la Constitución no son tales, la misión de los jueces es reafirmar la Constitución frente a cualquier acto normativo que intente desconocer los derechos del hombre o la división de los poderes. Para Marshall esa será en esencia la función del Poder Judicial.

Dos tradiciones del *Common Law* inglés, como sostiene Dale Furnish, hicieron posible el florecimiento de la llamada «Revisión Judicial» en los Estados Unidos de América y su posterior expansión a nivel mundial, hasta el extremo que el gran tratadista norteamericano J. A. C. Grant ha llegado a considerarla como el gran «aporte de América a la Ciencia Política universal»: *i*) la reverencia sagrada a una norma que no conoce limitaciones, sino que más bien limita a cualquier otra ley y a la actuación de todo poder público; *ii*) un Poder Judicial fuerte e independiente que interpreta la ley a través del principio del *stare decisis* con exclusión en esta labor interpretativa de los otros poderes del Estado.

En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de referir, Inglaterra ha vivido siempre bajo el reconocimiento de ciertos principios básicos, y a pesar de todos estos antecedentes, Europa no pudo ver cristalizado un efectivo control de constitucionalidad de las leyes hasta la creación por Kelsen de un órgano *ad hoc* independiente del Poder Judicial, encargado de asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales (actos normativos y actos de ejecución conformes a la Constitución).

Razones de índole sociales e ideológicas fueron la causa para que el constitucionalismo europeo rechazara de plano la experiencia norteamericana de la *judicial review*. En los Estados Unidos, el Parlamento inglés, el Rey y su gobierno aparecían como los grandes opresores, correspondiéndole a los jueces y tribunales el papel de guardianes de las libertades públicas. Muy por el contrario, en Europa, los jueces eran vistos como los brazos legales de la opresión monárquica, de ahí que la garantía de los derechos descansaba en las Cámaras legislativas, las que al amparo de la doctrina de Rousseau representaban la voluntad general del pueblo.

De otro lado, mientras en los Estados Unidos la Constitución se concebía como norma fundamental y suprema que protegía a los individuos, en Europa este

papel le correspondía a la Ley, ya que la Constitución era vista como un simple código político destinado a garantizar el ejercicio regular de los poderes. La simple división de las funciones garantizaba las libertades individuales. El Parlamento no podía violar los derechos humanos porque bajo el influjo de la tesis roussoniana la ley era expresión genuina de la voluntad popular. En esta perspectiva teórica el Juez quedaba atado a la letra de la ley como su obediente servidor y la función jurisdiccional se reduce a un simple instrumento. La boca por medio de la cual se expresa la ley.

III. SISTEMAS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

La necesidad de reparar las infracciones a la Constitución y la conveniencia de organizar la función de control de esta constitucionalidad son dos hechos que, en sí mismos, no suscitan ningún tipo de rechazo. Su aceptación se desprende como una consecuencia lógica de los principios que sustentan el Estado de Derecho: limitación del poder, vigencia y protección de los derechos fundamentales y supremacía de la Constitución (rigidez constitucional).

Mediante la Jurisdicción Constitucional se asegura el cumplimiento del orden jurídico, en la medida que las normas y los actos de los detentadores del poder se adecuan a los mandatos y los principios de la Constitución; en la medida que se delimita el área de aplicación de las leyes y se garantiza la prevalencia de la Constitución sobre la norma ordinaria. Como bien dice Lucas Verdú, la Jurisdicción Constitucional «significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo»⁽¹²⁾.

Frente a toda esta problemática se hace necesario un órgano protector de la Constitución y de la constitucionalidad, así como la instrumentalización de métodos y procedimientos de control⁽¹³⁾, lo que propiciará la aparición de dos medios de defensa de la Constitución frente a las leyes viciadas de inconstitucionalidad: el político y el jurisdiccional.

1. La defensa política de la Constitución

El constitucionalismo liberal decimonónico ideó dos modelos o sistemas: el control por el órgano judicial ordinario, típico del sistema norteamericano, y el

(12) Lucas Verdú, Pablo (1983) *Curso de...*, op. cit., t. II, pág. 687.

(13) *Cfr.* Fernández Segado, Francisco (1990) «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: Su evolución». En: AA.VV., *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 103.

control por un órgano político, de raigambre francesa. Este último, llamado también modelo político de Defensa de la Constitución (hoy en desuso y en franca retirada), confía el control de la constitucionalidad a un órgano netamente político que, en la mayoría de los casos, corresponde al Parlamento. Su origen se ubica en la Francia revolucionaria del siglo XVIII, desde donde se extendió a casi todos los países de Latinoamérica durante el siglo XIX, como fue el caso del Perú. Posteriormente, desde la promulgación de la Constitución estaliniana de 1936, su utilización se extendió hacia los demás países socialistas.

Como afirma Fernández Segado: «la exclusión de un control judicial de la constitucionalidad es una idea que siempre se ha afirmado en los textos constitucionales franceses, de ahí que sea Francia el país arquetipo del control político. La historia constitucional la muestra, como común denominador, una arraigada tradición «antijudicialista»⁽¹⁴⁾. El egregio Mauro Cappelletti ha enunciado razones ideológicas, prácticas e históricas que explican la solución francesa al problema de la defensa de la Constitución en general y del control de constitucionalidad de la ley en particular:

- a) *Razones ideológicas*: Montesquieu consideraba la división de los poderes como irreconciliable con la posibilidad de un Poder Judicial capaz de inaplicar la ley o de derogarla, en la medida que esta última se entendía como la expresión de la voluntad popular articulada por medio del Parlamento. Existía una confianza sin límites en las bondades de la ley, y en la creencia acerca de la infalibilidad del Parlamento como expresión de la *volunté générale*.
- b) *Razones prácticas*: La creación desde los inicios del constitucionalismo francés y su consecuente desarrollo histórico por más de siglo y medio, de un Consejo de Estado orientado a la tutela de la legalidad frente a los abusos del Poder Ejecutivo y no de la constitucionalidad frente a las probables arbitrariedades del Parlamento.
- c) *Razones históricas*: El extremado recelo frente a los jueces que durante el período de las monarquías absolutas convirtieron la justicia en simple ejecución de las órdenes dictadas por el Monarca.

2. La defensa jurisdiccional de la Constitución

A diferencia del control político de constitucionalidad que se basa en razones de oportunidad y conveniencia, la defensa jurisdiccional de la Constitución asume una orientación exclusivamente técnica. Tiene su lógica en la idea de impedir la ruptura de la coherencia interna del ordenamiento constitucional.

(14) Ibidem, pág. 109.

En su *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen sostendrá que el orden jurídico personificado por el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí que se hallen yuxtapuestas o en un mismo nivel. Lo que caracteriza más bien al sistema es la relación jerárquica entre distintos niveles de normas, cuya unidad está dada porque la creación de la norma más baja en el grado inferior está determinada por otra de grado superior que, a su vez, está condicionada en su creación por otra de mayor jerarquía. La unidad del sistema se basa en que este *regresus* concluye en la Constitución como la norma hipotética fundante que representa la validez de todo el orden jurídico.

De esta suerte, como indica Fernández Segado: «el Derecho a través de la vía que recorre desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de concretarse, de tal modo que cada grado del orden jurídico supone una creación de derecho respecto del grado inferior y una reproducción frente al grado superior. Pues bien, la idea de regularidad, según el jurista austríaco, se aplica a cada grado en la medida en que es creación o reproducción del Derecho»⁽¹⁵⁾, con lo que la regularidad termina siendo la compatibilidad o la validez de una norma inferior en relación con la norma superior.

Para garantizar la supremacía de la Constitución, como la norma fundamental que establece los grados de producción y aplicación del Derecho –parámetro de validez– el constitucionalismo ha ideado dos modelos de jurisdicción constitucional: el difuso y el concentrado.

IV. LOS MODELOS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La jurisdicción como emanación de la soberanía del Estado es una sola. Pero siendo una se atribuye a los distintos órganos que la Constitución y la ley establecen. En consecuencia, existe una sola jurisdicción que se manifiesta a través de distintos órganos, cada uno con competencia para ejercer esa jurisdicción de acuerdo con el reparto que se haya hecho de ella, en función a la materia, el turno, territorio, cuantía, etc.

De ahí que los modelos de jurisdicción constitucional están determinados por la forma en que tienen lugar los procesos y los órganos o tribunales a los que se encarga decidir las cuestiones constitucionales. En esta perspectiva, los modelos originarios que se observan en el Derecho Comparado son el llamado americano o difuso y el europeo o concentrado.

(15) Fernández Segado, Francisco (1990) «La Jurisdicción Constitucional en la actualidad». En: *Ius et Praxis*, N° 16, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, pág. 67.

1. El modelo americano de jurisdicción constitucional

Como se sabe, el modelo se inició con la célebre sentencia pronunciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año de 1803, recaído sobre el caso *Marbury vs. Madison*⁽¹⁶⁾. El sistema se caracteriza porque se otorga a todos los jueces la potestad de controlar la inaplicabilidad a los casos concretos de las normas ordinarias que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo. Las características fundamentales del presente modelo son:

- a) Difuso: En la medida que el control de la constitucionalidad no se concentra en un solo órgano especializado y exclusivamente competente, sino que cualquier magistrado, independientemente de su grado o jerarquía, puede resolver sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución.
- b) Incidental: Debido a que el pronunciamiento constitucional sólo es posible a partir de la existencia previa ante el órgano jurisdiccional de una *litis* o cuestión prejudicial.
- c) Especial o de eficacia *inter partes*: Es decir, que la inaplicación de la ley no tiene efectos generales, sino que la determinación de inconstitucionalidad de la norma inaplicada sólo alcanza a quienes han sido parte en la cuestión prejudicial.
- e) Declarativo (*ex tunc*): Su aplicación en el tiempo tiene una eficacia retroactiva. La norma se entiende nula, como si no hubiese existido.

2. El modelo europeo de jurisdicción constitucional

Como contribución del constitucionalismo democrático de la primera post-guerra, la doctrina concibió la creación de un Tribunal Constitucional especializado en la defensa de la Constitución y, por ende, con la misión de efectuar el control de la constitucionalidad. De esta manera se dio nacimiento a una variante del sistema de jurisdicción constitucional judicial, propio del sistema americano, por uno denominado «europeo», «austríaco» o «concentrado». Su primera aplicación tuvo lugar con la Constitución de Austria de 1919 y fue creado sobre la base

(16) Fix-Zamudio, Héctor (1991) «La Justicia Constitucional en América Latina». En: AA.VV. (1991) *Lecturas Constitucionales Andinas I*. Lima, Comisión Andina de Juristas, pág. 14...: «el sistema se ha calificado como «americano», no sólo por haberse establecido en sus lineamientos esenciales en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (con antecedentes en la legislación, y en la jurisprudencia de las colonias inglesas en América), sino también por haber servido de paradigma a la abrumadora mayoría de los países americanos, de Argentina a Canadá».

del proyecto preparado por Hans Kelsen, quien es el creador del modelo. En este sistema se atribuye la función de control constitucional a un órgano específico, al que se suele denominar «Corte Constitucional» o «Tribunal Constitucional», el mismo que ejerce su función sin dependencia ni vinculación estructural con el clásico Poder Judicial. En la aplicación del presente modelo, los jueces ordinarios no pueden conocer los asuntos que son propios de la Jurisdicción Constitucional, que sólo se encuentra reservada para este órgano especializado, siendo por tanto necesario incoar una «acción principal», cuya potestad o legitimidad para ser planteada procesalmente sólo es atribuida por la Constitución a determinadas personas (legitimados activos).

Se puede decir que las principales características de la Jurisdicción Constitucional europea son las siguientes:

- a) Concentrado: Debido a que sólo un órgano ejerce a exclusividad la función de control de la constitucionalidad.
- b) Principal: No es necesaria la existencia previa de un juicio o cuestión prejudicial. La acción se plantea directamente ante el Tribunal, mediante acto procesal comúnmente llamado «Acción de Inconstitucionalidad».
- c) General o de eficacia *erga omnes*: El control de la constitucionalidad opera de manera abstracta y general. Lo que quiere decir que las consecuencias de la declaratoria de inconstitucionalidad alcanza a todos los integrantes del ordenamiento jurídico, tanto así, que la norma jurídica declarada inconstitucional queda derogada *ipso jure*.
- d) Constitutivo (*ex nunc*): La eficacia de la norma en relación con el tiempo es *pro futuro*. La sentencia de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos. Todos los actos efectuados al amparo de la ley hasta antes de su declaratoria de inconstitucionalidad son válidos.

Pero la nota más saltante que singulariza a este sistema europeo de Jurisdicción Constitucional lo constituye la presencia de un «Tribunal Constitucional». Dada su actual repercusión en el Derecho Comparado, es notorio observar su presencia generalizada en la mayoría de los ordenamientos constitucionales, con una serie de atribuciones por lo demás bastante múltiples y dispares, siendo las principales las siguientes⁽¹⁷⁾:

(17) Para una visión panorámica de las distintas atribuciones concedidas a los Tribunales Constitucionales en la actualidad, véase el excelente trabajo de Louis Favoreu, de carácter introductorio a la obra colectiva: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

- a) Control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones normativas con rango de ley.
- b) Resolución de conflictos entre los órganos del Estado, entre las regiones y el gobierno central, o entre las regiones entre sí.
- c) Juicio Político contra los más altos funcionarios del Estado.
- d) Instancia resolutoria en caso de violación de los derechos fundamentales.
- e) Instancia resolutoria de las reclamaciones formuladas en relación con los conflictos y desavenencias electorales.
- f) Fiscalización y control de los actos de los partidos políticos y de adecuación de sus ideologías a los principios del Estado democrático constitucional.
- g) Aprobación y ratificación de tratados internacionales.

Resulta *sui generis* el caso del ordenamiento constitucional alemán que otorga competencias al Tribunal Constitucional Federal para declarar la pérdida de determinados derechos por quien realiza un ejercicio abusivo de los mismos. El artículo 18° de la Ley Fundamental de 1949 señala: «Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5°, inciso 3), la de reunión (artículo 8°), la de asociación (artículo 9°), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10°), así como el derecho de propiedad (artículo 14°) y el de asilo (artículo 16° inciso 2) quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos. La pérdida y alcance de la misma serán dictados por la Corte Constitucional Federal».

Los modelos de Jurisdicción Constitucional son el resultado de procesos históricos a los que no puede escapar ningún sistema político. Por otra parte, su importación a otras naciones o continentes implica siempre una adaptación particular. De manera que no puede hablarse nunca de modelos de jurisdicción constitucional absolutamente asépticos o puros, siendo posible la existencia de sistemas híbridos, de naturaleza «mixta» o «dual», como es el caso del Perú⁽¹⁸⁾.

(18) Sobre la naturaleza mixta o dual de nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, véase: García Belaunde, Domingo (1989) «El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú». En: *Ius et Praxis*, N° 13, julio 1989, págs. 145 y ss. (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima); Eto Cruz, Gerardo, «Breve Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Notas para un Estudio de la Jurisdicción Constitucional en el Perú», Trujillo, sobretiro de la Revista Jurídica n° 129, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, 1990, págs. 139 y ss; Quiroga León, Anfbal (1987) «La Justicia Constitucional». Derecho, N° 41, diciembre 1987, págs. 346 y ss. (Revista de la Facultad de Derecho de la

V. LOS CONTENIDOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Si bien en un principio sus fronteras cognoscitivas no se encontraban claramente definidas, hoy en día se tiene por aceptado en la doctrina la sistematización ofrecida por Mauro Cappelletti⁽¹⁹⁾. El esquema del distinguido procesalista italiano acerca del contenido de la Jurisdicción Constitucional se basa en una concepción tripartita que se desarrolla tomando en consideración los aspectos tanto subjetivo como objetivo de la Jurisdicción Constitucional.

1. La jurisdicción constitucional de la libertad

Por jurisdicción constitucional de la libertad se entiende al conjunto de los instrumentos procesales o a las llamadas «garantías», destinadas a proteger al individuo de las posibles violaciones de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución. No se trata de simples derechos, sino más bien de aquellos que por sus características poseen una naturaleza especial distinta a la de los derechos subjetivos ordinarios, puesto que se encuentran destinados a regular la dignidad y la existencia humana. Y porque su violación trasciende la esfera individual y expande su influencia nociva sobre todo el sistema jurídico y social. Se trata en suma, de la protección de los llamados «derechos públicos subjetivos», en expresión acuñada por Jellinek⁽²⁰⁾. De ahí que su salvaguarda no puede efectuarse a través de los instrumentos procedimentales ordinarios, sino que requieren mecanismos de protección adecuados. Es decir, instrumentos breves pero eficaces. Se requiere de procedimientos rápidos e idóneos, en los que predomine la celeridad, la economía procesal y la posibilidad de suplir las deficiencias procesales del agraviado en aras de la tutela procesal efectiva del derecho.

Pontificia Universidad Católica del Perú; Danós Ordóñez, Jorge y Martha Souza Calle (1987) «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general». En: AA.VV. (1987) *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, págs. 281-393.

(19) Cappelletti, Mauro (1955) *La Giurisdizione Costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*, Milano, Giuffrè. Hay traducción castellana a cargo de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961. Otros trabajos sobre la materia del distinguido procesalista y comparatista italiano son: «La Giustizia Costituzionale in Italia», en: *Giurisprudenza Costituzionale*, año quinto, Milano, Giuffrè, 1960; «Nécessité et légitimité de la Justice Constitutionnelle», en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, Trente Troisième année, N° 2, avril-juin, 1981; y *La Justicia Constitucional*, México, UNAM, 1987.

(20) Cfr. Jellinek, Georg (1912) *Sistema de Derecho Público Subjetivo* (en italiano), pág. 390. Citado por Fix-Zamudio, Héctor (1982) *La Protección Jurídica y Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales*. México D.F., Civitas S.A., pág. 48.

2. La jurisdicción constitucional orgánica

La Jurisdicción Constitucional Orgánica está constituida fundamentalmente por los siguientes contenidos:

- a) Control de la constitucionalidad de las leyes y de todo el ordenamiento jurídico.
- b) Resolución de conflictos de competencia entre los órganos del Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), o entre los Estados Federados y el Federal; entre el Gobierno Central y las regiones o de las regiones entre sí.
- c) Puede ser también contenido de la Jurisdicción Constitucional Orgánica el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado y, como sucede en el caso de Alemania Occidental y de Chile, ella puede también abarcar el problema de los partidos políticos con ideologías supuestamente reñidas con la existencia de un régimen constitucional.

3. La jurisdicción constitucional comunitaria e internacional

También llamada Jurisdicción Constitucional Supranacional o Jurisdicción Constitucional Transnacional. En ella se encuentran contenidos los diversos instrumentos procesales de carácter internacional de los que pueden valerse las personas de un determinado Estado, a fin de hacer valer sus derechos fundamentales en la esfera internacional ante tribunales con competencia regional o universal si es que, agotada la esfera interna, el afectado considera que sus derechos fundamentales quebrantados no han tenido el reparo que les correspondía.

VI. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ. SU DESARROLLO TARDÍO

Desde una perspectiva jurídica, en el Perú la evolución de los derechos fundamentales ha estado marcada por una idea de Constitución que ha predominado a lo largo de su historia como República. En el desarrollo del Derecho Constitucional de occidente pueden observarse dos líneas evolutivas que conducen, la primera, a una concepción de la Constitución como una norma eminentemente jurídica, y la segunda, a una concepción de la Constitución como una norma meramente política.

La primera línea evolutiva concibe la Constitución como una ley fundamental que contiene un conjunto de valores metapositivos que los poderes constituidos no pueden violar. Heredera de la tradición jusnaturalista europea, con raíces en Locke y Kant, esta concepción conduce a entender la Constitución como norma jurídica que vincula tanto a gobernantes como a gobernados. Su principal contribución va a ser la afirmación de un control de constitucionalidad de las

leyes, debido a que la sociedad política se ha fundado para preservar las libertades de los ciudadanos frente a cualquier arbitrariedad, comprendidas las arbitrariedades del poder legislativo. Desarrollada por el constitucionalismo norteamericano, su primer atisbo puede observarse en la primera enmienda a la Constitución americana que supone ya un límite al poder del Parlamento: «El Congreso no podrá hacer ninguna ley que tenga por objeto establecer una religión o prohibir su libre ejercicio, limitar la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y de presentar peticiones al gobierno». Al respecto, Eduardo García de Enterría afirma:

«La idea de Constitución como *supreme law of the land*, como se proclama en el artículo VI, sección 2º, de la Constitución de 1787, viene a su vez, de dos fuentes: del pactismo social, y sobre todo de Locke, que ven en un pacto social básico el fundamento de todo orden político y jurídico, y la idea de un *higher law*, la idea de un derecho natural concebido como *fundamental law* y *lex legum*, idea que aportan los puritanos al suelo americano y en nombre de la cual los colonos concluirán por romper el lazo de obediencia al Rey inglés al ignorar esos derechos superiores»⁽²¹⁾.

La segunda línea evolutiva, en cambio, hunde sus raíces en la teoría europea del «principio monárquico». El mismo Eduardo García de Enterría manifiesta:

«... la idea europea de Constitución será distinta. Es cierto que en las Asambleas revolucionarias francesas resuenan concepciones análogas (la idea de Constitución como obra de un poder constituyente superior, expresión de la «soberanía nacional», el enunciado de muchos de los derechos del hombre y del ciudadano contenidos en la Gran Declaración de 1789 como claros límites al legislador), pero esa concepción va a perecer. Por una parte, desde la izquierda, a partir de la concepción jacobina de la primacía absoluta del poder legislativo, expresión permanente de la voluntad general ilimitada. Por otra parte, desde la derecha, tras Napoleón y la Restauración, que limitarán la función de la Constitución a una articulación de

⁽²¹⁾ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1996) *Curso de Derecho Administrativo*. 7ª. ed., Madrid, Civitas S.A., Tomo I, págs. 96-97. También puede consultarse: García de Enterría, Eduardo (1985) *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª. ed., Madrid, Civitas S.A. En el mismo sentido De Otto, Ignacio (1995) *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. 2ª. ed., Barcelona, Ariel S.A., pág. 13.

poderes superiores que, además, el Rey «otorga» o, como mínimo (versión española del «principio monárquico»), codecide con el pueblo. Todo el XIX será tributario de esta concepción desvalorizada de la Constitución; la reivindicación democrática se hará jugar a favor de la omnipotencia del legislativo»⁽²²⁾.

Bajo la última de estas concepciones, la Constitución no supone una norma que haga referencia a valores metapositivos que es preciso defender y salvaguardar, sino una norma política encargada de introducir coherencia en la organización del Estado, una suerte de instancia moderadora de las competencias y las funciones estatales. Formulada con posterioridad a las doctrinas jusnaturalistas que hicieron posible el nacimiento del Estado constitucional, el eje principal de esta doctrina estriba en considerar al Rey o al Jefe de Estado como un poder neutro o conservador. El más insigne cultor de esta teoría habrá de ser Benjamín Constant:

«La Monarquía Constitucional crea este poder neutro en la persona del jefe de Estado. El interés verdadero de este jefe no es en modo alguno que uno de estos poderes derribe al otro, sino que todos se apoyen, se entiendan y obren de mutuo concierto. No se ha distinguido hasta ahora en las organizaciones políticas más que tres poderes.

Encuentro yo cinco, de naturalezas diversas, en una monarquía constitucional: 1. El poder real; 2. El Poder Ejecutivo; 3. El Poder representativo tradicional; 4. el poder representativo de la opinión; 5. El Poder Judicial (...). El poder real está en medio, pero encima de los otros cuatro, autoridad a la vez superior e intermediaria, sin interés en perturbar el equilibrio e interesada, por el contrario, en conservarlo»⁽²³⁾.

Esta idea de Constitución europea, hace del rey, como poseedor fáctico del ejército y la burocracia, una instancia anterior al poder constituyente del pueblo respecto del cual la Constitución será a lo sumo un conjunto de limitaciones *a posteriori*, sin que pueda convertirse a la larga en una fuente originaria de dere-

(22) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1996) *Curso de...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 97. También De Otto, Ignacio (1995) *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, págs. 13-14.

(23) Constant, Benjamín (1968) [1818] *Curso de Política Constitucional*. Madrid, Taurus S.A., Volumen 3, págs. 14-15.

chos fundamentales. Pero una concepción constitucional de esta índole implica una supremacía del poder sobre el individuo, lo que va a determinar que los derechos fundamentales sólo se realizan en el marco de la ley y que la Constitución no tiene carácter normativo ni vinculante.

En esa medida, la Constitución no tiene como finalidad primera salvaguardar derechos fundamentales, sino la de regular, ordenar, «moderar», la actividad de los poderes. Como correlato lógico de esta posición, predomina la idea montesquiana de que los jueces son meros aplicadores de la ley, y en consecuencia, no están facultados para crear Derecho ni para ejercer un control por lo menos difuso de constitucionalidad de las leyes⁽²⁴⁾.

En cambio, bajo la concepción que entiende la Constitución como una norma jurídica, informadora de valores, se hace necesario diseñar un sistema de justicia constitucional destinado a defender los derechos humanos, antes que el establecimiento de mecanismos moderadores de la coherencia organizativa del poder político. Lo que implica, bien se sabe, la materialización de un sistema de jurisdicción constitucional en la medida que todos los poderes están sometidos a la *lex legum*.

La idea de Constitución como una norma política ha predominado en el Derecho Constitucional del Perú a lo largo de los siglos XIX y XX hasta la llegada de la Constitución de 1979. El predominio de esta concepción explica, en parte, la tardía institucionalización de la jurisdicción constitucional y un modelo constitucional de derechos humanos insuficiente, no sólo desde el ámbito de la protección procesal sino desde el desarrollo de una dogmática constitucional orgánica.

(24) No resulta casual por eso que Carl Schmitt, el más acérrimo crítico de la jurisdicción constitucional, apele a la «teoría especial del *pouvoir neutre, intermédiaire y regulateur*» de Benjamín Constant para cuestionar la creación de una defensa jurisdiccional de la Constitución. «Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente, afirma Schmitt, no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar trasgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso –y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral– y entonces nos hallamos ante un tercero neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención». Cfr. Schmitt, Carl (1983) [1931] *La Defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid, Tecnos S.A., pág. 213.

1. Ideología y doctrina constitucional en el Perú del siglo XIX

Una revisión muy breve de los principales autores que escribieron o que ejercieron notable influencia en el campo constitucional, nos permite demostrar lo señalado en líneas precedentes. Que la doctrina y la ideología predominante no ha sido la idea de Constitución normativa, sino política y que en ese terreno la supremacía del Parlamento y la imposibilidad de los jueces de controlar la ley ha primado a lo largo de nuestra historia y constituye la explicación de la aparición tardía del control de constitucionalidad de la ley y el florecimiento reciente de los estudios afincados en la disciplina del Derecho Procesal Constitucional.

1.1. *Ramón de Salas y Cortés*

El concepto aristotélico de que el Estado ha sido creado para realizar el bien común; la tesis montesquiana de que el Juez es simplemente la boca por la que habla la ley, aserto general en el siglo XIX, y la existencia de un poder neutro o conservador, como medio de salvaguardar la regularidad constitucional de las leyes, tienen su primera postulación en la obra de este profesor español.

En efecto, el control de la constitucionalidad de la ley se otorga a un poder conservador, cuarto poder, en la teoría de Ramón de Salas y Cortés, «cuerpo intermedio destinado a oponerse a las naturales extralimitaciones de los otros poderes». Entre las funciones ejercidas por ese poder, estaba la de «declarar la inconstitucionalidad, y por consiguiente la nulidad de los actos del cuerpo legislativo, ó del cuerpo ejecutivo, sobre la reclamación de uno de los dos, ó sobre otras provocaciones que la Constitución tenga por válidas»⁽²⁵⁾.

Sin embargo, como la naturaleza de los cuerpos conservadores es la de conciliar la doctrina democrática con el poder de la monarquía, la tesis del poder conservador no iría más allá de su mera postulación. Sin monarquía con quien conciliar, en el Perú, el poder conservador no pasaba de ser una proposición que respondía a imitaciones foráneas. Amalgama de teorías contrapuestas el pensamiento constitucional decimonónico se va abriendo paso bajo las siguientes premisas: el ejercicio del poder tiene un origen divino pero que Dios traslada al pueblo a través de la necesidad humana de vivir en sociedad. El Estado no se construye para la protección de derechos, sino para hacer realidad el bien común y el Parlamento como gran representante de la soberanía popular sólo está sometido a un autocontrol. Esta será la línea de pensamiento que con ligeras variantes

(25) De Salas y Cortés, Ramón (1827) *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España*. Lima, en la Imprenta republicana por José María Concha, pág. 82.

se impondrá en el pensamiento constitucional. La teoría constitucional se construye sobre los supuestos de que es el Parlamento el poder supremo.

1.2. Bartolomé Herrera

En 1842, como se sabe, Bartolomé Herrera introdujo en los estudios del colegio superior de San Carlos importantes reformas en la enseñanza del Derecho Constitucional. Se sustituye el antiguo texto de Heineccio por el de Silvestre Pinheiro Ferreira, *el Derecho Público Interno y Externo*, que Bartolomé Herrera traduce con sus propias anotaciones bajo el nombre de *Derecho Público Interno o Derecho Constitucional*.

El rector de San Carlos, creyente en el derecho natural, cree que la soberanía humana encuentra su limitación en la ley de Dios. «No obliga pues el soberano sólo porque manda –dice Bartolomé Herrera– sino porque manda en nombre de la ley natural. Su autoridad no es absoluta. Cuando lo que manda es conforme a esa ley, impera legítimamente: ejerce el derecho que llamamos soberanía»⁽²⁶⁾. De un pensamiento así podría desprenderse la idea de que quien manda lo hace con arreglo a un derecho natural que no se puede traspasar. En el pensamiento de Herrera el Dios infalible y sempiterno delega parte de su soberanía a un hombre falible e impotente. Por tanto, al detentador del poder en la tierra le está vedada cualquier conducta arbitraria. El súbdito obedece a las autoridades constituidas, pero sin que ello signifique esclavitud. Porque en último grado el súbdito no obedece al soberano sino al propio Dios. Por consiguiente, puede ser lícita una resistencia pasiva.

Pero como Herrera no cree en el pacto social a pesar de que el derecho natural forma la base de todo su sistema y aun cuando no existe en el Perú un gobierno monárquico, el ilustre rector de San Carlos asume la doctrina del Poder Neutro elaborada por Benjamín Constant. Cuando Pineheiro Ferreira comenta que:

«Una vez reconocido en la corona el derecho de concurrir en calidad de tercera porción del Poder Legislativo, con las cámaras a la formación de las leyes, debe determinarse, como lo hemos hecho con las otras dos porciones, en qué consiste la especialidad de su mandato (...). Si se reflexiona lo que hemos dicho sobre las diferentes especies de intereses que pueden servir de base a la especialidad de los mandatos, que no sería conveniente confiar a un solo encar-

⁽²⁶⁾ Herrera, Bartolomé (1934) *Escritos y Discursos*. Lima, Editorial F. y E. Ronsey, Tomo II, pág. 20.

gado del poder, se concluirá fácilmente que estando las dos primeras especies confiadas a las dos cámaras del Parlamento nacional, las otras dos constituyen reunidas la parte de la corona, que colocada además en la cima de la pirámide social, puede mejor que cualquiera de las dos cámaras, comparar los grandes resultados, a fin de descubrir los medios de mantener el equilibrio de todos los poderes políticos del Estado, y hacer respetar la independencia nacional afuera»⁽²⁷⁾.

Bartolomé Herrera responde sobre lo dicho por Pinheiro:

«reconociendo la superioridad del gobierno monárquico donde quiera que sea posible establecerlo; que el carácter distintivo de la monarquía es la perpetuidad del Jefe del Poder Ejecutivo; y deduciendo de esto último que debe participar del Poder Legislativo, nos ha demostrado con cuanto rigor lógico pudiera desearse, que esto es conforme a los principios constitucionales. Nosotros dejamos demostrado que en toda forma de gobierno se debe declarar este derecho al Jefe de Estado»⁽²⁸⁾.

Como en todo el siglo XIX, la ley en Bartolomé Herrera es omnipotente. No está sujeta a ningún control jurisdiccional, salvo a la resistencia popular si es contraria al derecho divino. La ley juega un rol preponderante. La Constitución, como queda señalada en la cita de Pinheiro, se deja en manos del soberano resguardarla, ya que es él quien descubrir mejor los medios de mantener el equilibrio de todos los poderes políticos del Estado. Es la vieja concepción de la Constitución y la adaptación criolla del pensamiento del poder neutro de Constant a una realidad por lo demás completamente ajena. Los derechos valen en el marco de la ley y la judicatura ordinaria, está en la obligación de aplicarla como única fuente válida de creación del Derecho.

1.3. Felipe Masías

Al igual que Bartolomé Herrera, Felipe Masías rechaza la posibilidad de que el Estado haya sido una construcción voluntaria y racional del hombre. La organización política se impone más bien a la humanidad como un imperativo ineludi-

(27) Ibidem, pág. 57.

(28) Ibidem, pág. 58.

ble que tiene su fundamento en la naturaleza sociable del ser humano. El que suscribe, dice Felipe Masías: «no tiene embarazo alguno en afirmar que el principio de autoridad es de origen divino»⁽²⁹⁾. Ignora las elucubraciones en torno a la teoría pactista. Para este autor, el derecho de mandar en la sociedad no tiene su origen en el pueblo sino que es un hecho natural que responde al modo cómo Dios ha dispuesto las cosas.

Frente a la posibilidad de que la justicia pueda controlar la constitucionalidad de las leyes, Felipe Masías se pronuncia:

«Es un deber del Poder Judicial declarar como inconstitucionales las leyes secundarias que realmente lo sean, y prescindir de aplicarlas mientras tanto no se decida el país, con la elección que haga de todos sus funcionarios, si se les deberá o no promulgar como verdaderas leyes»⁽³⁰⁾.

Como se observa, Felipe Masías convierte el control judicial de constitucionalidad de la ley a una suerte de veto suspensivo que el Parlamento puede vencer «con la elección que haga de sus funcionarios». De esta suerte el poder conservador reside, según el pensamiento de Felipe Masías, en la opinión pública y no en un monarca.

1.4. Toribio Pacheco

Anima su obra un espíritu moderno, un sentido de las instituciones no como fenómenos etéreos sino como realidades socialmente enraizadas. Sus reflexiones tienen un marcado matiz sociológico. Es este sociologismo lo que lleva a Toribio Pacheco a subordinar la Constitución formal a la material. «Para nosotros –afirma este autor– la forma no es nada siempre que asegure la realización del fin social, siempre que proporcione a los asociados justicia y medios de desarrollo y progreso»⁽³¹⁾. «Los vicios –añade– no dependen quizá tanto de la forma que la Nación ha adoptado cuanto del carácter y de las costumbres de los asociados»⁽³²⁾.

(29) Masías, Felipe (1860) *Breves Nociones de la Ciencia Constitucional*. 2ª. ed., Lima, Imp. de José Masías, pág. III.

(30) *Ibidem*, págs. 35-36.

(31) Pacheco, Toribio (1996) *Cuestiones Constitucionales*. 3ª. ed. Lima, Grijley E.I.R.L., pág. 109.

(32) *Ibidem*, pág. 109.

Con notable perspicacia, Pacheco reconoce la naturaleza flexible de las constituciones:

«Una Constitución, ya lo hemos dicho, debe ser un medio de realizar el fin social, y no un medio fijo sino un medio variable, elástico, que se adapte a las necesidades del país, que pueden cambiar de un día a otro. Dotarla de firmeza e inmutabilidad es encerrar a las naciones en el estrecho círculo de Popilio; es condenarlas a la inmovilidad...»⁽³³⁾.

El principio de la supremacía constitucional, los procedimientos agravados para reformar la Constitución como garantía de esta supremacía, no forman parte del andamiaje teórico del jurista arequipeño. Pacheco privilegia la Constitución material porque en su opinión uno de los países más democráticos del orbe, Inglaterra, no posee Constitución escrita y sin embargo es un régimen de libertad y de igualdad ante la ley. La garantía contra las potenciales violaciones a la Constitución no se hallan, en consecuencia, en los procedimientos agravados de reforma a la Constitución, ni en ningún tipo de control sobre los actos legislativos del Congreso, porque «la verdadera Constitución de un país reside en las costumbres y en los hábitos de un pueblo». Y como el Parlamento es la representación legítima de la Nación, a él le corresponde decidir la reforma constitucional con la misma autoridad que posee el Poder Constituyente:

«Allí el Parlamento (en Inglaterra), es decir, el Poder Legislativo, lo es también constituyente; él puede variar las partes más esenciales de la organización política del país, así como puede derogar las disposiciones a que se ha dado el nombre de leyes propiamente dichas. No hay en ese país artículo alguno que coarte la voluntad omnipotente del cuerpo legislativo; todo lo que de él emane debe ser religiosamente observado, hasta que tenga a bien cambiarlo (...). Este sistema es desde todo punto de vista conforme con lo que sugiere la teoría racional»⁽³⁴⁾.

Lanzando duros epítetos contra la función judicial, Pacheco manifiesta que en nuestras constituciones sucede todo lo contrario:

⁽³³⁾ Ibidem, pág. 104.

⁽³⁴⁾ Ibidem, pág. 99.

«En ellas se establecen las garantías individuales, pero no de un modo absoluto sino con restricciones para ciertos casos de que es Juez no la Nación entera por medio de sus representantes, sino, por lo común, un agente inferior del Poder Ejecutivo, que tal vez ni conocimiento tiene de las leyes, un empleado judicial a quien el interés o el cohecho hacen faltar a los deberes de su conciencia y de su carácter. El sistema de interpretación, y de una interpretación arbitraria, es el que rige; la fuerza es la que impera; los abusos son los que gobiernan a la sociedad»⁽³⁵⁾.

Constitución flexible, Parlamento omnipotente, poder constituido en equiparidad de atribuciones con el poder constituyente y una desconfianza en la conducta funcional de la magistratura; aquí no cabe jurisdicción constitucional alguna, salvo el autocontrol del propio Parlamento.

1.5. Manuel Atanasio Fuentes

Es el problema de la titularidad de la soberanía lo que para Manuel Atanasio Fuentes «constituye la cuestión de Derecho Constitucional más ardientemente debatida, siempre actual, siempre planteada y nunca resuelta»⁽³⁶⁾. En este debate, Manuel Atanasio Fuentes afirma, luego de denostar la tesis de Rousseau y de Hobbes, que la verdadera teoría de la soberanía es la que más se conforma con la naturaleza del hombre, es decir, que: «no ha sido la sociedad un hecho humano», fruto de un pacto político, sino que ella es el resultado del designio divino, pero sin que eso implique que Dios haya comunicado la soberanía de una manera permanente a una determinada persona, a una familia o a una casta. Más bien ella: «vive en el seno de la sociedad que se forma, es la condición esencial de su existencia»⁽³⁷⁾.

Según Manuel Atanasio Fuentes, la teoría del pacto es contraproducente porque si se la admitiera sería origen de trastornos sociales, ya que aquellos que se sublevarían contra las leyes aducirían como pretexto el no haber consentido en su celebración. Si el poder existe en el seno de las sociedades es por la fuerza misma de las cosas, ya que en todas partes habrá sociedades con un poder en la cúspide que haga cumplir la ley en aras del progreso y el bienestar general.

⁽³⁵⁾ Ibidem, pág. 102.

⁽³⁶⁾ Fuentes, Manuel Atanasio (1873) *Derecho Constitucional Filosófico*. Lima, Imprenta del Estado, pág. 6.

⁽³⁷⁾ Ibidem, pág. 8.

En su afán de terciar en el debate con una posición diferente, Manuel Atanasio Fuentes se separa de las teorías pactistas, pero a su vez, de la tesis propugnadas por Bartolomé Herrera y elabora una teoría sino original, por lo menos diferente. Esta nueva forma de legitimar el ejercicio del poder se asienta sobre la idea del bien común. Como las sociedades y el Estado han sido creados por Dios que ha hecho a los hombres sociables, la soberanía supone un vínculo jurídico que tiene la razón de su existencia en el hecho de que el soberano tiene como misión velar por el bien de todos.

El ciudadano no se debe al Estado sino en la medida que los sacrificios que haga a favor de la comunidad política se resuelvan en beneficio suyo. El Estado –afirma Manuel Atanasio Fuentes–: «es una institución de garantía cuyo objeto último es la vida, la libertad y el bienestar de todo miembro que acepta y observa las leyes bajo las cuales puede únicamente desplegarse, de un modo indefinido, la libertad del individuo, sin perjudicar la actividad legítima de otro»⁽³⁸⁾.

El soberano en el Estado es el resultado de un vínculo jurídico. El soberano –nos dirá Manuel Atanasio Fuentes– no es tal «sino a consecuencia de una ley de derecho exclusivo a los hombres»⁽³⁹⁾. Porque los animales pueden vivir en manadas o rebaños obedeciendo a los impulsos del instinto, pero el hombre no. Los hombres viven en sociedad como resultado de más elevadas miras.

Frente a la disyuntiva de obedecer preceptos normativos injustos, Manuel Atanasio Fuentes recusa las conclusiones de Pinheiro Ferreira, quien afirma que si el precepto injusto sólo daña a un particular no es posible emplear la resistencia pacífica a la norma porque ello supondría perturbar la paz pública. Manuel Atanasio Fuentes replica aduciendo que el principio no puede ser aceptado de un modo absoluto, ya que los derechos del individuo no pueden estar nunca en contradicción con los derechos de la sociedad:

«...cuando se atacan los derechos de un particular, se atacan los de la sociedad encargada de hacer ciertas las garantías que ofrece a los asociados (...). Adoptar el enunciado principio importaría tanto como establecer el absurdo de que el estado social podía alguna vez ser perjudicial y contrario a los derechos naturales»⁽⁴⁰⁾.

Pero la declaración expresa de que el precepto normativo injusto no puede ser obedecido no se traduce en la necesidad de establecer algún mecanismo de

(38) Ibidem, págs. 14-15.

(39) Ibidem, pág. 37.

(40) Ibidem, pág. 47.

control constitucional. Manuel Atanasio Fuentes no se ha desprendido de la concepción decimonónica de que los jueces son la simple boca por la que habla la ley, concepción que imposibilita el desarrollo de un cabal control judicial de la constitucionalidad de las leyes. En su *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana*, que Manuel Atanasio Fuentes escribió junto con Miguel Antonio de la Lama, afirma que el Juez puede resolver los casos con recurrencia al derecho natural o a los principios de equidad sólo cuando la ley no es clara y en tanto que el Congreso no haga uso de su potestad para interpretar la ley auténticamente:

«No debe pretenderse elevar la sabiduría del magistrado sobre la sabiduría omnipotente del legislador (...) los tribunales no forman el derecho, lo aplican»⁽⁴¹⁾.

Frente al dilema de controlar el abuso del legislativo, Manuel Atanasio Fuentes recurre a las posiciones teóricas, ya comunes en el pensamiento constitucional del siglo XIX en el Perú, que sostienen la necesidad de instaurar un poder neutro, pero sin que se traduzca en una clara formulación de cómo es que hay que estructurar este poder. Haciendo suya extensamente la opinión de Bartolomé Herrera en torno al poder conservador, Manuel Atanasio Fuentes recurre a su formulación declarativa pero sin resolver a fondo el dilema del control de la constitucionalidad de la ley:

«Hablaremos en su lugar de la organización de los congresos y de lo que entre nosotros se ha llamado poder conservador y veremos que mientras no se conceda al Ejecutivo el veto, a lo menos suspensivo, y una disposición constitucional prohíba al gobierno y a los tribunales la aplicación y cumplimiento de las leyes y resoluciones injustas, anticonstitucionales o invasoras de los demás poderes, la arbitrariedad de los Congresos será siempre un hecho»⁽⁴²⁾.

La modalidad de un control de la constitucionalidad de la ley bajo una suerte de veto suspensivo habrá de ser expresamente formulada años después por José María Quimper en su *Derecho Político General*.

(41) Fuentes, Manuel Atanasio y De la Lama, Miguel Antonio (1877) *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana*. Lima, Imprenta del Estado, Volumen I, «arbitrio del Juez», citado por De Trazegnies, Fernando (1992) *La idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*. 2ª. ed., Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 135.

(42) Fuentes, Manuel Atanasio (1873) *Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 176.

1.6. José María Quimper

Lo más notable en el pensamiento de Quimper, va a ser sus relaciones entre Poder Constituyente y Poder Constituido. Aquí se va a hacer evidente una abierta contradicción en sus reflexiones, visto el análisis desde la teoría de la jurisdicción constitucional. Propone el autor del *Derecho Político General* un planteamiento original: la imposibilidad por parte del Parlamento de reformar o modificar la Constitución. Desde la posición arquimédica de que el poder reside en el pueblo, el poder constituyente, única manera de modificar el pacto político debe ser obra del pueblo soberano.

Pero como el ejercicio directo del poder por el *populus* no es posible, la reforma de pacto político, encarnado en la Constitución, tiene que hacerse no por el Parlamento que es un poder constituido, sino por un cuerpo especial de ciudadanos. Que «la facultad de constituirse –señala Quimper– no se confunda jamás con la capacidad de legislar». Son dos funciones diferentes a ser realizadas por órganos diferentes también. En consecuencia, el Poder Constituyente debe ejercerse periódicamente por comisionados nombrados cada nueve años por el pueblo, ya que una Constitución es la expresión de las creencias políticas de una generación y las generaciones se renuevan cada nueve años. Otorgar al Parlamento la misión de reformar la Carta mediante procedimientos agravados es una inconsecuencia, según Quimper, en que incurren los Estados que: «gobernados democráticamente, han conferido a sus Congresos ordinarios, la facultad de reformar o modificar sus cartas fundamentales»⁽⁴³⁾.

En este esquema, todas las condiciones para desarrollar un sistema coherente de control de la constitucionalidad están dadas. Empero, a despecho de su admiración por el sistema norteamericano, al que Quimper identifica con aquél que con mayor fidelidad ha traducido el gobierno democrático, se omite cualquier posibilidad de inaplicar la ley inconstitucional. Lo que Quimper construye es una suerte de control previo que reproduce el veto suspensivo otorgado al Poder Ejecutivo:

«...el Tribunal Supremo debe tener además de la importante atribución de examinar, discutir y resolver si cada ley expedida por el Cuerpo Legislativo es o no conforme á la Constitución (...) el Poder Legislativo debe comunicar todas las leyes, antes de su promulgación, al Supremo Tribunal de Justicia, por un plazo señalado. Si durante él, el Tribunal Supremo resuelve que la ley es inconstitucional, co-

(43) Quimper, José María (s.a.) *Derecho Político General*. Lima, Benito Gil, Tomo 1, pág. 136.

municará su resolución a los Poderes Legislativo y Ejecutivo: al último para que no la promulgue; al Legislador para que conozca la resolución. En semejante emergencia, la ley quedará reservada hasta la próxima legislatura, en la cual, con la renovación parcial de ella, que habrá tenido efecto, se discutirá nuevamente, asistiendo al debate la Comisión que el Tribunal Supremo nombre. Si el Poder Legislativo insiste, la Ley se promulgará; si no insiste quedará sin efecto»⁽⁴⁴⁾.

Pero en este punto se hace ostensible una contradicción en el pensamiento de Quimper: si la Constitución no puede ser modificada por el Parlamento y es éste un poder sometido a la supremacía del Poder Constituyente, ¿cómo puede, venciendo un veto suspensivo, en otra legislatura, imponer una ley que el Poder Judicial ha declarado inconstitucional? El hecho si bien supone una contradicción y una fisura en las ideas del autor del *Derecho Político General*, no escapa a la simple observación que, si esto es posible, es porque si bien durante el siglo XIX existía plena conciencia de la Supremacía Constitucional, por demás ya consagrada, como se sabe, en la Constitución de 1867, el control de la constitucionalidad de la ley no constituía un tema de debate, ni fue problematizado, aunque intuido, por el pensamiento constitucional del Perú en el siglo XIX.

La legitimidad del origen del poder lo cubre todo, eclipsa cualquier otro tema, pese a que estaban sentadas las bases para otro tipo de problematizaciones y de posteriores desarrollos. Claro que a ello hay que agregar también la aceptación generalizada de que es el Congreso el único que puede interpretar la ley y que el Poder Judicial sólo debe aplicarla. Mientras la interpretación que realiza el órgano jurisdiccional no es obligatoria, la del Parlamento sí. Aunque por distintas razones, en el pensamiento de Quimper tampoco es posible la construcción de un sistema de jurisdicción constitucional debido a que impera la tesis roussoniana de entender el cuerpo legislativo como representante y fiel intérprete de la voluntad popular.

Una lectura general de los principales autores del siglo XIX, permite establecer apreciaciones de conjunto sobre su producción teórica. Estas apreciaciones nos permiten elaborar una caracterización final sobre el pensamiento constitucional en el Perú del siglo XIX:

- a) Que este pensamiento es tributario de las concepciones constitucionales europeas cronológicamente posteriores a las doctrinas jusnaturalistas que hi-

⁽⁴⁴⁾ Ibidem, pág. 331.

cieron posible la Revolución Francesa. El eje principal de esta doctrina se asienta sobre la teoría constitucional construida en Europa para conciliar el principio republicano con el principio monárquico. Su principal naturaleza estriba en considerar al rey o al jefe de Estado como un poder neutro o conservador, pero al mismo tiempo como una instancia pre-constituyente, lo que convierte a la Constitución en una mera norma de organización de los poderes, pero no en una ley suprema fundamental portadora de valores superiores, metapositivos y garantizadora de los derechos fundamentales que al hombre arrastra incólume desde el estado de naturaleza.

- b) Por eso no resulta casual el consenso generalizado en el sentido de que la organización política no tiene su origen en el contrato social, como lo han propugnado las corrientes del jusnaturalismo, sino que ella tiene su fundamento en la naturaleza sociable que Dios ha impuesto al hombre. Lo que supone si el Estado no es una obra humana, el hombre no es portador de unos derechos que puede oponer ante el Estado. Si éste se encuentra en la obligación de defender los derechos fundamentales que el hombre posee es porque su objetivo y finalidad principal es realizar el bien común.
- c) Pero una concepción constitucional de esta índole implica una supremacía del poder, especialmente del Legislativo, sobre el individuo. Esto va a determinar que los derechos fundamentales sólo se realizan en el marco de la ley y que la Constitución no tiene un carácter normativo ni vinculante. En esa medida, la Constitución no tiene como finalidad primera salvaguardar derechos fundamentales, sino la de regular, ordenar, moderar la actividad de los poderes. Como correlato lógico de esta supremacía legislativa, predomina la idea montesquiana de que los jueces son meros aplicadores de la ley y, en consecuencia, no están facultados para crear Derecho ni para ejercer un control de constitucionalidad de los actos normativos emanados del Poder Legislativo. Bajo esta concepción es imposible la aparición de un sistema por lo menos difuso de control de la constitucionalidad de las leyes.
- d) El control de constitucionalidad de la ley no aparece como propuesta firme. Más bien lo que se proyecta es la formulación de poderes conservadores o neutros destinados a moderar la regularidad jurídica del Estado. Y cuando se propone la conformación de instituciones con poder de observar por inconstitucionales las leyes del Congreso, como es el caso de José María Quimper, estas «observaciones» tienen la calidad de vetos suspensivos y temporales que el Poder Legislativo siempre puede vencer, aun en el caso que la ley sea inconstitucional. Ilustrativa también es al respecto la posición de Toribio Pacheco, para quien, si el Parlamento es la representación legítima de la Nación, es a éste al que «le corresponda decidir la reforma constitucional con la misma autoridad que posee el poder constituyente».

VII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN EL PERÚ. ASPECTOS FORMALES Y NORMATIVOS

Una ligera revisión de los distintos textos constitucionales que han regido la vida de nuestro país nos permite concluir que desde 1823 se hizo una clara y expresa enunciación del principio de supremacía constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico. Pero resulta curioso que en la mayoría de estos textos la defensa de la Constitución siempre fuera atribuida al *órgano legislativo*, lo que significa la falta de creación de un procedimiento especial para controlar las infracciones a la Constitución. Esta tendencia se explica por la idea de Constitución que predominó en el Perú durante el siglo XIX, la misma que ha sido desarrollada en el acápite anterior. En otras palabras, no sólo la doctrina, también la normatividad constitucional, es tributaria de un determinado concepto de Constitución.

Como ya afirmamos, todas las constituciones que se promulgaron en el Perú (sin considerar la de 1979 y la vigente) han repetido el mismo precepto: control de la constitucionalidad a cargo del órgano legislativo. No obstante, la Constitución de 1856 presentó un enunciado nunca repetido en las demás constituciones, lo que significó un gran avance en el pensamiento de aquella época. Así tenemos que el artículo 10° de dicha Constitución expresaba lo siguiente: «Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución». Al respecto podemos inferir que la intención de esta norma era: establecer claramente el principio de la supremacía constitucional sobre toda norma legal; pero por otro lado, también se puede deducir que el texto del artículo no proponía establecer un sistema de control constitucional, sino que únicamente pretendía plasmar el concepto de la superioridad de la Carta constitucional.

¿Por qué no prosperó en el siglo XIX, a partir de la Carta de 1856 un control difuso de constitucionalidad? Porque como ya se vio, predominaba la tesis de la supremacía del legislador y el mito de Montesquieu, de que el Juez sólo es la boca por la que habla la ley. Un mero robot al servicio de la filosofía mecanicista que hizo posible la aparición del liberalismo clásico.

Así queda claro por ejemplo como en la Constitución de 1860, la norma fundamental de más duradera vigencia en nuestro ordenamiento, en su artículo 66°, inciso 2) otorgaba a la Cámara de Senadores la potestad de resolver las competencias que se susciten entre las Cortes Superiores y la Suprema y entre ésta y el Poder Ejecutivo. Tampoco debe olvidarse las atribuciones del Congreso descritas en el artículo 59°, particularmente las de *a)* interpretar, modificar y derogar las leyes; *b)* examinar de preferencia las infracciones de Constitución y *c)* disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Pero la potestad del inciso 2) del artículo 60° es clave para entender por qué era imposible en el siglo XIX el desarrollo de una justicia constitucional difusa.

Esta atribución habrá de ser reclamada por el Poder Judicial en los casos que el Poder Ejecutivo desconociera las sentencias del Poder Judicial en beneficio de los derechos fundamentales. En última instancia, el Poder Judicial mentalizaba al Parlamento como la última instancia para hacer valer sus fueros.

A ello hay que agregar que en ninguna de las constituciones del siglo XIX se atisba la potestad judicial de ejercer control difuso. Sólo como ejemplo, el artículo 130° de la Constitución de 1860 señala que hay Acción Popular contra los magistrados y jueces que prevarican. El acatamiento a la ley es obvio, la Constitución permite sobre la judicatura controles políticos horizontales y verticales (parlamento y pueblo por la vía de la Acción Popular).

Adentrados en el siglo XX, las discusiones doctrinarias giran en torno a los avances de la Comisión encargada de redactar el nuevo Código Civil. En el Derecho Penal ocurre lo mismo en función del nuevo Código Penal. La jurisprudencia que se reproduce en las revistas de las primeras décadas son todas ellas aplicación a los casos concretos de expresos artículos del Código Civil y Penal. Pero en ninguna de ellas hay una mención siquiera implícita a la Constitución. Los casos se resuelven desde las alturas de la ley.

No obstante, el siglo XX traerá nuevas luces. No en vano en sus albores el positivismo se abre paso en el Derecho nacional bajo la férula de Manuel Vicente Villarán. La irrupción de las clases medias en la universidad, el ocaso de los partidos oligárquicos y la llegada de los capitales norteamericanos que desplazan a los capitales ingleses instalan en el país un cierto aire de modernidad.

Es este contexto, el que explica la aparición de algunas reformas legislativas y ciertas propuestas frustradas para incorporar en nuestro ordenamiento el control difuso de constitucionalidad. En 1919, al discutirse la reforma de la Constitución de 1860, la Comisión presidida por Javier Prado consideró la necesidad de incorporar el control de constitucionalidad de las leyes siguiendo el modelo norteamericano. Sin embargo, se trató de un planteo muy de pasada que no fue tomado en cuenta al momento del debate parlamentario. El artículo 182° del proyecto contemplaba la posibilidad de que: «*La Corte Suprema, al conocer de los fallos civiles y criminales está facultada para no aplicar las leyes y resoluciones que juzgue contrarios a la Constitución*».

Pero con anterioridad, la ley del 10 de febrero de 1916, conocida como la «Ley de Liquidaciones de Prisiones Preventivas» amplió el Hábeas Corpus para la vigencia de los derechos constitucionales. Más importante aún, la Ley 2253 del 26 de setiembre de 1916, intentó perfeccionar los aspectos procesales del régimen de Hábeas Corpus expuestos en la Ley primigenia de 1897. En 1920, la Constitución de este año elevó a rango constitucional en su artículo 24° la noble institución procesal de protección de la libertad, sin olvidar que el plebiscito convocado

para legitimar la aprobación de una nueva Constitución señalaba en su artículo 8°, como una de las bases de la futura reforma constitucional, que las «garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad».

No resulta casual por eso, que ya por estas décadas del siglo XX se empiece por primera vez a fundamentar los casos haciendo referencias a la Constitución. En una contienda de competencia entre la jurisdicción militar, el Fiscal Calle la cita:

«... De lo expuesto se desprende que la jurisdicción que debe conocer del delito mencionado, en lo que se refiere a Luna y Llamas y sus acompañantes Luis Arca y Abel Chamorro, es la ordinaria o sea el Juez del Crimen del Cuzco, por lo dispuesto en el artículo 27° de la ley 2442 que dice: cuando en el delito hayan participado militares y paisanos y unos y otros estén sujetos a diversa jurisdicción según las leyes, ellos serán juzgados por sus jueces propios. A esta ley, que debió obedecer la zona militar del Cuzco, se agrega hoy el artículo 31° del Código de Procedimientos en materia criminal y el artículo 156 de la Constitución del Estado que establecen que la justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el ejército, a no ser en caso de guerra nacional⁽⁴⁵⁾.

Y en 1923, a propósito de los debates llevados a cabo por la Comisión Reformadora del Código Civil, se considera la posibilidad de establecer legislativamente una forma de revisión judicial de las leyes. Luego de numerosas discusiones, se acordó elaborar una fórmula que otorgue a los jueces la facultad de inaplicar las normas que resultasen inconstitucionales, la misma que quedó consagrada legislativamente recién con la promulgación del Código de 1936.

¿De dónde fue tomada la idea y quién la planteó? Por curioso que pudiera parecer, la institución no fue tomada de la Constitución de los Estados Unidos, sino que fue implantado en el anteproyecto de Código Civil y posteriormente en el Código de 1936, teniendo como referente el Código de Panamá sobre la misma materia y el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Federal de Argentina.

A continuación resulta pertinente reproducir textualmente el debate que se produjo en el seno de la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Civil de 1936:

(45) Calle, Juan José (1929) «Dictámenes Fiscales del Dr. Calle». En Revista del Foro, N°s. 10,11 y 12, Lima, octubre-diciembre de 1929, Año XVI, pág. 486 [pero el caso fue resuelto en 1920. Así se observa en la Revista del Foro de este año, pág. 185]. El énfasis es nuestro.

«Sección 20ª, Fasc. I, pág. 102.- El señor Solf propuso la inclusión en el Título Preliminar de una fórmula que estaría concebida así: «Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera. Quedó en debate.

Sección 21ª, Fasc. I, pág. 102.- El señor Calle manifestó que estaba en discusión el artículo propuesto por el señor Solf en una sesión anterior y según el cual, cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera.

Expresó en seguida el señor Calle, que el señor Olaechea había opinado extra sesión favorablemente a la proposición del señor Solf, y que él, también, estaba porque se sancionase, pero que deseaba hacer presente que la doctrina que autoriza a la Corte Suprema de los Estados Unidos a interponerse entre la Constitución y el Poder Legislativo y declarar nula una disposición de éste si atenta a derechos o a propiedades privadas que garantiza la Constitución, sólo funciona cuando dentro de la tramitación de determinado proceso se tacha alguna disposición del Congreso de ser contraria a la Constitución; que la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos –según lo expresan los tratadistas de Derecho Constitucional– no afecta más que al caso determinado, y que el Poder Ejecutivo, sin violar la Constitución, puede seguir exigiendo el cumplimiento de aquella ley en todos los casos en que no haya reclamado ante los tribunales, que siendo éste el carácter de la institución americana, que ha sido adoptado por el Código de Procedimientos Civiles de la República Argentina, cabe preguntar si en el Perú sería posible establecer que los jueces inferiores pudieran declarar la no aplicación de una ley por considerarla contraria a los preceptos constitucionales. Agregó el señor Calle que le parecía que el señor Solf prestaba en este último sentido su proposición.

El señor Solf manifestó que su proposición tomada del artículo 12º del Código de Panamá tenía invívita la autorización a los jueces inferiores de juzgar acerca de la validez de una ley, si había incompatibilidad entre sus preceptos y los de la Constitución.

El señor Olaechea manifestó que, en su concepto, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley sólo podía corresponder a la Corte Suprema; pues sería una reforma excesiva la de entregar al concepto de los jueces inferiores una facultad de tan extraordinaria gravedad; que si la causal de inconstitucionalidad sólo pudiera invocarse en la Corte Suprema el objeto del recurso de nulidad debería ser triple, pues comprendería: los puntos generales o particulares de aplicación de la ley, las cuestiones de hecho y prueba y la inconstitucionalidad de la ley aplicable. Expuso el señor Olaechea que la

Corte Suprema no podía conocer de oficio de la inconstitucionalidad, sino a demanda de parte; que habría que sistematizar el uso de este derecho señalando la oportunidad de ejercerlo, la forma escrita y la intervención necesaria de todos los órganos de la defensa y del juzgamiento.

El señor Solf manifestó que creía encontrar cierta anomalía en que los jueces inferiores no pudieran contemplar la inconstitucionalidad de la ley y tuvieran que fallar, necesariamente, en el sentido de sus disposiciones, y, también, que la Corte Suprema no pudiera hacerlo si las partes no tachaban la ley; que, además, no todos los juicios van a la Corte Suprema. El señor Solf terminó expresando que, sin embargo, no rechazaba la idea de limitar tan importante facultad a este tribunal.

El señor Oliveira propuso el aplazamiento de la cuestión mientras se estudiaba el funcionamiento en los Estados Unidos y la manera de incorporarlo a nuestro derecho positivo.

El señor Calle manifestó que, en su concepto, planteada una incompatibilidad entre una ley y la Constitución pueden los jueces, de conformidad con los principios generales de legislación y jurisprudencia, aplicar la Constitución dejando de lado la ley.

La Comisión acordó el aplazamiento.

Sesión 23°. Fasc. I, pág. 114.- El señor Calle manifestó: estudiando la forma propuesta por el señor Solf, para dar a la Corte Suprema la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, había encontrado en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la capital Federal Argentina, disposiciones que podían ilustrar el punto y que traía a fin de que se le diera lectura para conocimiento de la Comisión.

Así se hizo, produciéndose un animado debate, en el curso del que:

El señor Olaechea manifestó: que encontraba muy interesante la contemplación de los dos casos en que, según la ley argentina, procedía el recurso de inconstitucionalidad: el caso de apelación y el de jurisdicción originaria del tribunal. Sobre las posibilidades de ambos casos disertó extensamente el señor Olaechea.

El señor Oliveira disertó, también extensamente, pronunciándose en el sentido de adoptar el principio en el Título Preliminar, dejando para una ley especial, que la misma Comisión elaboraría, su reglamentación.

El señor Solf manifestó: que tenía dudas respecto de la constitucionalidad de la reforma en el sentido de la ley argentina que le parecía propia de un precepto de la Carta Política.

El señor Calle expresó su opinión en el sentido de que la reforma en cuestión debía ser presentada, cualquiera que fuera su suerte si la Comisión estimaba que ella era necesaria y conveniente.

Estando acordes los miembros de la Comisión sobre el principio, se convino en aplazar la discusión del precepto y del procedimiento para otra oportunidad.

Sesión 160ª, fasc. VI, pág. 183.- Exposición del señor Calle: Los precedentes legislativos inmediatos del artículo XXX son el 5 de la Ley 57 de 1887 de Colombia que establece que: «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá aquella»; precepto incorporado después al Título Preliminar de su Código Civil por el acto legislativo número 3 de 1910; y que el Código Civil de Panamá, promulgado el 22 de agosto de 1916, lo consignó textualmente en su artículo 12º.

La respuesta única que se obtuvo a la consulta que hicimos sobre punto de tanta importancia fue enteramente favorable a su incorporación al proyecto.

Sesión 290º, fasc. 8, pág. 98.- El artículo XXX fue corregido por razón del tiempo y de la forma. Quedó así: «Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera»⁽⁴⁶⁾.

De los debates de la Comisión Reformadora que elaboró el Código Civil de 1936 se puede advertir que fueron dos las materias que generaron mayor controversia: *a)* la determinación de la instancia encargada de resolver el control de constitucionalidad; *b)* el procedimiento a utilizarse para esta modalidad de control.

En 1931 sale a la luz el Anteproyecto de Constitución de la Comisión Villarán, que a decir verdad fue en varios aspectos superior al texto constitucional aprobado por el Congreso Constituyente de 1933. En el mencionado proyecto también se le otorga a los jueces la facultad de inaplicar las normas contrarias a la Constitución, con la particularidad, fundada en una «necesaria precaución», de disponer además una revisión obligatoria por la Corte Suprema en última instancia. En efecto, el proyecto establecía un procedimiento especial, puesto que si bien todos

(46) *Cfr.* Colegio de Abogados de Lima (1942) «Actas de la Comisión Reformadora». En: Revista del Foro, N°s. 1 al 6.

los jueces tenían la facultad para poder decidir acerca de la inconstitucionalidad y proceder a la inaplicación de la norma, se disponía que aquellas sentencias en que se hubiere ejercido el control de inaplicabilidad debían necesariamente elevarse, ya sea en apelación o en consulta, a la Corte Suprema. Sin embargo, cuando se tratara de Reglamentos y Decretos del Poder Ejecutivo, el proyecto facultaba a los jueces para la desaplicación sin necesidad de revisión obligatoria por la instancia superior.

Hay que recordar penosamente que los constituyentes de 1933 desestimaron este proyecto. Sin embargo, no se puede dejar de resaltar que el texto constitucional de 1933 introdujo el instituto de la Acción Popular, concebida como instrumento procesal para posibilitar el control jurisdiccional de las normas con categoría inferior a la legal, limitando en consecuencia el control a los actos del Ejecutivo y no del Legislativo⁽⁴⁷⁾. Un primer atisbo sobre la posibilidad de controlar el reglamento frente a la ley constituye la ejecutoria del Fiscal Paz Soldán quien en el año de 1871, expresó que: «En el conflicto entre una ley y un decreto, debe decidirse conforme a la primera, porque todo reglamento, decreto u orden del Ejecutivo, no tiene por objeto derogar las leyes, sino su mejor cumplimiento»⁽⁴⁸⁾.

En 1936 al entrar en vigencia un nuevo Código Civil, se recogió en su artículo XXII del Título Preliminar la propuesta de la Comisión Revisora de otorgar la facultad al Juez para inaplicar las normas que considerasen inconstitucionales: «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera».

El mencionado artículo una vez promulgado introdujo formalmente en el ordenamiento jurídico un sistema de control difuso atribuido a todos los jueces. Sin embargo, las viejas concepciones acerca de la Constitución como norma política que prevaleció en el siglo XIX impedía el desarrollo temprano de un sistema de control de constitucionalidad. Durante la vigencia del Código Civil de 1936 y hasta la llegada de la Constitución de 1979, prevaleció en la Corte Suprema el criterio que el control de inaplicabilidad contenido en el artículo XXII del Título Preliminar sólo tenía alcances restringidos a las relaciones civiles. Así lo confirma lo establecido en la parte considerativa de la Ejecutoria Suprema de fecha 7 de enero de 1957, más conocida como el Hábeas Corpus del Dr. Bustamante y Rivero:

(47) El artículo 133° señalaba: «Hay Acción Popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infringen la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente».

(48) Ej. 11 oct. 1871. Fiscal: Dr. Paz Soldán, *Anales Judiciales*, pág. 172.

«...el artículo veintidós del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del Derecho Civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil, en cuyas controversias cuando interviene el Estado, lo hace como sujeto de derecho privado, sin que ninguna disposición legal posterior haya extendido su aplicación a otros órdenes del campo jurídico, en que aquél actúa como sujeto de derecho público; para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo, como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa»⁽⁴⁹⁾.

Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada en 1963 va a regular en su artículo 8° un procedimiento –que en palabras de León Barandiarán– completa y amplía el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936. De la lectura del artículo se advierte que el procedimiento establecido, salvo algunas particularidades, es en esencia similar al del Proyecto Villarán.

En ese sentido, podemos señalar que el valor de la norma dada radica en que al incorporar la institución de control de inaplicabilidad a un conjunto normativo, que rige y tiene vigencia para todo el campo jurisdiccional, deja sin lugar a aquellas argumentaciones que pretendían reducir su efectividad a las relaciones estrictamente civiles. Así, con la regulación por la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces podían encontrar legislativamente ratificado su poder-deber de preferir la norma constitucional a cualquier otra que intentare vulnerarla.

No obstante, los progresos son lentos. Aun cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial amplía los alcances, la Corte Suprema le niega aplicación en el ámbito de las garantías constitucionales:

«...el Poder Judicial carece de 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 XXII del Título Preliminar del Código Civil disposición circunscrita al ámbito de los jueces, según lo prescribe la

(49) Véase García Belaunde, Domingo (1971) *El Hábeas Corpus interpretado*. Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la PUCP, pág. 170.

Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo Octavo y por lo tanto extraña a los alcances de la acción de Hábeas Corpus»⁽⁵⁰⁾.

De esta manera, la Corte Suprema a pesar de la existencia de jurisprudencia anterior en la que sí había ejercido el poder de preferir la norma constitucional a la legal a través de la acción de Hábeas Corpus, pretendía restringir el campo de aplicación del control de inaplicabilidad al ámbito de los juicios.

VIII. EL LEGADO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979: LA LEY SUPREMA COMO EXPRESIÓN CULTURAL O LAS RELACIONES ENTRE LITERATURA, PROCESOS SOCIALES Y CONSTITUCIÓN (O LA APARICIÓN TARDÍA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL)

Existe una relación indisociable entre Constitución y cultura. Una Constitución no surge de la nada. Tiene su origen en un proceso socio-político que hunde sus raíces en la historia y que constituye la manifestación escrita de un consenso cultural fundamental que hace viable el pluralismo y la cohesión estatal. El Poder Constituyente que redacta la Constitución responde a una herencia cultural compartida con el resto de la humanidad, pero también a un espacio-tiempo histórico determinado que modula con rasgos propios el patrimonio cultural compartido. Cada sociedad y cada proceso social al interior de ella, asimila las experiencias ajenas pero lo hace aportando sus propios matices y sus propias singularidades. Es evidente que un fenómeno de esta naturaleza sólo tiene lugar en el ámbito de la cultura. «El territorio del Estado –anota Peter Häberle– es territorio culturalmente formado, un «espacio cultural», no un *factum brutum*»⁽⁵¹⁾. Y el poder que en ese Estado se ejerce debe ser concebido también como determinado culturalmente, porque su configuración limitada se halla al servicio de los derechos humanos, alta expresión de los valores culturales heredados de la Europa occidental.

A lo largo del siglo XIX todas nuestras constituciones incorporaron, *mutatis mutandis*, los principales derechos de la ideología liberal. Las dos primeras constituciones del siglo XX –1920 y 1933– permitirán el ingreso de las mal llamadas garantías sociales. Pero pese a los progresos, la concepción predominante de los derechos fundamentales es aquella que parte de entenderlos como meras cláusulas declarativas de principios, sin valor normativo y, por consiguiente, carentes de aplicación inmediata si no tienen el desarrollo configurador de la legislación. Hasta

⁽⁵⁰⁾ Posición de la Corte Suprema en el caso Tumán. Sentencia del 16 de abril de 1970.

⁽⁵¹⁾ Häberle, Peter (2001) *El Estado Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 21.

antes de la llegada de la Constitución de 1979, los derechos humanos, parafraseando a Krüger, sólo valen en el marco de la ley. Así se explica, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la aparición tardía de un efectivo control de constitucionalidad de la ley.

La Constitución de 1979 representará una profunda transformación en la concepción de los derechos humanos, cuando la persona y su dignidad pasan a convertirse en la «premisa antropológica y cultural» desde la cual se fundamenta y se construye todo el orden jurídico, económico y social. Como un estallido de efecto *big bang*, el nuevo fenómeno cultural irradia su influjo en el tiempo. No ha terminado y sigue su curso expansivo dando desarrollo a una dogmática que se construye no desde la Carta de 1993, sino desde esta concepción antropológica que tiene su origen en procesos culturales y sociales que se afincan en fecha cierta: la década de 1920.

No le faltaba razón a Carlos Torres y Torres Lara, principal gestor de la Carta de 1993, cuando sostenía que en la Constitución de 1979 confluían las tres vertientes ideológicas que dominaron la escena nacional a lo largo del siglo XX: el marxismo criollo de Mariátegui y sus seguidores; la Social Democracia representada por el Apra y su líder Víctor Raúl Haya de la Torre, y la doctrina Social Cristiana como expresión surgida del pensamiento de Víctor Andrés Belaunde.

Pero en opinión del Presidente de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático que redactó la Carta del 93, la Constitución de 1979 debió dictarse en la década del 40 o 50, cuando las ideologías que la sustentaban se hallaban en boga. En su opinión, «todo retardó la llegada de la Constitución Social Demócrata y Social Cristiana hasta la década del 80, justo cuando, debido a cambios tecnológicos imprevisibles, concluyeron los regímenes de economía cerrada, proteccionistas, corporativos y de control de la microeconomía»⁽⁵²⁾. La visión de Carlos Torres y Torres Lara es parcial. Olvida que lo económico constituye sólo una parte de la Constitución. No toma en cuenta que ésta responde en lo esencial a fenómenos y procesos sociales y culturales que no se circunscriben a lo ideológico ni a lo económico.

Andrés Townsend Ezcurra, encargado de la redacción del Preámbulo, expresaba en el Pleno de la Asamblea Constituyente al momento en que se iniciaba el debate del proyecto de Constitución: «... la representación aprista ante esta Asamblea Constituyente, mide en toda su importancia histórica el comienzo del actual debate constitucional; lo coloca, como usted hiciera ayer en su brillante

(52) Torres y Torres Lara, Carlos (1994) *La Constitución Económica en el Perú. La Economía según la Constitución del 93*. Lima, Desarrollo y Paz Editores, pág. 21.

exposición, como Presidente de la Comisión Principal, tanto en su calidad de referencia necesaria e indispensable en el proceso del retorno a la civilidad, como, igualmente, a manera de testimonio de la conciencia política y jurídica de nuestra generación»⁽⁵³⁾.

En efecto, la Constitución de 1979 constituye la manifestación política y cultural de un proceso social que tuvo su inicio en la década de 1920. Este proceso estuvo liderado por una generación de intelectuales y políticos que han dejado su huella indeleble en la historia del Perú. Su último aporte fue la Constitución de 1979. Se trata de un proceso que no ha terminado desde el momento que se constata la necesidad de recurrir a los principios que esta Carta incorporó en la cultura jurídica del Perú. Y cuando se observa que la actual dogmática de los derechos humanos se desarrolla desde las bases y los cimientos que ella construyó. No resulta extraño por ello que en el debate de la reforma constitucional, la discusión girara en torno a la conveniencia, necesidad o pertinencia de regresar a su texto.

Son los miembros de la llamada Generación del Centenario los que condujeron este proceso sociocultural que desembocó en la Asamblea Constituyente de 1979. En el año 1973, cuando faltaban apenas cinco años para la reunión de esta Asamblea, el historiador Pablo Macera expresó que buena parte del Perú contemporáneo se debía al aporte de la Generación del Centenario: «los modernos desarrollos capitalistas (Beltrán, Mariano Prado), el socialismo y los grandes partidos de masas (Mariátegui, Haya, Seoane), la nueva sensibilidad literaria (Vallejo) y una imagen diferente del proceso histórico peruano (Basadre, Porras, Sánchez, E. Romero, J. G. Leguía). Muchos de sus planteamientos no han sido reemplazados. El marxismo peruano no ha producido después de Mariátegui nada parecido a los *7 Ensayos*. El Apra, aunque disminuida, sigue vigente bajo el liderazgo de Haya. Las obras de Basadre y Sánchez mantienen su hegemonía. Toda esa preponderancia tiene ya 50 años y es un fenómeno excepcional en el Perú. En todo nuestro proceso histórico, del XVI en adelante ningún grupo ha conocido influencia mayor ni ha durado tanto»⁽⁵⁴⁾.

¿Qué significa para el Perú la Generación del Centenario? La búsqueda de una respuesta desde las clases medias y populares a la pregunta ¿qué es el Perú? Por primera vez, vastos sectores excluidos a lo largo de la historia republicana se plantean el problema de la identidad nacional. Pero la respuesta que se ensaya es desde los terrenos del arte, en especial teniendo como punto de partida la literatu-

(53) Townsend Ezcurra, Andrés (1989) *50 Años de Aprismo*. Lima, DESA S.A., pág. 288.

(54) Macera, Pablo (1979) *Conversaciones con Basadre*. 2ª. ed., Lima, Mosca Azul Editores, págs. 11-12.

ra. Representantes de esta generación, como Luis Alberto Sánchez y José Carlos Mariátegui, estudiaron la literatura peruana para tener una imagen del Perú. La literatura era el camino para conocerlo. El Presidente de la Comisión de Constitución de la Asamblea Constituyente de 1979, miembro conspicuo de la Generación del Centenario, inició en 1923 su monumental obra sobre la literatura nacional, asumiéndola como un «*derrotero para una historia cultural del Perú*», según el subtítulo que cierra el nombre de su obra. Dice Cornejo Polar que: «en las décadas de los 20 y los 30, cuando se agudizó la urgencia de una definición nacional, la renovación literaria fue considerada como parte integrante de la renovación nacional, lo que a su vez encuentra explicación en el hecho de que por entonces la literatura era una de las formas mediante las que se expresaba más consistentemente la conciencia de los grupos sociales letrados. No es casual que muchos puntos de la agenda problemática de la época fueran tratados insistentemente en la literatura y que en algunos casos ésta se adelantara, como sucedió con la cuestión indígena, al pensamiento científico e inclusive político»⁽⁵⁵⁾.

La literatura se comprende ya no como el lujo propio de una clase dominante sino como la expresión de la nacionalidad de un país. En esa misma línea, la discusión de lo nacional en la literatura peruana se posiciona en el pensamiento de José Carlos Mariátegui como un reflejo de las relaciones sociales concretas. En sus *7 Ensayos...*, el Amauta desarrollará la tesis que el Perú es una nacionalidad inorgánica en formación y que la literatura peruana que se produce en su territorio, también inorgánica y sin identidad nacional, es expresión de esa realidad. Mariátegui creía que «el socialismo en el Perú aparece en nuestra historia no por razón de azar, de imitación o de moda, como espíritus superficiales suponen, sino como una fatalidad histórica. Era el sino del Perú. Mediante el socialismo el país podría realizarse como nación, fusionando lo nuevo con lo viejo, las ideas traídas de Europa –lo mejor de Occidente– con su tradición histórica»⁽⁵⁶⁾.

En la búsqueda de lo que es el Perú, tanto Sánchez como Mariátegui, le dan a sus estudios literarios un contenido sociológico e histórico. La olvidada tradición de la literatura oral en quechua y otras lenguas nativas será motivo de preocupación. Jorge Basadre reconocerá más tarde que el acontecimiento más importante que aconteció en el Perú a lo largo de su historia, sería la conciencia del problema indígena que lo inició la Generación del Centenario. Si algo le debe el Perú a ésta es su conciencia de lo indio, y a Luis Alberto Sánchez en particular la

(55) Cornejo Polar, Antonio (1980) «Apuntes sobre la Literatura Nacional en el Pensamiento Crítico de Mariátegui». En: *Mariátegui y la Literatura*. Lima, Amauta, 1980, pág. 50.

(56) Flores Galindo, Alberto (1988) *Buscando un Inca*. 3ª. ed., Lima, Horizonte S.A., pág. 331.

incorporación a la literatura del Perú de las expresiones vernaculares, especialmente indígenas. «La mayor contribución de Sánchez –apunta Macera– es haber sido el primero en desarrollar hipótesis para explicar la literatura peruana como un hecho social»⁽⁵⁷⁾.

Desde la literatura y el arte, el viejo orden tradicional del Perú es cuestionado por las capas medias y populares. Pero las profundas transformaciones que experimentaba la sociedad peruana rebasan lo artístico y lo literario. En el plano político, Haya de la Torre quien llegaría a ser Presidente de la Asamblea Constituyente de 1979, propondrá una visión nueva de la realidad nacional y latinoamericana. En resumen y siguiendo a Cotler: «la premisa básica del planteo de Haya, que tendrá una importancia crucial en el desarrollo sucesivo de su pensamiento y acción, es que para comprender la realidad latinoamericana, «tal cual ella es», se requiere descubrir las leyes específicas que la rigen, a fin de proponer las soluciones necesarias»⁽⁵⁸⁾.

La visión socialista de Mariátegui y los planteamientos de Haya de la Torre se tradujeron a lo largo del siglo XX en movilizaciones populares de inmensa envergadura. Por primera vez, la presencia popular copó las calles. Una nueva conciencia de la realidad nacional se abrió paso. Desde los años 30 del siglo XX y hasta la instalación de la Asamblea Constituyente, que culminó con la aprobación de la Constitución de 1979, se reafirma una vocación democrática y la necesidad de llevar a cabo una profunda transformación basada en las ideas que la Generación Centenario propulsó. La reivindicación del indio, el problema de la tierra, el reconocimiento de las lenguas quechuas y aborígenes, la igualdad de hombres y mujeres, la integración latinoamericana inspiran la Constitución de 1979.

En el discurso de instalación de la Asamblea Constituyente, Haya de la Torre se refirió a la posibilidad de hacer realidad la gran transformación con que soñaron las juventudes rebeldes de 1923, el de hacer realidad los ideales de democracia y justicia social, así como la promoción de la unidad latinoamericana. En cuanto a los derechos humanos, el Presidente de la Asamblea Constituyente señaló:

«Necesitamos una Constitución concisa y programática, que se centre en torno al hombre y a los derechos y forje un Estado nuevo para una sociedad mejor. Vale decir, necesitamos una Constitución que

⁽⁵⁷⁾ Macera, Pablo (2000) «Luis Alberto Sánchez, el Maestro Mayor de la Literatura». En: *Cien Años de Luis Alberto Sánchez. Homenaje del Congreso de la República*. Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República, pág. 32.

⁽⁵⁸⁾ Cotler, Julio (1985) *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos, pág. 196.

prescriba como obligación del Estado la superación del subdesarrollo mediante la utilización racional de nuestros ingentes recursos, a la par que garantice el pleno empleo y una justa redistribución de los ingresos. El último y supremo ideal será excluir toda forma de explotación del hombre por el hombre y prevenir las formas contemporáneas de la explotación del hombre por el Estado. Una Carta Fundamental que asegure la alimentación, la vivienda, la salud, el trabajo, con libertad y justicia, la educación y la cultura para todos los que habiten nuestro suelo o hayan de habitarlo en el futuro. La nueva Constitución peruana se habrá de dictar cuando América y el Mundo viven un renacer de interés y preocupación por la vigencia plena de los derechos humanos. A la Declaración Universal, aprobada el 10 de diciembre de 1948, por las Naciones Unidas –y que fue incorporada como norma constitucional peruana por resolución legislativa del 9 de diciembre de 1959– se añaden ahora instrumentos internacionales destinados a garantizar la aplicación y exigibilidad, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los Pactos de Derechos Humanos tanto civiles como políticos, sociales y culturales, de Naciones Unidas, todos ellos firmados y ratificados por el Perú. Este cuerpo doctrinal habrá de incorporarse a la nueva Constitución. Se ha avanzado así en el camino que me permití propiciar, como veterano luchador por los derechos del hombre, cuando en 1941 y frente a una amenazadora ofensiva nazifascista, propuse un Plan para la Afirmación de la Democracia en América: «Poner las Constituciones de las Américas sobre la Mesa de un Congreso o Conferencia de Estados de nuestro Hemisferio», confrontar los preceptos que garantizan los derechos humanos y cívicos. Conformar con ellos un Tratado Interamericano que obligue a todos los signatarios a respetar y a hacer respetar aquellos derechos y a considerar su quebrantamiento como un acto de agresión contra la democracia a la cual todos los Estados Americanos se hallan solidariamente comprometidos a defender»⁽⁵⁹⁾.

Es en este punto donde habrán de coincidir las vertientes ideológicas que sustentan la Constitución de 1979. El Partido Popular Cristiano, fuerza representativa del Social Cristianismo en la Asamblea Constituyente, aporta la valiosa categoría de la persona y su dignidad como fines supremos de la sociedad y del Estado. En breve síntesis del Preámbulo, Andrés Townsend Ecurra sostenía: «ha sido un esfuerzo de armonizar opiniones, entre un proyecto aprista y un proyecto

⁽⁵⁹⁾ Congreso de la República (1978) *Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente*. Lima, Congreso de la República, Tomo I, pág. 34.

del Partido Popular Cristiano. Lo referente a la persona es un aporte muy valioso del Partido Popular Cristiano; lo referente a la sociedad, al Estado y otros temas que en el Preámbulo aparecen, son producto de nuestra contribución doctrinal. Hemos tratado allí de seguir un orden lógico de definiciones: desde luego el hombre, después de la sociedad, después del Estado, después de la cooperación de Estados hermanos (que se llama la integración); en un escalón inmediato y superior, los problemas de relaciones internacionales basados en la exclusión de la guerra como sistema de resolver conflictos internos o internacionales; finalizando al cabo, en una reafirmación del carácter de la patria, de su composición múltiple y de su condición de país que inició la tarea redentora de Túpac Amaru y que la vio concluir aquí con San Martín y Bolívar ...»⁽⁶⁰⁾.

Las innovaciones que supuestamente incorpora la Constitución de 1993 están implícitas en la *ratio* y en la *emotio* de la noble Constitución de 1979. La actual optimización de los derechos fundamentales por medio de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional se hace sobre el texto escrito de la Constitución autoritaria de 1993, pero las premisas culturales y antropológicas que determinan esta labor tienen su inicio en el Preámbulo de la Constitución de 1979 y en su norma de apertura. La Constitución formal vigente es un simple medio para el actuar dialéctico de la Constitución histórica y material que pervive en la conciencia colectiva de la Nación, dotada de unidad en el Estado por el efecto integrador de la Constitución como fenómeno cultural. Como en ninguna otra parte, la tesis de Hermann Heller adquiere inusitada corroboración: «La Constitución del Estado, dice el maestro germano, no es, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de vida; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida. Así como en una melodía «transportada» han cambiado los «elementos» y, sin embargo, la melodía se estima idéntica [...], así también en el sucederse y el coexistir de los cooperadores que cambian se ve cómo la Constitución persiste como unidad indiferenciable»⁽⁶¹⁾.

Desde una visión *iusnaturalista*, el preámbulo de la Constitución revolucionaria nos entrega como herencia la idea de la dignidad de la persona humana y la existencia de unos derechos de validez universal que son anteriores y superiores al Estado. La primacía de la persona humana supondrá un concepto nuevo de Constitución. Esta ya no es un simple código político (*lex legum*), ordenadora de las competencias y las funciones estatales, sino también un código normativo (*norma normarum*), capaz de fundar la convivencia plural y democrática teniendo

⁽⁶⁰⁾ Townsend Ezcurra, Andrés (1989) *50 Años...*, *op. cit.*, pág. 292.

⁽⁶¹⁾ Heller, Hermann (1983) [1934] *Teoría del Estado*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, pág. 268.

como base los derechos humanos entendidos como efectivas barreras frente a la actuación de los poderes.

Como dice Paniagua, por primera vez una norma fundamental desarrollaba con claridad sus preferencias éticas y valorativas. En su Preámbulo dejaba sentados los principios objetivos de la ordenación social (justicia, bien común y solidaridad), así como las instituciones básicas sobre las que descansa (familia y sociedad). También un modelo de sociedad (justa, libre, culta y fraterna) y de Estado (social y democrático de Derecho). Bien dice Paniagua que «concebir a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado no sólo exigía garantizar sus derechos sino «eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado» (art. 80°), hacer del régimen económico «un medio para la realización integral de la persona humana» (art. 100°) y no únicamente –como quiere el texto vigente– un medio para estimular «la creación de riqueza» (art. 59°)⁽⁶²⁾.

Los derechos humanos habrán de ser objeto por primera vez de un tratamiento integral y progresista. La mejoría no sólo en términos de cantidad sino de calidad tiene su inspiración en las constituciones anteriores y en los instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, de la OEA, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica⁽⁶³⁾.

Sólo así se explica el desarrollo de una jurisdicción constitucional efectiva que remata en un sistema internacional de protección de los derechos humanos y en el reconocimiento, pionero en el orden constitucional latinoamericano, de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

(62) Paniagua Corazao, Valentín (1995) «La Constitución Peruana de 1993». En: *Dereito, Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, N° 2, Vol. IV, pág. 36.

(63) *Cfr.* Bernalles Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial (1988) *Constitución: Fuentes e Interpretación. Teoría y Documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979*. Lima, Mesa Redonda Editores S.A., pág. 57.

LA INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES: UN BALANCE NECESARIO (1996–2004)

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI (*)

SUMARIO: **I.** A modo de introducción. **II.** Legitimación para interponer e intervenir en procesos constitucionales. Criterios utilizados. **III.** Procesos de Hábeas Corpus. **IV.** Procesos de Amparo. **V.** Procesos de Hábeas Data. **VI.** Proceso de Cumplimiento. **VII.** Procesos de Acción Popular. **VIII.** Procesos de Inconstitucionalidad. **IX.** Procesos constitucionales en los cuales la defensoría ha sido parte demandada. **X.** Reflexiones finales.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La institución del *Ombudsman*, expresión que puede traducirse como el «representante de otra persona»⁽¹⁾, aparece por vez primera en la Constitución sueca de 1809, y cuenta con antecedentes que datan de principios del siglo XVIII⁽²⁾.

(*) Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo.

(1) Fairen Guillén Víctor, *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*, Tomo I, Parte General, CEC, Madrid, 1982, pág. 33.

(2) Según André Legrand, el primer antecedente claro de esta institución se encuentra en el Decreto de 26 de octubre de 1713 mediante el cual se instituye un «Konungens Hogsta Ombudsmannen», aunque también reconoce como primer eslabón de sus antecedentes a la figura del «Gran Sénecal» surgida hacia el siglo XVI. Cit. por, Gil-Robles y Gil-Delgado Alvaro, *El control parlamentario de la administración (El Ómbudsman)*, INAP, 2ª. edición, Madrid, 1981, págs. 38-39.

Posteriormente, se introduce en Finlandia (1919) –país que antes había formado parte de Suecia– y Dinamarca (1953).

A partir de la primera posguerra, el *Ombudsman* ha inspirado el nacimiento de instituciones similares en los restantes países escandinavos y, luego de la segunda guerra mundial, ha logrado universalizarse al ser incorporado en diversos ordenamientos jurídicos. Con posterioridad a su introducción en los citados países escandinavos, la institución va siendo acogida –aunque con variantes– por Gran Bretaña (*Parliamentary Commissioner for Administration*), Francia (*Mediateur*), Portugal (*Provedor de Justicia*) y España (Defensor del Pueblo).

En América Latina aparece a partir de la década de los noventa, aunque con algunos antecedentes, con diversas denominaciones como Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos, Defensor de los Habitantes o Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. En efecto, la Defensoría del Pueblo existe en Guatemala (1985), en algunos Estados del Brasil (por ejemplo en el de Paraná –1986– entre otros), México (1990), El Salvador (1991), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Paraguay (1992), Honduras (1992), Perú (1993), Argentina (1993), Bolivia (1994), Nicaragua (1995), Ecuador (1996), Panamá (1996) y Venezuela (1999).

En el Perú la Constitución de 1979 otorgó algunas funciones de Defensoría del Pueblo al Ministerio Público. La Constitución de 1993, optó por modificar dicha situación incorporando a la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, así como de la supervisión de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (artículos 161 y 162).

La Constitución concedió legitimación al Defensor del Pueblo para iniciar acciones de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley, y la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520, publicada el 8 de agosto de 1995, le reconoció legitimación para iniciar e intervenir en los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento y Acción Popular. Así también lo reconoce el Código Procesal Constitucional.

En este contexto, el presente artículo hace un balance del ejercicio de estos procesos por la Defensoría del Pueblo desde el 11 de septiembre de 1996, fecha en que inició su atención al público, hasta noviembre del 2004. Ello nos permitirá evaluar los criterios, intervenciones y resultados de los casos en los cuales la Defensoría del Pueblo decidió acudir al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional para garantizar los derechos de las personas.

II. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER E INTERVENIR EN PROCESOS CONSTITUCIONALES. CRITERIOS UTILIZADOS

1. Diversas modalidades de intervención defensorial

La legislación vigente concede legitimación a la Defensoría del Pueblo para iniciar procesos constitucionales; sin embargo, la experiencia desarrollada a lo largo de sus ocho años de funcionamiento ha permitido ir diseñando otras formas de intervención defensorial.

1.1. Legitimación activa

El artículo 203 inciso 3) de la Constitución reconoce a la Defensoría del Pueblo legitimación para interponer demandas de inconstitucionalidad. Su Ley Orgánica, Ley 26520, al igual que España, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Venezuela, entre otros ordenamientos jurídicos⁽³⁾, le concede legitimación para iniciar e intervenir en los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento y Acción Popular. En este sentido, el artículo 9 inciso 2) de la Ley 26520, señala que el Defensor del Pueblo está facultado para:

«Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la Acción de Inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200° de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la de Acción Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

Asimismo, está capacitado o facultado para intervenir en los procesos de Hábeas Corpus, para coadyuvar a la defensa del perjudicado».

Por su parte, el Código Procesal Constitucional (Ley 28237, publicada el 31 de mayo del 2004), vigente desde el 1° de diciembre del 2004, también reconoce

(3) Santisteban de Noriega, Jorge, «El Defensor del Pueblo en Iberoamérica», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Antonio Rovira Viñas (Director), Defensor del Pueblo, Aranzadi, Madrid, 2002, pág. 981.

legitimación a la Defensoría del Pueblo en los procesos de Hábeas Corpus (artículo 26), Amparo (artículo 40), Hábeas Data (artículo 65), Cumplimiento (artículo 67), Popular (artículo 84) e Inconstitucionalidad (artículo 98).

Tal legitimación potencia la actividad de la Defensoría del Pueblo pues ante el incumplimiento de sus recomendaciones o exhortaciones se convierte en un instrumento adicional que acrecienta la posibilidad de lograr que sus conclusiones respecto a la violación de determinados derechos o principios constitucionales sean cumplidas⁽⁴⁾. Se trata, como lo afirma la teoría procesal de un supuesto de legitimación procesal extraordinaria⁽⁵⁾, pues no obedece a la clásica legitimidad vinculada a la defensa de un derecho subjetivo, sino que se explica en tanto posibilita que un órgano constitucional pueda cumplir adecuadamente sus funciones de defensa de los derechos y principios constitucionales. En estos casos la Defensoría del Pueblo actúa en nombre «de la misma sociedad que impone a los poderes públicos la obligación de que sean celosos en el respeto y efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales».⁽⁶⁾

1.2. Intervención coadyuvante

El artículo 9 inciso 2) de la Ley 26520 permite la intervención coadyuvante de la Defensoría del Pueblo en los procesos de Hábeas Corpus. A nuestro juicio, dicha facultad comprende la posibilidad de intervenir en todos los procesos constitucionales en trámite en los cuales no sea parte, a fin de coadyuvar a la defensa de los derechos y principios constitucionales. Y es que si se cuenta con legitimación activa para intervenir en diversos procesos constitucionales, con mayor razón debe poderse intervenir como coadyuvante en procesos en trámite.

Así por ejemplo, lo sostuvo la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público, pues en su resolución de 25 de enero de 1999 (Expediente N° 1804-98), tuvo por apersonada a la Defensoría del Pueblo en un Proceso de Amparo para coadyuvar a la defensa de los derechos constitucionales involucrados. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha confirmado esta atribución al admitir el apersonamiento y uso de la palabra de la Defensoría del Pueblo en el Proceso de

(4) Piza Escalante, Rodolfo, «El Defensor de los Derechos Humanos frente a la justicia constitucional», *Memoria del Primer Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996, pág. 49 y ss.

(5) Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II, J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1991, pág. 36.

(6) Gimeno Sendra, Vicente y Garberi Llobregat, José, *Los procesos de Amparo*, Colex, Madrid, 1994, pág. 170.

Amparo iniciado por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la empresa Comunicación y Servicios S.R.Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen (Exp. N° 905-2001-AA/TC).

1.3. Intervención como «amicus curiae»

También es posible la intervención defensorial en procesos en trámite a través de la presentación de escritos de «amicus curiae». Es una institución desarrollada en el derecho anglosajón –aunque para algunos con antecedentes en el derecho romano primitivo⁽⁷⁾– también utilizada en el sistema interamericano de Derechos Humanos. A través de ella un tercero que no es parte interviene en un «procedimiento con el propósito de ofrecer información, o de argumentar en defensa del interés general a fin de que, más allá de los intereses de las partes, éste también pueda ser considerado por la Corte, o para desarrollar los argumentos jurídicos de una de las partes»⁽⁸⁾. Se trata de un «amigo del tribunal» que puede presentar cuestiones de derecho e incluso de hecho⁽⁹⁾.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la intervención del Defensor del Pueblo como «amicus curiae». Así por ejemplo, en el caso José Aguilar Santiesteban (Exp. N° 2455- 2002-HC/TC - Piura) señaló que: «Este Tribunal Constitucional considera que la presente acción debe tramitarse preferentemente, no sólo por la propia naturaleza de la misma, cual es proteger la libertad, sino por que además, conforme a lo expuesto por el propio Defensor del Pueblo en el «amicus curiae» que ha presentado ante esta instancia, se trata de un asunto de interés público prioritario (...)» (Fundamento Jurídico N° 1).

Incluso, se ha intervenido en calidad de «amicus curiae» en procesos de Inconstitucionalidad. Esto sucedió en la demanda presentada por el Colegio de Notarios de Lima contra diversos artículos de la Ley 27755, que creó el registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Exp. N° 001-2003-AI/TC), pues se consideró que el resultado del mismo podría afectar el derecho de propiedad de un elevado número de personas⁽¹⁰⁾.

(7) Piérola y Balta, Nicolás de y Carolina Loayza Tamayo, «Los informes de amici curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Internacional*, N° XII, pág. 455.

(8) Faúndez Ledesma Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2ª. edición, IIDH, San José, 1999, pág. 463.

(9) Piérola y Balta, Nicolás de y Carolina Loayza Tamayo, *ob. cit.*, págs. 458-459.

(10) Defensoría del Pueblo, «En el camino de la verdad: por la inclusión, justicia y equidad. Séptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2003-2004», pág. 392.

1.4. Presentación de informes u opiniones defensoriales en procesos en trámite por las partes o a solicitud del Tribunal Constitucional

Suelen presentarse situaciones en las cuales luego de emitido un informe o una comunicación escrita a alguna autoridad por la Defensoría del Pueblo, las personas deciden iniciar un proceso constitucional acompañando a su demanda copia del mismo para fundamentar de mejor manera su pretensión y para que el Juez conozca que sobre la materia ya existe un pronunciamiento defensorial. Se trata de una práctica frecuente que en diversas ocasiones ha contribuido a que se resuelva a favor de quien acompaña la opinión defensorial. Esto, por ejemplo, sucedió en el Proceso de Amparo iniciado por Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Tacna S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas y la Comisión de Liquidación del FONAVI. En tal ocasión, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna (Exp. N° 099-121) el 15 de julio del 2000 declaró fundada la demanda y, en consecuencia, inaplicable la Ley 27045, Ley de extinción de deudas de saneamiento de los usuarios y de regulación de deudas de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento al FONAVI. Con anterioridad, la Defensoría del Pueblo había remitido el Oficio DP-99-499 de 16 de julio de 1999 al Presidente del Congreso de la República solicitando la derogación de algunos artículos de la Ley 27045 que vulneran puntuales preceptos constitucionales⁽¹¹⁾.

Lo mismo ocurrió en los procesos de Amparo interpuestos por oficiales pasados a retiro por la causal de renovación de cuadros quienes por lo general presentaban en su demanda el Informe Defensorial N° 56, sobre «La aplicación de la causal de retiro por renovación en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional». Lamentablemente en tales ocasiones el Tribunal Constitucional declaró infundadas las demandas, aunque con el voto singular de quien fuera magistrado Manuel Aguirre Roca. Así, en la demanda de Amparo interpuesta por Jaime Samuel Castillo Acosta contra el Ministerio del Interior (Exp. N° 1178-2003-AA), resuelta el 29 de septiembre del 2003, el citado magistrado consideró que:

«Este voto, que reproduce buena parte de mi voto singular emitido en el Exp. N° 1020-2003-AA/TC (Comandante PNP José Humberto Zubiato Lazo), se apoya, además, en el dic-

(11) El 26 de junio del 2000, el Gerente General de EPS Tacna S.A. remitió al Defensor del Pueblo el Oficio N° 1048-2000-OAL-GG-EPS Tacna S.A. señalando que la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Tacna había declarado fundada la demanda interpuesta agregando que: «...el pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo referido a los aspectos inconstitucionales de la Ley 27045, contenido en el documento de la referencia, el cual mi representada se ha permitido aportar como elemento de juicio en el proceso judicial citado, ha contribuido sustancialmente a lograr el importante resultado indicado...».

tamen del señor Fiscal Superior, quien, con argumentos tan breves y claros como contundentes, se pronuncia, al igual que el suscrito, en el sentido de que se revoque la apelada y se declare fundada la demanda; y, de otro, en el notable Informe Defensorial N° 56, de fecha 20/12/2000, elaborado por la Oficina Especializada en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, corriente de fs. 57 a fs. 69 de autos, y que aparece dirigido, con fecha 12/12/2000, mediante comunicación DP 2000-1149, por el Dr. Walter Alvan, Defensor del Pueblo (e), al General PNP Antonio Ketin Vidal Herrera, en el que se hace una crítica demoleadora de los dispositivos que se vienen aplicando para los pases al retiro por renovación de cuadros; se recomienda la revisión de los casos ocurridos, así como la modificación de los Decretos Legislativos 752 y 745 (Ley de Situación Militar y Ley de Situación Policial, respectivamente); y, entre otras cosas, se pone de relieve que en el sistema actual no se reconocen siquiera las reglas más elementales del debido proceso y de los derechos de defensa que la dignidad humana exige».

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (Exp. N° 0090-2004-AA/TC, sentencia de 5 de julio de 2004) cambió el precedente establecido, pues consideró que la forma como se estaba aplicando la causal de retiro por renovación afectaba derechos fundamentales. Basó parte de sus afirmaciones en el citado Informe Defensorial (Cfr. el F. J. N° 17).

Un supuesto distinto se presentó cuando el propio Tribunal Constitucional, al amparo de lo dispuesto por el artículo 56 de su Ley Orgánica, solicitó a la Defensoría del Pueblo un informe sobre las condiciones del Establecimiento Penal de Challapalca (Oficio N° 511-2002-SG/TC del 7 de agosto de 2002), el mismo que fue remitido oportunamente a dicho órgano de control (Oficio N° DP-2002-573 de 15 de agosto de 2002). El informe fue tomado en cuenta al momento de resolver el proceso de Hábeas Corpus presentado por diversos reclusos (Exp. N° 1429-2002-HC/TC).⁽¹²⁾

⁽¹²⁾ Defensoría del Pueblo, «Redibujando la institucionalidad democrática: derechos, verdad y participación ciudadana. Cuarto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2000-2001», pág. 601.

1.5. Orientación para iniciar procesos constitucionales

En diversas oportunidades la Defensoría del Pueblo no ha iniciado un proceso constitucional, sino que ha orientado a los afectados para que ellos directamente los puedan presentar. Esto ocurrió, por ejemplo, cuando se evaluó el caso de los magistrados no ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura a través de procesos secretos, sin motivación y carentes de control. En tal ocasión, la Defensoría mediante la Resolución Defensorial 038-2002-DP de 28 de noviembre de 2002, consideró indispensable orientar a los magistrados no ratificados a interponer demandas de Amparo en defensa de los derechos y principios constitucionales afectados, así como demandas de Hábeas Data en salvaguarda de su derecho de acceso a la información relativa si se persiste en la negativa de entregarles la documentación existente sobre sus evaluaciones. Hizo lo mismo, tratándose de las mujeres oficiales de la ex sanidad de la Policía Nacional del Perú cuyos grados, honores y pensiones fueron desconocidos por la Ley 26960 y su Reglamento, a efectos de que interpongan las respectivas demandas de Amparo.

1.6. Intervención para promover cambios institucionales y normativos

En diversas ocasiones la Defensoría del Pueblo ha intervenido para proponer cambios institucionales, ya sea a pedido de parte o de oficio. Así, ante una queja presentada, a través de la Resolución Defensorial 052-97-DP de 13 de octubre de 1997, recomendó a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial que aclare el sentido de la Resolución Administrativa 399-CME-PJ precisando que los procesos de Hábeas Corpus pueden iniciarse no sólo ante los Juzgados Transitorios Especializados en Derecho Público, sino también ante cualquier Juez Penal. Asimismo, luego de la arbitraria destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, intervino para solicitarle al Tribunal que precise que mientras que no cuente con el total de sus miembros quedaba suspendido el término de prescripción para interponer acciones de inconstitucionalidad, lo cual fue ratificado por dicho órgano⁽¹³⁾.

De otro lado, en el Informe Defensorial 9, «Análisis de los Decretos Legislativos sobre seguridad nacional dictados al Amparo de la Ley 26950» de junio de 1998⁽¹⁴⁾, consideró que era manifiestamente inconstitucional el artículo 5 del De-

(13) Defensoría del Pueblo, «Al servicio de la ciudadanía. Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998», pág. 314.

(14) El texto puede consultarse en «Debate Defensorial», Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 1, Lima, 1998, págs. 248-249.

creto Legislativo 895, según el cual tratándose de los delitos de terrorismo agravado el proceso de Hábeas Corpus se interpondría ante un Juez Militar («Hábeas Corpus militar»). También consideró inconstitucional el Decreto Legislativo 900, que estableció que en los distritos judiciales de Lima y Callao todos los procesos de Hábeas Corpus y Amparo debían interponerse ante los dos únicos jueces especializados de Derecho Público. Por ello, solicitó al Congreso su modificación. Debido a que subsistía la vigencia del citado Decreto Legislativo 900, el 2 de mayo del 2000, presentó una demanda de inconstitucionalidad que fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional.

Un tema que también ha preocupado a la Defensoría del Pueblo ha sido el costo de la justicia. De ahí que en el documento de trabajo «El costo de defender los derechos humanos: las tasas judiciales» de setiembre del 2000, se haya verificado que no existían criterios uniformes en los órganos jurisdiccionales respecto a qué actuaciones llevadas a cabo en los procesos constitucionales debía estar gravadas con el cobro de una tasa. Por ello, recomendó la exoneración del pago de tasas judiciales en los procesos de Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento⁽¹⁵⁾.

Además, la Defensoría del Pueblo desde su tercer informe anual 1999-2000 ha considerado necesario «proponer la elaboración de una nueva Ley Orgánica que regule los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, que bien podría convertirse en un Código Procesal Constitucional»⁽¹⁶⁾. Esta propuesta fue reiterada en el sexto informe anual a fin de regular «de manera integral todos los procesos constitucionales»⁽¹⁷⁾.

2. Criterios de intervención en procesos constitucionales

A lo largo de su funcionamiento, la Defensoría del Pueblo ha decidido intervenir en un limitado número de casos, pues ha considerado que se trata de una facultad que debe ser utilizada en forma excepcional y subsidiaria. Precisamente, para definir si debe intervenir o no en un determinado proceso constitucional se han ido elaborando una serie de criterios a lo largo de su funcionamiento en consideración a la naturaleza de esta institución y la experiencia comparada a fin de

(15) *Cfr.* «Debate Defensorial», Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 2 Lima, 1999-2000, págs. 283 y ss.

(16) Defensoría del Pueblo, «Institucionalidad democrática y ética: tareas pendientes. Tercer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1999-2000», Lima, 2000, pág. 677.

(17) Defensoría Del Pueblo, «Descentralización y buen gobierno. Sexto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 2002-2003», Lima, 2003, pág. 493.

hacerlo en aquellos casos en que realmente se justifique⁽¹⁸⁾. Entre estos criterios podemos mencionar:

- a) el hecho que no exista otra vía posible para garantizar los derechos fundamentales o el principio de supremacía constitucional, pues se han agotado todos los medios razonablemente existentes para ello. Así por ejemplo, antes de interponer una demanda de Inconstitucionalidad se suele exhortar al órgano que dictó la norma cuestionada para que la derogue o modifique a fin de que pueda rectificarse, salvo que se requiera una actuación de urgencia;
- b) la clara y manifiesta violación de derechos o principios constitucionales por parte del acto o norma que se cuestiona. Y es que ante la falta de claridad y convicción sobre la amenaza o vulneración de derechos o principios constitucionales, se prefiere abstenerse de ejercer su facultad discrecional de interponer la demanda respectiva o intervenir en un proceso constitucional ya iniciado.
- c) la situación de indefensión de las personas que se vean afectadas por la norma o la decisión cuestionada, pues no se pretende sustituir a las partes ni convertirse en un abogado de oficio,
- d) la trascendencia colectiva que subyace a la controversia constitucional planteada que puede contribuir a fijar un precedente que incida en otros casos,

De esta manera, se ha intervenido en aquellos casos en los cuales no encontraba otra forma de resolver un problema de afectación a derechos o principios constitucionales. Hay que tomar en cuenta que la legitimación para presentar acciones de Inconstitucionalidad no pudo ser ejercida durante el tiempo en que tres magistrados no estaban en funciones al haber sido arbitrariamente destituidos por el Congreso de la República.

Hasta el momento la Defensoría del Pueblo ha hecho uso de su legitimación activa en veinte procesos de Inconstitucionalidad y dos Acciones Populares. Cabe indicar que desde la instalación del Tribunal Constitucional (1996) hasta el mes de agosto del año 2004 –fecha en que la Defensoría del Pueblo interpuso su última demanda– se presentaron 149 demandas de inconstitucionalidad⁽¹⁹⁾, de las cuales el 13.42% fueron interpuestas por la Defensoría del Pueblo.

(18) En España desde el primer informe presentado a las Cortes Generales (1983) se formularon puntuales criterios de intervención. *Cfr.* Defensor del Pueblo, «Informe a las Cortes Generales 1983», Cortes Generales, Madrid, págs. 26-27. Defensor del Pueblo, «Recurso ante el Tribunal Constitucional 1983-1987», Madrid, 1987, pág. VI. En Bolivia, tal como lo indica Kathia Saucedo, también se han fijado determinados criterios, en Defensor del Pueblo, «Recursos Constitucionales», La Paz, 2003, pág. 12.

(19) Información proporcionada por el Dr. Daniel Figallo, Relator del Tribunal Constitucional.

III. PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS

1. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por Gustavo Cesti

A inicios del año 1997 se abrió instrucción en el Fuero Militar contra el capitán EP (R) Gustavo Cesti por la supuesta comisión de delitos de desobediencia, contra el deber y la dignidad de la función, negligencia y fraude. Se afirmaba que en su calidad de agente de seguros del Ejército ante la Compañía de Seguros Popular y Porvenir había defraudado al Estado. La vocalía de instrucción dispuso su detención provisional e impedimento de salida del país.

Frente a esta orden de detención el señor Cesti interpuso una demanda de Hábeas Corpus, la cual fue declarada improcedente el 4 de febrero de 1997. La sentencia fue apelada y el 12 de febrero la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la demanda. De conformidad con la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, la sentencia había adquirido la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, el vocal instructor militar dictó una resolución declarando inaplicable dicha sentencia y ordenó la detención definitiva del señor Cesti.

Ante esta situación, el 28 de febrero la esposa del señor Cesti presentó una queja ante la Defensoría del Pueblo, reiterando la solicitud formulada por su esposo en relación a la plena vigencia de sus derechos de libertad individual y tránsito. La Defensoría constató la situación de detención, verificó el estado del proceso de Hábeas Corpus presentado y solicitó información al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar sobre la situación jurídica y las razones de la detención. Luego de realizada dicha investigación dictó la Resolución Defensorial N° 012-97/DP, de 24 de marzo, exhortando al Consejo Supremo de Justicia Militar a cumplir con la sentencia que declaró fundado el Hábeas Corpus. Posteriormente, la Defensoría del Pueblo intervino como «*amicus curiae*» en el proceso contencioso seguido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso fue resuelto el 29 de septiembre de 1999 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenándose la liberación del señor Cesti. Pese a lo dispuesto por dicha sentencia, la libertad del Sr. Cesti no fue ordenada de inmediato. Por ello, se remitió al Consejo Supremo de Justicia Militar el Oficio DP-99-918 de 14 de octubre y, posteriormente, se expidió la Resolución Defensorial 056-99-DP de 29 de octubre de 1999 reiterando la necesidad de disponer su inmediato cumplimiento, y advirtiendo al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar de las consecuencias penales que tal desacato acarrearía.

2. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por José Fernández Salvatecci

El 2 de mayo de 1999 el señor José Fernández Salvatecci iba a viajar a la ciudad de La Habana para recibir tratamiento médico urgente como consecuencia

de un cuadro de cuadraplegia progresiva. Sin embargo, no pudo hacerlo pues existía una orden de impedimento de salida del país emitida por el Quinto Juzgado Penal del Callao en 1985, basada en una querrela por difamación interpuesta por Vladimiro Montesinos, que había concluido en mérito a la conciliación de las partes en el año 1990.

El 5 de mayo de 1999 el señor Fernández Salvatecci solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo para que se levante dicha orden pues el proceso había concluido (Exp. N° 34-99/DP-CA). La Jueza del Quinto Juzgado Penal del Callao ordenó la búsqueda del expediente, colaborando en ello funcionarios de la Defensoría del Pueblo, e indicó que no levantaría la medida en tanto no apareciera el expediente. Ante esta situación, ante la evidencia de la pérdida del expediente, y dada la urgencia del viaje, el 11 de mayo de 1999 el recurrente interpuso una demanda de Hábeas Corpus alegando que se estaba vulnerando su libertad al impedirle la salida del país. A iniciativa de la Defensoría del Pueblo, la Corte Superior de Justicia del Callao dispuso que se resolviera el pedido de levantamiento del impedimento de salida del país del recurrente en virtud del principio de celeridad procesal, pudiendo viajar éste el 20 de mayo.

El 12 de mayo el Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público declaró improcedente la demanda de Hábeas Corpus interpuesta contra la Jueza del Quinto Juzgado Penal del Callao, indicando que la orden de impedimento de salida del país contra el actor había sido dictada por una autoridad judicial dentro de un proceso regular. Ante ello, el recurrente interpuso un recurso de apelación, y el 19 de mayo de 1999 la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público confirmó la sentencia apelada. Ello motivó que el demandante interpusiera un recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 486-99-HC/TC), el cual el 13 de octubre de 1999 revocó la sentencia de la Sala, indicando que carecía de sentido pronunciarse sobre el asunto controvertido por haberse producido sustracción de la materia controvertida. Sin embargo, precisó que «la emplazada (...), hasta el último momento, ha tenido la voluntad de no resolver respecto de la solicitud del accionante, (...) y ha sido, por el contrario, sólo por orden expresa de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia del Callao, tras la gestión de la Defensoría del Pueblo, que ha depuesto su actitud y resuelto en favor de lo peticionado por el accionante» (F.J. N° 3). Es decir, ingresó al fondo de la controversia para evidenciar la responsabilidad de dicha Jueza.

3. Intervención en proceso de Hábeas Corpus a favor de diversos abogados detenidos

El entonces Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Lima, Heriberto Benítez Rivas, solicitó la intervención de la

Defensoría del Pueblo en el proceso de Hábeas Corpus interpuesto a favor de Ernesto Mesa y otros abogados (Exp. N° 0098-1998-HC/TC), quienes permanecían detenidos más de quince días en la DINCOTE en base a lo dispuesto por el artículo 2°, inciso a) del Decreto Ley N° 25744, sin haber sido puestos a disposición del Juez competente. El Juez de Derecho Público y la Sala de Derecho Público rechazaron de plano la demanda aplicando el artículo 6 del Decreto Ley 25659, según el cual no procedía el Hábeas Corpus en casos de terrorismo. Dicha norma había sido derogada por el artículo 2 de la Ley 26248, de 24 de noviembre de 1993; no obstante, fue aplicada por los citados magistrados⁽²⁰⁾.

La Defensoría del Pueblo intervino ante el Tribunal Constitucional manifestando que el artículo 6 del Decreto Ley 25659 había sido derogado y que el artículo 2°, inciso a) del Decreto Ley N° 25744 resultaba inconstitucional pues extendía el plazo de detención policial más allá del plazo de 15 días previsto por el artículo 2 inciso 24 literal f) de la Constitución. El 5 de agosto de 1998, el Tribunal Constitucional declaró que carecía de objeto pronunciarse sobre el petitorio por haberse producido la sustracción de la materia pues los abogados detenidos ya habían sido puestos a disposición del órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, estableció un importante precedente al señalar que: «a) Ninguna autoridad puede impedir el ejercicio de las acciones de garantía por los particulares cuando se produzcan hechos que amenacen o violenten sus derechos constitucionales; b) Ninguna autoridad debe cohonestar la agravación ilegítima de las formas y condiciones en que se cumple la detención de una persona, menos aún fundamentar la detención indebida en razones legales que resulten incompatibles con la Constitución» (F.J. N° 6).

4. Intervención en proceso de Hábeas Corpus a favor de R. Q. B.

R. Q. B., de 19 años de edad, se incorporó voluntariamente al servicio militar en el Ejército en marzo del 2002, siendo destacado al cuartel «Domingo Ayarza» de Huamanga, Ayacucho. El 9 de julio del mismo año, la Defensoría del Pueblo tomó conocimiento de que dicho soldado había ingresado al servicio de emergencia del Hospital de Referencia Regional de Ayacucho por presentar un objeto extraño (foco de luz acoplado a un envase de plástico de talco desodorante) introducido en el recto. Debido a ello se iniciaron las investigaciones correspondientes por la afectación de la integridad personal, salud, intimidad y dignidad personales. Además, existían indicios de la presunta responsabilidad de efectivos milita-

(20) Defensoría del Pueblo, «Transparencia, responsabilidad y buen gobierno. Segundo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1998-1999», págs. 290-291.

res en la agresión al soldado; así como de acciones de intimidación de algunos efectivos militares, dirigidas aparentemente a influir en el contenido de su declaración y probablemente a contradecir su primera versión inculpatoria.

Al hacerse pública la tortura sufrida por R. Q. B., el Ministerio Público inició una investigación de oficio y la Tercera Fiscalía Provincial de Huamanga presentó la denuncia por la comisión del delito de tortura. Además, a juicio del Ministerio Público, al haberse mantenido una actitud de omisión de denuncia de los hechos acontecidos con el agraviado por parte de algunos efectivos militares, y haberse sustraído del conocimiento del Ministerio Público el atuendo que el señor R. Q. B. vestía al momento de su ingreso a la Posta Médica del Cuartel, existían razones para investigar la eventual comisión de los ilícitos penales de omisión de denuncia y encubrimiento real. Pocos días después el Fiscal Militar de Ayacucho acusó a R. Q. B. del delito de falsedad, arguyendo que éste era homosexual y que se había introducido el objeto a sí mismo para luego sindicarlo a terceros. Basándose en este dictamen, el Juez Militar Permanente abrió instrucción.

El 19 de julio, el padre del recluta interpuso una demanda de Hábeas Corpus contra Federico Ayarza Richter, General de Brigada del Ejército Peruano, por la afectación de la libertad individual de su hijo. Dicha demanda fue declarada fundada el 22 de julio por el Tercer Juzgado Penal de Huamanga, disponiéndose el retiro inmediato de la custodia militar y la suspensión definitiva del servicio militar voluntario que R. Q. B. venía prestando. El Juez consideró que era la única forma de garantizar el ejercicio de su derecho a no ser violentado para obtener declaraciones en los procesos en los que era inculcado o investigado. Además, señaló que en la medida en que el servicio militar era voluntario no lo podían obligar a continuar prestándolo. El Procurador Público del Ejército apeló la sentencia alegando que ella afectaba la independencia del órgano jurisdiccional militar garantizada en la Constitución, pues se venía llevando a cabo un proceso contra el soldado ante la justicia militar por el delito de falsedad.

El 5 de agosto del 2002 la Defensoría del Pueblo intervino para coadyuvar en el proceso a fin de que se confirmara la sentencia de primera instancia que disponía el retiro de las guardias dispuestas por la justicia militar en la habitación del ciudadano R. Q. B. y suspender la prestación del servicio militar. En efecto, la permanencia forzada de R. Q. B. en el servicio militar podía estar sujeta a afectaciones a su integridad síquica y el libre desarrollo de su personalidad. Finalmente, preocupaba a la Defensoría del Pueblo que se estaba tratando de sustraer la investigación de la tortura sufrida por el soldado del Juez natural, pues su juzgamiento correspondía al Juez ordinario. La Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho (Exp. N° 2002-0253) con fecha 5 de agosto del 2002, confirmó en parte la sentencia apelada ordenando la suspensión definitiva del servi-

cio militar voluntario del soldado agraviado y disponiendo se conceda su baja de las filas del ejército.

5. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por Juan Islas Trinidad y otros

Juan Islas Trinidad y otros internos del Establecimiento Penal de Challapalca (Puno-Perú) presentaron demanda de Hábeas Corpus contra el Ministro de Justicia, Ministro del Interior y Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). La demanda pretendía que se dispusiera el cese del aislamiento, incomunicación y las condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de reclusión de treinta y cuatro internos trasladados a dicho Penal, y que se ordenara el retorno a su lugar de origen, el Establecimiento Penal «Miguel Castro Castro» de Lima. El Tribunal Constitucional mediante resolución de 22 de abril del 2002 al Amparo de lo dispuesto por el artículo 56 de su Ley Orgánica, solicitó a la Defensoría del Pueblo un informe sobre las condiciones del Establecimiento Penal de Challapalca (Oficio N° 511-2002-SG/TC del 7 de agosto de 2002), el mismo que fue entregado oportunamente (Oficio N° DP-2002-573 de 15 de agosto de 2002).

El 19 de noviembre de 2002 el Tribunal (Exp. 1429-2002-HC/TC) declaró fundada en parte la demanda, y ordenó que el INPE traslade a cualquier otro Establecimiento Penal del Estado, a los reclusos cuyo precario estado de salud clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, no permita que continúen en el Penal de Challapalca. Asimismo, dispuso que al resto de la población penitenciaria se le proporcione adecuada atención médica y se facilite el transporte de los familiares cuando menos con periodicidad quincenal.

Dicha sentencia fija un interesante precedente sobre la ejecución de la pena, pues entre otros aspectos establece que la privación de la libertad no implica la suspensión o restricción de otros derechos (vida, integridad personal, salud) ni enerva la dignidad del ser humano. Sin embargo, el nivel de protección del fallo hubiera podido ser mayor si hubiera considerado el hecho de que las condiciones estructurales del Penal de Challapalca (condiciones geográficas, climatológicas⁽²¹⁾, de infraestructura, servicios básicos y aislamiento) constituyen una amenaza y vulneración permanentes de los derechos a la integridad personal y a la salud de la población penitenciaria.

(21) Este centro penitenciario se encuentra ubicado a una altura de 4,280 metros sobre el nivel del mar. La temperatura de la zona es en promedio de 8° o 9° C durante el día, descendiendo en las noches a 18° C bajo cero. Esta situación se agrava a partir del mes de junio en que comienza la época de helada cuando por la noche la temperatura desciende hasta 25° C bajo cero.

Por el contrario, la sentencia en su Fundamento Jurídico N° 9 establece que: «la reclusión de los demandantes en el establecimiento penitenciario de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos». Tal consideración difiere de los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Defensoría del Pueblo, en los que se señala la necesidad de trasladar a las personas reclusas hacia otros establecimientos penitenciarios y clausurar el Establecimiento Penal de Challapalca. Tales informes basan su recomendación en la incompatibilidad de las características estructurales de este Penal, con los derechos a vida, integridad personal, salud, derecho a contar con establecimientos adecuados, los principios de resocialización y reintegración del penado a la sociedad, el derecho de visita, entre otros⁽²²⁾.

6. Intervención en proceso de Hábeas Corpus presentado por José Aguilar Santisteban

El 22 de diciembre de 1999, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Piura, condenó al señor Aguilar Santisteban por el delito de concusión a un año de pena privativa de libertad, cuya ejecución quedó suspendida, sometiéndolo durante el mismo tiempo a un periodo de prueba bajo determinadas reglas de conducta. En forma accesoria se le impuso la pena de inhabilitación «durante el tiempo de la condena», de acuerdo con el artículo 36 inciso 2) del Código Penal. La sentencia fue impugnada y el 31 de enero de 2002, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema la confirmó. Posteriormente, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Piura dispuso que el Quinto Juzgado Penal de ese Distrito Judicial de cumplimiento a la sentencia.

De acuerdo a la constatación realizada por la Defensoría del Pueblo, el señor Aguilar Santisteban acudió desde el mes de diciembre de 1999 a registrar su firma en el 5° Juzgado Especializado en lo Penal, en cumplimiento de su sentencia condenatoria. Sin embargo, la Sala Penal de Piura consideró que la condena sólo se computaba a partir de la fecha en que el juzgado emitió la resolución que ordenó el cumplimiento de lo ejecutoriado, es decir, desde el 29 de abril del 2002. El señor Aguilar Santisteban solicitó a la Sala Penal de Piura su rehabilitación, pedido que fue declarado improcedente el 29 de mayo de 2002. Frente a dicha decisión interpuso recurso de nulidad, el cual también fue declarado improcedente mediante resolución del 12 de junio de 2002. Posteriormente, presentó un recurso de queja que fue desestimado el 25 de junio.

(22) *Cfr.* Defensoría del Pueblo, «Informe sobre el Establecimiento Penitenciario de Régimen cerrado especial de Challapalca», Informe Defensorial N° 073, Lima, marzo, 2003.

Contra la candidatura presentada por el señor Aguilar Santisteban (Fuerza Democrática) a la Alcaldía Provincial de Piura, se presentó una tacha ante el Jurado Nacional de Elecciones sustentada en la condena impuesta por la Sala Penal de Piura. El JNE mediante las Resoluciones N° 447-2002-JNE y N° 448-2002-JNE, de 11 de setiembre del 2002, declaró fundadas las tachas presentadas, pues consideró que el candidato estaba inhabilitado para ejercer sus derechos políticos desde el 29 de abril de 2002.

Ante esta situación, presentó una demanda de Hábeas Corpus contra la Primera Sala Penal de Piura y contra el referido Juez, por afectación de su libertad personal y su derecho de participación política, la cual fue declarada improcedente. La Segunda Sala Penal de Piura, el 10 de octubre del 2002, confirmó dicha decisión. Contra ella, presentó recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional y el 18 de octubre solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo, la cual luego de evaluar esta situación presentó el 5 de noviembre del 2002 un escrito en dicho proceso.

A juicio de la Defensoría del Pueblo, se había asumido una interpretación sobre los alcances de la condena que impedía la candidatura del señor Aguilar afectando sus derechos fundamentales. En efecto, la pena principal ya había sido cumplida; asimismo, se había acreditado que el demandante estuvo firmando el Libro de Registro de Sentenciados del Centro Documentario Modular de los Juzgados Penales de Piura desde diciembre de 1999, fecha en la cual fue condenado por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Piura. De este modo, habiendo cumplido la pena principal, simultáneamente había cumplido la accesoria de inhabilitación, pues conforme al artículo 69 del Código Penal: «el que ha cumplido la pena (...) queda rehabilitado sin más trámite». Ante esta situación, el Tribunal Constitucional (Exp. 2455-2002-HC/TC), el 11 de noviembre del 2002, declaró fundada la demanda antes de que se lleven a acabo las elecciones. Pese a ello, el JNE no permitió que el demandante pudiera participar en las elecciones municipales de dicho año.

7. Intervención en procesos de Hábeas Corpus presentados contra la investigación efectuada por la justicia ordinaria por los hechos ocurridos durante el estado de emergencia en Puno

El Decreto Supremo N° 055-2003-PCM, publicado el 28 de mayo, declaró el estado de emergencia en todo el país por treinta días. La Resolución Suprema 181-2003-DE, publicada el mismo día, dispuso que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno en diversas regiones del país. Dicha resolución no designó Comandos Políticos Militares⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Cfr. Defensoría del Pueblo, «Restricción de derechos en democracia. Supervisando el estado de emergencia», Informe Defensorial 76, Lima, 2003.

El 28 de mayo, el General EP Carlos De la Melena emitió el Comunicado Oficial N° 001/ SIB/4ª BRIG.MTÑ, en el que se dirigió a la población autocalificándose como «Jefe Político Militar del departamento de Puno», y señalando que las Fuerzas Armadas asumirían el control del orden interno durante el estado de emergencia. Asimismo, precisó los derechos fundamentales suspendidos y exhortó a la población a mantener la calma, a confiar en las fuerzas del orden, a evitar participar en actos reñidos con el estado de emergencia o a dejarse incitar por grupos interesados en ocasionar desórdenes públicos.

La intervención de las Fuerzas Armadas el 29 de mayo del 2003 trajo como consecuencia un muerto y varios heridos. Ante esta situación el Segundo Juzgado Penal de Puno (Exp. 2003-169) abrió instrucción contra diversos miembros de las Fuerzas Armadas pues como consecuencia de los excesos cometidos perdió la vida el joven estudiante Yony Quilca Cruz y se afectó la integridad de un significativo número de personas. Para evitar ser procesados los oficiales investigados presentaron cinco demandas de Hábeas Corpus (Exps. 2003-047, 2003-048, 2003-049, 2003-050, 2003-051) contra el 5° Juzgado Penal de Puno, pues consideraban que debían ser juzgados por la justicia militar. Debido a ello, se tramitó una contienda de competencia ante la Corte Suprema que fue resuelta a favor del fuero común.

La Defensoría del Pueblo el 10 de julio del 2003 presentó un escrito al Primer Juzgado Penal de Puno que venía tramitando los cinco procesos de Hábeas Corpus, manifestando que en dicho caso la competencia correspondía a la justicia ordinaria pues se trataba de investigar conductas lesivas a derechos humanos, siguiendo así la línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las referidas demandas de Hábeas Corpus fueron finalmente desestimadas.

IV. PROCESOS DE AMPARO

1. Intervención en demanda de Amparo presentada por Hidrocarburos del Puerto S.R.Ltda.

La empresa Hidrocarburos del Puerto S.R.Ltda. interpuso una demanda de Amparo contra OSINERG ante el Juzgado Corporativo Especializado en Derecho Público, solicitando la invalidez de la resolución de dicho organismo que le imponía una multa y ordenaba el cierre de un establecimiento de expendio de combustibles –«grifo»– mientras no obtuviese la inscripción en el registro del Dirección General de Hidrocarburos. El Amparo fue concedido en primera instancia, a pesar de no haberse agotado la vía previa administrativa, y no vulnerarse derechos fundamentales.

Ante esta situación, y considerando las quejas presentadas por los vecinos de la zona por la afectación de sus derechos a la integridad física, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, seguridad personal y protección de la salud, la Defensoría del Pueblo en el mes de noviembre de 1998 decidió intervenir en el proceso exponiendo las razones por las que el petitorio debía declararse infundado, pues no se violaban los derechos a la libre iniciativa privada, libre empresa y la libertad de trabajo del demandante. El 7 de mayo de 1999 la Sala Corporativa Especializada en Derecho Público revocó la sentencia apelada y declaró infundada la demanda, acogiendo los criterios formulados por la Defensoría del Pueblo.

2. Intervención en demanda de Amparo presentada por la profesora Giuliana Pantoja Chihuán

La Defensoría del Pueblo intervino en el caso de la señorita Giuliana Pantoja Chihuán, a quien la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga no le reconocía méritos para acceder a una plaza de docente pese a haber aprobado las evaluaciones respectivas. El motivo aparente era que había egresado de la escuela de periodismo Jaime Bauzate y no de un centro universitario. La Defensoría tomó conocimiento del caso e inició una investigación sumaria. Durante la investigación la Asamblea Nacional de Rectores informó que si bien la recurrente tenía título de licenciada en periodismo conferido al Amparo de la Ley 25167, tal grado no la facultaba para el ejercicio del derecho a la docencia universitaria.

Paralelamente a las actuaciones defensoriales, el 16 de setiembre de 1999 la profesora Pantoja interpuso una demanda de Amparo en defensa de sus derechos de no discriminación y libertad de cátedra. Cabe indicar que la Defensoría del Pueblo realizó una intervención coadyuvante en el Proceso de Amparo exponiendo cómo la resolución de la Universidad demandada afectaba los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a funciones públicas de la citada profesora. El 30 de setiembre el Juez de primera instancia falló declarando fundada la demanda en todos los extremos. Interpuesta la impugnación, la sentencia fue confirmada procediéndose a la incorporación de la demandante como docente nombrada.

3. Intervención en demanda de Amparo presentada por Manuel Elías Torres

La Ordenanza Municipal N° 000003-98 dictada por el Concejo Provincial del Callao, aprobó el Reglamento de Juntas Directivas Centrales de Asentamientos Humanos, regulando la elección, organización, dirección y control de dichas juntas en la Provincia del Callao. El artículo 2° estableció que el Comité Electoral

sería la autoridad que se encargaría de asumir la organización, dirección y control del proceso electoral en los asentamientos humanos marginales, en coordinación con la Dirección General de Asentamientos Humanos de la Municipalidad Provincial del Callao. Este Comité sería elegido por la Asamblea General y llevaría a cabo el proceso electoral para elegir a la Junta Directiva, debiendo solicitar a la Dirección General de Asentamientos Humanos de la Municipalidad veedores que supervisarían el acto electoral, bajo sanción de nulidad.

Los pobladores del Asentamiento Humano «Bocanegra» eligieron a los miembros del Comité Electoral notificando a la Municipalidad; sin embargo, ella se negó a reconocerlos. Ante esta situación, un grupo de pobladores solicitó la mediación de la Defensoría del Pueblo, producto de la cual se acordó la convocatoria a una asamblea general que ratifique el Comité en cuestión, lo que sucedió el 10 de marzo del 2001. El Comité dispuso inmediatamente convocar a la elección de la Junta Directiva y solicitó el envío de veedores a la Municipalidad. Sin embargo, el 20 de marzo la Municipalidad señaló que debían suspenderse y postergarse los procesos eleccionarios de juntas directivas en los diferentes Asentamientos Humanos para procurar la salvaguarda de la seguridad vecinal como condición necesaria para el proceso electoral nacional. Sin embargo, el 25 de marzo se llevó a cabo la elección y tres días después el Comité Electoral informó a la Municipalidad Provincial del Callao sobre el resultado de las elecciones y solicitó el reconocimiento de la Junta Directiva. Sin embargo, a través de la Resolución N° 033-MPC-DGAH del 30 de mayo del 2001, el Director General de Asentamientos Humanos declaró nula la elección.

Por este motivo, en julio del 2001, diversos pobladores interpusieron una demanda de Amparo contra la Municipalidad. La Defensoría intervino presentando un escrito a la Sexta Sala Civil el 25 de enero del 2002 para coadyuvar a la defensa de los derechos constitucionales de los demandantes, pues las elecciones llevadas a cabo en el AA.HH «Bocanegra» no adolecían de ningún vicio que ameritara su nulidad. La sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 3473-2001) de 19 de diciembre del 2002 (El Peruano –Separata de Jurisprudencia– Lima, 10 de abril del 2003, pp. 5725-5726) declaró fundada la demanda y dejó sin efecto la Resolución N° 033-MPC-DGAH del 30 de mayo del 2001.

4. Intervención en demanda de Amparo presentada contra periodistas de Radio Imagen

A raíz de diversos videos difundidos por el Congreso de la República, dos periodistas en su programa transmitido por Radio Imagen de Tarapoto difundieron informaciones sobre las supuestas vinculaciones de los propietarios de la Caja

Rural de Ahorro y Crédito de San Martín con la red de corrupción de Montesinos. Ante esta situación, los directivos de dicha entidad plantearon una demanda de Amparo contra la radio y los periodistas a fin de que el Poder Judicial ordene que se abstenga «de difundir noticias inexactas, que atentan contra el derecho de la banca y la garantía del ahorro, con la libre contratación y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera».

El 15 de febrero del 2001 el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín declaró fundada la demanda de Amparo contra Radio Imagen, ordenándoles que se abstengan de difundir o propalar utilizando el medio de comunicación radial, informaciones de las características y naturaleza de los hechos motivo de la sentencia. Esta decisión fue apelada y el 25 de julio la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de San Martín revocó la sentencia y declaró improcedente la demanda. Contra dicha decisión los directivos de la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín acudieron al Tribunal Constitucional.

La Defensoría del Pueblo evaluó la trascendencia general del problema, pues una decisión favorable a la pretensión de la demandante podría establecer un precedente que permita que a través del Amparo se pueda impedir preventivamente la difusión de informaciones u opiniones, afectando las libertades de expresión e información. Por ello, el 20 de setiembre intervino en el proceso exponiendo las razones por las que el petitorio debía declararse infundado, indicando que una posible censura judicial previa a través de una demanda de Amparo o de otra naturaleza contravendría el inciso 4 del artículo 2° de la Constitución así como el inciso 2 del artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 14 de agosto de 2002, el Tribunal Constitucional (Exp. 905-01-AA/TC) declaró improcedente la demanda, pues consideró que: «la pretensión formulada por la demandante, en el sentido de que se expida una orden judicial en virtud de la cual se impida que los emplazados puedan seguir difundiendo hechos noticiosos, es incompatible con el mandato constitucional que prohíbe que se pueda establecer, al ejercicio de la libertad de información y expresión, censura o impedimento alguno, (...)».

5. Intervención en Proceso de Amparo presentado por una Coronela PNP destituida

La Coronela P.N.P. Magda Collantes Maguiña, presentó una demanda de Amparo contra el Ministerio del Interior a fin de que se deje sin efecto la Resolución Ministerial N° 0691-98-IN/0103, dictada en aplicación de la Ley N° 26960 y su reglamento, que le quitaba el grado de coronel. El 9 de marzo del 2000, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 1181-1999-AA/TC) declaró fundada la demanda y, en consecuencia, no aplicable la citada resolución, ordenando se le restituya al Escalafón

de Oficiales de la Sanidad de la Policía Nacional del Perú en el grado de Coronel. Pese a ello, el Ministerio del Interior no cumplió con dicha sentencia⁽²⁴⁾.

Posteriormente, en enero de 2001 fue procesada y detenida pues se había iniciado un proceso penal contra ella. Meses después, fue destituida mediante Resolución Ministerial 0636-2001-IN/PNP, de 5 de julio, pues se le imputaba la comisión de delitos contra la administración pública, así como vinculaciones con la mafia montesinista.

Ante esta situación, presentó una demanda de Amparo contra el Ministerio del Interior pues la resolución que ordenaba su cese afectaba su derecho a la presunción de inocencia y el derecho al trabajo. La Defensoría del Pueblo intervino en el proceso para coadyuvar a la parte demandante, pues consideraba que se afectaban sus derechos a la presunción de inocencia, no discriminación por razón de sexo y el principio *ne bis in idem*. La Sexta sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 2 de octubre de 2002, declaró fundada la demanda interpuesta.

6. Intervención en Proceso de Amparo presentado por Juan Santibáñez Marín

Mediante Resolución Suprema N° 1399-2001/IN-PNP, de 14 de diciembre del 2001 se pasó a la situación de retiro por la causal de renovación al Coronel PNP Juan Santibáñez Marín, sin ninguna motivación y pese a que acreditaba un historial de servicios que apuntaba no sólo hacia su permanencia, sino incluso a su ascenso en la institución policial.

Ante esta situación, el afectado presentó demanda de Amparo por considerar que se habían afectado sus derechos fundamentales. Ante la solicitud de intervención formulada, la Defensoría del Pueblo con fecha 9 de setiembre del 2002 intervino como coadyuvante ante la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N° 331-2002), la cual mediante resolución de fecha 3 de octubre del 2002 la incorporó al Proceso de Amparo. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 6 de enero del 2003 (Exp. N° 2589-2002) declaró infundada la demanda. Cabe anotar, que el propio Tribunal Constitucional –acogiendo los criterios expuestos por la Defensoría del Pueblo– cambió de criterio en el caso Juan Carlos Callegari Herazo (Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

(24) Villanueva Flores, Rocío, «Garantías constitucionales y protección de los derechos de la mujer», Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 5, Lima, 2003, págs. 64 y ss.

7. Intervención en Proceso de Amparo presentado por Rafael García Mendoza

Rafael García Mendoza fue despedido arbitrariamente por la empresa SERPOST por haber supuestamente enviado un correo electrónico con contenido pornográfico. Ante esta situación, solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo, la cual al percatarse que existía un Proceso de Amparo iniciado, decidió presentar un escrito de *amicus curiae* dirigido a la Presidenta de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Oficio N° DP-DC-2003-046, de 5 de junio del 2003) en el que se consideraba que se había afectado el derecho al secreto de las comunicaciones al investigar dicha falta.

El caso llegó al Tribunal Constitucional, el cual declaró fundada la demanda (Exp. 1058-2004-AA/TC). Sostuvo que: «si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, (...). La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley» (F.J. 21).

8. Intervención en Proceso de Amparo presentado por paciente con VIH-SIDA

Isabel C. A., paciente infectada con VIH-SIDA, presentó demanda de Amparo contra el Ministerio de Salud a efecto de que se le provea de medicamentos antiretrovirales que le permitan contar con un tratamiento digno a su grave enfermedad, pues debido a su precaria situación económica no podía adquirirlos.

Luego de tomar nota de esta situación, y de conocer que el 14 de junio del 2002 el 5° Juzgado Civil de Lima había declarado improcedente la demanda de Amparo presentada, a pedido del representante de la quejosa, el 4 de noviembre del 2002 la Defensoría del Pueblo presentó ante la instancia superior un escrito de *amicus curiae*, a fin de aportar a la defensa de los derechos a la vida, salud e integridad de la demandante (Exp. N° 24256-2002, Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima). Lamentablemente, antes de que se dicte sentencia definitiva la persona falleció⁽²⁵⁾.

(25) Cfr. Luna Cervantes, Eduardo, «La Defensoría del Pueblo y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales», Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 5, Lima, 2003, pág. 157.

V. PROCESOS DE HÁBEAS DATA

1. Eliana Araujo Sánchez y Berna Morante Soria contra el Consejo Nacional de la Magistratura

Uno de los temas que más polémica ha despertado ha sido la forma como se han llevado a cabo las ratificaciones judiciales por el Consejo Nacional de la Magistratura. En efecto, su ejercicio discrecional, la falta de motivación, su carácter reservado y la ausencia de mecanismos de control ha conducido al cuestionamiento de la institución y a la presentación de sendas demandas de Amparo, denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quejas ante la Defensoría del Pueblo. Todo ello, motivó la expedición de la Resolución Defensorial 038-2002/DP de 28 de noviembre del 2002.

Preocupaba a la Defensoría del Pueblo la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de entregar los videos de las entrevistas realizadas, así como cualquier documentación relativa a los procesos de ratificación. Por ello, recomendó a las personas afectadas que ante tales casos presenten sus demandas de Hábeas Data para obtener información. Esto ocurrió con las doctoras Eliana Araujo y Berna Morante (Exp. N° 991-2003 y N° 1120-2003). La Defensoría del Pueblo intervino en sus procesos para coadyuvar a su defensa solicitando al Juez que les sea entregada la información solicitada

Es menester resaltar que el Tribunal Constitucional en el proceso de Hábeas Data interpuesto por Julia Arellano Serquén (Exp. 2579-2003-HD/TC - Lambayeque, sentencia de 6 de abril del 2004), acogió por vez primera la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional colombiana sobre el estado de cosas inconstitucional. Con ello extendió los alcances de su decisión a favor de terceros que se encontraban en la misma situación. En efecto, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y consideró que la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura de no entregar la información solicitada por los magistrados no ratificados podía ser considerada como un estado de cosas inconstitucional. Por tanto, dispuso se remita la sentencia: «a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de que en un plazo de 90 días hábiles a partir de la notificación de ésta, adopten las medidas necesarias y adecuadas a fin de corregir, dentro de los parámetros constitucionales, las solicitudes de entrega de información sobre el proceso de ratificación judicial». La Defensoría puso en conocimiento del Poder Judicial la citada sentencia para que resuelva conforme a lo expuesto por el Tribunal Constitucional.

VI. PROCESO DE CUMPLIMIENTO

1. Cumplimiento de Resolución Ministerial que incorporó la anticoncepción oral de emergencia a los métodos anticonceptivos previstos en el Programa Nacional de Planificación Familiar

Marisol Yovera Córdor y Eliana Cano Seminario presentaron demanda de cumplimiento contra el Ministro de Salud a fin de que acate lo dispuesto por la Resolución Ministerial 465-99-SA/DM y su ampliatoria 399-2001-SA/DM de 13 de julio de 2001. Esta última incorporó a los anticonceptivos orales de emergencia como uno de los métodos que el Ministerio de Salud debía distribuir gratuitamente. Pese al claro mandato de dicho acto administrativo, el Ministerio no cumplía con acatarlo.

En el marco de sus funciones, la Defensoría del Pueblo elaboró el Informe Defensorial 78, «Anticoncepción oral de emergencia», aprobado mediante Resolución Defensorial 040-2003/DP, de 18 de diciembre, a través del cual se recomendó al Ministerio de Salud que distribuya los anticonceptivos orales de emergencia en cumplimiento de la Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM. Ante la renuencia del Ministerio de acatar las recomendaciones formuladas y la existencia de un Proceso de Cumplimiento en trámite, la Defensoría del Pueblo el 13 de abril del 2004 presentó un escrito de *amicus curiae* a la Jueza del Vigésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima (Exp. N° 2004-4274-0-0100), haciendo de su conocimiento las razones por las cuales consideraba que la demanda debía declararse fundada. Hasta el momento el proceso se encuentra pendiente de sentencia.

VII. PROCESOS DE ACCIÓN POPULAR

1. El Decreto Supremo N° 006-98-IN

La Ley 26960 y su reglamento el Decreto Supremo 006-98-IN desconocieron el grado policial a más de tres mil mujeres de la ex sanidad de la Policía Nacional del Perú, a pesar de que el artículo 174° de la Constitución señalaba que los grados policiales sólo podían retirarse por sentencia judicial.

La citada ley declaró nulas las resoluciones supremas mediante las cuales se les había otorgado grados de oficiales o subalternas, a pesar de haber transcurrido el plazo para impugnar la incorporación de las referidas mujeres al cuerpo policial. Adicionalmente, tanto la ley como el reglamento determinaron un procedimiento para «regularizar» la situación de las personas afectadas, que en la prácti-

ca suponía obligarlas a renunciar a los derechos laborales y pensionarios adquiridos, pues de lo contrario se señalaba que serían demandadas judicialmente para que devolvieran lo «indebidamente» percibido durante los años que habían cobrado remuneraciones o pensiones como integrantes de la Policía Nacional del Perú.

La Defensoría del Pueblo, a través de la Resolución Defensorial 041-98-DP, de 7 de agosto de 1998, expuso los fundamentos de la inconstitucionalidad de la Ley 26960 y del Decreto Supremo 006-98-IN. El citado Decreto vulneraba, entre otros aspectos, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la Seguridad Social. Además, desconocía en forma retroactiva derechos pensionarios adquiridos antes de su vigencia, afectando lo dispuesto por el artículo 174 de la Constitución que establecía una reserva judicial para la revisión de las resoluciones administrativas que otorgaban grados al personal policial; desconociendo, además, que el plazo para impugnar estas incorporaciones había prescrito.

Por estas consideraciones, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de Acción Popular contra el Decreto Supremo 006-98-IN en el mes de agosto de 1998. En primera instancia, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Lima declaró infundada la demanda. En cambio, el 16 de enero del 2001 se publicó la sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema que declara fundada la demanda y, en consecuencia, la inconstitucionalidad parcial del Decreto Supremo 006-98-IN y la inaplicación de sus los artículos 3, 5 y 8. La sentencia indicó que los citados artículos vulneraban las normas constitucionales relativas al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, así como a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley. Asimismo, la sentencia declaró que el Decreto Supremo impugnado desconocía los derechos obtenidos por la aplicación de las Leyes 24173 y 25066.

2. El Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos Universitarios

La Tercera Disposición Transitoria del Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos Universitarios, aprobado mediante Resolución N° 636-97-ANR del 20 de junio de 1997 establecía que: «En ningún caso las universidades podrán expedir duplicados de diplomas de grados académicos o títulos profesionales. El interesado sólo podrá obtener de la respectiva universidad una constancia que acredite haber optado el grado o título y de la entrega del diploma correspondiente».

En el mes de junio del 2000 la Defensoría del Pueblo elaboró el Informe Defensorial 44 «Análisis de la legalidad de la prohibición establecida para las Universidades del país de expedir duplicados de diplomas y títulos universitarios en aplicación del Reglamento Nacional de Grados y Títulos Universitarios», en el que se indicaba que la citada norma afectaba el principio de razonabilidad y vulneraba los derechos fundamentales de acceso a la función pública en condiciones

de igualdad y a trabajar libremente. Por ello, a través de la Resolución Defensorial 045-2000-DP del 11 de agosto del 2000, instó a la Asamblea Nacional de Rectores (ANR) a que, en atención a los fines contemplados en el artículo 90° de la Ley Universitaria, Ley N° 23733, al inciso 1) del artículo 92° de la misma ley y al artículo 4° de la Ley N° 25064, derogaran dicha disposición. Asimismo, se recomendó a la ANR la adopción de mecanismos de seguridad adicionales a los señalados en el Capítulo III del Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos, a fin de permitir a las universidades del país, una vez derogada la norma cuestionada, la expedición de los duplicados de diplomas de grados y títulos que les sean solicitados.

En la medida que las recomendaciones formuladas no fueron atendidas, el 31 de mayo del 2002 se interpuso una demanda de Acción Popular contra la Tercera Disposición Transitoria de la Resolución N° 636-97-ANR, al considerar que vulneraba los derechos fundamentales de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y al trabajo. Ello porque para acceder a algunos cargos en el sector público se requería presentar el original o copia del diploma de grado académico o título profesional, no aceptándose constancias de haber obtenido tales acreditaciones universitarias. Así, aquellas personas cuyos diplomas se habían perdido, destruido o deteriorado severamente, no podían concursar para un puesto de trabajo en una entidad pública.

Al poco tiempo, la Asamblea Nacional de Rectores publicó en el diario oficial un nuevo Reglamento Nacional del Registro de Grados y Títulos Universitarios, aprobado por Resolución N° 897-2002-ANR, que derogaba al anterior. Sin embargo, el nuevo Reglamento mantenía la prohibición de expedir duplicados de diplomas de grados académicos o títulos profesionales y sólo permitía emitir fotocopias de los mismos.

Una interpretación restrictiva de la Acción Popular hubiera permitido que la Corte Suprema declare improcedente la demanda por «sustracción de materia» pues la norma cuestionada había quedado sin efecto, aplicando en forma restrictiva el artículo 21 de la Ley 24968. No obstante, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en su sentencia de 7 de abril de 2004 (Exp. N° 2299-2003-Lima) optó por un criterio distinto. Consideró que al mantenerse la misma norma en el nuevo Reglamento «corresponde pronunciarse sobre la Acción Popular interpuesta, toda vez que se trata del mismo presupuesto del Reglamento anterior». La Corte declaró fundada la demanda pues entendió que se afectaban los principios de reserva de ley y razonabilidad y, por tanto, declaró inconstitucional el artículo 21 de la Resolución N° 897-2002-ANR en cuanto prohíbe la expedición de duplicados de los diplomas de grados y títulos universitarios, que reemplazó a la Tercera Disposición Transitoria de la Resolución 636-97-ANR.

VIII. PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Artículo 337° del Decreto Legislativo N° 295, que aprobó el Código Civil (Exp. N° 0018-96-I/TC)

El artículo 337 del Código Civil, ubicado en el capítulo referido a la disolución del vínculo matrimonial, precisaba que: «la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa (reconocidas como causales de separación de cuerpos y de divorcio) son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, la costumbre y la conducta de ambos cónyuges». Las citadas normas tenían por finalidad restringir la separación de cuerpos y el divorcio en defensa del vínculo matrimonial; sin embargo, la norma cuestionada al atender a consideraciones como la educación, la costumbre y la conducta de los cónyuges permitía una discriminación indirecta.

El 19 de diciembre de 1996, la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra dicho artículo por considerar que vulneraba derechos fundamentales, entre otros, la integridad moral, psíquica y física, y la igualdad ante la ley.

El Tribunal Constitucional dictó sentencia con fecha 29 de abril de 1997, publicada el 13 de mayo de 1997, declarando fundada la demanda respecto a las causales de sevicia y conducta deshonrosa, e infundada en lo referente a la causal de injuria grave. El Tribunal señaló que en este caso se oponían «la defensa y conservación del vínculo matrimonial», con los derechos fundamentales de la persona, ambos reconocidos como valores constitucionales y legítimos. Añadía que no era legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla uno de los cónyuges debía sufrir la violación de sus derechos fundamentales, que le eran inherentes en su calidad de ser humano, sin que para ello importe su grado de instrucción, costumbres, conducta o identidad cultural.

2. Artículo 184 del Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial (Exp. N° 0019-96-I/TC)

El artículo 184° del Decreto Legislativo N° 767, del 29 de noviembre de 1991, Ley Orgánica del Poder Judicial estableció que: «Para ser nombrado Juez de Menores se requiere, además de los requisitos señalados en el artículo 183°, ser casado o viudo y tener o haber tenido hijos». Dicho artículo 184 también se aplicaba para el nombramiento de jueces y fiscales de familia.

La Defensoría del Pueblo el 17 de diciembre de 1996 interpuso demanda de Inconstitucionalidad contra dicho artículo, pues si bien del texto de la norma cuestionada podía desprenderse que su finalidad había sido la de garantizar un mayor conocimiento del derecho familiar, el artículo vulneraba el derecho a la igualdad.

No obstante, antes de que se dicte sentencia, el Congreso aprobó la Ley N° 26765, publicada el 8 de abril de 1997, que sustituyó el artículo cuestionado exigiendo a los jueces de familia los mismos requisitos que a los demás jueces especializados. Por ello, el Tribunal Constitucional entendió que la norma había sido derogada, razón por la cual declaró la demanda improcedente por haberse producido sustracción de la materia.

3. Segundo párrafo del artículo 317° del Código de Procedimientos Penales (Exp. N° 0020-96-I/TC)

El artículo 317 del Código de Procedimientos Penales regulaba el término de la instrucción en los procesos por delitos cometidos a través de los medios de comunicación. El segundo párrafo de dicho artículo establecía que formulada la denuncia, y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harían uso de los medios de comunicación para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Se añadía además que si esta prohibición era transgredida, el inculpado sería considerado reiterante; y el ofendido incurriría en la comisión de delito contra el honor. En este caso, el Juez procedería a la acumulación.

Ante la solicitud presentada el 3 de diciembre de 1996 por los directores de diversos medios de comunicación, la Defensoría del Pueblo, luego del análisis correspondiente, decidió presentar el 19 de diciembre de 1996 una demanda de Inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del citado artículo. Dicha norma vulneraba la libertad de expresión pues autorizaba una posible censura judicial, afectaba la presunción de inocencia, así como los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad. Con anterioridad, el Defensor del Pueblo había solicitado al Congreso de la República la derogación del citado dispositivo.

Estando pendiente la sentencia, el Congreso dictó la Ley 26773, cuyo artículo primero precisó que el segundo párrafo del artículo 317 del Código de Procedimientos Penales había quedado derogado por efecto de la vigencia de la Constitución de 1993. Por ello, el Tribunal Constitucional, el 18 de abril de 1997, declaró improcedente la demanda al haberse producido sustracción de la materia.

4. Decreto Ley N° 25662 (Exp. N° 0021-1996-I/TC)

El Decreto Ley N° 25662, del 13 de agosto de 1992, agravó la responsabilidad penal de los miembros de la Policía Nacional del Perú que incurrieran en la comisión de delitos comunes, con el doble del tiempo máximo de la pena establecida en el Código Penal o en leyes especiales.

Luego del análisis del caso, el 19 de diciembre de 1996 la Defensoría del Pueblo interpuso una demanda de Inconstitucionalidad pues consideró que dicha

norma resultaba discriminatoria y afectaba el principio de proporcionalidad. La demanda fue admitida por el Tribunal Constitucional, realizándose el informe oral correspondiente. Sin embargo, estando pendiente la sentencia, el Congreso aprobó la Ley 26758, publicada el 14 de marzo de 1997, cuyo artículo 1° derogó el cuestionado Decreto. Por ello, el 28 de abril de 1997, el Tribunal Constitucional, declaró improcedente la demanda por haberse producido sustracción de la materia.

5. Decretos de Urgencia N° 029-97, N° 030-97 y N° 031-97 (Exps. N° 05-97-AI/TC, N° 06-97-AI/TC, N° 07-97-AI/TC)

La Ley 18072 consideró como personal civil de la Sanidad de las Fuerzas Policiales a las profesionales de medicina, derecho, contabilidad, así como al personal paramédico con título universitario y a ex alumnos de medicina y odontología, estableciendo una situación discriminatoria en razón de sexo, pues el personal masculino de tales profesiones podía acceder a ser oficiales o personal subalterno de servicios. Posteriormente, la Ley 24173 incluyó en el escalafón de oficiales de servicios a dichos profesionales y la Ley 25066 incorporó al personal civil nombrado en el Servicio de Sanidad de la Policía Nacional, en las categorías de oficiales asimilados y subalternos asimilados. Se equiparó así a todos los profesionales que prestaban servicios para la Sanidad de las Fuerzas Policiales. Posteriormente, el Decreto Legislativo 817 dispuso que los profesionales comprendidos en los alcances de las Leyes 24173 y 25066, una vez definida su situación por el Ministerio del Interior, debían optar por su incorporación al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Pensiones.

En este contexto, se expidieron los Decretos de Urgencia 029-97, 030-97 y 031-97, los cuales declararon nulas las resoluciones supremas que consideraron al personal de las Ex Fuerzas Policiales y Sanidad en la categoría de oficial de servicios, subalterno de servicios, o empleados civiles otorgándoles grado policial. Mediante Resolución Ministerial 504-97-IN-0101200000 se estableció la relación de personas afectadas por tales decretos. De las 430 personas el 90.93% eran mujeres. Por ello, la Defensoría del Pueblo interpuso el 1° de octubre de 1997 tres demandas de Inconstitucionalidad contra los citados Decretos de Urgencia, al considerar que vulneraban el principio de igualdad al retirar los grados y someter a un régimen pensionario distinto a determinado personal de la Policía Nacional, conformado predominantemente por mujeres. Además, la seguridad social, la irretroactividad de las normas, la prohibición de revivir procesos fenecidos, y el principio constitucional según el cual los grados y pensiones inherentes a la jerarquía policial sólo pueden ser retirados por sentencia judicial.

El 11 de noviembre de 1997 el Presidente del Tribunal Constitucional informó a la Defensoría del Pueblo que mientras dicha entidad no contara con todos

sus miembros, no podría tramitar y resolver demandas de Inconstitucionalidad. El 26 de marzo de 1998 el Congreso derogó los cuestionados decretos. Por ello, el Tribunal Constitucional, una vez que tres de sus miembros fueron restituidos, el 1° de diciembre del 2000, declaró improcedentes las demandas presentadas.

6. Ley N° 26960 (Exp. N° 0004-2000-AI/TC)

La Ley 26960, del 31 de mayo de 1998, despojó del grado policial a más de 3,000 mujeres de la ex Sanidad de la Policía Nacional del Perú, al declarar nulas de pleno derecho las resoluciones supremas mediante las cuales se les otorgó grados de oficiales o subalternas. Asimismo, la Ley autorizaba al Procurador Público a demandar judicialmente a las afectadas para que devolvieran las remuneraciones, gratificaciones, bonificaciones, escolaridad, y otros beneficios obtenidos mientras ostentaban el grado.

Dicha ley violaba el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, el derecho a la seguridad social, los derechos laborales adquiridos, la cosa decidida y la irretroactividad de la ley. Asimismo, vulneraba el principio reconocido en el artículo 174 de la Constitución, según el cual los grados policiales sólo podían retirarse por sentencia judicial.

La Defensoría del Pueblo no pudo interponer una demanda de Inconstitucionalidad contra esta Ley sino hasta noviembre del año 2000, fecha en que fueron reincorporados los tres magistrados del Tribunal Constitucional y dicha entidad estuvo en condiciones de resolver las demandas de Inconstitucionalidad que se presentaban. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de Inconstitucionalidad el 30 de marzo del 2001.

7. Segundo párrafo del artículo 191° de la Ley Orgánica de Elecciones, modificado por el artículo 17° de la Ley N° 27369 (Exp. N° 002-2001-I/TC)

El artículo 17 de la Ley 27369, modificó el segundo párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones, estableciendo la prohibición de difundir proyecciones de las encuestas a «boca de urna» y de «conteo rápido» –ambos resultados no oficiales– desde las cuatro de la tarde hasta la difusión del primer conteo rápido que realice la Oficina Nacional de Procesos Electorales o las diez de la noche del día de las elecciones (8 de abril de 2001), lo que ocurra primero.

Dado que la citada norma limitaba las libertades de expresión e información pues impedía la difusión de información y el acceso a ella, la Defensoría del Pueblo presentó el 7 de marzo de 2001 una Acción de Inconstitucionalidad. La demanda fue admitida el 14 de marzo del 2001. Ante este pedido –que contó con el apoyo de diversas instituciones– el Tribunal declaró inconstitucional la norma

cuestionada. El 5 de abril se publicó la sentencia en el diario oficial y a partir del día siguiente el dispositivo dejó de existir.

La citada sentencia consideró que: «las encuestas y su difusión y proyección constituyen un importante elemento para conocer lo que piensa un sector de la sociedad, y como tales, representan un medio válido para la formación de una opinión pública, a la vez de representar también un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos responsables del proceso electoral y, en esa medida, de la propia transparencia del proceso electoral». Agregó, que para evitar confusiones en el público, lo razonable no era prohibir su difusión sino más bien que las encuestadoras adviertan que se trata de resultados no oficiales. Estableció así un adecuado equilibrio para evitar la afectación de derechos fundamentales. Además, dejó establecido que cuando se cuestionan normas electorales se debe actuar con una especial celeridad debido a la cercanía de las elecciones. En efecto, este caso fue resuelto en 28 días fijando un precedente que hasta el momento no se ha vuelto a repetir.

8. Decreto Legislativo N° 900 (Exp. N° 004-2001-AI/TC)

A través de la Ley 26950, de 19 de mayo de 1998, el Congreso delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia de seguridad nacional. Al Amparo de dicha autorización, el Gobierno expidió el Decreto Legislativo 900, publicado el 29 de mayo de 1998, modificando los artículos 15, 20 y 29 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Se estableció así que en la Capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao, sólo los Jueces y la Sala de Derecho Público tramitarían las demandas de Hábeas Corpus y Amparo. De otro lado, la norma en cuestión dispuso que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema quedaba facultada para crear salas y juzgados de derecho público en los distritos judiciales donde la carga procesal lo requiriera.

La Defensoría del Pueblo, el 2 de mayo del 2000, presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 900 al considerar que éste vulneraba el inciso 4 del artículo 101 y el artículo 104 de la Constitución, que prohibían delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia de leyes orgánicas, como era el caso de la regulación de los procesos o garantías constitucionales de acuerdo al artículo 200 de la Constitución. Esta prohibición también había sido transgredida al otorgársele a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema la facultad de crear salas y juzgados de derecho público, atribución reservada sólo a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Finalmente, dicho decreto restringía irrazonablemente el acceso a los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, puesto que en Lima y Callao sólo dos jueces de derecho público – carentes de imparcialidad– los tramitarían, evitándose de este modo cualquier

posible control jurisdiccional independiente e imparcial. El Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 13 de agosto del 2001, publicada el 27 de diciembre del 2001, declaró fundada la demanda acogiendo los fundamentos de la Defensoría del Pueblo.

9. Decretos Legislativos N° 895, N° 897 y la Ley N° 27337 (Exp. N° 005-2001-I/TC)

El 19 de mayo de 1998, a través de la Ley 26950, el Congreso delegó facultades al Poder Ejecutivo para que legisle en materia de «seguridad nacional». En virtud de esta delegación se expidieron entre otras normas, el Decreto Legislativo 895, Ley contra el «Terrorismo agravado», de 23 de mayo de 1998; el Decreto Legislativo 896, que modificó el Código Penal agravando los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación de menores, robo, robo agravado, y extorsión, de 24 de mayo de 1998; el Decreto Legislativo 897, relativo al procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos tipificados en el Decreto Legislativo 896, de 26 de mayo de 1998; el Decreto Legislativo 898, sobre posesión y entrega de armas de guerra, de 27 de mayo de 1998; y el Decreto Legislativo 899, Ley contra el «pandillaje pernicioso», de 28 de mayo de 1998.

La ley autoritativa presentaba serios problemas, pues al establecer la materia delegada la calificó como de «seguridad nacional» cuando en estricto se trataba de afrontar un problema generado por la «la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra». Ello implicaba trasladar al tratamiento de un problema de delincuencia común y seguridad ciudadana, un régimen jurídico excepcional de limitación de derechos que suponía la defensa de la seguridad nacional.

Producto de ello, los Decretos Legislativos dictados al amparo de la Ley 26950 adolecían de una serie de problemas vinculados a deficiencias de técnica legislativa, así como manifiestas inconstitucionalidades. A fin de lograr el necesario equilibrio entre las medidas especiales necesarias y la vigencia de los derechos fundamentales, la Defensoría del Pueblo elaboró el Informe Defensorial N° 9, «Análisis de los Decretos Legislativos sobre seguridad nacional», a través del cual se formularon puntuales conclusiones y recomendaciones, las cuales no fueron atendidas.

Si bien por distintas circunstancias algunas de estas normas fueron modificadas, tales reformas resultaron insuficientes pues dejaron subsistentes graves problemas de inconstitucionalidad. Por eso, la Defensoría del Pueblo, el 2 de mayo del 2001, presentó una demanda de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de tales Decretos. Tales normas afectaban el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de legalidad, el derecho a la libertad personal, subordinaban el Ministerio Público a la Policía Nacional, la presunción de inocencia, el

principio de igualdad, el debido proceso y los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación que deben caracterizar a las penas.

La demanda de Inconstitucionalidad fue declarada fundada en parte por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 15 de agosto del 2001 publicada el 17 de noviembre del 2001. Así, éste consideró inconstitucionales por la forma los Decretos Legislativos 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes, y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los artículos 1, 2, literal a), numeral 6), 6, incisos b), c) y d), 7, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8 del Decreto Legislativo 895, del artículo 2 de la Ley 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1º del Decreto Legislativo 897. Por su parte, declaró infundada la demanda en el extremo que impugnó la constitucionalidad de los artículos 193 y 194 de la Ley 27337, Código del Niño y el Adolescente, los que, según el Tribunal Constitucional, debían ser interpretados en el sentido precisado en los fundamentos de la sentencia para dejar a salvo su constitucionalidad.

10. Ordenanza N° 003 de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho (Exp. N° 07-2001-AI/TC)

El 30 de abril de 1999 la Municipalidad de San Juan de Lurigancho publicó la Ordenanza N° 003, que declaró inaplicable en dicha jurisdicción la Ordenanza N° 211 emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que establecía el procedimiento de ratificación que debían seguir las ordenanzas de las municipalidades distritales que regularan tributos, al amparo del artículo 94 de la Ley Orgánica de Municipalidades (LOM).

Luego de aprobar el Informe Defensorial 33 «Tributación Municipal y Constitución» mediante Resolución Defensorial 6-DP-2000, el 17 de mayo del 2001, se interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la referida Ordenanza al considerar que vulneraba el principio de legalidad en materia tributaria previsto por el artículo 74 de la Constitución –que debía interpretarse en concordancia con la LOM– pues este principio implicaba no solamente que la potestad tributaria se ejerciera por los órganos competentes y a través de los medios de producción normativa pertinentes, sino que estos instrumentos normativos debían cumplir todos y cada uno los requisitos legalmente establecidos para llegar a ser tales. Entre estos requisitos se encontraba la ratificación de las ordenanzas tributarias emitidas por municipalidades distritales por las municipalidades provinciales. De otro lado, la ordenanza cuestionada vulneraba el artículo 138 de la Constitución que establecía que la potestad de inaplicar normas correspondía a los jueces y no a un gobierno local. El 9 de enero del 2003, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda.

11. Ordenanza Municipal N° 089-97-C/PPP emitida por la Municipalidad Provincial de Piura (Exp. N° 0008-2001-AI/TC)

El 8 de noviembre de 1997 se publicó la Ordenanza N° 089-97-C/PPP, emitida por la Municipalidad Provincial de Piura, mediante la cual se dejaba sin efecto, a partir del 1° de enero de 1997, la inafectación al pago del impuesto predial del que gozaban los predios de propiedad de las Instituciones Educativas particulares. La Municipalidad consideraba que las propiedades de estas instituciones estaban afectas al pago del impuesto predial porque generaban rentas de tercera categoría.

Ante el incumplimiento de las recomendaciones defensoriales formuladas, el 17 de mayo del 2001, interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra la citada ordenanza por considerar que ésta atentaba contra el artículo 19° de la Constitución que establecía la inafectación de tributos para las entidades educativas; contra el artículo 74 de la Constitución, que desarrolla el principio de legalidad en materia tributaria y la no retroactividad en la aplicación de tributos; y contra el artículo 2 inciso 16, que reconocía el derecho de propiedad.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda el 20 de diciembre del 2001, publicada el 1° de febrero del 2002, acogiendo los argumentos de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, dado que en materia tributaria el Tribunal puede fijar los efectos de su sentencia en el tiempo y no lo había hecho, se solicitó a dicha entidad que aclare desde cuándo tenía efectos su sentencia. Mediante resolución de 4 de marzo, publicada el 7 de julio del 2002, el Tribunal precisó que respecto a aquellos montos que la Municipalidad ya había cobrado no habría devolución y respecto a la deuda pendiente aún no cobrada, ya no existía posibilidad de hacerlo.

12. Decreto de Urgencia N° 055- 2001 (Exp. N° 0016-2001-AI/TC)

El 12 de mayo del 2001 se publicó el Decreto de Urgencia 055-2001, que estableció un procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial en procesos seguidos contra el Estado. Dicha norma establecía, entre otros aspectos, la obligación del titular del pliego de disponer el pago correspondiente siempre que existieran los recursos presupuestales respectivos, el ofrecimiento de modalidades de pago por parte de la entidad demandada luego de vencido el plazo de seis meses desde la notificación judicial de la sentencia, y la programación del pago para los siguientes ejercicios presupuestarios en caso que el acreedor no estuviera de acuerdo con la modalidad de pago planteada por la entidad demandada.

A juicio de la Defensoría del Pueblo, dicho Decreto vulneraba el derecho a la igualdad de las partes en el proceso, pues otorgaba privilegios irrazonables al

Estado y supeditaba la ejecución de la sentencia a su voluntad. Además, afectaba el derecho a la tutela jurisdiccional, pues limitaba la efectividad de la sentencia. Por ello, el 12 de noviembre del 2001 interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra el referido Decreto. Posteriormente, el 7 de diciembre, se publicó la Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, cuya primera disposición derogatoria (inciso 8), dejó sin efecto los artículos 2, 3 y 6 del Decreto de Urgencia 055-2001. Meses después, el 16 de marzo del 2002, se publicó la Ley 27684, modificando el artículo 42 de la Ley 27584, que regulaba la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero. Dicha Ley retiró el inciso 8) de la primera disposición derogatoria de la Ley 27584 y declaró la plena vigencia del Decreto de Urgencia 055-2001 con excepción de los artículos 2, 3 y 5 que quedan derogados. Ante esta situación el Colegio de Abogados de Ica interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley 27684, la cual fue acumulada con la interpuesta por la Defensoría del Pueblo.

El 1º de febrero del 2004 se publicó en el diario oficial «El Peruano» la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en las demandas de Inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo y por el Colegio de Abogados de Ica. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda interpuesta, precisó cual debía ser la adecuada interpretación de algunos de los dispositivos cuestionados –sentencia interpretativa–, consideró que carecía de objeto pronunciarse sobre los artículos 2, 3 y 5 del Decreto de Urgencia 055-2001 al haber sido derogados, y formuló puntuales recomendaciones para contar con una política estatal destinada al pago de la deuda interna. Consideró que la ley puede establecer ciertas restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida que tengan una justificación constitucional, tal como sucede con la prohibición de embargar bienes del Estado de dominio público. Preciso que: «corresponde al Juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables». Entendió, además, que los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, a que se refiere el artículo 1 del Decreto de Urgencia 019-2001, sólo son inembargables cuando: «se encuentren afectos al servicio público».

Asimismo, declaró la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el artículo 42 modificado por la Ley 27684, según la cual: «única y exclusivamente» las sentencias que ordenan el pago de sumas de dinero serán atendidas por el pliego en donde se generó la deuda, pues debe interpretarse: «tal como lo ha sugerido la Defensoría del Pueblo, que los fondos para cubrir las deudas estatales surgidas de resoluciones judiciales, no solamente pueden provenir del Pliego Presupuestal en donde se generó la deuda, sino también de partidas

presupuestales comunes a todos los pliegos». Agregó que el plazo establecido para el cumplimiento de una sentencia no puede ser indefinido. Esta sentencia aporta relevantes criterios interpretativos –algunos de los cuales no dejan de ser polémicos– que pueden contribuir a que las decisiones judiciales pendientes de ejecución sean cumplidas.

13. Ordenanza N° 290 (Exp. N° 0010-2001-AI/TC)

La Ordenanza N° 290, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MLM) y publicada el 3 de diciembre del 2000, establecía la procedencia del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 100 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS (vigente en esa fecha), contra las resoluciones emitidas en segunda instancia por las municipalidades distritales de la provincia de Lima.

La Defensoría del Pueblo considerando que esta Ordenanza no respetaba la Constitución exhortó al Alcalde a modificarla. Ante su negativa, el 18 de mayo del 2001, presentó ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad por considerar que dicha ordenanza vulneraba la autonomía de las municipalidades distritales de la provincia de Lima, consagrada en el artículo 191 de la Constitución y en la Ley N° 23853, Ley Orgánica del Municipidades (LOM). En efecto, ambas normas, que conforman un bloque de constitucionalidad, no establecían una facultad genérica de revisión de los actos administrativos expedidos en última instancia por las municipalidades distritales de la provincia de Lima por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Sólo excepcionalmente esta entidad podía revisar las decisiones de las municipalidades distritales de su circunscripción respecto a las materias establecidas en el artículo 11 de la LOM.

Asimismo, el artículo 100 del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos no era aplicable al ámbito del procedimiento administrativo municipal, pues aquel se refería a los actos administrativos expedidos por entidades públicas que, desde un punto de vista territorial, no tuviesen competencia nacional, a fin de que fueran revisados de manera definitiva por una autoridad administrativa que, sobre la misma materia, ejerciera una competencia de alcance nacional. Este no era el caso de las municipalidades, ya fueran provinciales o distritales, por cuanto entre ellas no existía una relación de subordinación. El 26 de agosto del 2003 el Tribunal dictó sentencia declarando fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ordenanza N° 290.

14. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Exp. N° 012-02-AI/TC)

En el Perú, pese a los esfuerzos realizados, todavía subsiste una cultura del secreto. Un paso importante para superarla fue la aprobación de la Ley 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública, publicada el 3 de agosto del 2002. Esta ley si bien contenía aspectos positivos, introdujo ciertas restricciones que fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad por parte de la Defensoría del Pueblo presentada el 11 de setiembre del 2003.

En efecto, el artículo segundo de la citada ley señalaba que: «Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional responden las solicitudes de información a través del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, respectivamente», lo cual restringía el acceso a la información. Y es que al indicar que tales entidades públicas responderán a través de sus Ministerios, no sólo centralizaba la información y dificultaba su acceso, sino además establecía un privilegio no previsto por la Constitución. En efecto, según la Constitución toda persona tiene derecho a recibir de «cualquier entidad pública» la información que requiera, es decir, directamente –sin intermediarios– y sin establecer un tratamiento especial hacia las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. En materia de seguridad nacional, consagró dos tipos de información clasificada como «secreta y estrictamente secreta» (artículo 15, inciso a), sin precisar los criterios que las diferencian. Además, señalaba que correspondía al Consejo de Ministros determinar a través de un acuerdo qué información sería clasificada y agregaba que mediante Decreto Supremo el Poder Ejecutivo reglamentaría tales excepciones. Estas disposiciones afectaban el artículo 2° inciso 5) de la Constitución, según el cual las excepciones sólo se establecen por una norma con rango de ley.

La Ley 27927, publicada el 4 de febrero del 2003, modificó los artículos impugnados por la Defensoría del Pueblo. El hecho que se encontrara pendiente la demanda aceleró tal modificación. Por ello, el Tribunal Constitucional con fecha 3 de marzo del 2003 declaró que carecía de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia justiciable.

15. Delito de desacato (Exp. 004-2003-AI-TC)

La Defensoría del Pueblo desde su Informe Defensorial 48 sobre «Situación de la Libertad de Expresión en el Perú», de noviembre del 2000, ha sostenido que el delito de desacato es incompatible con la libertad de expresión. Ratificando dicho criterio, emitió la Resolución Defensorial N° 007-2001-DP de 8 de febrero de 2001, que acogiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la incompatibilidad del delito de desacato con la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos, ejerció la facultad de iniciativa legislativa para derogar el cuestionado dispositivo.

Como quiera que pese a las recomendaciones formuladas el Congreso de la República no derogó dicho dispositivo, el 31 de enero del 2003 interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 374 del Código Penal que lo regula. El 29 de mayo de 2003 se publicó la Ley 27975 que derogó el citado dispositivo. Por ello, el 2 de junio el Tribunal declaró que carecía de objeto pronunciarse al haberse producido sustracción de la materia.

16. Ley 24150 (Exp. N° 017-2003-AI/TC)

La Resolución Defensorial 020-2003, publicada el 31 de mayo del 2003, recomendó al Congreso de la República la derogación de la Ley 24150, modificada por el Decreto Legislativo 749, que establecía las normas que debían cumplirse en los estados de excepción cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno. Debido a que dicha Ley seguía vigente, el 16 de septiembre del 2003 se presentó una demanda de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de la referida Ley. El 16 de marzo de 2004 el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta. Dicha sentencia fue precisada en algunos aspectos puntuales, al concederse el recurso de aclaración presentado por la Defensoría del Pueblo.

Consideró que la denominación Comando «Político» Militar distorsionaba el rol que corresponde a las Fuerzas Armadas que deben ser neutrales, apolíticas y no deliberantes. Por ello, declaró inconstitucional el adjetivo político introducido por la ley. Asimismo, concluyó que diversas atribuciones concedidas a los «Comandos Militares» resultaban inconstitucionales. Sostuvo que el artículo 11, según el cual cuando cesa el control del orden interno por las Fuerzas Armadas «las autoridades civiles del territorio correspondiente, reasumirán de pleno derecho sus respectivas funciones y atribuciones» y el artículo 5 inciso e) que disponía que las «Autoridades Políticas, los Organismos Públicos, los Gobiernos Regionales y Locales deben poner a disposición de los referidos Comandos los recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal y otros que sean necesarios para el cumplimiento de su misión», subordinaban a la autoridad civil frente a la militar durante un régimen de excepción.

Precisó el concepto de delito de función pues sólo en tales casos tiene competencia la justicia militar. Señaló que no es un «fuero personal» que persiga a quienes visten uniforme y tampoco depende del lugar en que se cometió el ilícito, pues incluso en un cuartel podría cometerse un delito común. Acogió así un criterio material, según el cual existirá delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad afecte bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de

la Policía Nacional relacionados con el cumplimiento de sus fines constitucionales. Y es que no basta que la conducta esté tipificada en el vetusto Código de Justicia Militar sino que ella debe configurar un verdadero delito de función que infrinja un deber militar o policial. Para el Tribunal, no constituye una infracción a dicho deber «la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar los derechos fundamentales». De ahí que resulte evidente que una conducta lesiva a derechos humanos –como una ejecución extrajudicial, o una tortura– no puede constituir delito de función y por ende permitir que militares o policías sean juzgados por la justicia militar.

17. Ley Orgánica de Justicia Militar, Código de Justicia Militar y Ley del Ministerio de Defensa (Exp. N° 023-2003-AI/TC)

La Defensoría del Pueblo desde el inicio de sus funciones, ha formulado puntuales recomendaciones al Congreso de la República para modificar la justicia castrense. Así lo hizo en el Informe Defensorial N° 6 «Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú» (marzo de 1998); en el Informe N° 64 «La justicia militar en una etapa de transición: Análisis de los proyectos de reforma» (marzo 2002) y en el Informe N° 66 «¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria» (abril 2003). Sin embargo, no se apreciaban cambios sustantivos. Por esta razón, el 10 de diciembre del 2003 presentó una demanda de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley Orgánica de Justicia Militar, del Código de Justicia Militar y de la Ley del Ministerio de Defensa, para que adecue la legislación penal militar a los parámetros constitucionales y las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. A través de esta demanda, la Defensoría del Pueblo solicitó al Tribunal Constitucional que declare la inconstitucionalidad del modelo vigente de justicia militar, que en lo esencial mantiene el esquema del primer Código de Justicia Militar de 1898.

El 9 de junio del 2004, en una histórica sentencia, publicada el 30 de octubre del mismo año, el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta. Entre otras consideraciones, sostuvo que el hecho que los jueces militares sean oficiales en actividad designados por el Poder Ejecutivo afectaba la autonomía e independencia que debe caracterizar a todo magistrado. Agregó que las normas cuestionadas no garantizaban la inamovilidad con la que debe contar todo Juez y que el diseño del Ministerio Público militar, que forma parte de la justicia castrense, no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución que reconoce a dicho órgano autonomía e independencia. De esta manera, el Tribunal declaró inconstitucional el propio diseño de la justicia militar. Asimismo, señaló que los tribunales militares se encargan de sancionar delitos de función y que no es su finalidad esencial e inmediata velar por el mantenimiento de la moral, orden y disciplina, conceptos que, además, son ambiguos. Señaló que los tribunales mili-

tares jamás pueden juzgar delitos contra los derechos humanos, los cuales son imprescriptibles.

Para evitar situaciones de vacío exhortó al Poder Legislativo a que en un plazo no mayor de doce meses dicte la legislación que corresponda para adecuarse a lo dispuesto por la Constitución y su sentencia de inconstitucionalidad. Definitivamente, esta sentencia atravesó el corazón de la justicia militar, constituyendo un paso importante para su futura inserción como instancia especializada dentro del Poder Judicial.

18. Ordenanzas de Surco (Exp. N° 0041-2004-AI/TC)

Desde el inicio de sus funciones, la Defensoría del Pueblo ha recibido numerosos reclamos por el cobro indebido de tributos municipales. Como quiera que el tema tenía una trascendencia mayor se elaboró el Informe Defensorial N° 33, denominado «Tributación Municipal y Constitución», publicado en febrero del año 2000, que formula puntuales recomendaciones a los gobiernos locales. No obstante ello, diversos reclamos se han seguido presentando.

Es así que el 26 de enero de 2004, la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, solicitó a la Defensoría del Pueblo la interposición de una demanda de Inconstitucionalidad contra diversas ordenanzas emitidas por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco. Ante esta situación y debido a que también existían quejas contra dicha Municipalidad, el 16 de julio de 2004 se interpuso una demanda de Inconstitucionalidad contra las ordenanzas que aprobaron los arbitrios municipales de los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. El 2 de agosto de 2004, el Tribunal Constitucional admitió la demanda, resolución que fue notificada a la Defensoría del Pueblo el 17 de agosto del mismo año. Hasta el momento de culminación del presente trabajo, el Tribunal no ha fijado fecha para la audiencia pública.

IX. PROCESOS CONSTITUCIONALES EN LOS CUALES LA DEFENSORÍA HA SIDO PARTE DEMANDADA

En algunas ocasiones se han interpuesto demandas de Hábeas Corpus o Amparo contra el Defensor del Pueblo, sus Adjuntos o sus Representantes. En ninguno se ha dictado sentencia estimatoria; en todos ellos se declaró infundada o improcedente la demanda. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional en el proceso de Hábeas Corpus iniciado por Jesús Linares Cornejo contra el Defensor del Pueblo, el primer Defensor Adjunto y el Defensor Adjunto en Asuntos Constitucionales, con fecha 20 de noviembre de 1998 (Exp. N° 0852-1997-HC) declaró improcedente la demanda por considerar:

- «3. *Que el actor, mediante la presente acción de garantía, cuestiona una supuesta omisión de la Defensoría del Pueblo frente al requerimiento de su intervención en procesos judiciales que mantiene con el Poder Judicial, tal imputación carece de sustento legal, puesto que la Defensoría del Pueblo carece de facultades para intervenir y defender a particulares en procesos judiciales ordinarios, pues su participación e intervención –si lo considera necesario– se limita a una opinión y recomendación que incluso lo enfoca en términos genéricos, y dicha intervención se basaba en aspectos estrictamente técnicos.*
4. *Que, a mayor abundamiento el contenido del Oficio N° 006-97-DP-AT dirigido por la Defensoría del Pueblo, al actor, dando respuesta de lo solicitado por este último, se acredita el carácter técnico de la respuesta y la correcta aplicación de las atribuciones y facultades que tiene la emplazada, consecuentemente, no se ha conculcado ningún Derecho Constitucional al actor».*

El demandante consideraba que el pedido de intervención efectuado a la Defensoría del Pueblo respecto a diversos reclamos formulados ante el Poder Judicial había sido denegado, y que tampoco se había accedido a su solicitud de derogar el Decreto Supremo 038-89-PCM, lo cual consideraba una omisión dolosa en el ejercicio de las funciones defensoriales y un incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 162 de la Constitución. El Tribunal Constitucional en un nuevo proceso de Hábeas Corpus presentado por dicha persona (Exp. N° 0519-1997-HC) declaró infundada la demanda interpuesta pues consideró:

- «1. *Que la pretensión del actor es que a través de esta acción de garantía se ordene al denunciado Defensor del Pueblo cumpla con sus funciones, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 162° de la Constitución Política del Estado, a fin de que preste el auxilio que le solicitó el actor con fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis.*
2. *Que, analizados los autos se aprecia que el órgano constitucional emplazado, en uso de su facultad discrecional y por decisión definitiva, desestimó la solicitud del actor, tal como obra a fojas cincuenta y seis del expediente.*
3. *Que, debe señalarse que el cuestionado pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo estuvo enmarcado dentro de las atri-*

buciones que la Constitución Política y su Ley Orgánica le confiere, no existiendo en autos elementos de juicio que denoten que se haya cometido un inapropiado ejercicio de la función defensorial en perjuicio del Derecho Constitucional a la libertad individual del recurrente».

De esta manera, quedó claro que el cuestionamiento judicial de las actuaciones defensoriales resultaba improcedente.

X. REFLEXIONES FINALES

- 1) En sus ocho años de funcionamiento la Defensoría del Pueblo ha intervenido en diversos procesos constitucionales con la finalidad de garantizar una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales. Lo ha hecho a través de distintas modalidades: en ejercicio de su legitimación activa, de manera coadyuvante, como *amicus curiae*, en forma indirecta a través de la presentación de informes u opiniones en procesos en trámite, orientando a los quejosos para que ellos inicien sus respectivos procesos, o promoviendo cambios normativos e institucionales.
- 2) La Defensoría del Pueblo ha acogido determinados criterios que le han permitido definir cuando y en qué forma intervenir en un proceso constitucional. Lo ha hecho de manera excepcional, sólo en aquellos casos en los cuales entendía que era necesario y cuando no había otra medida a su alcance. Y es que la Defensoría no pretende convertirse en una suerte de abogado de oficio que instaure todos los procesos de quienes lo soliciten. De ahí que haya diseñado sus propios criterios para determinar cuando interviene o cuando no, así como la forma más adecuada de hacerlo.
- 3) Hasta el mes de noviembre del 2004, la Defensoría del Pueblo había interpuesto veinte demandas de Inconstitucionalidad y dos Acciones Populares. Además, ha intervenido –a través de diversas modalidades– en siete procesos de Hábeas Corpus, ocho de Amparo, dos Hábeas Data y uno de Cumplimiento. Incluso, en ocasiones ha sido objeto de demandas de Amparo que finalmente fueron rechazadas por improcedentes. Cabe indicar que desde la instalación del Tribunal Constitucional (1996) hasta agosto del 2004 –fecha en que se interpuso la última demanda de la Defensoría– se presentaron 149 demandas de Inconstitucionalidad, de las cuales el 13.42% (veinte) fueron presentadas por la Defensoría del Pueblo.
- 4) El mayor número de procesos iniciados han sido los procesos de Inconstitucionalidad. Ello se debe a la trascendencia colectiva que subyace a

ello, pues una norma cuenta –en principio– con una eficacia general, lo cual no suele ocurrir en un Proceso de Amparo o en uno de Hábeas Corpus. En tales casos, muchas veces se ha intervenido con la finalidad de promover un precedente de alcance general. Y es que, como siempre lo ha afirmado la Defensoría del Pueblo, el control defensorial cuenta con una doble función. De un lado resolver los casos concretos que llegan a su conocimiento tanto a iniciativa de parte como de oficio; y de otro, velar por la promoción y defensa de la legalidad democrática como marco esencial para la vigencia de los derechos ciudadanos. Todo ello, en última instancia en la mira de garantizar los derechos de las personas.

- 5) En definitiva, hacer un balance de la intervención defensorial en los procesos constitucionales arroja un saldo positivo. A manera de ejemplo, todas las demandas de Inconstitucionalidad fueron resueltas favorablemente –es decir, fundadas– éstas sólo fueron declaradas improcedentes cuando las normas impugnadas habían sido derogadas luego de interpuestas las respectivas demandas y, por tanto, el Tribunal carecía de materia sobre la cual pronunciarse. Esto último, en modo alguno significa una derrota pues la finalidad perseguida –eliminar la norma del ordenamiento jurídico– se cumple cuando el Congreso antes de la sentencia deroga o modifica la norma impugnada. De esta manera, la Defensoría del Pueblo ha podido ir contribuyendo a la tutela de los derechos fundamentales y al fortalecimiento del Estado democrático de Derecho a través de su intervención en los procesos constitucionales.

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

JORGE LUIS CÁCERES ARCE (*)
JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR (**)

SUMARIO: I. Antecedentes. II. El Tribunal Constitucional frente al control constitucional de las leyes. III. Contenido del Código Procesal Constitucional.

I. ANTECEDENTES

Inicialmente debemos destacar que el mérito principal del Código Procesal Constitucional es su origen, ya que gracias al trabajo intelectual de Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Francisco Eguiguren Praeli, quienes por iniciativa propia prepararon el anteproyecto, el mismo que se sometió a infinidad de correcciones, siendo presentado al Congreso en octubre del 2003, donde logró convertirse en un proyecto legislativo de amplia acogida, mínima corrección y aprobación necesaria.

Con la promulgación del Código Procesal Constitucional peruano, se da inicio a un nuevo periodo de la historia constitucional peruana, de un lado, porque se trata del primer Código Procesal Constitucional latinoamericano que aborda, de manera orgánica, integral y sistemática, el conjunto de los procesos constitucio-

(*) Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y de la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

(**) Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Con estudios en Maestría de Derecho Constitucional de la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa).

nales y los principios procesales que los sustentan, dándose importantes avances e innovaciones, recogiendo los aportes de la doctrina y jurisprudencia de la materia, así como corrigiendo vacíos y deficiencias observadas en el funcionamiento y tratamiento judicial de la legislación precedente.

El Derecho Procesal Constitucional es de larga data y su origen puede remontarse a principios del siglo XVII, cuando el Juez Edward Coke en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610), afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes, por parte de los jueces», como señala Domingo García Belaunde, citado por Aníbal Quiroga León «*Balance del Derecho Procesal Constitucional Peruano*»; y desde entonces la disciplina ha ido configurándose, hasta convertirse en un todo orgánico, especialmente en los países anglosajones.

Debemos remontarnos a la historia para poder señalar la evolución del «Derecho Procesal Constitucional», podríamos mencionar a Hans Kelsen, como pionero en haber sentado las bases preliminares de esta disciplina, en ardua lucha doctrinaria contra Carl Schmitt, siguiendo esta línea juristas como Piero Calamandrei, entre otros.

Es inevitable al hablar de Derecho Constitucional, mencionar al Dr. Domingo García Belaunde, cuya producción académica es invaluable e incontable, admiramos su profunda vocación de investigador e historiador, por lo que la consulta de su bibliografía se hace casi obligatoria para poder redactar un adecuado ensayo jurídico.

En torno al origen del nombre del Derecho Procesal Constitucional, es difícil asegurar cuando surge «lo más probable es que sea una frase propia del periodo europeo de entreguerras y seguramente factura de algún procesalista»⁽¹⁾.

El nombre dado, se vino utilizando en el mundo hispánico a través del aporte académico de varios juristas como Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (México), Eduardo J. Couture (Argentina), Héctor Fix-Zamudio (México), en el Perú, se utilizó este vocablo gracias al trabajo académico de Domingo García Belaunde, como bien lo dijera el mismo en su obra *El Hábeas Corpus interpretado* (Universidad Católica, Lima, 1971, pág. 21), y que luego se reitera en la ponencia «La jurisdicción constitucional en el Perú», de 1977 (en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, tomo I, Lima, 1989) y en *El Hábeas Corpus en el Perú*, Lima, Edic. Universidad de San Marcos, 1979⁽²⁾.

(1) García Belaunde, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Temis, Colombia, 2001, pág. 3.

(2) García Belaunde, Domingo: ob. cit., pág. 4.

Se inicia el proyecto de elaborar el Código Procesal Constitucional, con la idea de elaborar un texto único –un Código–, que recoja todas las llamadas «acciones de garantía» previstas por la Constitución vigente, con lo cual estas ya no formarían parte de cuerpos normativos generales tales como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Creemos que se busca establecer los principios generales y los principios procesales que inspiran a todas las denominadas «acciones de garantía», buscando precisar, especificar y desarrollar la peculiaridad constitucional, ahora bajo la denominación de proceco constitucionales.

La doctrina y el mismo estudio de las normas reguladoras de los procesos constitucionales, nos enseña que estas, deben ser estudiadas con independencia de las normas sustantivas; lo cual se viene realizando desde hace muchos años, tarea asumida por los constitucionalistas. Y es que el sistema procesal es importante en la aplicación de un cuerpo normativo, siendo que en la mayoría de los casos para cada Código sustantivo, corresponde su respectivo Código adjetivo, lo cual ocurre en disciplinas específicas como son el Derecho Civil y Derecho Penal (cuyo Código también ya fue promulgado).

La complementación de la norma sustantiva con la adjetiva, también es aplicable al Derecho Constitucional y al Derecho Procesal Constitucional, como cuerpos normativos que regulan la estructura del Estado y la convivencia social. El primero estudia a la Constitución, sea en su lectura del texto formal o material, a lo cual se agregará ahora un texto que estudia una serie de instituciones procesales que buscan hacer prevalecer la «parte sustantiva» del texto constitucional, incidiendo en la misma a través de diversos mecanismo procesales que estén establecidos en ella, justificando su denominación y función el Derecho Procesal Constitucional, «y es porque se trata del primer Código latinoamericano que aborda, de manera orgánica, integral y sistemática, el conjunto de los procesos constitucionales y los principios procesales que los sustentan»⁽³⁾.

Con el nuevo Código Procesal Constitucional, algunas instituciones constitucionales necesariamente irán evolucionando, la «Jurisdicción Constitucional», la misma que esta formada por el conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, cumpliendo con su función de control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos fundamentales, se ve ampliada Hay que destacar que el Código deja de lado la tradicional denominación de

(3) Eguiguren Praeli, Francisco: *El Nuevo Código Procesal Constitucional y la protección de los Derechos Fundamentales*, Jurídica, Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 1, N° 5, lunes 28 de junio del 2004.

«*garantías constitucionales*», reemplazándola por la más moderna y técnica de procesos constitucionales.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

Las instituciones tutelares del Estado, son indiscutiblemente el instrumento indispensable para el fortalecimiento de todo el sistema democrático.

El respeto de la autonomía e independencia consagra consagrada en la Carta Política a los instrumentos constitucionales, se constituye en el elemento normativo y social que permita a una colectividad convivir en un ambiente democrático.

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo encargado del control de la constitucionalidad de las leyes. Le corresponde al magno Tribunal, conocer en última y única instancia, la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y a su vez resolver en instancia final dentro del ordenamiento nacional, las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Hábeas Data, de los procesos de Amparo y Cumplimiento. De igual forma el supremo ente se debe pronunciar sobre los denominados Conflictos competencia, los suscitados entre los órganos estaduales.

Nuestro sistema de control constitucional, establece desde la Carta de 1979 y ratificada en la vigente de 1933, que un instituto ajeno al Poder Judicial, se encargue de la defensa y cautela de la Constitución, del orden constitucional y del Estado de Derecho.

Este órgano estadual se convierte y se constituye en el auténtico intérprete de la Ley Magna. Al referirnos sobre el control constitucional, no podemos dejar de efectuar una breve reseña de la evaluación y la presencia del mismo en nuestra historia constitucional.

Las primeras constituciones del Perú republicano, no legislaron sobre el tema del control de las leyes. En la Carta de 1856, de efímera vigencia, se normó en el numeral 10: «que era nulo toda ley contraria a la Constitución». La indicada disposición constitucional, fue producto de la lógica consecuencia de la idea de Constitución, como norma suprema del Estado.

La indicada disposición constitucional, fue producto de la lógica consecuencia de la idea de Constitución, como norma suprema del Estado. Esto quiere decir, que ya concibieron los legisladores constituyentes la necesidad del respeto a la Carta Política y a su vez sentaron las bases del denominado principio de la supremacía constitucional, hoy normado en la Constitución, en su artículo 51.

Empero, la incorporación del señalado principio, no significaba que, de por sí, se instituye en el Perú, la institución específica del control constitucional de las leyes. La Carta de 1860, no legisló al respecto, sobre el control constitucional. El Art. 83 inc. 4 de la Constitución de 1920, reservó la atribución de «examinar de preferencia las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores».

En efecto, salvo el caso de las cartas de 1856 y 1933, no se dio norma alguna de un estricto control de la constitucionalidad de las leyes, en las normas supremas de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920. Frente a la ausencia normativa, no existe control, que permitiera corregir los extravíos normativos en que pudiera incurrir el legislador ordinario y en general, rectificar las infracciones normativas a la Constitución.

En las cartas de la centuria vencida, se legisló expresamente sobre el control en la de 1933, que en su Art. 133 nos señaló: «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».

En las cartas de 1979 y 1993, el tema del control constitucional, es abordado y legislado con mayor precisión. Se incorpora al cuerpo constitucional el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales y hoy Tribunal Constitucional (Art. 201 Constitución de 1993), órgano con autonomía e independencia, reconocida constitucionalmente. Este ente es el encargado formal del control de la constitucionalidad de las leyes. El Tribunal peruano fue concebido, estructurado y dotado de funciones semejantes al Tribunal español, reconocido en la Carta de 1978.

La Constitución española en lo referente al control constitucional tiene entre sus notas más características la voluntad de eficacia como norma jurídica fundamental. En consecuencia, y como instrumento básico para firmar una eficacia, acogió en su seno un Tribunal, que nació como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su función primordial la de actuar como intérprete supremo de la Constitución.

El modelo español, de justicia constitucional, ha sido asumido por nuestra legislación y está reflejado en las cartas peruanas de 1979 y 1993. Entre las características del modelo tenemos el carácter jurisdiccional de su función que implica, la autonomía en el ejercicio de su labor, el estar sometido a la Constitución Política y a su Ley Orgánica.

Este modelo constitucional de control a su vez, nos conlleva a entender que el Tribunal forma parte del conjunto de los considerados troncales, para la configuración del modelo de Estado. Una tercera característica esta referida, a su natu-

raleza concentrada. Esto significa como lo precisa el constitucionalista español Pablo Pérez Tremps: «sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley»⁽⁴⁾. Encontramos como otra característica la vinculada a que sólo el Tribunal, debe y puede interpretar la constitucionalidad y por último el modelo español, que ha sido aplicado por nuestros legisladores, nos precisa el nivel de competencias y tipos de conflictos constitucionales que el Tribunal resuelve, como son las denominadas acciones de garantía establecidas en el artículo 200 de la Carta de 1993, entre otras funciones (Art. 202).

Hemos efectuado un análisis legal, histórico y doctrinario del Tribunal Constitucional. Es necesario abordar lo vinculado al control de las leyes. Para el constitucionalista Manuel Aragón: «la palabra control proviene del término latino fiscal, es sinónimo de dominio, intervención, mando, ponderancia, sometimiento»⁽⁵⁾.

Los procesos constitucionales normados en el artículo 200, de nuestra actual Carta Fundamental, que son evaluadas y resueltas por el Tribunal, a excepción de la Acción Popular, podemos considerar que persiguen dos grandes tipos de finalidades distintas. El primer grupo defiende los derechos constitucionales, tanto los establecidos el texto constitucional, como aquellos otros que tengan igual valor (artículos 2 y 3). La finalidad esencial de este grupo de garantías, es reponer el derecho violado a la situación previa a la violación, o eliminar la amenaza contra un derecho de esta naturaleza. Estas garantías son tres: Hábeas Corpus, el Amparo y el Hábeas Data.

El segundo grupo de garantías, están encargadas de una tarea corporativa, que es defender la estructura del orden jurídico, su jerarquía y coherencia. Se presenta cuando una norma inferior vulnera a una superior o si un mandamiento no es cumplido, el sustento de todo el sistema jurídico se pone en cuestión, porque su posibilidad de normar las conductas sociales se fundamenta, precisamente, en esos principios. La finalidad de estas garantías, es de restituir los rangos de las distintas normas jurídicas que son incompatibles entre sí, y hacer que los mandatos jurídicos imperativos se cumplan. Los procesos que corresponden a este grupo son los de Inconstitucionalidad de las leyes, y la Acción Popular, que es resuelta por el Poder Judicial.

(4) Pérez Tremps, Pablo: *Derecho Constitucional. Los Poderes del Estado. La Organización Territorial del Estado*, Volumen II, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 256.

(5) Aragón, Manuel: «La interpretación de la Constitución». *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 6, N° 17, Madrid 1986, pág. 51.

El modelo europeo o austriaco ha contado con una aceptación en el periodo entre guerras, lo han adoptado España, Francia, Ecuador, Bolivia, Colombia, Chile y el Perú, empero con caracteres de dualidad del sistema europeo y el americano, en nuestro país. Este sistema deja exclusivamente librada la facultad de control de la constitucionalidad a un órgano jurisdiccional especial, autónomo, independiente de los poderes del Estado, llamado Corte o Tribunal Constitucional. Sustenta su control concentrado, confiado, a un Tribunal único, habilitado para declarar la Inconstitucionalidad de una ley.

El control concentrado lo ejerce el órgano especializado, que está integrado por peritos en Derecho, donde emiten necesariamente una sanción, es decir una consecuencia jurídica que conlleva a la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma controlada.

El sistema americano, es el que surge en los Estados Unidos, inspirado por el Juez Marshall, quien entendió que frente a los conflictos de leyes y ante el problema de la vigencia de la Constitución y de la ley, debía el Poder Judicial dirimir el conflicto, y así lo hizo a través de una celebre sentencia de 1803.

Este sistema otorga la función de control de las leyes, al Poder Judicial, a diferencia del modelo europeo que otorga esta magna función a un instituto especial. El modelo americano, recae en el llamado control difuso, que determina que el Juez, el Poder Judicial, es el encargado de resolver el conflicto de Leyes. Este modelo está expresamente normado en el numeral 138 de la Carta política vigente.

Un tercer modelo, denominado político o especial que confía el control de las leyes, al Parlamento, es decir al instituto que por excelencia es político. El sustento de este control, está referido a que en el Poder Legislativo, se centra la soberanía popular, en consecuencia es él que debe efectuar el control. Esta teoría nació en una de las famosas revueltas de fines del siglo XVIII de la Francia revolucionaria.

Encontramos también al sistema dual. Este modelo de control, reúne elementos de dos sistemas, del americano y del europeo, nos encontramos frente a un sistema, que siendo único, engloba elementos de estos sistemas tradicionales, creando de ésta manera una suerte de dualidad. Este modelo cuenta con características del llamado control concentrado, que guarda relación con el modelo europeo, empero contiene al control difuso, que está vinculado al sistema americano.

La legislación constitucional vigente, tolera y contiene la matiz de los sistema de control, por un lado el Art. 138, nos expresa sobre el control difuso que lo deben ejercer todos los jueces y el numeral 202, que norma lo referente al control concentrado que está en manos del Tribunal Constitucional, pero que hoy, no se

práctica por la intolerancia del gobierno y de un Parlamento sometido al Ejecutivo, generando el desequilibrio y la concentración de poderes.

Los Tribunales Constitucionales, por excelencia son autónomos, en el ejercicio de sus atribuciones y funciones constitucionales. En el caso del peruano, lamentablemente no se ha respetado su independencia y más aún sus magistrados no han cumplido con poner en práctica el control de las leyes; esto se ha debido a la intromisión política del gobierno en las decisiones jurídicas de carácter objetivo. Esto ha sucedido desde la instalación del Tribunal, en la ciudad de Arequipa (1982) y se ha presentado en los gobiernos respectivos.

No podemos olvidar lo sucedido en mayo de 1997, cuando el Congreso Nacional, accionó inconstitucionalmente, cometió un golpe de Estado contra el Estado de Derecho, mediante la destitución ilegítima, arbitraria e inconstitucional de tres magistrados del Tribunal, quienes actuaron legal y constitucionalmente, al haber interpretado el texto constitucional, porque la propia Carta Política le admite.

Una clara demostración del respeto a la autonomía de las cortes constitucionales, lo hemos tenido en Guatemala, cuando en mayo de 1993, el gobierno presidido por Jorge Antonio Serrano, emitió un conjunto de disposiciones inconstitucionales denominadas «Normas temporales de gobierno» con las cuales se planteó la disolución del Congreso, del Tribunal Constitucional y por ende el no respeto a la Constitución. Los siete integrantes del Tribunal, declararon inconstitucional, las denominadas normas; el fallo marcó un hito en la historia constitucional de América.

El fallo constitucional de la Corte de Guatemala refleja objetivamente, que los magistrados actuaron conforme a la Constitución, ejerciendo jurídicamente sus funciones tutelares, se respetó el equilibrio de poderes y la naturaleza del control de las leyes.

En lo que se refiere al Tribunal peruano, en el cumplimiento de su función rectora, podemos señalar que la clara politización en la elección de sus integrantes y las decisiones no jurídicas, que no se ajustan al orden constitucional, nos conlleva a determinar que este Tribunal no cumple, con objetividad jurídica su labor tutelar y constituida. Recordemos también que el voto de dos magistrados, ocasionaron que el referéndum se desnaturalice y que se haya permitido la famosa interpretación auténtica del numeral 112 de la Constitución de 1993, que generó la salida inconstitucional de los magistrados Rey Terry, Revoredo y Aguirre Roca.

De lo analizado y evaluado con objetividad, entendemos, que el órgano de control peruano, no ha cumplido con eficacia su rol de instancia constitucional y esto se ha debido fundamentalmente a su composición y a la excesiva interferencia e influencia política de los gobiernos de turno.

Entendemos que es indispensable que el sistema constitucional de la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, se despolitice y que se modifique el sistema desproporcional para determinar la constitucionalidad o no de una ley, de un decreto legislativo o de una ordenanza municipal.

Consideramos que el Legislativo, no debe de elegir a los magistrados, éstos deben provenir de las Facultades de Derecho de las universidades, de los Colegios de Abogados y de las Cortes Superiores del país. Para que prospere lo indicado, se debe proceder a la reforma constitucional del numeral 201 tercer párrafo, de la Carta Política, y este asunto público debe ser uno de los temas de la agenda democratizadora que lidera la OEA.

III. CONTENIDO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

En nuestro país, la legislación procesal constitucional se encuentra dispersa desde su nacimiento y de manera equivocada adherida a cuerpos legales tradicionales. Así podemos mencionar al Hábeas Corpus inicialmente se trató en el Derecho Penal y que fuese considerado como parte de esta rama del Derecho, o el Proceso de Amparo de nacimiento posterior fue definido en la práctica como un proceso civil, del que podemos destacar la lentitud procedimental pese a carecer de etapa probatoria. Es por ello que se hacía necesario un ordenamiento jurídico determinado de dichas «garantías», parte fundamental del Derecho Procesal Constitucional cuyo desarrollo al inicio de un nuevo siglo resultaba indispensable.

En cuanto a su estructura, el Código cuenta con un Título Preliminar y trece títulos, compuesto por 121 artículos, siete disposiciones finales y dos transitorias. En el Título Preliminar se fijan algunos principios y criterios generales, existiendo un título que reúne disposiciones generales comunes para los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento; y otro título para las disposiciones generales comunes a los procesos de Inconstitucionalidad y Acción Popular. Sin perjuicio de ello, existen títulos específicos para la regulación detallada de cada uno de estos procesos, así como para el proceso competencial.

El nuevo Código Procesal Constitucional es un instrumento sistemático, que propone una cabal concepción para el ejercicio de los procesos constitucionales, (Procesos de Hábeas Corpus, Proceso de Amparo, Proceso de Hábeas Data, Proceso de Cumplimiento) o de Control Constitucional (Proceso de Inconstitucionalidad, Proceso de Acción Popular y Proceso Competencial).

Destacamos una gran innovación para este nuevo cuerpo legislativo como es su Título Preliminar, donde se establecen como principios procesales la dirección judicial del proceso, el impulso de oficio, la gratuidad, la economía, la inmediatez y socialización procesales. Se impone al Juez y al Tribunal Constitucional la

obligación de adecuar las formalidades al logro de los fines perseguidos por los procesos constitucionales; asimismo, se fijan nuevos criterios para el pago de costas y costos del proceso.

Entre las novedades del nuevo Código se encuentra la consagración de principios específicos los cuales pueden ser aplicables a los procesos constitucionales, de los cuales destaca el principio de gratuidad en la actuación del demandante, conforme al cual los procesos constitucionales están exonerados del pago de tasas judiciales. Otro principio es el de dirección judicial del proceso, según el cual el Juez es el encargado de dirigir e impulsar el proceso, y lo deberá hacer de conformidad con el Código Procesal Constitucional. Por otro lado el principio de inmediación significa que todas las actuaciones se realizarán ante el Juez, siendo indelegable esta función bajo sanción de nulidad.

El principio de economía implica que el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales, razón por la cual en los procesos constitucionales los plazos son cortos y no existe etapa probatoria. A tal efecto, conviene tener presente que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, salvo que el Juez lo crea indispensable y siempre que ello no afecte la duración del proceso.

Podemos ver que se respeta el principio de la *cosa juzgada*, señalando que en los procesos constitucionales sólo se adquiere la autoridad de cosa juzgada, la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.

La inadmisibilidad de las defensas previas en el proceso de Hábeas Corpus y proceso de Inconstitucionalidad. Destacamos la inclusión de competencia de los Jueces de Paz, quienes conocen del proceso de Hábeas Corpus cuando la afectación de la libertad se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el juzgado donde se interpuso la demanda, pudiendo este dictar orden perentoria e inmediata, para que el Juez de Paz del Distrito Judicial en que se encuentre el detenido, cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para cesar la afectación.

En el proceso de reconstitucionalización de la vida nacional, se ha consignado que son derechos protegidos por el Hábeas Corpus el no ser objeto de una desaparición forzada, recogiendo la dolorosa experiencia vivida en el pasado reciente, combatiendo así las prácticas del terrorismo de Estados y los derechos constitucionales conexos a la libertad individual como el debido proceso y la inviolabilidad del domicilio. Una novedad procedimental del Hábeas Corpus, es que puede interponerse verbalmente, en forma indirecta o por correo, a través de medio electrónicos de comunicación o similares, cautelando el derecho a accionar en cualquier forma al alcance del agraviado o sus familiares.

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede el recurso de *agravio constitucional* ante el Tribunal Constitucional, siendo ello en la denominación de dicho recurso, ya que anteriormente se denominaba *recurso extraordinario*. Como innovación también esta el hecho que las sentencias del Tribunal Constitucional establecerán un precedente vinculante, siempre y cuando el Tribunal así lo disponga, pudiendo el propio Tribunal apartarse de dicho precedente expresando los fundamentos que lo sustentan y justifican.

En el Hábeas Data ya no resultará necesario el patrocinio del abogado, se ha tomado el modelo que ya existe, el Código Procesal Constitucional permite el acceso a la información frente a instituciones públicas, así como la rectificación de las informaciones incorporadas en dichas instituciones.

Creemos que la inclusión del pago de costas y costos se convierte en una saludable innovación, por el carácter indemnizatorio que contiene la misma. Si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrá las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el Amparo fuese desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

Los jueces deberán de pronunciarse sobre el fondo del asunto en los procesos, aunque el daño devenga en irreparable de los derechos supuestamente violados, si existen elementos de prueba de actos delictivos deberá de ponerse en conocimiento del Ministerio Público y pronunciarse sobre daños y perjuicios, precisando el alcance de su decisión.

El nuevo Código introduce una novedad respecto a la finalidad de la acción de Amparo. Así, el Amparo no sólo servirá para reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o violación de los derechos constitucionales por acción u omisión de cumplimiento obligatorio. Además será procedente en aquellos casos en que la agresión o amenaza cese después de presentada la demanda o cuando la agresión se vuelva irreparable.

El Amparo procede contra resolución judiciales firmes, cuando estas han sido dictadas con manifiesto agravio a la tutela jurisdiccional efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el ejercicio pleno del debido proceso. Una importante innovación para la inadmisibilidad de la demanda de Amparo es la estipulada en el Art. 5 Inc. 7 y 8. Se cuestionan las resoluciones definitivas 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 al interesado. Se cuestiona las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sea de naturaleza jurisdiccio-

nal o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

En este nuevo cuerpo normativo saludamos las innumerables innovaciones, pero también debemos hacer algunas críticas, de la lectura detallada del mismo denotamos que existe una incoherencia de orden sustantivo, notándose que no se respeta el orden de coherencia que debe guardar toda codificación.

Vemos en el artículo II del Título Preliminar en concordancia con el artículo 2, los mismos que señalan que los fines esenciales de los procesos constitucionales son garantizar la primacía de la Constitución y *la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*, cuando por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Notamos que frente a dicho principio resulta incoherente el artículo 70 inc. 3, el mismo que señala: «No procede el proceso de Cumplimiento: para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus». Somos de la idea que no existen derechos constitucionales que estén fuera de los procesos antes mencionados, y si así fuese debió de enumerarse a qué derechos se refiere, de acuerdo con el deber de probidad y buena fe que debe imperar en un procedimiento. Es necesario descartar toda manifestación ambigua, para efectos de un debido ejercicio al derecho a la defensa.

Dentro de la procedencia de la Acción Popular, esta procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, 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 sea el caso. Podemos apreciar que el impedimento no solo es de *fondo* sino también ahora de *forma*.

La vigencia del Código –seis meses después de su publicación– deberá ir acompañada de una adecuada formación y especialización de los jueces, así como de una reforma del sistema de justicia –especialmente del Poder Judicial– que garantice una solución eficaz de estos procesos. Y es que, en definitiva, las reformas legales son importantes más no suficientes. Se requiere de un sistema de justicia especializado, autónomo y creativo que garantice la tutela efectiva de los derechos humanos. El Código constituye un primer paso en este esfuerzo de cambio.

Arequipa, 30 de septiembre de 2004.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

OSCAR DÍAZ MUÑOZ (*)

SUMARIO: I. A modo de introducción. **II.** La jurisdicción constitucional. **III.** Antecedentes legislativos sobre la jurisprudencia constitucional: 1. Las Leyes 23506 y 25398. 2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. **IV.** La aplicación de la jurisprudencia constitucional por el Tribunal Constitucional. **V.** El Código Procesal Constitucional. **VI.** Jurisprudencia Constitucional y Poder Judicial. **VII.** Sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad. **VIII.** Consideraciones conclusivas.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional, como proclama el artículo 1º de su nueva Ley Orgánica (Nº 28301), es el intérprete supremo de la Constitución, comisionado del poder constituyente para la defensa jurisdiccional de la primacía normativa de la Constitución y, como tal, competente para ejercer el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, conocer en última y definitiva instancia los procesos constitucionales destinados a la defensa de los derechos fundamentales, así como resolver los conflictos de competencias asignadas por la norma fundamental.

¿Quiere esto decir que el Tribunal Constitucional es el único intérprete de la Constitución? La respuesta, como ha recordado Tomás y Valiente, es negativa: ser el intérprete supremo significa que hay otros, aunque también quiere decir que la interpretación de éstos no podrá prevalecer frente a la de aquél⁽¹⁾.

(*) Profesor de Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) F. Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, p. 76.

Hablaremos aquí de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la que nos referiremos en este trabajo como «jurisprudencia constitucional». Nos proponemos resaltar su significado en un sistema donde el control de constitucionalidad es ejercido tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional. Precisamente esa coexistencia de controles hace especialmente importante el tema de la jurisprudencia constitucional, como un mecanismo de articulación entre ambas jurisdicciones, que procure la unidad interpretativa del ordenamiento, teniendo presente desde ya que la piedra de toque de la construcción de esa articulación es, como venimos de decir, la definición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución⁽²⁾.

II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Como sabemos, entre nosotros coexisten dos sistemas de control de constitucionalidad: el sistema concentrado o kelseniano, de parte del Tribunal Constitucional, y el difuso o americano de *judicial review*, en manos de todos los jueces. Es lo que el profesor García Belaunde ha calificado como modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional⁽³⁾.

Al menos formalmente, el modelo difuso ya estaba presente entre nosotros antes de la Constitución de 1979. Como antecedente más próximo, puede citarse el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, que disponía: «Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera».

La norma fundamental de 1979 introdujo el modelo concentrado, con el denominado Tribunal de Garantías Constitucionales⁽⁴⁾, que conocería las demandas de Inconstitucionalidad de normas con rango de ley, juicio con carácter abstracto y de efectos abrogatorios generales. Al mismo tiempo, le dio competencia para

(2) Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid 1985, p. 276.

(3) Domingo García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá 2001, p. 135.

(4) Se recogía aquí la denominación seguida por la Constitución de la Segunda República española, de 1931. Son muy expresivas las palabras de Domingo García Belaunde para explicar las razones que llevaron a la implantación del sistema concentrado: se quería un Tribunal con miembros que «fuesen demócratas que defendieran la democracia, y no como sucedió en veces con el Poder Judicial, que coonestó actos arbitrarios de las dictaduras» (Domingo García Belaunde, *Derecho...*, cit., p. 134). En efecto, en palabras de Pablo Pérez Tremps refiriéndose a la experiencia española pero que bien pueden aplicarse a nosotros, la introducción del modelo kelseniano se justificaba porque la práctica tradicional de nuestros jueces ponía de manifiesto su deficiente «conciencia constitucional», unida a una en muchos casos insuficiente formación iuspublicista (Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional...*, cit., p. 276).

conocer de modo definitivo demandas de Amparo y Hábeas Corpus, las cuales se inician en el Poder Judicial. También, mantuvo el proceso de Acción Popular, en manos del Poder Judicial, para el control de normas con rango inferior a la ley que infrinjan ésta o la Constitución⁽⁵⁾.

La Constitución de 1993 ha mantenido el sistema jurisdicción constitucional de su predecesora, con jueces competentes para el control de constitucionalidad en cada caso concreto (artículo 138⁽⁶⁾), con la Acción Popular a cargo del Poder Judicial y con un Tribunal Constitucional que, con carácter concentrado, resuelve los procesos de Inconstitucionalidad contra normas con rango de ley, pero que también conoce en definitiva instancia de los procesos de Hábeas Corpus y Amparo, agotada la vía judicial (artículos 201 y ss.) A estos procesos, la Constitución suma tres nuevos: el Hábeas Data (artículo 200 inciso 3), el Proceso de Cumplimiento (artículo 200 inciso 6) y el Proceso Competencial (artículo 202 inciso 3).

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. Las Leyes 23506 y 25398

Hablar de jurisprudencia, entendiendo ésta, según definición del Diccionario de la Real Academia Española, como «criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes», nos recuerda inmediatamente la tradición jurídica del Derecho común, con el conocido principio *stare decisis*. Éste se configura como clave para conseguir la realización del principio de seguridad jurídica en tal tradición jurídica, superando posibles divergencias entre las diversas instancias jurisdiccionales, y haciendo posible la introducción de criterios comunes a todas ellas. Este principio es básico también en el campo del control de la constitucionalidad dentro del sistema difuso o americano, al hacer posible una actuación uniforme de los tribunales al respecto⁽⁷⁾.

El principio *stare decisis* postula (y no sólo en lo que se refiere al control de constitucionalidad) que los jueces se hallan obligados a seguir los criterios dimanantes de sus propias decisiones, y, más precisamente, dentro de la jerarquía de los tribunales, de los principios derivados de las decisiones de los tribunales

(5) El proceso de Acción Popular fue introducido en el Perú por la Constitución de 1933.

(6) «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».

(7) L. López Guerra, «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en VV. AA. *El Tribunal Constitucional*, II, Madrid 1981, p. 1439.

superiores. Lo que supone que los criterios del Tribunal Supremo vinculan, como norma general, a los tribunales de rango inferior, que deben atenerse a ellos.

El referido principio ha de diferenciarse del más amplio principio del precedente. Éste consiste en el uso generalizado de decisiones anteriores como guía a la hora de adoptar otras decisiones. El principio *stare decisis* añade el que los jueces se hallen efectivamente vinculados (y no meramente orientados) por los principios derivados de ciertos precedentes: las sentencias anteriores del Tribunal Supremo contienen, no meramente orientaciones, sino reglas de Derecho que son más que precedentes indicativos⁽⁸⁾.

La jurisprudencia especializada en materia constitucional, tiene como antecedente entre nosotros al artículo 9 de la Ley N° 23506, de Hábeas Corpus y Amparo, que dispuso:

«Las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas puedan desprenderse principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución».

Una norma como ésta, resultaba innovadora en nuestro ordenamiento jurídico, perteneciente a la tradición jurídica romano canónica o continental europea⁽⁹⁾. Como sabemos, la familiar doctrina del Derecho común de *stare decisis* es considerada incompatible con la separación de poderes formulada en los países de tradición continental europea. Para ésta –en la concepción dogmática del pensamiento revolucionario francés del siglo XVIII– la función del Juez es aplicar la ley, y ésta emana del Parlamento⁽¹⁰⁾. Otorgar fuerza vinculante a las decisiones judiciales, era darles carácter de leyes, en clara invasión de las competencias parlamentarias y quiebra de la división de poderes.

Sin embargo, como advierte De Otto, en la actualidad se ha roto en dos puntos concretos la barrera firme que en la teoría revolucionaria impedía a los jueces

(8) *Ibid.*, p. 1440.

(9) Alberto Borea Odría calificó esta norma como «uno de los puntos más importantes que se han incorporado a la legislación en materia de garantías» (*El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*, Lima 1987, p. 55).

(10) J.H. Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, México 1997, p. 53.

participar en la función de crear normas. En primer lugar, el hecho de que las normas mismas se conviertan en *objeto* de juicio –las leyes y reglamentos, a través de la jurisdicción constitucional, por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial respectivamente– convierte a los jueces en «legisladores negativos», en cuanto que les permite eliminar del ordenamiento la ley o el reglamento inconstitucional. En segundo lugar, la necesidad de uniformizar la aplicación judicial del Derecho ha llevado a sujetarla a reglas elaboradas por la cúspide de la propia organización judicial, esto es, a la jurisprudencia, que adquiere así un valor normativo que la Revolución francesa le negó⁽¹¹⁾.

El artículo 9 de la Ley N° 23506 fue complementado con el artículo 8 de la Ley N° 25398:

«La facultad que tienen los jueces de apartarse de la jurisprudencia obligatoria al fallar nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustenten su pronunciamiento, bajo responsabilidad».

Como vemos, la Ley N° 25398 no aportaba mayor novedad más que resaltar la obligación judicial de fundamentar el apartamiento del precedente, en protección del principio de igualdad en la aplicación de la ley. En efecto, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional español, la regla general de la igualdad ante la ley: «es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable»⁽¹²⁾.

A falta de mención expresa en la ley, cabía preguntarse de dónde debía provenir la jurisprudencia constitucional. Según el profesor Abad Yupanqui, en la línea del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, las «resoluciones» de las que hablaba el artículo 9 de la Ley N° 23506 eran en primer lugar, las dictadas por el Tribunal Constitucional. En caso de no haberse fijado criterio jurisprudencial sobre alguna materia, la doctrina a seguir sería la expuesta

(11) I. De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1995, p. 285.

(12) STC 49/1982, de 14 de julio, Fundamento Jurídico N° 2.

por la Corte Suprema, y finalmente de no ser ello posible el vacío sería llenado por las Cortes Superiores cuya interpretación jurisprudencial sólo es de aplicación al Distrito Judicial al que pertenezcan⁽¹³⁾.

Asimismo, el artículo 9 de la Ley N° 23506 no daba el carácter de jurisprudencia a todas las resoluciones, sino sólo a aquellas de las que: «puedan desprenderse principios de alcance general». Como es evidente, no podía hablarse de un precedente jurisprudencial cuando sólo exista una resolución aislada, sino cuando estemos frente a una línea jurisprudencial consolidada. Sin embargo, esto no terminaba de dar certeza sobre la existencia de jurisprudencia constitucional, pues siempre quedaba librado a la subjetividad cuándo hablar de una línea jurisprudencial consolidación.

2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Es en este escenario que se da la Ley N° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional. En ella no se dirá expresamente que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero los mecanismos de articulación entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional, especialmente necesarios en un sistema como el nuestro donde ambos ejercen jurisdicción constitucional, llevaban necesariamente a otorgarle ese calificativo.

A este propósito, por no hacer referencia aquí a disposiciones que mencionaremos más adelante a propósito de la nueva legislación procesal constitucional, bastará recordar que la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispuso que los jueces interpretan y aplican las normas según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos⁽¹⁴⁾. Con esto quedaba clara la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la norma fundamental y se viene a equiparar a la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para el Poder Judicial, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución, los tribunales habrán de interpretar éste según aquélla⁽¹⁵⁾.

(13) Samuel Abad Yupanqui, «La jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano», en *La Constitución de 1993: Análisis y Comentarios II. Lecturas sobre Temas Constitucionales* 11 (1995), p. 247.

(14) Esta disposición está tomada del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio) de España. Como veremos, norma similar estará presente en la Primera Disposición Final de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*Cfr. infra*, n° 5).

(15) I. De Otto, *Derecho Constitucional...*, cit., p. 296.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional trajo una mención expresa a la jurisprudencia constitucional, en su artículo 55:

«Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes».

Un sistema de jurisprudencia busca la seguridad jurídica y eso habría pretendido esta norma, al exigir una votación calificada cuando el Tribunal Constitucional se aparte del precedente, al tiempo de garantizar el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

IV. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pueden citarse varias sentencias del Tribunal Constitucional de las que se desprenden «principios de alcance general» (conforme al artículo 9 de la Ley N° 23506), en aspectos tanto procesales como de derechos fundamentales. Y no se trata de pronunciamientos aislados, pues el Tribunal Constitucional ha recurrido a ellos para fundamentar fallos posteriores, por lo que estaríamos ante líneas jurisprudenciales consolidadas. Entre la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, encontramos doctrina sobre:

- *Supuestos de improcedencia de los procesos constitucionales*⁽¹⁶⁾: Donde el Tribunal Constitucional hace una exégesis de los casos de improcedencia de las garantías constitucionales, como los previstos en el artículo 6 de la Ley N° 23506. En esta sentencia señala los criterios de procedibilidad del Amparo contra resoluciones judiciales y contra normas legales, entre otros aspectos.
- *Tipos de Hábeas Corpus*⁽¹⁷⁾: El Tribunal Constitucional detalla los diversos tipos de Hábeas Corpus, producto de la evolución del instituto, que ha ampliado su ámbito de protección a situaciones vinculadas a la detención arbitraria, pero no identificadas necesariamente con ella. En la tipología empleada por Tribunal Constitucional está el Hábeas Corpus: reparador, restringido, correctivo, preventivo, traslativo, instructivo, innovativo y conexo.

⁽¹⁶⁾ Exp. N° 3283-2003-AA/TC (Taj Mahal Discoteque). Este precedente fue seguido en el Exp. N° 1587-2004-AA/TC (P. Ch. Asesoría Empresarial E.I.R.L.) y Exp. N° 722-2004-AA/TC (Diana Moretti Ortiz y otros).

⁽¹⁷⁾ Exp. N° 2663-2003-HC/TC (Eleobina Aponte Chuquihuanca). Precedente seguido en el Exp. N° 0106-2004-HC/TC (César M. Salaverry Pajares y otros).

- *Finalidades del Hábeas Data*⁽¹⁸⁾: Conforme a este precedente, el Hábeas Data permite acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos, a fin de rectificar, actualizar, excluir determinado conjunto de datos personales, o impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad.
- *Revisión en sede judicial de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura*⁽¹⁹⁾: La prohibición, contenida el artículo 142 de la Constitución, de revisión en sede judicial de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados, no alcanza al control constitucional que, por mandato de los artículos 201 y 202 de la Carta fundamental, corresponde al Tribunal Constitucional, para los casos en que el Consejo haya ejercido sus funciones en forma que desvirtúe el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.
- *Revisión en sede judicial de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones*⁽²⁰⁾: Para el Tribunal Constitucional, aun cuando de los artículos 142 y 181 de la Constitución se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas conforme a la Constitución. Si la función electoral: «se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el Amparo»⁽²¹⁾.

V. EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Mediante la Ley N° 28237, ha sido aprobado el Código Procesal Constitucional. El artículo VII de su Título Preliminar prescribe:

(18) Exp. 666-96-HD/TC (Luis A. Távara Martín). Se invoca esta sentencia en el Exp. N° 1797-2002-HD/TC (Wilo Rodríguez Gutiérrez).

(19) Exp. 2409-2002-AA/TC (Diodoro A. Gonzáles Ríos). Este criterio ha sido seguido al sentenciarse los Exps. N°s 1941-2002-AA/TC (Luis F. Almenara Bryson) y 2859-2002-AA/TC (Walter J. Peña Bernaola).

(20) Exp. N° 2366-2003-AA/TC (Juan G. Espino Espino).

(21) *Ibid.*, Fundamento N° 4.

«Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedentes vinculantes cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente».

En la Exposición de Motivos del respectivo Proyecto de Ley (N° 09371), ya se advierte la novedad que en materia de jurisprudencia trae el Código Procesal Constitucional:

«Un cambio importante ha sido introducido en el artículo VII al regular el precedente en los procesos constitucionales. La Comisión ha optado por un sistema según el cual el Tribunal Constitucional debe explicitar qué parte de su sentencia constituye precedente vinculante y, en consecuencia, cuenta con efecto normativo. Esta decisión puede ser variada por el Tribunal siempre que exprese los fundamentos en los que sustenta tal decisión»⁽²²⁾.

Por su parte, el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, dice:

«(...) es saludable dejar a criterio del Tribunal Constitucional establecer cuándo sus sentencias tendrán carácter vinculante, precisando el extremo de su efecto normativo; lo que exigirá a este organismo hacer una rigurosa selección y correspondiente fundamentación dogmática y normativa (...)»⁽²³⁾.

Como es evidente, y así lo hemos visto en los casos aquí citados, el precedente jurisprudencial recae no sólo en el tenor literal del fallo, sino también en

(22) Samuel Abad Yupanqui y otros, *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, Lima 2004, p. 138.

(23) *Ibid.*, p. 249.

los fundamentos o *ratio decidendi* de la sentencia. Se trata, por tanto, de entender que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la *ratio decidendi* de la sentencia, vincula igual que el fallo, de forma que ha de ser seguida en la interpretación constitucional que a partir de ella se realice por parte de los tribunales ordinarios⁽²⁴⁾.

Pero si el Tribunal Constitucional, cuando quiera sentar jurisprudencia, no señalara de manera expresa que los fundamentos de su sentencia son vinculantes, sería materia de interpretación considerarlos jurisprudencia o no, sin que exista aquella certeza que es razón de ser del instituto. Por ello, es acertado que el Código Procesal Constitucional diga que el Tribunal Constitucional *debe señalar expresamente cuándo establece un precedente vinculante*, precisando qué parte de su fundamentación lo contiene⁽²⁵⁾.

El «precedente vinculante» que adopta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, consagra un principio que se aproxima al de *stare decisis* y no sólo un principio de precedente. Ello en razón de que, como ya hemos explicado, conforme al principio del precedente se usa una decisión anterior como mera guía al adoptar nuevas decisiones, mientras que el principio de *stare decisis* añade que los jueces se hallan efectivamente vinculados (y no solamente orientados) a ciertos precedentes: en este caso, las sentencias del Tribunal Constitucional a las que éste ha dado el carácter de precedentes vinculantes.

¿Se introduce con el artículo VII del Título Preliminar el Código Procesal Constitucional el principio *stare decisis* en la jurisdicción constitucional? Pensamos que la vinculación de los tribunales inferiores a la jurisprudencia constitucional se produce en virtud del carácter de intérprete supremo de la Constitución que tiene el Tribunal Constitucional, antes que en la incorporación del *stare decisis* en nuestro ordenamiento⁽²⁶⁾.

Tal como lo disponía el artículo 9 de la Ley N° 23506 y el artículo 8 de la Ley N° 25398, el Código Procesal Constitucional prescribe que cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar las razones por las que lo hace. Este mandato, como ya hemos advertido, es consecuencia del respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley.

(24) Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional...*, cit., p. 263.

(25) Una regulación similar a la del Código Procesal Constitucional la encontramos en el Código Tributario, conforme al cual el Tribunal Fiscal, para dar a una resolución carácter de precedente de observancia obligatoria, debe decirlo así expresamente y publicar tal resolución en el diario oficial (artículo 154 del Decreto Legislativo N° 816 - Código Tributario).

(26) F. Rubio Llorente, *La forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid 1997, p. 451.

Ni en el Código Procesal Constitucional, ni en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se dice nada respecto de la necesidad de una votación calificada para apartarse del precedente⁽²⁷⁾. No parece que ello atente contra el principio de seguridad jurídica, en tanto que, a nuestro juicio, lo fundamental para la preservación de tal principio es la obligación que tiene el Tribunal Constitucional de fundamentar, de modo suficiente y razonable, su alejamiento del precedente.

VI. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y PODER JUDICIAL

Por supuesto, las sentencias del Tribunal Constitucional a las que éste haya dado el carácter de precedente vinculante serán de obligatorio seguimiento por el Poder Judicial en los procesos constitucionales cuya resolución comparte con el Tribunal Constitucional: Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y el proceso de Cumplimiento.

En el proceso de Acción Popular (de competencia exclusiva del Poder Judicial), así como en los procesos ordinarios y especialmente cuando el Juez se plantea el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en cualquier proceso, pensamos que el Poder Judicial debe seguir igualmente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias a las que ha calificado de precedentes vinculantes. Decimos esto a propósito de lo prescrito por la Primera Disposición Final de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

«Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad»⁽²⁸⁾.

Este precepto parece ser la consecuencia lógica del carácter del Tribunal Constitucional de intérprete supremo de la Constitución, haciendo prevaler la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la de los jueces y tribunales en caso

⁽²⁷⁾ Cfr., *supra*, apartado n° 2.2.

⁽²⁸⁾ Encontramos la misma norma en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

de discrepancia, lo que contribuye a preservar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema⁽²⁹⁾.

VII. SENTENCIAS RECAÍDAS EN PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Conforme al artículo 204 de la Constitución, la sentencia estimatoria recaída en un proceso de inconstitucionalidad deja sin efecto la norma declarada inconstitucional al día siguiente de publicada dicha sentencia en el diario oficial. La vinculación del Poder Judicial, y de todos los poderes públicos, por una sentencia estimatoria es evidente, pues la norma calificada de inconstitucional por el Tribunal Constitucional es anulada y consecuentemente expulsada del ordenamiento jurídico. Así, cuando el Tribunal Constitucional deja sin efecto una ley por considerarla inconstitucional, su función es la de un «legislador negativo», pues una sentencia estimatoria tiene los mismos efectos *erga omnes* que cualquier norma legal.

De otro lado, si a juicio del Tribunal Constitucional una norma legal no es inconstitucional y, por tanto, desestima la demanda de inconstitucionalidad, ello determinará que los jueces no puedan ya inaplicar dicha norma vía el control difuso. Así lo dispone el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad.

Finalmente, nos referiremos a las sentencias del Tribunal Constitucional denominadas interpretativas, aditivas, sustitutivas y exhortativas, es decir aquellas que, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, buscan evitar vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. El fundamento y la legitimidad de tales sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución⁽³⁰⁾.

(29) Sin embargo, recuérdese que, por mandato del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando los jueces ejerzan el control difuso de constitucionalidad al momento de sentenciar un caso, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema, no al Tribunal Constitucional, por lo que podrían presentarse contradicciones entre éste y el Poder Judicial a propósito del ejercicio por este último del control difuso. El problema ya ha sido advertido por el profesor Eguiguren Praeli, que plantea reformar nuestro sistema para que las sentencias de última instancia del Poder Judicial donde se haya ejercido control difuso e inaplicado una norma por considerarla inconstitucional, tengan que ser sometida a revisión por el Tribunal Constitucional en este aspecto específico [Francisco Eguiguren Praeli, «La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma», en Domingo García Belaunde (Coord.), *La Constitución y su defensa*, Lima 2003, p. 147].

(30) Exp. N° 010-2002-AI/TC (Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos), Fundamentos N°s 27 y 35. Sobre este tipo de sentencias puede consultarse: Alessandro Pizzorusso,

Dicha sentencias –al igual que las sentencia estimatorias– vinculan a los poderes públicos⁽³¹⁾, por lo que el Poder Judicial deberá seguir los criterios contenidos en ellas para aplicar la norma legal en cuestión de manera conforme a la Constitución.

VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El Código Procesal Constitucional introduce de manera clara un sistema de precedente vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional a las que éste ese carácter, debiendo los jueces seguir obligatoriamente los criterios sentados en ellas, en tanto que el Tribunal Constitucional no se aparte de su precedente, en decisión debidamente fundamentada.

Tal regulación contribuye a la eficacia de nuestro modelo de jurisdicción constitucional, pues busca garantizar su coherencia y la seguridad jurídica, mediante el encargo de la definición de la interpretación constitucional al Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución.

El Código Procesal Constitucional da un paso importante hacia el desarrollo de un sistema de jurisprudencia constitucional. Esperamos que así sea considerado por jueces y demás destinatarios del Código Procesal Constitucional, en los que finalmente recae la responsabilidad de su real vigencia como instrumento protector de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos.

Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano, en VV. AA. *El Tribunal Constitucional*, I, Madrid 1981, pp. 275-296.

(31) Exp. N° 010-2002-AI/TC..., cit., Fundamento N° 27.

***B)* TÍTULO PRELIMINAR**

EN TRES ANÁLISIS: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO. SU *ITER* LEGISLATIVO Y SUS PRINCIPIOS PROCESALES

GERARDO ETO CRUZ (*)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (**)

SUMARIO: I. Un hito en la historia legislativa de América Latina: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. **II.** El *iter* legislativo del Código Procesal Constitucional. **III.** Los principios procesales que rigen a los procesos constitucionales: 1. El Título Preliminar del Código. 2. Los principios procesales que regirán a los procesos constitucionales. **IV.** Líneas conclusivas.

I. UN HITO EN LA HISTORIA LEGISLATIVA DE AMÉRICA LATINA: EL PRIMER CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

Con fecha 31 de mayo del 2004, y luego de un largo proceso en su *iter* legislativo que trasciende la sede parlamentaria, conforme veremos en el acápite segundo, se aprueba la Ley N° 28237, llamada a regular el Código Procesal Constitucional del Perú. El hecho resulta ser hoy todo un «hito» no sólo en el país, sino para toda Iberoamérica y, por qué no, dentro del mundo, en tanto resulta ser el

(*) Profesor de Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional del Perú y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Trujillo y de la Academia de la Magistratura. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

(**) Profesor de Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional del Perú y Derecho Procesal Constitucional de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, y de la Academia de la Magistratura. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

primer Código de esta naturaleza que, gestado desde los predios académicos, tuvo –vale resaltarlo– éxito en ser acogido por un grupo de parlamentarios, hacerlo suyo y luego del *iter legis*, convertirse en un cuerpo sistemático y ordenado llamado a desarrollar hoy todos los procesos constitucionales que, a la fecha, estaban dispersos en una compleja maraña legislativa asistemática y discordante, creados en épocas distintas, bajo marcos constitucionales diversos y políticas legislativas contradictorias.

Se llega así, a feliz puerto en el Perú y ello, por lo menos hoy en teoría, resulta ser de trascendental singularidad el que en toda Iberoamérica, el Perú exprese emblemáticamente ser el país de avanzada en el desarrollo legislativo de lo que, desde la vieja y clásica polémica en torno a la defensa de la Constitución sostuvieron en su momento Hans Kelsen vs. Carl Schmitt⁽¹⁾.

De igual forma, se arriba a lo que, desde una perspectiva estrictamente jurídica, acabada y modélica, según Héctor Fix-Zamudio, se consolida el desarrollo de una de las grandes partes que hoy integran la *Defensa de la Constitución*⁽²⁾ y que son precisamente las garantías constitucionales, hoy rigORIZADOS en el flamante Código Procesal Constitucional con el *nomen iuris* más moderno de «Procesos constitucionales»⁽³⁾.

1. ¿Por qué el primer Código Procesal Constitucional de Iberoamérica y del mundo?

Cabe en primer lugar, ubicar los marcos y linderos, así como el contexto en el que se formula la interrogante arriba enunciada. Y es que, en efecto, no se trata de afirmar una pretensión chauvinista ni académica, ni hay una pretensión vanidosa en esgrimir en la vitrina de las políticas legislativas comparadas, una joya legislativa. El que se haya publicado en el Perú un Código Procesal Constitucional no va a garantizar, como querían los románticos de la vieja «*concepción racionalista de la Constitución*»⁽⁴⁾, y como tal, el país cambiaría hacia una inmediata consolidación de un verdadero Estado Constitucional.

(1) Un buen resumen se halla en Herrera, Carlos Miguel: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución» en *Revista de Estudios Políticos*, N° 86 (Nueva Época), Madrid, 1994, págs. 195-227.

(2) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor: *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª edición, UNAM, México, 1998, pág. 165.

(3) Una precisión de esta categoría puede verse en: De Oliveira Baracho, José Alfredo: *Proceso Constitucional*, Bello Horizonte, 1981; igualmente da Silva, José Afonso: «El Proceso Constitucional», en *Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Víctor Bazán (Coordinador), Ediar, Bs. As., 2003, págs. 754 y ss.

(4) Para mayores detalles, *vid.* García-Pelayo, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, 6ª edición, manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961, págs. 33 y ss.

Ello no es así, y sin embargo, es obvio que el Código Procesal Constitucional peruano, pretende eso: «garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales». En realidad el tiempo, gran consejero de la vida, irá dándole a los jueces –verdaderos operadores intérpretes de la norma constitucional– la experiencia para que impriman la andadura que corresponda a tenor de la jurisprudencia constitucional.

Si discurrimos en perspectiva histórica la evolución de las políticas legislativas, podemos apreciar que, en lo que respecta al movimiento codificador, éste arranca en el Siglo XVIII bajo la inspiración de la Escuela del Derecho Natural Racionalista⁽⁵⁾ y se rubrica con el *Code Napoléon* de 1804. En toda codificación subyace el criterio de unificar en un cuerpo orgánico y sistemático, una serie de instituciones jurídicas. Y en lo que respecta a América Latina, bien es cierto que todos los países cuentan con diversas legislaciones de naturaleza procesal constitucional⁽⁶⁾; empero, ellas se encuentran dispersas y regulan diversos procesos constitucionales y no están agrupadas todas en un *corpus iuris* como son los alcances y naturaleza de un Código.

Cabe deslindar algunos antecedentes. La Provincia Federal de Tucumán en Argentina, ya tenía con anterioridad un Código Procesal Constitucional⁽⁷⁾, de alcance territorial restringido a dicha Provincia; no rige para toda la República Argentina, pues si ello fuera así, no cabe duda que el hito histórico lo tendría este país porteño. De allí que el Código Procesal Constitucional de Tucumán, el mismo que cuenta con una extraordinaria sistemática de IV Títulos y 111 artículos es un Código *strictu sensu*, pero el ámbito de su aplicación y vigencia no es para toda la Argentina. En consecuencia, este país no cuenta con un Código aplicable para todo el Estado Federal, como lo tiene el Perú, a partir del 31 de mayo del 2004. Sí en cambio, Argentina, tiene la Ley de Amparo N° 16.986⁽⁸⁾.

En lo que respecta a Costa Rica, esta República centroamericana cuenta desde 1989, no con un Código, sino con una Ley Orgánica de Jurisdicción Constitu-

(5) Sobre el tema, *vid.* Alvarez Gardiol, Ariel: *Introducción a la Teoría General del Derecho*, Editorial Astrea, Bs. As., 1975, pág. 175.

(6) Uno de los primeros intentos que se aprecia en la década de los 60 sobre «las garantías constitucionales» fue el *Seminario sobre Amparo, Hábeas Corpus y otros recursos similares*, organizado por las Naciones Unidas en colaboración con el Gobierno de México. ONU New York, 1962, 112 págs.

(7) Registrado bajo la Ley N° 6944. Promulgada el 2 de mayo de 1999 y publicada el 8 de mayo de 1999. Su texto puede apreciarse en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución, N° 1, México, diciembre de 2003, págs. 223-249.

(8) *Vid.*, por todos, Sagüés, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, 4ª. edición ampliada, vol. III, Editorial Astrea, Bs. As., 1995.

cional⁽⁹⁾, no obstante ello, es todo un cuerpo unitario, regulador de las garantías constitucionales. Esta Ley Orgánica surge, como se recordará, a consecuencia de las reformas de los artículos 10 y 48 de la Constitución que en mayo de 1989 creó un órgano especializado en materia de jurisdicción constitucional, denominado Sala Constitucional, dentro de la órbita del Poder Judicial⁽¹⁰⁾. En esta Ley se subsume el desarrollo de la estructura y funciones de la Sala Constitucional, así como articula todos los mecanismos de la defensa de la Constitución en Costa Rica.

Para finalizar estos aspectos, en la República de El Salvador, existe igualmente el Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional, cuyo giro sigue la tendencia paulatina, pero imparable, con miras a unificar la desperdigada legislación procesal constitucional en un solo cuerpo orgánico⁽¹¹⁾.

Ahora bien, visto así las cosas, no resulta sorprendente, ni mucho menos audaz, afirmar que estamos ante el primer Código Procesal de estirpe constitucional en Iberoamérica; y cabe resaltar que, en puridad, sería el primer Código de esta naturaleza en el mundo, dado que en los países continentales europeos, si bien cuentan con emblemáticas judicaturas concentradas en Tribunales o Cortes Constitucionales⁽¹²⁾, su legislación gira bajo los marcos de una regulación vía Leyes Orgánicas de estos Tribunales Constitucionales⁽¹³⁾, así como de legislación específica sobre la jurisdicción constitucional. Incluso, algunas editoras y autores consignan a la heterodoxa legislación dispersa, una concordancia sistemática, y publican dicha legislación, como *Códigos*, conforme se aprecia en ediciones ita-

(9) El 18 de octubre de 1989 se promulgó la Ley 7135-Ley de Jurisdicción Constitucional.

(10) *Vid.* los trabajos de uno de sus creadores, Hernández Valle, Rubén: «La Justicia Constitucional en Costa Rica», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEC, Madrid, 1997; del mismo autor «El Sistema Constitucional Costarricense», en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992 y «La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica», en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), vol. III, Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 2777-2796.

(11) *Vid.* el «Anteproyecto de la Ley Procesal Constitucional de la República de El Salvador», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, Nº 2, Julio-Diciembre, México, 2004, págs. 251-276.

(12) Una visión panorámica se encuentra en Fernández Rodríguez, José Julio: *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

(13) *Vid.* BLE: Boletín de Legislación Extranjera (La Jurisdicción Constitucional en la Unión Europea) págs. 155-156, septiembre-octubre 1994. Cortes Generales, Madrid, Secretaría General del Congreso de los Diputados.

lianas⁽¹⁴⁾, o como es el caso de México, a través de la extraordinaria edición a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁽¹⁵⁾.

Pero, en realidad, ubicado desde la pujante presencia de los países de la ex-Europa del Este⁽¹⁶⁾, se vienen realizando progresivos esfuerzos, dentro de lo que Peter Häberle denomina la consolidación de los «*Estados Constitucionales Comunes*»⁽¹⁷⁾ de Europa, y en el que se extiende para Latinoamérica y la entrada de los países como Polonia, Hungría, Croacia, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa, lo que resta de Yugoslavia-Federación, de Serbia y Montenegro, República Federativa Rusa, Moldavia, Bosnia-Herzegovina, Letonia, República de Ucrania. Todos estos países y algunos excepcionales como la Corte Constitucional de Sudáfrica, o los altos Tribunales Constitucionales en Madagascar y Egipto o, como el Tribunal Constitucional surcoreano⁽¹⁸⁾, no hacen más que seguir confirmando el desarrollo plétórico del *realismo jurídico* que supone la presencia de viejos países con una jurisdicción constitucional concentrada, o bajo el modelo americano o difuso; pero, independientemente de estos modelos de jurisdicción constitucional, existen expresas *políticas legislativas* vía el desarrollo de los procesos constitucionales que vienen consolidándose en forma progresiva. No empece, reiteramos, en ninguno de los países europeos ni latinoamericanos, fuera de los precedentes parciales de Tucumán y Costa Rica, el Perú, al menos formalmente, ostenta un verdadero hito histórico como es el de haber desarrollado un flamante Código Procesal de esta naturaleza, y pionero en el mundo occidental.

Es de esperarse que a partir del Siglo XXI se vayan desarrollando sendas legislaciones que uniformicen todos los procesos constitucionales en un solo cuerpo unitario⁽¹⁹⁾. En esta perspectiva, tenía razón el jus-filósofo Eduardo García Máynez,

(14) Por ejemplo, *vid.* Chiavario, Mario y Giorgis, Andrea: *Codice della giustizia costituzionale*, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, 2000.

(15) En efecto, *vid.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Compendio de Derecho Procesal Constitucional: legislación, prontuario y bibliografía*, Editorial Porrúa, México, 2003.

(16) Como lo demuestra el jurista polaco Complak, Krystian: *La Jurisdicción Constitucional en la ex-Europa del Este*, trabajo inédito por publicarse en México.

(17) *Cfr.* Häberle, Peter: *El Estado Constitucional*, Estudio introductorio de Diego Valadés, Introducción e índices de Héctor Fix Fierro, UNAM, PUCP, Lima, 2003.

(18) Al respecto, *vid.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Editorial FUNDAP, México, 2002, págs. 62-63.

(19) Entre otros, *vid.* Sagüés, Néstor Pedro: «La codificación del Derecho Procesal Constitucional» y «Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional»; así como Tajadura Tejada,

cuando escribía que: «La tendencia, siempre creciente, hacia la codificación del Derecho es una exigencia de la seguridad jurídica»⁽²⁰⁾. En tal sentido, el Código Procesal Constitucional peruano, marca una *pica en Flandes* y sin complejos.

Habrà que esperar que el Código Procesal Constitucional, con todas las imperfecciones que pueda tener, empiece la etapa de su aplicación a través de una jurisprudencia creadora, que sintonice con el *desideratum* de consolidar un Estado que afirme una plenitud en la vigencia fáctica de los derechos constitucionales, aspiración que en los últimos tiempos deseaba el desaparecido maestro Germán J. Bidart Campos⁽²¹⁾.

II. EL *ITER* LEGISLATIVO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Si ya se ha sostenido que este cuerpo unitario se promulgó el 31 de mayo del 2004, resulta de vital importancia para quienes utilicen esta herramienta como una espada de la defensa de la Constitución, saber todos los entresijos de su desarrollo y posterior promulgación. Prácticamente, hay dos grandes momentos o etapas en la gestación y posterior promulgación del Código Procesal Constitucional.

1. La etapa de la iniciativa académica

Los antecedentes del Código se remontan a una década atrás. En efecto, la propuesta, *strictu sensu*, no salió de los predios del propio Congreso; sino que fue una Comisión que por propia iniciativa se «autoconvocaron» en 1994 y que luego fue instalado en 1995.

Esta comisión, oficialmente reconocen que la idea original nació de Juan Monroy Gálvez⁽²²⁾ y se lo comunicó a Domingo García Belaunde, ambos planearon cómo hacerlo, a ellos se sumaron Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia. Hay que reconocer que

Javier: «Retos y desafíos del Derecho Procesal Constitucional en el umbral del tercer milenio: Reflexiones desde la perspectiva europea», ambos en *Derecho Procesal Constitucional*, vol. I, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 499 y ss., 507 y ss. y 521 y ss. respectivamente.

(20) *Cfr.* García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1973.

(21) *Vid.* AA.VV.: GERMÁN J. BIDART CAMPOS (1927-2004) (*Testimonios y Homenajes*), Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004.

(22) AA.VV.: *Código Procesal Constitucional, Estudio introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, Editorial Palestra, Lima, 2004, pág. 12. Hay 2ª. edición actualizada, en curso de publicación, Lima, 2005.

la iniciativa, si bien fue de estos profesores, en puridad, fue una Comisión no sólo de académicos, sino que algunos de ellos, a la vez, son prominentes abogados en pleno ejercicio. No obstante, según se aprecia, esta iniciativa, a la postre, duró muchos años y lo reconocen sus propios integrantes: «*Nadie pensaba en aquel entonces que se tomase tanto tiempo, en un texto que al parecer no tenía futuro alguno, viviendo como se vivía, en medio de la autocracia fujimorista*⁽²³⁾».

De acuerdo a las versiones actuales y que de por sí se explica esta Comisión, al elaborar el Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, tenían los siguientes objetivos:

- «a) *Sistematizar una legislación que ya para esa época estaba dispersa, y lo siguió estando por varios años; y*
- b) *Actualizar la terminología, los conceptos y el enfoque, no sólo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino sobre todo, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años*»⁽²⁴⁾.

La estructura y dinámica de esta Comisión fue muy sencilla, se estableció un plan previamente coordinado entre ellos, y luego «se dividieron los temas y se los repartieron para que cada uno los desarrollase y luego fueron objeto de discusión en conjunto»⁽²⁵⁾. Con todo, este Anteproyecto, en sus grandes lineamientos, estuvo listo en 1996. Sin embargo, el original entusiasmo fue ciertamente eclipsado por el clima autoritario de Alberto Fujimori, sumado a una total indiferencia. Luego vino el periodo de la transición política.

El Anteproyecto, circuló en copias a una gran cantidad de abogados, Jueces, Fiscales y a un grueso de profesores integrantes de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, así como a entidades representativas que hicieron desde sus perspectivas, aportes que la Comisión iba incorporando. En mérito a ello, el Anteproyecto seguía depurándose y mejorando; con una versión notablemente corregida y ampliada se publica en octubre del 2003 bajo el sugestivo título de *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente*⁽²⁶⁾. Igual-

(23) AA.VV.: *Código Procesal Constitucional, Estudio introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, op. cit., pág. 12.

(24) Idem, pág. 19.

(25) Idem, pág. 20.

(26) AA.VV.: *Código Procesal Constitucional. Anteproyecto y Legislación Vigente*, Editorial Palestra, Lima, 2003.

mente y a nivel extranjero, dicho Anteproyecto también se divulga en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* que circuló en Sevilla en diciembre del 2003⁽²⁷⁾, con ocasión del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Hasta allí, al menos, tenemos la versión definitiva del Anteproyecto, cuyas fuentes de divulgación fueron tanto por la editorial Palestra, como por la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional que se viene publicando desde México y que a la fecha tiene ya dos números, encantándose en las prensas el tercer número⁽²⁸⁾.

2. La etapa de la iniciativa legislativa multipartidaria

A raíz de la publicación del Anteproyecto, éste no pasó desapercibido por un grupo de parlamentarios que acogieron e hicieron suyo el Anteproyecto elaborado por la Comisión de juristas; y fue así como dicho Anteproyecto se presenta al Congreso. A partir de este año, que corresponde a fines del 2003, en diciembre, empieza técnicamente el *iter legislativo* formal en sede parlamentaria. En efecto, cuando pasa a las respectivas comisiones del Congreso (Justicia y Derechos Humanos, Constitución y Reglamento), el Anteproyecto mantuvo casi el 90% de su versión original. El otro porcentaje, ciertamente fue cosecha parlamentaria, lo cual, habrá en su momento que evaluar si lo que se cambió, suprimió o amplió fue o es positivo frente a la versión original.

La iniciativa del grupo parlamentario multipartidario estaba integrada por los siguientes congresistas de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos: Alcides Chamorro Balvín, Walter Alejos Calderón, Carlos Almerí Veramendi, Natale Amprimo Plá, Judith De La Mata Fernández, Jorge Del Castillo Gálvez, José Delgado Núñez Del Arco, Carlos Ferrero Costa, Ántero Flores-Aráoz Esparza, Yonhy Lescano Ancieta, Michel Martínez González, Gerardo Saavedra Mesones Cruz, Eduardo Salhuana Cavides y Luis Santa María Calderón.

En la sede del Congreso, la iniciativa fue presentada el 15 de diciembre del 2003 a través del Proyecto de Ley 09371. También en el seno del Congreso, se presentaron los dictámenes favorables; aun cuando la Comisión de Justicia y Derechos Humanos propuso diversos cambios al Anteproyecto que, a la larga, no fueron acogidos por el pleno. Igualmente, el Congreso solicitó la opinión del Tribunal Constitucional, cuyos miembros propusieron específicos cambios. Fue así

(27) *Vid.* Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, N° 1, México, diciembre de 2003, págs. 251-282.

(28) *Vid.* Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, N° 2, México, julio-diciembre de 2004.

cómo el 6 de mayo del 2004 era aprobado el Proyecto por 72 votos a favor, ninguno en contra y una abstención. El 28 del mismo mes se promulga por el Poder Ejecutivo y el 31 de mayo sale publicado en «El Peruano» el flamante Código Procesal Constitucional⁽²⁹⁾.

III. LOS PRINCIPIOS PROCESALES QUE RIGEN A LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

1. El Título Preliminar del Código

1.1. Introducción

Los títulos preliminares forman parte ya de la técnica legislativa⁽³⁰⁾ de algunos Códigos que cuenta el Perú, como lo fueron el antiguo Código Civil de 1936, el actual de 1984, el Código Procesal Civil de 1993, el Código Penal de 1991, el Código Procesal Penal del 2004, el Código Tributario, el Código de Niños y Adolescentes, entre otros. Bien sabemos que el Título Preliminar constituye una porción normativa que ostenta un lugar privilegiado dentro de todo el territorio normativo de un Código⁽³¹⁾. Y es que se nos presenta como un *pórtico hermenéutico* que ordena y sistematiza a toda la legislación que allí se codifica.

En los títulos preliminares se presentan de forma maciza una serie de normas que no son simples declaraciones o entelequias estéticas; sino, antes bien, se nos presenta como un conjunto de *principios generales* que juegan un rol para una interpretación *intrasistemática* (dentro del propio Código) y el rol *extrasistemático* (fuera del Código). Lo propio se podría afirmar también que, del contenido del

⁽²⁹⁾ En lo que va desde la publicación oficial desde el 31 de mayo toda la prensa escrita dio cuenta de esta normatividad; y luego han empezado a publicarse diversos artículos periodísticos y progresivamente en revistas especializadas algunas apreciaciones teóricas en torno al Anteproyecto, puede verse en: Castañeda Otsu, Susana: *Derecho Procesal Constitucional*, 2 vols., Editorial El Jurista, Lima, 2004; y por los autores Castañeda Otsu, Susana; Carpio Marcos, Edgar, Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy y Sáenz Dávalos, Luis: *Introducción a los procesos constitucionales*, Editorial El Jurista, Lima. Igualmente el trabajo de Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado*, Editorial Palestra, Lima, 2004.

⁽³⁰⁾ Así lo reconoce Rubio Correa, Marcial: *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima, 1986, págs. 19 y ss.

⁽³¹⁾ Anota Ignacio de Otto que la regulación del Título Preliminar en el Código Civil «ha sido calificado en ocasiones en Derecho Constitucional material» y anota luego «el que la disciplina de las fuentes se haya contenido tradicionalmente en el Código Civil, podrá conferir a las siguientes normas un especial prestigio en la doctrina, pero no incrementa en absoluto su valor por encima del que tienen las demás normas legales, siempre subordinadas a la Constitución». Cfr. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999, págs. 85 y ss.

Título Preliminar, en este caso del Código Procesal Constitucional, no sólo debe estar referido únicamente al propio Código que precede; sino que, rediseña notablemente una serie de principios que la magistratura ordinaria y la del Tribunal Constitucional, habrá de tener presente, pues deberán armonizar eventuales antinomias⁽³²⁾ que puedan presentarse.

Otro aspecto importante que cumple el Título Preliminar del Código será el lugar ciertamente privilegiado que ella prescribe, dentro de las fuentes en el modelo de jurisdicción constitucional⁽³³⁾, puesto que lo que se regule, tales como los alcances mismos, los fines de los procesos, los principios, la magistratura competente, la interpretación tanto de los derechos humanos como de la Constitución, entre otros aspectos, no son más que las pautas hermenéuticas en torno al universo del ordenamiento constitucional peruano.

2. Los principios procesales que regirán a los procesos constitucionales

El art. III del T.P. del Código recoge y enuncia una serie de principios que deben tomarse en cuenta en los diversos procesos constitucionales. Veamos cada uno de estos principios.

2.1. Principio de dirección judicial del proceso

Este principio reconoce como antecedente el art. II del T.P. del Código Procesal Civil que prescribe: «*la dirección del proceso está a cargo del Juez*»; y antes que una potestad, constituye un deber, no de carácter funcional sino de naturaleza procesal.

A) Los deberes del Juez en el Código Procesal Constitucional

Un análisis sistemático de las complejas formas y variantes de «*deberes*» que el Juez va a ostentar en forma ineludible en el Código Procesal, están ubicados a lo largo de casi todo el Código. Aquí, simplemente enunciamos un muestreo de cómo el principio de dirección judicial expresado, en este caso, a nivel de deberes que el operador intérprete de la norma constitucional va a tener, bien sea del Juez ordinario, como del Tribunal Constitucional. Son los siguientes:

(32) *Vid.* el libro de Celotto, Alfonso: *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de las antinomias*, Editorial FUNDAP, México, 2003.

(33) Sobre el tema de las fuentes *vid.* De Otto, Ignacio, op. cit., págs. 82-87; y Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo: *Las fuentes en el Derecho Comparado (Con especial referencia al ordenamiento constitucional)*, antecede Prólogo de Domingo García Belaunde y Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego, Editorial Grijley, Lima, 2003, págs. 119 y ss.

- 1) Deber de impulsar de oficio los procesos (Art. III del T.P.)
- 2) Deber de adecuar la exigencia de las formalidades a los fines del proceso (Art. II del T.P.)
- 3) Deber de interpretar el contenido y alcances de los derechos constitucionales de conformidad con los Tratados en materia de derechos humanos (Art. VI del T.P.)
- 4) Deber de preferir la norma constitucional antes que la legal (Art. VI del T.P.)
- 5) Deber de interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional (Art. VI del T.P.)
- 6) Deber de aplicar el derecho que corresponde al proceso (Art. VIII del T.P.)
- 7) Deber del Juez de declarar fundada la demanda aunque haya ocurrido la sustracción de la materia (Arts. 1, 5 Inc. 5, 8).
- 8) Deber del Juez de remitir la *notitia criminis* al Fiscal en los procesos constitucionales fundados donde se haya cometido delito (Art. 8).
- 9) Deber de los Jueces Superiores de integrar las sentencias que omitan algo (Art. 11).
- 10) Deber de los Jueces de tramitar con carácter preferencial los procesos constitucionales (Art. 13).
- 11) Deber del Juez de exigir apariencia de buen derecho –*bonus fumus iuris*– y peligro en la demora –*periculum in mora*– para la expedición estimativa de una medida cautelar (Art. 14).
- 12) Deber del Juez de expedir sentencia cumpliendo los requisitos que la misma debe contener (Art. 17).

Y así, la lectura del Código sigue *in crescendo* en torno a diversas situaciones en las que al Juez se le impone diversos deberes u obligaciones que debe asumir, dentro de los marcos del principio de dirección judicial del proceso.

B) La superación del principio dispositivo al principio inquisitivo

Dentro de los principios fundamentales que rigen el procedimiento se encuentran dos principios en sí excluyentes y contrapuestos; por un lado el llamado *principio dispositivo* y por otro el *principio inquisitivo*.

El legislador, siguiendo la tendencia moderna, ha impetrado dentro del principio de la dirección judicial, un principio que convierte hoy en día al Juez, en una autoridad y no en un simple *convidado de piedra*, donde antiguamente el Juez

asumía una actitud o rol pasivo. Anota en este sentido Devis Echandía que el principio dispositivo tiene dos significados básicos: *a)* por un lado, significa que corresponde a las partes iniciar el proceso con la postulación de demanda; y *b)* que corresponde igualmente a las partes solicitar las pruebas sin que el Juez pueda ordenarlas de oficio⁽³⁴⁾.

En tal situación, se desprende que mediante *el principio dispositivo* le corresponde a las partes en conflicto la dinámica general del proceso y el Juez apenas asume un rol pasivo de la misma. En cambio, en *el principio inquisitivo*, se le faculta al Juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente los medios que ellas lleven o le pidan; y por otro aspecto le faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales⁽³⁵⁾.

Se podrá apreciar aquí que el primer principio explicitado en el Art. III del T.P. –la dirección judicial del proceso– es un principio emblemático del *principio inquisitivo*.

C) El rol determinante del Juez en el principio de dirección judicial

Bajo este principio, como ya se podrá apreciar, el Juez asume un rol determinante en el proceso constitucional, y no se limita a observar la actividad procesal de las partes, sino que la encamina hacia el resultado del proceso, inclusive, promover (a través de los mandatos judiciales correspondientes), los actos procesales necesarios a fin de impulsar el proceso, esclarecer los hechos, formarse convicción de los mismos y resolver en consecuencia, dándole así solución al conflicto de intereses que fuera puesto en su conocimiento⁽³⁶⁾.

No se puede concebir, por ejemplo, que si determinadas personas legitimadas procesalmente para interponer un Proceso de Inconstitucionalidad, una vez que postulan la pretensión a fin de que declaren inconstitucional una ley determinada, luego, cuando está ya la parte demandada emplazada y sale a juicio ésta, los actores de la demanda de Inconstitucionalidad se *desistan*. Aquí el Juez no debe estar sujeto al capricho y arbitrariedad de las partes; en este caso, por ejemplo, prospera el cuarto párrafo del Art. III del T.P. del Código: «Cuando en un proceso

(34) Cfr. Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*, T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 28.

(35) Cfr. Devis Echandía, Hernando: op. cit., pág. 29.

(36) Tal como lo reconoce Hinojosa Mingués, Alberto: *Comentarios. Código Procesal Civil*, t. I, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003, págs. 28-29.

constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación».

En consecuencia, por este principio de dirección judicial, el Juez es pues el conductor del proceso y, por ende, no sólo tiene el deber de hacer cumplir con las normas que lo regulan, sino también la obligación procesal de impulsar su desarrollo, siendo responsable de cualquier demora por su inactividad⁽³⁷⁾.

Visto así las cosas, y de acuerdo a la configuración de la naturaleza jurídica de los procesos constitucionales, dichos procesos no constituyen instrumentos pertenecientes sólo y exclusivamente a las partes. Es en rigor, un instrumento público y la norma procesal deposita en el Juez la gran responsabilidad de llevar a buen puerto a todo proceso constitucional y no estar simplemente supeditado, como el antiguo ritualismo procesal del principio dispositivo, sólo a las partes en conflicto.

2.2. Principio de gratuidad en la actuación del demandante

A diferencia de lo que prescribe el Art. VIII del T.P. del Código Procesal Civil que establece el principio de gratuidad en el acceso a la justicia: «*El acceso al servicio de la justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial*» (Texto según el Art. 2 de la Ley 26846 del 27-07-97), el Código Procesal Constitucional establece sólo el principio de gratuidad a una de las partes: al demandante.

A) Los perfiles de la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece en el Art. 139 inciso 16: «*Son principios y derechos de la función jurisdiccional... 16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos económicos y para todos, en los casos que la ley señale*».

La fórmula constitucional habilita al legislador a que, dentro de determinadas políticas discrecionales, le confiere un *status* preferencial al acceso a la justicia, a las personas presuntamente más débiles, expresados no sólo en los que tienen escasos recursos económicos para costear un proceso judicial, de por sí oneroso; sino que la norma constitucional igualmente permite, más allá de lo crematístico, la gratuidad, «en los casos que la ley señale». Y, precisamente, el Código ha establecido en la norma la «gratuidad en la actuación del demandante».

⁽³⁷⁾ Vid. Carrión Lugo, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso (Primera Parte)*, vol. I, Editorial Grijley, Lima, 2000, págs. 48-49.

B) El carácter tuitivo de la norma

Subyace en este principio, un carácter tuitivo del justiciable que es el que presumiblemente sufre un agravio constitucional. Consagrar la gratuidad en la actuación del demandante significa, en el fondo afirmar el derecho a la *tutela judicial efectiva*; y recordemos que ella, entre otros aspectos importa «no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a la obtención de una tutela efectiva de aquellos Tribunales sin que pueda producirse indefensión»⁽³⁸⁾.

C) ¿Por qué el legislador no ha extendido la gratuidad a todas las partes?

Si bien se ha podido apreciar en la propia Constitución que entre los principios y derechos de la función jurisdiccional está el principio de la gratuidad de la impartición de justicia, cabría preguntarse legítimamente si la posición del Código Procesal Constitucional al otorgar el beneficio de gratuidad sólo al *actor-justiciable*, no se encontraría en franca oposición a la *lex legum*. En rigor, estimamos que no, pues el propio texto de la Constitución, como ya se ha advertido, habilita una amplia potestad discrecional al legislador beneficiar gratuitamente a los casos que estime conveniente.

El Código no ha extendido el beneficio de la gratuidad a los sujetos emplazados en la relación procesal; esto es, a los presuntos agresores, por lo que su participación supone el pago de tasas judiciales y demás gastos judiciales realizados en el proceso. En el fondo, nos encontramos pues ante una discriminación positiva, pues entre quien es emplazado en un proceso constitucional y peor aun tratándose de los procesos que vertebran lo que Mauro Cappelletti denominó la *jurisdicción constitucional de la libertad*, se trata aquí de personas que están siendo violadas o amenazadas en complejos y heterodoxos derechos de estirpe constitucional. En esta perspectiva es que se manifiesta esa suerte de discriminación positiva, es decir, tratar de igualar a los desiguales.

2.3. El principio de economía procesal

Este es otro principio que hoy está subyacente en todos los procesos judiciales modernos y se reduce al axioma de que «*debe tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal*»⁽³⁹⁾. En

⁽³⁸⁾ Vid. el excelente libro de Fernández Segado, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, pág. 226.

⁽³⁹⁾ Cfr. Devis Echandía, Hernando: op. cit., pág. 36.

efecto, si ya está establecido que son fines esenciales de todo proceso constitucional el de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales (Art. II del T.P.), dichos fines no deben estar supeditados por una serie de ritualismos procesales que, a la postre, los afectan con dilaciones innecesarias.

Los magistrados, por otro lado, deberán tener presente que, en el caso de la economía procesal que deberá regir a los procesos constitucionales, no siempre van a ser los mismos que rigen la economía procesal de los procesos ordinarios; pues incluso dentro de éstos, el Código Procesal Civil ha impuesto a los Jueces que: «*El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales*» (Art. V del T.P.) Y esto porque mientras en los procesos civiles ordinarios, lo que se ventila y está en juego son problemas de «*derechos subjetivos privados*»⁽⁴⁰⁾; en el caso de los procesos constitucionales, se trata de *derechos públicos subjetivos*⁽⁴¹⁾.

La actual estructura funcional del Poder Judicial le corresponde conocer a los Jueces civiles y penales, heterodoxos procesos tanto ordinarios como los excepcionales de Amparo, Hábeas Data, Proceso de Cumplimiento, Hábeas Corpus, etc., y a la vez van a tener una compleja carga procesal de procesos ordinarios, ambos –tanto los procesos constitucionales de la libertad como los procesos ordinarios– tienen asegurados en cada Código Procesal, el *principio de economía procesal*. Sin embargo, pese a ello, estimamos que la economía procesal que está subyacente en los procesos constitucionales –que se extiende, desde luego a los procesos que se ventilan en el Tribunal Constitucional– deben ser más ágiles y eficaces a fin de que se consiga en la menor actividad procesal posible, las decisiones finales. No por algo, en todos estos procesos no existe etapa probatoria y el esquema de los procesos resulta ser más sencillos y sumarísimos.

En consecuencia, el principio de economía procesal trata de afirmar el ahorro de tiempo, de gastos y de esfuerzos en el proceso⁽⁴²⁾. Al respecto, Jorge Carrión Lugo indica: «Habrà ahorro de tiempo cuando el proceso se desarrolle normalmente, observándose sus plazos y su formalidad de rigor, sin lugar a la exageración. Habrà ahorro de gastos cuando éstos no impidan que las partes en conflicto hagan valer sus derechos dentro del proceso. Habrà ahorro de esfuerzos cuando el

⁽⁴⁰⁾ En tal sentido, *vid.* Eto Cruz, Gerardo: *Introducción al Derecho Civil Constitucional*, Editorial Normas Legales, Trujillo, 2000, págs. 1-58.

⁽⁴¹⁾ *Vid.*, el libro clásico de Jellinek, George: *Teoría General del Estado*, (Prólogo y traducción del alemán de Fernando de los Ríos), FCE, México, 2000; en especial, págs. 464 y ss. del Prólogo de Fernando de los Ríos.

⁽⁴²⁾ *Cfr.* Carrión Lugo, Jorge: *op. cit.*, págs. 51-52.

proceso sea simple, en el sentido que los actos procesales se desarrollen sin hacer esfuerzos innecesarios»⁽⁴³⁾.

Digamos seguidamente que la economía procesal en los procesos constitucionales, pretenden como ya se tiene dicho un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento.

2.4. El principio de inmediación

Este principio está expresamente regulado en el Art. V del T.P. del Código Procesal Civil⁽⁴⁴⁾, y en él se comprende al hecho en que el Juez debe actuar junto a las partes, en tanto sea posible el contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios⁽⁴⁵⁾. Este principio supone que las audiencias y todos los actos procesales deban ser realizados ante el Juez y no le está permitido delegar lo que le es consustancial en su cargo y función. En consecuencia, el principio de inmediación plantea la idea de que el Juez en forma exclusiva y excluyente será el conductor del proceso constitucional; y por tanto, él será el que defina la incertidumbre jurídico-constitucional; y para ello debe tener el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales, con la valoración de los medios probatorios recaudados en el proceso⁽⁴⁶⁾. Y es que el contacto directo, físico, personal entre el Juez y las partes contribuirá a formarle convicción acerca de la veracidad o no de los hechos alegados por los litigantes.

Por otro lado, expresión típica de este principio es la *oralidad*. Como anota Juan Montero Aroca: «La oralidad implica inmediación, es decir, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto»⁽⁴⁷⁾.

(43) Cfr. también, el libro de Monroy Gálvez, Juan: *Introducción al Proceso Civil*, t. I, Editorial Temis, 1996, págs. 98 y ss.

(44) Reza el Art. V: «Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión».

(45) Cfr. Devis Echandía, Hernando: *Teoría General del Proceso*, t. I, op. cit., págs. 38-39.

(46) Entre otros, *vid.* Carrión Lugo, Jorge: op. cit., pág. 51; Hinostroza Mingués, Alberto: op. cit., pág. 37; Monroy Gálvez, Juan: op. cit., págs. 94-96.

(47) Cfr. Montero Aroca, Juan y Ortells Ramos, Manuel: *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, t. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1987, pág. 424.

En el principio de inmediación se vincula incluso algunos aspectos relacionados a la *psicología jurídica*; y en especial la conducta procesal de las partes. En efecto, aquí el juzgador puede: «Elaborar presunciones a partir de ellas para sustentar sus decisiones»⁽⁴⁸⁾.

Y aunque no tiene por qué vincularse el Código Procesal Constitucional con el Procesal Civil, éste último desde una perspectiva mucho más compleja, dada la naturaleza de las incertidumbres que resuelven los procesos ordinarios, establece en el Art. 282 que: «El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando manifiestan notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas».

Normalmente el proceso civil *ortodoxo* sostiene que no se puede impartir una correcta justicia sin que el Juez pueda auscultar en forma personal y directa el conocimiento mismo de la dinámica del proceso; esto es, presenciar y tomar parte activa en el desarrollo del proceso. Sin embargo, el principio de inmediación que va a estar subyacente en los procesos constitucionales, ciertamente no va a tener las mismas características de un proceso ordinario o paralelo en lo civil o penal, por cuanto aquí no se trata de juzgar sobre los distintos medios probatorios.

Así, en lo que respecta a la declaración de partes, por ejemplo, el Juez debe valorar en comprender hechos diversos, independientemente entre sí; o ver si se demuestra la falsedad de una parte de lo declarado (Art. 265); o interrogar a las partes (Art. 217), o en lo que respecta a la declaración de testigos, cuya actuación debe ejecutarla el Juez (Art. 224); o si se tratara de documentos, donde el Juez debe pedir informes de los mismos (Art. 239), o declarar su ineficacia, bien sea por falsedad (Art. 242) o por nulidad (Art. 243), o ver su reconocimiento (Art. 246); o su cotejo (Art. 257), o su exhibición (Art. 260); o si se trata de otras pruebas como la pericia, a fin de apreciar los hechos controvertidos a través de conocimientos especiales (Art. 262); o finalmente la inspección judicial, a fin de que el Juez pueda apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos (Art. 272).

En suma, el principio de inmediación en el proceso constitucional tendrá especiales peculiaridades, en la medida en que, conforme prescribe el Art. 9 del propio Código, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. La

(48) *Vid.* Bustamante Alarcón, Reynaldo: «Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba», en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. II, Lima, 1998, pág. 58; *vid.* igualmente, Sobral Fernández, Jorge y Prieto Ederra, Ángel: *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Eudema, Madrid, 1994, pág. 28.

norma establece que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación; lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

En consecuencia, si bien la regla es que no hay etapa probatoria en los procesos constitucionales; ello no significa que, para los efectos de afirmar convicción y certeza entre lo que litiga; el Juez discrecionalmente puede disponer la realización de las actuaciones probatorias. Así, por ejemplo, una exhibición, una inspección ocular.

El flamante Código Procesal Constitucional acoge diversos aspectos donde se evidencia el principio de inmediación. Así, en el caso del Hábeas Corpus, la demanda puede establecerse verbalmente donde se levantará «acta ante el Juez o secretario» (Art. 27); y en el caso de las detenciones arbitrarias, el Juez puede constituirse al lugar de los hechos, pudiendo verificar en tal hipótesis, la detención indebida y ordenar al instante la libertad; y en los otros supuestos distintos a la detención arbitraria (Art. 30), el Juez también puede constituirse al lugar de los hechos (cosa que no lo comprendía la Ley 23506 en su Art. 18); o citar para que los presuntos agresores expliquen la razón que motiva dicha agresión a la libertad individual (Art. 31).

Señalemos que en el trámite del Amparo, el Art. 53 establece que si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar en audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estimen necesarios. Los mismos aspectos procesales del Amparo pueden aplicarse en el caso del Hábeas Data, como lo tiene estipulado el Art. 65 del Código adjetivo constitucional.

En buena cuenta, si bien tanto en el Código Procesal Civil (Art. V del T.P.), como en el Procesal Constitucional existe escriturariamente establecido que se van a regir por el principio de inmediación, el juzgador va a tener que redimensionar y a la vez deslindar dicho principio, según fuere la naturaleza de un proceso si es constitucional o es ordinario; toda vez que en éste último, la inmediación se realiza al hilo de las diversas actuaciones probatorias. En cambio, en el primero, como ha anotado Eloy Espinosa-Saldaña: «adquiere trascendental relevancia en los procesos constitucionales, procesos en los cuales la naturaleza de lo discutido, y lo complejo que muchas veces significa determinar si son o no fundadas las pretensiones reclamadas, demanda de quienes se desempeñen como juzgadores un especial conocimiento y manejo de los diversos elementos que rodean las controversias llevadas ante sus despachos»⁽⁴⁹⁾.

(49) Cfr. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derecho del Administrado*, op. cit., págs. 34-35.

2.5. *El principio de socialización del proceso*

El Art. VI del T.P. del Código Procesal Civil enuncia la socialización del proceso prescribiendo que: «*El Juez debe evitar que la desigualdad de las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso*». Y, en concordancia con dicha norma, el Art. 50 Inc. 2 del mismo Código Adjetivo establece que: «*Son deberes de los Jueces en el proceso, hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que éste Código les otorga*».

Normalmente los procesos constitucionales surgen dentro de una compleja relación conflictiva entre lo que Georg Jellinek denominó *derechos públicos subjetivos* y que aluden a los conflictos entre los justiciables con el Estado⁽⁵⁰⁾. Es obvio que tratándose de presuntas agresiones de los derechos fundamentales de las personas o de terceros privados, éstas son las partes más fuertes. En consecuencia, como anota Carrión Lugo: «Este principio preconiza el rechazo de fallos que sean el resultado de la influencia del poderoso económicamente o del influente políticamente. Ningún elemento que no sea el derecho debe servir para inclinar la justicia a favor de uno u otro litigante»⁽⁵¹⁾.

Subyace en el principio de socialización del proceso el parámetro normativo de la propia Constitución que regula la igualdad ante la ley (Art. 2 inc. 2). Sin embargo, esta igualdad es insuficiente. En efecto, enseña el profesor Bidart Campos que: «La igualdad ante la ley, entendida como la unidad de una misma ley para todos los individuos uniformados, es la igualdad injusta, porque rechaza algo que la justicia impone: trata de modo distinto a quienes son también distintos». Y anota a renglón seguido el maestro Germán Bidart con agudas y certeras frases: «El trato igual a los desiguales se ha reputado con razón como la *suprema injusticia*»⁽⁵²⁾. Una identificación más real con el principio de la socialización del proceso ya no sería tanto el principio de la igualdad ante la ley, que, como se ha visto, bajo su carácter general no logra distinguir realidades y soluciones distintas; en cambio se debe reivindicar con ahínco la igualdad jurídica.

Añade Bidart: «Hablamos de igualdad jurídica, de igualdad en el orden jurídico vigente, y no sólo en la letra de la ley. Los derechos se tienen, no en la inscripción legal que los reconoce o los consagra, sino en la vigencia que los hace

⁽⁵⁰⁾ Vid. Eto Cruz, Gerardo: *Régimen legal del Hábeas Corpus y Amparo*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

⁽⁵¹⁾ Cfr. también el libro de Bidart Campos, Germán J.: *Derecho Constitucional. Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, vol. II, Ediar, 1963, Buenos Aires, pág. 159.

⁽⁵²⁾ Bidart Campos, Germán J.: op. cit., págs. 158 y ss.

efectivos. De ahí que sea más exacto, más justo también, hablar de igualdad jurídica. En rigor se trata de igualdad constitucional de las personas en el reparto de bienes y males en que consiste la justicia. En el orden de la realidad, la igualdad como consecuencia de la justicia se cumple mediante la prohibición de la arbitrariedad en ese mismo reparto dentro del régimen»⁽⁵³⁾.

En ese contexto es que el principio de la socialización del proceso pretende o aspira, en una inexorable postura axiológica, que se democratice el proceso, a fin de que los litigantes tengan las mismas condiciones que no se le debe negar a otro. Es cierto que en estos procesos, a diferencia de los derechos subjetivos privados, donde se controvierten entes privados, en los procesos constitucionales el justiciable está siempre en condición de inferioridad, porque, de ser cierto la violación o amenaza en torno a algún derecho fundamental, es el que en su *mismidad* lo sufre; de allí que el principio de democratización del proceso pretende que el justiciable, no ostente una disminución, frente a su contendor, el sujeto emplazado que, cuando no es una autoridad o funcionario, es una empresa, una entidad monopólica u oligárquica, o una persona natural con tal poder que, efectivamente viola o agravia los derechos constitucionales que reclama el actor no se les vean conculcados.

Por ello es que en la doctrina se habla de una discriminación positiva y negativa y de la cual ya en parte hemos aludido; la *discriminación negativa* se manifiesta por esas odiosas diferencias de sexo, raza, religión, opinión, etc.; empero, la *discriminación positiva* envuelve, en rigor, el principio de socialización. La socialización del proceso tiene su fundamento dentro de los parámetros que establecía Aristóteles respecto a la justicia distributiva, que consiste en el reparto de bienes y cargas de acuerdo con méritos y necesidades de cada uno. Se considera a las personas de modo que la igualdad de la justicia funcione solamente para los iguales en iguales circunstancias. Son injustos los extremos de tratar igual a los desiguales y desiguales a los iguales. Entre estos dos extremos está el justo medio de la justicia general: igualdad de los iguales⁽⁵⁴⁾.

En consecuencia, la igualdad de las partes ante el proceso constitucional, ha de significar que el caso del proceso, las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa; y por otro lado que no se puede concebir que se manifiesten procedimientos privilegiados, bien sea que una de las partes sea el Estado a través de uno de sus órganos. Recuérdese que, si hablamos por ejemplo de una Acción Popular o de un Proceso de Inconstitucionalidad, el emplazado es el Estado, expresado a través del Poder Legislativo o el Ejecutivo o ambos; o en el caso de los

(53) Cfr. Bidart Campos, Germán J.: op. cit., pág. 159.

(54) En tal sentido, *vid.* Torres Vásquez, Aníbal: *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*, 2ª. edición, Idemsa-Temis Editores, Lima-Bogotá, 2001, págs. 630-631.

procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad, siempre el que afecta o agravia algún derecho constitucional es un funcionario o autoridad.

Para finalizar, este principio tampoco se va a manifestar en toda su concepción ortodoxa en los procesos constitucionales, por cuanto, precisamente se le otorga ciertos derechos o beneficios al justiciable demandante, como es el recurso de agravio constitucional que sólo tiene derecho a interponerlo el actor contra la resolución que le deniega algún derecho fundamental.

2.6. El impulso procesal de oficio

El Art. III del T.P. del Código en su segundo párrafo ha establecido que «*El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código*». Estamos aquí ante las facultades procesales de dirección del cual, dicho enunciado es coherente y guarda armonía con el principio de dirección judicial. La dirección formal de un proceso constitucional tiene que ver respecto a quien debe asumir en el proceso las facultades de controlar la regularidad formal o técnica de los actos procesales y de impulsar el proceso para que éste se desarrolle pasando de una a otra fase del mismo⁽⁵⁵⁾.

La dirección formal no alude, no comprende al contenido del proceso; ni afecta a la relación jurídico material en él deducida, ni tampoco al fondo; en puridad, afecta al proceso en sí, en su dinámica misma. Entendido así, como explicita Juan Montero Aroca, el tema de la dirección formal del proceso plantea el tema de si el Juez o las partes controlan el proceso y lo impulsan haciéndolo avanzar por las etapas preestablecidas.

En consecuencia, se podría aseverar que el principio de impulso de oficio, viene a ser *sub-principio*, en tanto es expresión concreta del principio de dirección judicial⁽⁵⁶⁾. Todos estos aspectos arriba mencionados, nos llevan a señalar que el impulso de oficio se va a manifestar en una serie de facultades que el Código le confiere al Juez operador-intérprete de la norma constitucional, para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso –sin necesidad de intervención de las partes– a fin de lograr la consecución de sus fines⁽⁵⁷⁾.

No obstante el carácter moderno en la que se ubica el Código, al haber incorporado este principio y donde se establece que va a ser el órgano jurisdiccional el que dicta las resoluciones concretas y específicas para hacer avanzar el proceso

(55) Cfr. Montero Aroca, Juan, Ortells Ramos, Manuel y Gómez Colomer, Juan Luis: *Derecho Jurisdiccional. Parte General*, t. I, 2ª. edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1989, pág. 93.

(56) Cfr. Monroy Gálvez, Juan: *Introducción al Proceso Civil*, op. cit., pág. 93.

(57) Cfr. Monroy Gálvez, Juan: op. cit., pág. 93.

sin necesidad de petición de parte⁽⁵⁸⁾; también es cierto que este principio no es de carácter absoluto, porque en los hechos, no se descarta el rol de los sujetos procesales o, más específicamente, las partes en conflicto; pues son ellos los que convierten una incertidumbre jurídica de naturaleza constitucional y, por ende, los que van a dinamizar y ser los impulsores naturales del proceso⁽⁵⁹⁾.

Con todo, siempre queda la esencia y el carácter de los procesos constitucionales en el que el Juez, de oficio, desarrolle las etapas o estadios procesales que, en la naturaleza sumarisíma de estos procesos *sui generis*, no deben tener muchas formalidades como ocurre con el resto de los procesos civiles u ordinarios.

El impulso procesal de oficio que aquí comentamos, no hace más que consagrar la naturaleza o el carácter absolutamente público de estos procesos, cuyos fines atañe a la sociedad en su conjunto. De allí que depositar la dinámica del proceso sólo y exclusivamente a las partes en conflicto resulta más que peligroso, porque entonces los fines ya no serían más que una protección *iusprivatista*.

En cambio, ensamblar como fines la defensa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales comporta la movilización de todo el aparato jurisdiccional del Estado y en donde el rol del Juez ha de ser la de la *auctoritas*, entendida como saber o verdad socialmente reconocida como superioridad moral, prestigio o dignidad social de la magistratura que debe concurrir en el órgano jurisdiccional a fin de que sus decisiones se impongan, no tanto por la mera existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, por cuanto la propia autoridad o prestigio del sujeto del que emanan⁽⁶⁰⁾.

2.7. La adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales

El cuarto párrafo del Art. III del Código establece lo siguiente: «El Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales». Estamos aquí ya no ante un principio procesal *strictu sensu*, que como lo recuerda Monroy Gálvez: «sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado»⁽⁶¹⁾, sino ante un principio de procedimiento.

(58) Idem.

(59) Idem, pág. 93.

(60) Cfr. Gimeno Sendra, Juan Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal (Jurisdicción, Acción y Proceso)*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, pág. 33.

(61) Cfr. Monroy Gálvez, Juan: op. cit.

Se trata aquí, de que las exigencias que requiere el Código, no deben afectar los fines mismos que persiguen los procesos constitucionales, es decir, no se debe sacrificar algunos requisitos formales, enervando la esencialidad y la eficacia que aspira el proceso constitucional; esto es, ser el instrumento procesal por autonomía de la defensa de la Constitución y garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales. Visto así y en perspectiva, este aspecto le corresponde como un deber que el propio Código le impone al Juez constitucional para *relativizar* las formalidades que no se conciden con un *sistema publicístico*.

En efecto, en el Código se puede y debe exigir determinados presupuestos, formalidades, requisitos que orientan a un sistema privatístico; en cambio, en un sistema publicístico y más aun tratándose de un Código que instrumentaliza sistemáticamente las garantías de la defensa de la Constitución, el Juez deberá relativizar dichas formalidades y exigencias, en miras al norte claro y concreto por el que existen los procesos constitucionales; esto es, preservar y restablecer los derechos constitucionales y con ello, los principios y valores fundamentales subyacentes en un Estado Constitucional.

Bien mirado así las cosas, el Juez operador-intérprete de la constitucionalidad, bien sea en su expresión del Juez ordinario o el Juez del Tribunal, ambos deberán adecuar; esto es, acomodar –del latín *adquare*– o adaptar al modo más conveniente el *telos* del proceso constitucional. En tal situación, incluso hasta se puede sacrificar algunos aspectos del contenido formal con miras a configurar una verdadera tutela procesal efectiva.

En este contexto, estimamos que compete al Juez hacer una extraordinaria labor a partir de determinados parámetros en su argumentación jurídica. Así, inmerso en la postulación de un proceso constitucional, o en la contestación de la misma, los contendores adjuntarán las pruebas correspondientes, que si bien no son merituadas en actuación de pruebas, le bastará al Juez, al hilo de la justa composición del litigio –demanda y contestación– como diría Carnelutti, apreciar sobre la base de ello, si las pruebas recaudadas y todo lo que allí se afirma expresan una verosimilitud.

Al respecto, Piero Calamandrei ha sostenido que todas las pruebas no son más que pruebas de verosimilitud: «Esta afirmación del relativismo procesal, hecha en cuanto al proceso civil, puede valer igualmente, no sólo para el proceso penal, sino, aun fuera del campo más directamente procesal, para todo juicio histórico acerca de hechos que se dicen acaecidos: cuando se dice que un hecho es verdadero, se quiere decir en sustancia que ha logrado, en la conciencia de quien como tal lo juzga, aquel grado máximo de verosimilitud que, en relación a los limitados medios de conocimiento de que el juzgador dispone, basta para darle certeza subjetiva de que aquel hecho ha ocurrido. Hablo, ya se comprende, no de las verdades lógicas o morales, sino de la verdad de los hechos ocurridos, de la

verdad llamada histórica, respecto de la cual advertía ya Voltaire que: «*les vérités historiques ne sont que des probabilités*»⁽⁶²⁾.

Y es que todo proceso constitucional va a girar en torno a supuestas relaciones de determinados derechos fundamentales, en los casos de la jurisdicción constitucional de la libertad el Juzgador tan pronto obtenga la verdad deberá tomar una decisión, sacrificando aspectos formales típicos del proceso privado; y definir la tutela procesal efectiva; con ello, en puridad se adecuan ciertas exigencias formales relativizadas por el Juez, ante el fin principio que persigue todo proceso constitucional.

2.8. La continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión

En el cuarto párrafo del Art. III del T.P. del Código se establece que: «*Cuando en un proceso constitucional se presenta una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuidad*».

Salvando el poder de iniciativa del proceso constitucional; una vez iniciado, sigue su curso marcado en el Código Procesal de oficio y bajo el control directo del Juez, sin necesidad de instancia de parte para pasar de uno a otro trámite procesal. Ahora bien, el hecho de estar ordenado el proceso constitucional en unidades de tiempo computados en plazos, supone que cada actuación procesal habrá de ser realizada dentro del tiempo señalado al efecto, bajo el riesgo de no poder ser realizada con posterioridad. Esto es, los plazos procesales propiamente dichos, abren expectativas y oportunidades, cuyo transcurso es fatal⁽⁶³⁾; casos por ejemplo para la caducidad en el Amparo (Art. 44), o en el proceso de Inconstitucionalidad (Art. 100), o de Acción Popular (Art. 87).

Sin embargo, puede presentarse en la dinámica del proceso central ciertas dudas razonables que habiliten al Juez dar por terminado dicho proceso. Ante tal situación, el Juez o el Tribunal, según donde se ventile el proceso y sea ésta de la jurisdicción constitucional de la libertad o de la orgánica, se debe optar por aplicar el criterio o estándar hermenéutico de que, en caso de duda, se prefiere la continuidad del proceso; esto es, este principio o fórmula establecida en el Art. III del T.P. del Código es, en rigor, una forma positivizada en este caso del principio

(62) Cfr. Calamandrei, Piero: *Estudios sobre el Proceso Civil*, traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, vol. III, Editorial jurídica Europeo-Americana, Bs. As., 1962, págs. 317-318.

(63) Cfr. Ramos Méndez, Francisco: *Derecho Procesal Civil*, t. I, Bosch editores, 5ª. edición, Barcelona, 1992, pág. 337.

pro homine o *favor libertatis* como criterio de la interpretación de los derechos fundamentales.

Y no podía ser de otra manera el texto objeto de comentario; puesto que al existir un Proceso de Amparo o de Inconstitucionalidad se supone que quien postuló una pretensión es el afectado y si se pretende concluir el proceso quien habrá de salir victorioso es el presunto agresor; ante tal situación, es lógico que se debe preferir la continuación del proceso, hasta que éste llegue a su puerto final, hasta que la resolución final defina si existió o no un agravio que retrotraiga las cosas al estado primigenio o del disfrute de los derechos constitucionales afectados. Subyace aquí pues, el principio de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

2.9. La excepción al principio de la gratuidad: la condena de los costos y costas

El último párrafo del Art. III del T.P establece que: «*La gratuidad prevista de este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena de costos y costas conforme a lo previsto por el presente Código*».

Nadie pone en duda que toda actividad procesal es de por sí onerosa, aún tratándose de procesos de naturaleza constitucional, pues genera diversos egresos de todo tipo: gastos para las partes, para quienes supone desembolsos económicos, pues han de sufragar su propia actividad y la de las personas que, eventualmente, postulan en su nombre. Todos estos gastos, en términos generales, suponen uno de los principales problemas con que se enfrenta hoy el proceso constitucional que, aunque el propio Código declare expresamente que todos los procesos constitucionales, sin excepción, son gratuitos, en los hechos tienen un costo económico que va desde el pago de los honorarios profesionales, etc.

La rentabilidad de un proceso constitucional, como de los demás procesos es el baremo que se tiene en cuenta. En general, se habla de costos y costas del proceso. Al menos así lo regula el Código Procesal Civil; todo esto es en estricto, gastos procesales y que significan todos aquellos desembolsos de tipo económico que hay que efectuar en relación con un proceso. Estos gastos son de la más variada naturaleza. En realidad, unos vienen determinados por gestiones extraprocesales; como son por ejemplo, el agotamiento de las vías previas; otros por coste de copias certificadas y documentos que hay que presentar en el proceso, viajes. Existe otro rubro de gastos que se realizan ya una vez iniciado el proceso, pero al margen de las actuaciones procesales: conferencias con otros letrados, consultas, etc.; otros gastos ocasionados en el propio proceso.

A estos últimos se les reserva el nombre específico de *costas procesales*. El Código Procesal Civil en su Art. 410 precisa que: «*Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales en el proceso*». Y el Art. 411 del citado Código adjetivo

dice: «son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su fondo mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de auxilio judicial».

Ahora bien, la norma indica la condena de costos y costas, lo cual significa que no todo ese conjunto genérico de gastos procesales van a llegar a ser recuperados por la parte interesada o vencedora; sino tan sólo las partidas que se integran dentro del concepto estricto de costas y costos procesales; y es obvio, siempre que el fallo definitivo resuelva la condena de costas y costos a la parte contraria⁽⁶⁴⁾. En conclusión, la norma opera tanto para el pago de costas y costos de quien entabla un proceso –la parte demandante y pierde su pretensión– como para la parte emplazada que es vencida.

IV. LÍNEAS CONCLUSIVAS

1. Con la puesta en marcha del Código Procesal Constitucional se abren un sinnúmero de perspectivas que garantizarán, a no dudarlo, la vigencia y protección efectiva de los derechos fundamentales. Para ello, la función creadora del Juez será de vital importancia, más aún ahora –momento estelar– que tiene sobre el tapete dicha herramienta procesal.

2. El Código Procesal Constitucional, no se puede entender en toda su complejidad, si es que no revisamos *prima facie* la Exposición de Motivos. que conceptualizando: «es la primera parte de una norma jurídica escrita en la que el legislador da cuenta de las razones que hay para suponer que un determinado problema (social, jurídico, político, moral o económico) debe resolverse de una determinada manera»⁽⁶⁵⁾.

3. Y, como complemento, está el Título Preliminar, verdadero presupuesto para fundamentar el espíritu del Código. Ahí radicará el éxito de la labor jurisprudencial –como un poder absoluto– que dinamiza del operador-intérprete.

De Trujillo a Lima, 12 de octubre de 2004.
Día de la Virgen del Pilar.

(64) Cfr. Ramos Méndez, Francisco: op. cit., págs. 685-686.

(65) Cfr. Rovira Florez de Quiñones, M^a. Carolina: *Valor y función de las «Exposiciones de Motivos» en las normas jurídicas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1972, pág. 45.

BREVES NOTAS SOBRE LAS PREVISIONES DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO RESPECTO DE LA LABOR INTERPRETATIVA DE LOS JUECES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (*)

VÍCTOR BAZÁN (**)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** El modelo de control de constitucionalidad adoptado en el Perú. **III.** Rápida presentación del Código Procesal Constitucional: 1. Consideraciones preliminares. 2. Estructura del Código. **IV.** En torno de algunas cuestiones atinentes a la temática de la interpretación constitucional y subconstitucional contenidas en el Código. 1. Identificación de ciertos postulados en el Título Preliminar y otros sectores del Código. 2. Interpretación conforme a la Constitución y vinculatoriedad de los productos interpretativos del Tribunal Constitucional. 3. Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y reconocimiento de operatividad directa de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales en la materia. 4. Acerca de la aplicación supletoria y la integración. **V.** Epílogo.

(*) Con gran beneplácito nos sumamos a la feliz iniciativa del Dr. José F. Palomino Manchego en punto a coordinar un volumen colectivo en merecido homenaje al Prof. Dr. Domingo García Belaunde, apreciado y generoso amigo y, sin duda, uno de los más encumbrados exponentes del Derecho Público Iberoamericano.

(**) Profesor Titular Efectivo de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan (Argentina). Miembro Titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo nos proponemos principalmente llamar la atención sobre algunos ingredientes importantes que nutren al Código Procesal Constitucional peruano (en adelante, también CPC) para iluminar la tarea hermenéutica a realizar por los jueces y el Tribunal Constitucional, pero que paralelamente dejan al desnudo una relevante impronta jurídica y axiológica en torno de temas trascendentes (por ejemplo, el relativo a la interacción entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) que excede el ámbito específico de cobertura del nuevo Código.

Para el cumplimiento del objetivo trazado, efectuaremos en primer lugar una apretada referencia al modelo de control de constitucionalidad imperante en el Perú, para luego discurrir acotadamente sobre distintos aspectos de las disposiciones del CPC, y su encadenamiento con las de otros instrumentos jurídicos, en orden a identificar ciertos patrones básicos que gobiernan la sustancial misión interpretativa de la Constitución y del plexo normativo infraconstitucional en el sistema jurídico peruano, hoy acrecido precisamente con las previsiones del CPC.

No está de más advertir que el abordaje de aquellas cuestiones se efectuará con el mayor de los respetos y no sin las lógicas limitaciones que pueden surgir de una aproximación jurídica efectuada por un observador extranjero.

II. EL MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ADOPTADO EN EL PERÚ

Preliminarmente, y para comprender el alcance de algunas de las reflexiones que *infra* serán presentadas, cabe advertir –con Eguiguren Praeli y García Belaunde– que en el Perú rige el sistema de control de constitucionalidad dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente, sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse⁽¹⁾.

En efecto, en la Carta Magna –y siempre sobre el piso de marcha diseñado por su art. 51⁽²⁾– es dable verificar la institucionalización del control *difuso*, cuando en el art. 138, párr. 2°, dispone que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera, y, coetáneamente, la del *concentrado*, al estatuir –en el art. 202, inc. 1°, y su implí-

(1) Eguiguren Praeli, Francisco, *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 266 y García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 133/136.

(2) Que claramente expresa –en su parte pertinente– que «la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...».

cita remisión al art. 200, inc. 4°, *ibíd.*–, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de Inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.

III. RÁPIDA PRESENTACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Consideraciones preliminares

Como es de sobra conocido, por Ley N° 28.237⁽³⁾ se aprobó el CPC, que regula los *procesos*⁽⁴⁾ constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, Inconstitucionalidad, Acción Popular y los Conflictos de Competencia, previstos en los arts. 200 y 202, inc. 3°, de la Constitución Política del Perú (*cfr.* art. I, Título Preliminar).

Sin perjuicio de lo manifestado en el párrafo anterior, valga recordar que a criterio de la Comisión⁽⁵⁾ que tuvo a su cargo la elaboración del anteproyecto de Código (luego aprobado en el Congreso de la Nación con algunas modificaciones⁽⁶⁾), el de *Cumplimiento* no es un proceso constitucional en sentido estricto⁽⁷⁾,

(3) Publicada en el Diario Oficial ‘*El Peruano*’ el día 31 de mayo de 2004.

(4) La bastardilla que usamos para la palabra *proceso* obedece a que la Constitución peruana se refiere a los mismos como *acciones* de garantía constitucional o como *garantías constitucionales* (ver, respectivamente, título y contenido del art. 200), aunque en el Código –acudiendo a saludables precisión y actualización terminológicas y conceptuales– se prefirió utilizar al primero de los vocablos individualizados y no a estas últimas expresiones.

(5) Dicha Comisión, que se autoconvocó primigeniamente en 1994 e instaló en 1995, estuvo integrada por los doctores Juan Monroy Gálvez (de quien partió la idea original), Domingo García Belaunde, Francisco J. Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel B. Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia (*Cfr.* tales autores, que en adelante se identificarán como Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, en *Código Procesal Constitucional. Comentarios, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice analítico*, Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 11/12).

(6) Según estimaciones de la propia Comisión redactora del anteproyecto, en sustancia, el Pleno del Congreso recogió en un noventa por ciento el trabajo original presentado por aquella Comisión (*Cfr.* Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, *op. cit.*, p. 12).

(7) Posición que es compartida por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, como expresa Carpio Marcos, dicho Tribunal ha recordado que más allá de su inclusión en el Título V de la Constitución, relativo a las «garantías constitucionales», en realidad se trata de un proceso ordinario incorporado a la Norma Suprema o simplemente de un «proceso constitucionalizado» (*Cfr.*, en relación con esta última terminología, STC 0191-2003-AC/TC) [ver Carpio Marcos, Edgar, en Castañeda, Susana *et al.*, *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Jurista editores, Lima, 2005, p. 191].

toda vez que no cautela derechos fundamentales o valores constitucionales, como puede ser el de jerarquía normativa, lo que llevó a aquélla a considerar que dicha figura debería ser eliminada pues además de no ser clara, en puridad no es un proceso constitucional⁽⁸⁾. No obstante tal aclaración, y al estar presente en el texto constitucional y en tanto mantuviera tal vigencia, la Comisión optó por mantenerla⁽⁹⁾.

Retornando de la digresión, y ya en otro orden de ideas, vemos que la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria del Código estableció un período de *vacatio legis*, al estatuir que entraría en vigencia a los seis (6) meses contados a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial ‘*El Peruano*’.

Transcurrido dicho lapso, el mencionado cuerpo normativo alcanzó vigor jurídico el 1° de diciembre de 2004.

2. Estructura del Código

El Código se vertebra en un Título Preliminar (innominado) y trece Títulos, de acuerdo con el siguiente detalle nominativo: el Título I se denomina ‘Disposiciones generales’; el II, ‘Proceso de Hábeas Corpus’; el III, ‘Proceso de Amparo’; el IV, ‘Proceso de Hábeas Data’; el V, ‘Proceso de Cumplimiento’; el VI, ‘Disposiciones generales de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad’; el VII, ‘Proceso de Acción Popular’; el VIII, ‘Proceso de Inconstitucionalidad’; el IX, ‘Proceso Competencial’; el X, ‘Jurisdicción Internacional’; el XI, ‘Disposiciones generales aplicables a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional’; el XII, ‘Disposiciones finales’; y, por último, el XIII, se presenta como ‘Disposiciones transitorias y derogatorias’.

IV. EN TORNO DE ALGUNAS CUESTIONES ATINENTES A LA TEMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUBCONSTITUCIONAL CONTENIDAS EN EL CÓDIGO

1. Identificación de ciertos postulados en el Título Preliminar y otros sectores del Código

Sin intentar elaborar una nómina cerrada de alusiones a diversos aspectos de la tarea interpretativa vinculada con los procesos constitucionales, pueden apreciarse algunas importantes referencias verificables tanto en el Título Preliminar como en otros segmentos normativos del Código.

Así, en el mencionado Título Preliminar, cuya inclusión constituye –como se ha sostenido– una novedad en la legislación procesal constitucional del Perú pues

(8) Ver Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, *op. cit.*, pp. 118/119.

(9) Ídem.

incorpora un conjunto de principios y criterios que establecen el marco general a partir del cual deben interpretarse y aplicarse todos los procesos constitucionales⁽¹⁰⁾, brillan con luz propia las pautas que, con cargo a ser desarrolladas *infra*, a continuación sólo serán enunciadas de modo sintético:

- La interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución, como regla hermenéutica para los jueces en el marco del control difuso de constitucionalidad (art. VI), aunque con obvio efecto expansivo hacia el Tribunal Constitucional;
- la interpretación del contenido y los alcances de los derechos constitucionales de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las decisiones de los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según tratados de los que el Perú sea parte (art. V);
- la categoría de «precedente vinculante» que adquieren las sentencias del Tribunal Constitucional pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando así lo expresen los pronunciamientos en cuestión (art. VII); y
- la aplicación supletoria, en caso de vacío o defecto del CPC, de los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo (art. IX). Paralelamente, y en defecto de las normas supletorias citadas, se prevé que el Juez pueda recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina (*ídem*).

Por su parte, y como referencia ejemplificativa a ciertas alusiones a las labores interpretativas contenidas en otros tramos del Código, pueden reseñarse las siguientes:

- Como principios de interpretación en el ámbito de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad, se preceptúa que en la tarea de apreciación de la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (art. 79); y
- ya en relación con la jurisdicción internacional, se identifican los organismos competentes a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos constitucionalmente (art. 114); se establece claramente que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales in-

⁽¹⁰⁾ *Ibíd.*, p. 102.

ternacionales a cuya competencia se hubiere sometido expresamente el Estado peruano, no requieren –para su validez y eficacia–, de reconocimiento, revisión, ni examen previos algunos (art. 115); y se estipula la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de remitir a los organismos a que se refiere el art. 114, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (art. 116).

Desplegado sumariamente el menú de alusiones directas o indirectas del Código a las labores interpretativas de los órganos competentes para tramitar los procesos constitucionales, a continuación efectuaremos algunos comentarios en torno de los postulados premencionados.

2. Interpretación conforme a la Constitución y vinculatoriedad de los productos interpretativos del Tribunal Constitucional

En el art. VI del Título Preliminar, y bajo el epígrafe de ‘Control difuso e interpretación constitucional’, se suceden algunas importantes referencias que vinculan al Juez actuante. En efecto, a lo largo de tres párrafos, aquel estipula:

- Que, cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, *siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución* (párr. 1°) –énfasis añadido–;
- que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de Inconstitucionalidad o en un proceso de Acción Popular (párr. 2°); y
- que los jueces interpretan y aplican 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* (párr. 3°) –destacado agregado–.

De tal mosaico normativo sobresalen, al menos, dos principios cardinales para guiar las tareas de interpretación y aplicación normativas por el Juez en la esfera del control difuso: *a)* interpretación conforme a la Constitución; y *b)* vinculatoriedad a la interpretación de los preceptos y principios constitucionales que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

En relación con la primera de las pautas señaladas, debe recordarse –siguiendo a Gascón Abellán– que, en línea de principio, cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales,

hablándose de *interpretación conforme* a la Constitución, cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución, lo que no traduce un simple criterio de interpretación de los textos jurídicos, análogo a los de interpretación literal, histórica, teleológica, etc., sino una auténtica *regla sobre* la interpretación que establece cómo hay que interpretarlos; en concreto, determina que, de entre las varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquéllas que se acomoden a las exigencias de la Constitución⁽¹¹⁾.

En el sentido expuesto, como prosigue puntualizando la autora citada, la interpretación conforme juega como una regla de interpretación sistemática que entiende a la Constitución como contexto *obligado* para la interpretación de cualquier texto jurídico y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias, lo que se conecta con el *principio de constitucionalidad* o de primacía constitucional, esto es que, en la medida en que la Constitución es la norma jurídica suprema que confiere unidad al ordenamiento, parece razonable afirmar que toda norma debe interpretarse de conformidad con ella⁽¹²⁾.

Ya en punto a la segunda cuestión sobre la que alertábamos (obligatoriedad, para los estamentos inferiores, de la tarea interpretativa del Tribunal Constitucional), el postulado del párr. 3º del art. VI del Título Preliminar se vincula con el art. VII, *ibíd.*, en cuanto a que las sentencias de aquél que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen *precedente vinculante* cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, lo que –entendemos– responde a la necesidad de salvaguardar el valor seguridad jurídica y, dentro de éste, el de predictibilidad de los pronunciamientos del Tribunal.

Sin perjuicio de ello, el tramo *in fine* del aludido art. VII proporciona a dicha magistratura constitucional un cierto margen de laxitud para evitar que ella quede irremisiblemente encorsetada en su labor jurisdiccional, al permitirle resolver separándose del precedente, aunque paralelamente la obligue a expresar los fundamentos jurídicos y fácticos que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Los propulsores del anteproyecto que luego derivara en el actual CPC fundamentan tal solución normativa⁽¹³⁾ en la necesidad de superar el riesgo de que, en

(11) Gascón Abellán, Marina, voz «Interpretación conforme (con la Constitución)», en Carbonell, Miguel (coordinador), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Edit. Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, p. 316.

(12) *Ídem.*

(13) Concretamente, y para justificar el temperamento adoptado, se preguntan: «¿Cómo hacer que una sentencia marque pautas rígidas de solución de futuros conflictos, parecidos al

caso de no ser precisa la identificación de la *ratio decidendi*⁽¹⁴⁾ por parte del tribunal que expide la sentencia, el órgano inferior que debe someterse al precedente vinculante se encuentre en la posibilidad de ‘interpretar’ su contenido y alcances, con lo cual se pierde la certeza, que es el objetivo principal del instituto⁽¹⁵⁾. En orden a evitar tal «desencuentro» se previó que sea el propio Tribunal Constitucional el que afine y precise aquello que tiene carácter vinculante, determinando qué fundamento, principio, aforismo o tan sólo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene calidad de *ratio decidendi* y, por tanto, ejerce su efecto vinculante sobre los órganos inferiores⁽¹⁶⁾. En dirección convergente, y por comunidad de razones, también se impuso al Tribunal que sustentara expresamente los fundamentos (de hecho y de derecho) por los cuales se aparta de un precedente afirmado anteriormente⁽¹⁷⁾.

Ya desde otro perfil, puede observarse que la citada precedencia jerárquica del Tribunal Constitucional se refleja asimismo en el art. 1º de su propia Ley Orgánica (Nº 28.301⁽¹⁸⁾), que claramente determina que aquél *es el órgano supremo de interpretación, integración y control de la constitucionalidad*, señalando además, que es autónomo e independiente⁽¹⁹⁾ de los demás órganos constitucionales y que se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

Aunque no sea ésta la ocasión apropiada para explayarnos sobre el punto, advertimos que aquella autocatalogación como *órgano supremo de interpretación de la Constitución* (disparada desde el artículo inicial de su Ley Orgánica) supone que el Tribunal Constitucional está facultado para ejercer control de constitucionalidad incluso respecto de las leyes de interpretación *auténtica*⁽²⁰⁾

que ahora resuelve pero, a la vez, sin que impida una evolución de las ideas jurídicas a tono con el cambio que padece toda sociedad? Esto es, ¿cómo hacer que una sentencia brinde certeza sobre cómo resolver futuros casos análogos pero que, a la vez, tal vinculación permita que lo ‘enseñado’ por la sentencia pueda sufrir variaciones para adecuarse a una realidad siempre cambiante?» (ver Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, *op. cit.*, pp. 41/42).

(14) Cabe recordar que la expresión *ratio decidendi* equivale al vocablo *holding*, propio de la nomenclatura del sistema norteamericano.

(15) *Cfr.* Abad Yupanqui, Samuel B. *et al.*, *op. cit.*, p. 42.

(16) *Ibid.*, pp. 42/43.

(17) *Ibid.*, p. 43.

(18) Publicada el 23 de julio de 2004.

(19) Algunas de tales pautas están ya contenidas en el párr. 1º del artículo 201 constitucional.

(20) Leyes, por ejemplo, del tipo de la Nº 26.657, referida a la posibilidad de reelección del ex presidente Fujimori.

emanadas por el Congreso de la Nación, con arreglo a los artículos 102, inc. 1°, y ccdds. de la Constitución Política del Estado⁽²¹⁾.

3. Interpretación conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y reconocimiento de operatividad directa de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales en la materia

Consideramos un acierto que el art. V del Título Preliminar haya establecido que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el Código deban interpretarse *de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales sobre tal materia, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales relativos al aludido campo temático, constituidos según tratados de los que el Perú sea parte.

Si bien no se nos escapa que el primer segmento del citado art. V del Título Preliminar del Código prácticamente reitera el contenido literal de la Disposición Final y Transitoria Cuarta⁽²²⁾ de la Constitución vigente, es sumamente importante que refuerce léxica y jurídicamente en la porción final de aquel artículo el compromiso del Estado peruano institucionalizando la obligatoriedad de acatamiento por éste de las decisiones dimanadas de los órganos jurisdiccionales internacionales establecidos por los tratados de los que fuere parte, puesto que –entre otros factores no menos significativos– no cabe olvidar que con arreglo al art. 44 constitucional, uno de los *deberes primordiales del Estado* consiste en *garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos*, premisa básica con la que se alinea la prescripción contenida en el art. 79 del CPC que, al identificar los principios de interpretación en la esfera de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad, especifica que en la labor de apreciación de la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional tendrá en consideración, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan sancio-

(21) La rápida alusión efectuada en el texto nos contacta con una interesante problemática: la de las vicisitudes que pueden plantearse en los sistemas constitucionales que permiten tal tarea interpretativa por parte del Congreso (*v. gr.*, los casos de Chile, Bolivia y Ecuador), pues ello puede configurar hipótesis de conflicto con el Tribunal Constitucional del tenor de dilucidar quién es el intérprete final de la Constitución y qué tipo de efectos puede producir, en los restantes órganos del Estado, semejante labor hermenéutica desplegada por el cuerpo legislativo.

(22) Tal disposición, denominada ‘Interpretación de los derechos fundamentales’, reza: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

nado para establecer la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el *ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*.

Es igualmente encomiable que el Código no haya reducido aquella obligatoria observancia de la jurisprudencia internacional a la declaración genérica estipulada en la parte final del art. V de su Título Preliminar, sino que además –y para dar efectiva canalización práctica a la misma– en el continuo de normas que discurre entre sus arts. 114 y 116, se ha ocupado de las siguientes cuestiones:

- Ha identificado al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –aunque empleando una fórmula de textura abierta que permite contemplar otros órganos que puedan constituirse en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú– como los organismos internacionales a los que, en los términos del art. 205⁽²³⁾ constitucional, puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución o los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano (art. 114 del CPC);
- ha determinado que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previos; estatuyendo la forma de comunicarlas y reenviando a la Ley N° 27.775 en lo que atañe al procedimiento para su ejecución en sede interna (art. 115 del CPC) –volveremos sobre el particular–; y
- ha precisado la obligación de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional en punto a remitir a los organismos individualizados en el citado art. 114, *ibíd.*, la legislación, las resoluciones y demás documentos actuados en el/los proceso/s que originó/aron la petición, así como todo otro elemento que, a juicio del organismo internacional, fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (*cf.*: art. 116, *ibíd.*)

Justamente un elemento remarcable que se presenta en armonía rítmica con el esfuerzo normativo peruano por consolidar su deber de acatar los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales internacionales, lo constituye la aludida Ley N° 27.775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. En efecto, y más allá de pautar las reglas de ejecu-

(23) Bajo el rótulo de ‘Jurisdicción supranacional’, dicho precepto establece: «Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte».

ción de los fallos internacionales, deja claramente establecido que el objeto de la ley es declarar de *interés público el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por tribunales internacionales constituidos por tratados ratificados por el Perú de acuerdo con su Constitución Política* (cfr. art. 1° de la ley).

Quizás un pequeño lunar en este denuesto del hermano país por garantizar desde el plano normológico el cumplimiento de sus compromisos internacionales, lo constituya el Decreto Supremo N° 014-2000-JUS, en tanto éste, separándose del cartabón de *obligatoria* observancia de los pronunciamientos jurisdiccionales internacionales que consagra la Ley N° 27.775, establece que las decisiones, resoluciones o recomendaciones adoptadas en el marco de los procedimientos y mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos de naturaleza no jurisdiccional, serán *procesadas por el Estado de acuerdo con los principios de buena fe, fiel observancia de los tratados respectivos y cooperación con las instancias internacionales de promoción y protección de Derechos Humanos* (cfr. art. 1°). En otras palabras, el ordenamiento peruano marca una diseción entre los pronunciamientos jurisdiccionales internacionales, a los que adjudica un claro tono preceptivo, y las decisiones, resoluciones o recomendaciones internacionales que no sean jurisdiccionales, a las que no reconoce fuerza jurídica vinculante aunque admita la existencia del deber de cooperación para coadyuvar a la promoción y protección de los Derechos Humanos⁽²⁴⁾ y establezca los procedimientos para propiciar el seguimiento de las recomendaciones de los organismos internacionales no jurisdiccionales⁽²⁵⁾.

Fuera y más allá de lo expresado, en definitiva se hace perceptible que el CPC viene a enrolarse en la lógica subyacente en el ordenamiento normativo del Perú encaminado a elevar jurídica y axiológicamente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y a acatar las decisiones de los órganos jurisdiccionales erigidos por éstos, lo que adquiere una connotación relevante, pues supone una suerte de inmunización institucional consistente en obturar de modo preventivo la ruta por la que pudiera transitar cualquier eventual intento de reiteración de ciertos acontecimientos censurables de la historia peruana reciente,

(24) Ver, al respecto, por ejemplo, el considerando 5° del Decreto Supremo N° 014-2000-JUS.

(25) De acuerdo con el art. 2 del Decreto Supremo N° 014-2000-JUS, se determina que el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia será el organismo responsable de coordinar dicho seguimiento.

Corresponde añadir que, por Decreto Supremo N° 015-2001-JUS, se aprobó el Reglamento del mencionado Consejo Nacional.

anudados a la gestión del ex presidente Fujimori⁽²⁶⁾. Tales despropósitos fueron afortunadamente superados –complementaria y sucesivamente– por la restauración democrática del gobierno de transición de Valentín Paniagua Corazao y del actual primer mandatario elegido popularmente, Alejandro Toledo Manrique⁽²⁷⁾.

Aludimos al desconocimiento de determinadas sentencias emitidas contra Perú por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a la declaración, por organismos de justicia internos, de «inejecutabilidad» de dichos pronunciamientos; a la «devolución» de las demandas notificadas por tal organismo de jurisdicción internacional; y al «retiro con efectos inmediatos» del Estado peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27.152 el 8 de julio de 1999.

En este marco, es sumamente importante tomar en consideración que, ya sin ambages, se configura el deber del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional de conocer y aplicar en sus pronunciamientos la doctrina jurisprudencial de importantes órganos jurisdiccionales en materia de Derechos Humanos, tales como la Corte Interamericana con asiento en San José de Costa Rica.

En otras palabras, aquéllos deberán dispensar preferente atención a la efectiva aplicación jurisprudencial de tales tratados en materia de derechos humanos por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de modo que la aludida jurisprudencia oficiará como guía hermenéutica de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado peruano haya reconocido explícitamente la competencia de los órganos jurisdiccionales transnacionales en cuestión.

La situación descripta arrastra consigo algunas cuestiones adicionales de importancia no precisamente menor, por ejemplo, que se impone una inevitible búsqueda de interacción armónica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno peruano (en el marco del postulado de coherencia entre ambos sistemas) y que ni los jueces ni el Tribunal Constitucional podrán obviar ya la convergencia operativa de trascendentales reglas interpretativas como

(26) Al respecto, *vid.* –por todos– Landa, César, «Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» y Eguiguren Praeli, Francisco, «El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte», ambos trabajos publicados en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año I, N° 1, diciembre de 2000, Grijley, Lima, respectivamente, pp. 27/51 y 53/69.

(27) Ver, por ejemplo, Eguiguren Praeli, Francisco, «El «retorno» del Perú al sistema interamericano de Derechos Humanos», *Revista Peruana de Derecho Público*, Año I, N° 2, enero-junio de 2001, Grijley, Lima, pp. 27/32.

son los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, que deberán ser resguardados aun cuando ello suponga aplicar pautas jurídicas internacionales de modo prelativo a disposiciones del derecho vernáculo⁽²⁸⁾.

Ello, desde que mientras el tratado de que se trate esté vigente, debe ser observado por las partes (art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); y ese cumplimiento, concretarse de buena fe (art. 26, porción *in fine*, y art. 31, inc. 1º, *ibíd.*), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del Derecho Interno (entre las que cabe incluir a las sentencias judiciales) para autoexonerarse o intentar justificar la exención de cumplimiento de las obligaciones emergentes del aludido acto jurídico internacional, salvo cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, fuera manifiesta⁽²⁹⁾ y afectara a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno (art. 27 en conjunción con el art. 46, *ibíd.*), caso este último en el que –de acuerdo con De la Guardia– el tratado sería nulo de nulidad relativa por el vicio formal de defecto de competencia⁽³⁰⁾.

Como verifica Carrillo Salcedo, la buena fe –uno de los principios fundamentales de todo sistema jurídico– procura corregir el inevitable subjetivismo de los Estados soberanos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales, es decir, que se configura como límite al ejercicio de competencias discrecionales de aquéllos⁽³¹⁾. Y tal principio no viene sólo impuesto por la mencionada Convención de Viena (arts. 26 y 31, inc. 1º), sino también, *v.gr.*, por las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas (art. 2, inc. 2º) y de la Organización de los Estados Americanos (art. 3, inc. ‘c’).

4. Acerca de la aplicación supletoria y la integración

Ya promediando esta sumaria aproximación, no deseábamos omitir siquiera una brevísima referencia a la previsión contenida en el art. IX del Título Preliminar

⁽²⁸⁾ Para ampliar sobre el punto, ver Bazán, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, *passim*.

⁽²⁹⁾ Según el art. 46.2 de la Convención, una violación es «manifiesta» si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

⁽³⁰⁾ De la Guardia, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pp. 272 y 271.

⁽³¹⁾ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, 2ª. reimpr., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 142/143.

del CPC, donde se predeterminan escalonadamente las alternativas de aplicación supletoria con que cuenta el intérprete, en caso de vacío o defecto de dicho Código.

Si bien la cuestión se refiere troncalmente a la tarea de *integración jurídica*, creemos que colateralmente no deja de vincularse con la problemática interpretativa, ya que –como desliza Espinosa-Saldaña– la norma en análisis fija los parámetros para la actuación del *intérprete constitucional* en casos de vacío o defecto de la norma, lo que supone una labor de *creación normativa* que no es irrestricta sino que debe configurarse dentro de ciertas pautas⁽³²⁾, entre las que el Código identifica –según el orden de aplicación supletoria que expresamente demarca– la posibilidad de recurrir a los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo; y, en defecto de tales disposiciones supletorias, a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina.

V. EPÍLOGO

Del rápido recorrido panorámico que efectuáramos, podemos entresacar algunas consideraciones finales que vienen a unirse a las apreciaciones conclusivas ya intercaladas en varios pasajes de la parte nodal de este trabajo.

1) Coincidimos con Espinosa-Saldaña cuando afirma que evidentemente una de las preocupaciones centrales de los promotores del Código ha sido la de proporcionar la mayor cantidad de elementos de juicio a jueces, justiciables, fiscales y abogados, para que, así, éstos puedan comprender y efectuar con claro conocimiento de causa las complejas tareas de interpretación constitucional que habitualmente se dan en los procesos previstos para proporcionar una tutela especial, específica y expeditiva de la supremacía de la Constitución⁽³³⁾.

Por cierto, no es casual que el art. II del Título Preliminar del CPC identifique como «fines esenciales de los procesos constitucionales» que estatuye, a los de *garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales* –énfasis propio–.

No debe olvidarse que el aseguramiento de la primacía constitucional –en retroalimentación con las normas, principios y valores aportados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos– y la fuerza normativa de la Constitución dependen en buena medida de la trascendente tarea de interpretación constitucional.

(32) Espinosa-Saldaña, Eloy, en Castañeda, Susana *et al.*, *op. cit.*, p. 44.

(33) *Ibid.*, p. 38.

2) En estrecha vinculación con lo anterior, vemos que el contenido normativo del Código se inscribe en la búsqueda del fortalecimiento de los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional.

En otras palabras, establece nítidos lineamientos hermenéuticos para una adecuada interpretación de los derechos constitucionales, en el entendido de que el Estado debe *prever y evitar* posibles incumplimientos relativos a sus obligaciones en tan cara materia, pero si igualmente éstos ocurren, los remedios nacionales que preconice le darán ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias supranacionales que pueden conducir a la determinación de su responsabilidad internacional.

3) Uno de los desafíos interpretativos vertebrales se centra en la necesidad de lograr una coherente interacción entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siempre orientándose hacia la búsqueda de la solución que mejor abastezca las pautas hermenéuticas *pro homine y pro actione*.

Es que, como acertadamente afirma Bidart Campos, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento una *retroalimentación* constante entre él y el Derecho Internacional⁽³⁴⁾; añadiendo que un Derecho Internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal⁽³⁵⁾ [énfasis del original].

Por lo demás, no por cruda deja de ser certera la apreciación de Ferrajoli⁽³⁶⁾ cuando precisa que hoy ya no es posible hablar con «decencia» de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de los derechos si no tomamos finalmente «en serio» –según la feliz fórmula dworkiniana⁽³⁷⁾– la Declara-

(34) Bidart Campos, Germán J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 468.

(35) *Ibíd.*, p. 469.

(36) Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3ª. ed., Ed. Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 2002, p. 31.

(37) Obviamente, alude a la obra de Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 4ª. reimpres., Edit. Ariel, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1999 (versión española de *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977).

ción Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (además de la Convención Americana de Derechos Humanos, nos permitimos añadir por nuestra parte, entre otros trascendentes instrumentos internacionales en la materia).

4) El Código se presenta como un notorio avance desde el plano normológico, aunque con ello no basta, porque se requerirá además un sustento conductual, esto es, un *activismo comprometido* de los jueces, del propio Tribunal Constitucional y de los demás operadores jurídicos, en aras de plasmar en la dimensión fáctica los laudables propósitos literalizados en la urdimbre normativa del CPC.

Es que nada se soluciona *sólo* con normas, pues éstas no poseen virtudes taumaturgicas. En ese sentido, y como con claridad afirma Ciuro Caldani, dado que la coherencia lógica es más sencilla que el orden en la realidad social, la armonía de las normas es más fácil que la de los hechos; por tanto, la referencia exclusiva a aquéllas suele originar la *ilusión* de una armonía que fácticamente no existe⁽³⁸⁾.

El desafío de todos radica, precisamente, en aportar para que aquella armonía no sea una *ilusión* sino una *realidad tangible*.

⁽³⁸⁾ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *El Derecho Universal. Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una nueva era*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario (Argentina), 2001, p. 81.

NOTAS PRELIMINARES AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

ERNESTO BLUME FORTINI (*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Gestación, significado e importancia. **III.** La lógica de su desarrollo temático y su esquema. **IV.** Sus principales innovaciones. **V.** Condiciones para su adecuada implementación y debido funcionamiento.

I. INTRODUCCIÓN

El novísimo Código Procesal Constitucional, aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley N° 28237 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de mayo de 2004, que entrará recién en vigencia a los seis meses de su publicación, constituye el objeto de los breves comentarios que a continuación consignamos, sumándonos a este colectivo producido en homenaje al dilecto amigo y maestro Domingo García Belaunde, con ocasión de haber celebrado sus sesenta años de fructífera existencia, que han coincidido felizmente con la dación de tan importante instrumento normativo, en cuya gestación y elaboración ha contribuido significativamente.

En tal dirección, en primer lugar, efectuaremos algunas referencias a su gestación, significación e importancia. Seguidamente nos referiremos a la lógica de desarrollo temático que lo inspira, así como a su esquema. En la tercera parte mencio-

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución del Congreso de la República. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el ex Presidente Constitucional de la República Valentín Paniagua Corazao.

naremos sucintamente algunos de sus aspectos que nos interesa destacar como especiales innovaciones respecto de la dispersa e inconexa normativa anterior.

Concluiremos con algunas reflexiones, igualmente cortas, sobre lo que entendemos como condiciones para su adecuada implementación y su debido funcionamiento, en orden a lograr que se constituya en un real instrumento garantizador de la eficacia constitucional, en cuanto a la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y a la garantía de la primacía normativa de la Carta Fundamental del Estado.

II. GESTACIÓN, SIGNIFICADO E IMPORTANCIA

Los procesos constitucionales, entendidos como fórmulas de heterocomposición por órgano jurisdiccional competente de conflictos de naturaleza constitucional, surgidos por la amenaza o la violación de los derechos fundamentales, vías acción u omisión; por infracción normativa a la jerarquía y a la primacía de la Constitución, a través de normas infraconstitucionales que la afecten, contradigan, desborden, violen o desnaturalicen por el fondo o por la forma; o por innovación o abstención competencial de órganos de rango constitucional presentan su antecedente más remoto en el siglo XIX con la Ley de Hábeas Corpus de 21 de octubre de 1897; norma que lo consagró bajo el rótulo «recurso extraordinario de Hábeas Corpus» para la protección de la libertad física de quien fuese reducido a prisión, si dentro de las veinticuatro horas no se le notificaba la orden de detención judicial⁽¹⁾.

En 1916 se aprobaron otras disposiciones relacionadas con el Hábeas Corpus, tales como la Ley N° 2223 del 10 de febrero y la Ley N° 2253 del 26 de setiembre de dicho año, que mantuvieron en esencia el mismo espíritu⁽²⁾, pero fue recién en la Constitución de 1920 que se le otorgó rango constitucional, inaugurando lo que podríamos denominar el reconocimiento constitucional de las entonces denominadas «garantías constitucionales»⁽³⁾, como un proceso cautelador de

(1) García Belaunde, Domingo: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Tomo I, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 1989, pp. 183-189.

(2) *Ibíd.*, pp. 189-191.

(3) Al respecto, como bien afirma Domingo García Belaunde «El concepto de “garantías constitucionales” es ampliamente conocido en la literatura constitucional latinoamericana, toda vez que si bien es cierto que tiende a ser sustituido por otros, la tradición y el uso lo han hecho familiar a amplias capas de la población. Pero el nombre de “garantías constitucionales” tiene hoy en el Perú, y en gran parte de la América Latina, un doble significado; el primero es el referente clásico y hoy anticuado, que lo hace equivalente a normas generales, principios o

la libertad física exclusivamente. Posteriormente, la Carta de 1933 mantuvo el Hábeas Corpus, ampliando su cobertura a todos los derechos fundamentales de la persona, que fuera también regulado en los códigos de carácter procesal penal en los años 1920 y 1940 y en leyes individuales en 1968, e instauró la llamada Acción Popular como un mecanismo de defensa de la constitucionalidad y de la legalidad que permitía impugnar los reglamentos y demás normas infralegales que fueran contrarios a la Constitución o a la ley, a los efectos de lograr su anulación con carácter *erga omnes*, que fue recién reglamentada en 1963 en la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada en aquel año.

La Constitución de 1979 fue paradigmática en muchos aspectos⁽⁴⁾, pero, en especial, en cuanto se refiere a los procesos constitucionales, a los que dedicó su Título V bajo el rotuló de «garantías constitucionales», centrándolos en la preservación, defensa, guardianía y rescate de los derechos constitucionales y en la garantía de su supremacía normativa constitucional. El legislador constituyente de aquella Carta Suprema consagró para la defensa de los derechos fundamentales el Hábeas Corpus y la Acción de Amparo. Al primero, al Hábeas Corpus, que ya venía recogido a nivel constitucional desde la Constitución de 1920 le confirió la cobertura de la libertad individual; mientras a la segunda, la Acción de

derechos de las personas, proveniente de la tradición francesa, filtrados por el constitucionalismo español. Así, los textos del siglo XIX se referían a las «garantías constitucionales» como aquellas normas fundamentales de la vida en relación, y muy en especial los derechos de la persona. Con el tiempo, este rótulo tan genérico pasó a una triple división que iniciada en el siglo pasado, se consagró por primera vez en la Constitución peruana de 1920, que distinguió las garantías constitucionales en tres: garantías nacionales (atinentes a la marcha y obligaciones del Estado); garantías individuales (clásicos derechos del liberalismo) y garantías sociales (nuevos derechos económicos y sociales, surgidos después de la Gran Guerra). El segundo significado es el moderno, el cual entiende como garantía algo accesorio, de carácter instrumental, y en consecuencia relacionado con la parte procesal del Derecho, en este caso, del Derecho Constitucional. Se distinguen así, por un lado, los derechos, que son parte sustantiva, de lo que es la parte accesorio o procesal. De esta manera, los derechos fundamentales o derechos de la persona (llamados libertades públicas en la tradición jurídica francesa y derechos civiles en la tradición jurídica sajona), son considerados como derechos fundamentales básicos, constitucionales o simplemente derechos humanos», para concluir que «...debemos hablar de procesos constitucionales, con más propiedad que de garantías constitucionales». *Cfr.* García Belaunde, Domingo: «Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993», en *La Constitución de 1993 (análisis y comentarios)*, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, pp. 253-256.

(4) Blume Fortini, Ernesto: «Preámbulo de la Constitución de Perú». En la obra colectiva *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica* (Directores: Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada). Serie Cuadernos y Debates N° 113, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 352-355.

Amparo, que inauguró, le atribuyó la cobertura de los demás derechos constitucionales. En lo tocante a los procesos cauteladores de la supremacía normativa de la Ley Fundamental creó la Acción de Inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley que la contravengan en la forma o en el fondo, así como el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano encargado de conocerla y resolverla; y mantuvo la Acción Popular contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que hubieren infringido la Constitución o la ley, a cargo del Poder Judicial.

A partir de 1980, año de entrada en vigencia de la Carta de 1979, se plantea la necesidad de complementar el esquema de procesos constitucionales diseñado en la misma, a través de las normas que regularan sus respectivos procedimientos. Así, en 1982 se publica la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que es complementada en 1992 por la Ley N° 25398; en 1982 la Ley N° 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, que sufriera algunas modificaciones tiempo después y posteriormente se derogara; y en 1988 la Ley N° 24968, Ley Procesal de Acción Popular.

Quebrantado el orden constitucional en 1992, desactivado el ex Tribunal de Garantías Constitucionales e impuesta una nueva Constitución, la de 1993, hoy vigente, ésta reproduce los procesos constitucionales de su predecesora, con los siguientes cambios y adiciones a destacar: crea el Hábeas Data contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere su artículo 2°, inciso 5) y 6), acceso a la información y reserva de la información, en los términos consagrados en los mismos, respectivamente, trayendo tales derechos de la protección del Amparo; crea la Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo; y crea el Tribunal Constitucional, al que le encarga conocer de la Acción de Inconstitucionalidad en instancia única, y de las resoluciones denegatorias dictadas en los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento como última instancia y del proceso del Conflicto de Competencia y Atribuciones o proceso competencial en instancia única, que crea como nuevo proceso.

En 1994 se aprueba, en tanto se dicte la ley específica, con el carácter de transitoria, la Ley del Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, Ley N° 26301; y en 1995 la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Durante los años siguientes se dictan otras disposiciones modificatorias de diversos aspectos de las normas anteriores, tales como la Ley N° 26545, el Decreto Legislativo N° 824, la Ley N° 27053, la Ley N° 27235 y la Ley N° 27959.

A inicios del año 2004, a más de dos décadas de emprendida la tarea de implementación normativa de los procesos constitucionales regulados por la Cons-

titución de 1979 y a más de una década de las adiciones y cambios introducidos en la Carta de 1993, en las cuales, entre otros aspectos, hechos políticos y práctica jurisprudencial ofrecían un marco con peculiaridades y facetas no previstas originalmente, el panorama presentaba una legislación dispersa y en algunos casos inconexa, sumada a una praxis que en mucho había desbordado la previsión normativa del legislador y desnaturalizado el sentido esencial de las llamadas «garantías constitucionales» y a una realidad que exigía una revisión de lo avanzado, que recogiera la experiencia vivida y el aporte de la doctrina nacional y extranjera, entre otros ingredientes a tomar.

Esta situación ya venía siendo detectada y, en tal dirección, en la idea de hacer un replanteo total de las garantías o procesos constitucionales, que se reflejase en un nuevo texto normativo⁽⁵⁾, en enero de 1994 el procesalista Juan Monroy Gálvez le comunicó al constitucionalista Domingo García Belaunde su inquietud, coincidiendo ambos en reunir, a un grupo pequeño de personas que pudieran aportar algo desde sus respectivas perspectivas, para cuyo efecto convocaron a los juristas Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli y Arsenio Oré Guardia; grupo que en forma ponderable trabajó desde aquella época hasta los últimos meses de 2003, con intervalos, habiendo terminado un primer Anteproyecto en julio de 1996, una segunda versión en enero de 1997, una tercera versión en mayo de 2001, una cuarta versión en agosto de 2002 y una quinta versión, que fue la última, en octubre de 2003. Es en base a esta última que se elabora el Proyecto del actual Código Procesal Constitucional, que concluye con su aprobación a través de la precitada Ley N° 28237.

Según los promotores y miembros de la oficiosa y autoconvocada comisión de juristas que trabajó el Anteproyecto en mención, desde un primer momento tuvieron claras las ideas matrices que impulsaban su accionar, las mismas que transcribimos a continuación para que el lector tenga conocimiento directo de ellas, conociendo su propio dicho. Así sostienen:

«Desde un primer momento tuvimos claras las siguientes ideas matrices:

- Elaborar un texto único –un código–, que recoja todas las llamadas acciones de garantía previstas por la Constitución vigente, como consecuencia de lo cual ellas ya no formarían parte de cuerpos normativos generales tales como la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(5) Vid. AA.VV. *Código Procesal Constitucional Anteproyecto y Legislación Vigente*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 10.

- Partir de lo dispuesto por la Constitución vigente de 1993, por encima de las dudas existentes sobre su legitimidad, ya que el futuro de ellas sería decidido por las fuerzas políticas en un Congreso elegido democráticamente. En todo caso, se señalaría nuestra postura en torno a eventuales modificaciones.
- Establecer los principios generales y los principios procesales que inspiren a todas las denominadas «acciones de garantía».
- Precisar, especificar y desarrollar la peculiaridad constitucional de estas «acciones de garantía».
- Modernizar la nomenclatura clásica, adoptando la denominación de «procesos constitucionales» y dejando de lado el de «acciones» o «procesos de garantía», haciendo la aclaración pertinente en el mismo texto para evitar malentendidos»⁽⁶⁾.

Nótese que desde la gestación del Código Procesal Constitucional estuvo clara la idea de consolidar en un solo texto normativo la legislación procesal constitucional vigente, partiendo de lo dispuesto en la Carta de 1993 y de la utilización de una nomenclatura moderna, que consagrara los principios generales de los procesos constitucionales, los principios procesales de los mismos y regulara a cada uno de ellos; debiendo precisar que los reformadores dejaron aclarado que el hecho de haberse basado en la Constitución de 1993 «no significa que no sea necesario efectuar algunos cambios constitucionales»⁽⁷⁾, como por ejemplo el «...que el proceso de Amparo también debería tutelar los derechos que ahora son protegidos por el Hábeas Data (acceso a la informa pública y libertad informática) y que debería eliminarse la Acción de Cumplimiento, pues para ello existe el proceso contencioso administrativo»⁽⁸⁾.

Desde nuestro punto de vista, el Código Procesal Constitucional constituye el más significativo avance normativo en la regulación de los procesos constitucionales en el Perú, que nos coloca en una posición de vanguardia en la producción legislativa sobre tal materia, en el contexto de la construcción de un auténtico Estado Constitucional, caracterizado por la soberanía de la propia Norma Suprema en cuanto expresión del poder constituyente; contexto en el cual debe garantizarse la eficacia constitucional, especialmente la vigencia de los derechos y la primacía normativa de la Constitución.

⁽⁶⁾ *Ibíd.*, pp. 11 y 12.

⁽⁷⁾ *Loc. cit.*

⁽⁸⁾ *Loc. cit.*

Concluimos esta parte enfatizando que, desde esta óptica, la importancia del Código Procesal Constitucional es máxima, toda vez que, sin lugar a dudas, se yergue como una herramienta de operatividad constitucional, en un país en el que la violación de la normativa constitucional ha sido y sigue siendo una práctica usual, traducida especialmente en la violación de los derechos constitucionales, en la trasgresión normativa de la primacía de la Constitución y en el incumplimiento por acción o por omisión de las competencias asignadas por el legislador constituyente a los órganos constitucionales. Es decir, respecto a esto último, del cuadro de asignación competencial consagrado en la Norma Suprema.

III. LA LÓGICA DE SU DESARROLLO TEMÁTICO Y SU ESQUEMA

Se desprende de la lectura del articulado completo del nuevo Código adjetivo constitucional que comentamos, que el legislador ha seguido la lógica de reunir en un sólo texto normativo las regulaciones atinentes a los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, de Cumplimiento, de Acción Popular, de Inconstitucionalidad y Competencial, así como a la ejecución de las resoluciones de organismos internacionales competentes dictadas en materia de derechos humanos, a los cuales se haya sometido el Perú. No ha comprendido otros instrumentos procesales constitucionales, como, verbigracia, pueden ser los denominados procedimientos de acusación constitucional recogidas por la Constitución en sus artículos 99° y 100°: el juicio político y el antejuicio político. Se trata, por consiguiente, de una lógica inclusiva y constreñida a los procesos constitucionales previstos en el artículo 200° y 202°, inciso 3), de la Constitución. Únicamente a ellos.

A partir de la premisa indicada en el párrafo anterior, se dividen los procesos constitucionales en dos grupos:

- Los que cautelan el valor persona humana, traducido en la garantía de vigencia de sus derechos constitucionales, que corresponden también extensibles a la persona jurídica en cuanto sea aplicable.
- Los que cautelan el valor primacía normativa constitucional, traducido en la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa (procesos de control de normas) o contra la regla de distribución competencial que ella consagra.

Dentro de los primeros se ubican el proceso de Hábeas Corpus, el proceso de Amparo, el proceso de Hábeas Data y el proceso de Cumplimiento. Dentro de los segundos se ubican el proceso de Acción Popular, el proceso de Inconstitucionalidad y el proceso Competencial.

Tal división, se traduce en un tratamiento diferenciado y en dicho orden, que va precedido de un inédito Título Preliminar, en el cual se consagran disposicio-

nes aplicables a todos los procesos constitucionales que comprende, que consideramos de máxima importancia y al cual nos referimos más adelante; para, a continuación, normar el primer paquete de procesos (los cauteladores del valor persona humana), comprendiendo las disposiciones generales aplicables a todos los comprendidos en el mismo y, a continuación, los derechos que cada proceso protege, así como sus normas procedimentales propias.

Concluida la normación del primer paquete de procesos, se ingresa al segundo grupo de procesos (los cauteladores del valor primacía normativa constitucional), tratando, en primer orden, las disposiciones generales a los procesos de Acción Popular y de Inconstitucionalidad y, en segundo lugar, las normas procedimentales de cada uno, dejándose como un proceso aparte el Competencial, que es tratado en su aspecto material y en su aspecto netamente procedimental.

Concluido el referido tratamiento diferenciado, se encuentran las normas sobre la jurisdicción internacional y las generales aplicables a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional.

De la lógica temática expuesta, se desprende, el esquema del nuevo Código Procesal Constitucional, que consignamos a continuación:

- Un Título Preliminar, que contiene las normas generales aplicables a los seis procesos que regula, comprendiendo sus alcances propiamente dichos, los fines de los procesos constitucionales, los principios procesales que los rigen, los órganos competentes, la interpretación de los derechos constitucionales, el control difuso y la interpretación constitucional, el precedente, el Juez y el derecho aplicable, la aplicación supletoria y la integración (artículos I al IX).
- Las Disposiciones Generales de los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento, que versan sobre la finalidad de tales procesos, su procedencia, la procedencia frente a actos basados en normas, la procedencia respecto de resoluciones judiciales, las causales de improcedencia, la cosa juzgada, la representación procesal del Estado, la responsabilidad del agresor, la ausencia de etapa probatoria, las excepciones y defensas previas, la integración de decisiones, el turno, la tramitación preferente, las notificaciones, las medidas cautelares, la extinción de la medida cautelar, la sentencia, el recurso de agravio constitucional, el recurso de queja, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la incorporación de medios probatorios sobre hechos nuevos al proceso, la actuación de sentencias, la procedencia durante los regímenes de excepción y el agotamiento de la jurisdicción nacional (artículos 1° al 24°).
- El proceso de Hábeas Corpus, que comprende los derechos protegidos y el procedimiento propiamente dicho. Éste, a su vez, la legitimación, la deman-

- da, la competencia, el trámite en caso de detención arbitraria, el trámite en casos distintos, el trámite en caso de desaparición forzada, las normas especiales de procedimiento, el contenido de la sentencia fundada, la apelación y el trámite de la apelación (artículos 25° al 36).
- El proceso de Amparo, que abarca los derechos protegidos, los derechos no protegidos y el procedimiento. Sobre este último, la legitimación, la representación procesal, la procuración oficiosa, la demanda, la acumulación subjetiva de oficio, el plazo de interposición de la demanda, el agotamiento de las vías previas, las excepciones al agotamiento de las vías previas, la improcedencia liminar, la inadmisibilidad, la improcedencia de la reconvención, la improcedencia del abandono, la procedencia del desistimiento, la acumulación de procesos y la resolución inimpugnable, el Juez competente y el plazo de resolución en la Corte Suprema, los impedimentos, el trámite, la intervención litisconsorcial, el contenido de la sentencia fundada los costos y las costas, la apelación, el trámite de la apelación, la ejecución de sentencia y el procedimiento para represión de actos homogéneos (artículos 37° al 60°).
 - El proceso de Hábeas Data, parte en la cual se regulan los derechos protegidos, el requisito especial de la demanda, la ejecución anticipada, la acumulación y las normas aplicables (artículos 61° al 65°).
 - El proceso de Cumplimiento, que comprende el objeto, la legitimación y la representación, la legitimación pasiva, el requisito especial de la demanda, las causales de improcedencia, el desistimiento de la pretensión, el contenido de la sentencia fundada, la ejecución de sentencia y las normas aplicables (artículos 66° al 74°).
 - Las Disposiciones Generales de los procesos de Acción Popular y la Inconstitucionalidad, que tratan sobre su finalidad, la procedencia de la demanda de Acción Popular, la procedencia de la demanda de Inconstitucionalidad, la inconstitucionalidad de normas conexas, los principios de interpretación, las relaciones institucionales con ocasión de los procesos de control de normas, los efectos de la sentencia fundada, la cosa juzgada y los efectos de la irretroactividad (artículos 75° al 83°).
 - El proceso de Acción Popular, en cuya regulación se contempla la legitimación, la competencia, la demanda, el plazo, la inadmisibilidad y la improcedencia, el emplazamiento y la publicación de la demanda, el requerimiento de antecedentes, la contestación de la demanda, la vista de la causa, la apelación y su trámite, la medida cautelar, la consulta, la sentencia y los costos (artículos 84° al 97°).
 - El proceso de Inconstitucionalidad, que abarca la competencia y la legitimación, la representación procesal legal, el plazo prescriptorio, la demanda, los

anexos de la demanda, la inadmisibilidad de la demanda, la improcedencia liminar de la demanda, la improcedencia de medidas cautelares, los efectos de la admisión e impulso de oficio, la tramitación y el plazo para dictar la sentencia (artículos 98° al 108°).

- El proceso Competencial, en el que se norma sobre la legitimación y la representación, la pretensión, la medida cautelar, la admisibilidad, la improcedencia y los efectos de la sentencia (artículos 109° al 113°).
- La Jurisdicción Internacional, que regla sobre los organismos internacionales competentes, la ejecución de resoluciones y la obligación de proporcionar documentos y antecedentes (artículos 114° al 116°).
- Las Disposiciones Generales aplicables a los procedimientos ante el Tribunal Constitucional. En esta parte se norma sobre la acumulación de procesos, la numeración de las sentencias, la solicitud de la información y el carácter inimpugnable de sus sentencias (artículos 117° al 121°).

A este esquema temático se deben agregar las Disposiciones Finales, que comprenden las denominaciones empleadas, la vigencia de normas, los jueces especializados, la publicación de sentencias, la exoneración de tasas judiciales, la enseñanza de los derechos y de los procesos constitucionales y la Gaceta Constitucional (primera a séptima); y las Disposiciones Transitorias y Derogatorias, que detallan las normas derogadas y precisan el plazo en el que entrará en vigencia el Código Procesal Constitucional (primera y segunda).

IV. SUS PRINCIPALES INNOVACIONES

Como se ha podido apreciar de su contenido temático, al cual hemos hecho referencia líneas arriba, el nuevo Código regulatorio de los procesos constitucionales es de amplia cobertura y recoge la normativa anterior, la perfecciona y trae numerosas innovaciones, de cuyo detalle pormenorizado y evaluado a la luz de la doctrina, la jurisprudencia y la práctica podremos dar cuenta en otra oportunidad, por lo que ahora sólo nos referiremos a las que, según nuestra opinión, consideramos más importantes.

Lo primero es que se trata de un Código. Vale decir, de un cuerpo normativo orgánico, sistemático, armónico y coherente, que consolida la dispersa normativa anterior, ofreciendo un tratamiento uniforme y racionalizado a los procesos constitucionales que se encuentran dentro de sus alcances.

Lo segundo es que responde a una lógica adecuada, siguiendo, a partir de la fijación de las normas que le son comunes contenidas en su Título Preliminar, el esquema constitucional de separar los procesos en razón del valor que protegen y, dentro de cada grupo de procesos, desarrollar las disposiciones generales a los

que lo integran y cada proceso en particular en sus aspectos materiales y procedimentales propiamente dichos, sin dejar de lado la regulación de la ejecución de las resoluciones que en materia de derechos humanos hayan dictado tribunales internacionales a cuya jurisdicción se encuentre sometido el Perú.

Lo tercero es que, desterrando los impropios rótulos de «acciones de garantía» o «garantías constitucionales», así como «acción de...», asume la denominación de «procesos constitucionales», que es la más adecuada de acuerdo a la doctrina procesal más avanzada, que puede definirse como aquel conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas, que instrumentaliza a través de órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, la solución de un conflicto de naturaleza constitucional, surgido sea por la amenaza o violación de los derechos constitucionales, sea por el ejercicio indebido de la facultad normativa del Estado o sea por la afectación en forma activa o pasiva de las competencias o atribuciones asignadas a los órganos de rango constitucional.

En cuarto orden, y refiriéndose concretamente al contenido normativo del Título Preliminar, nos parece que constituyen valiosas innovaciones las siguientes:

- Se han fijado como fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II).
- Se han establecido los principios procesales de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales como propios de los procesos constitucionales (artículo III).
- Se ha impuesto la figura de una suerte de bloque para la interpretación de los derechos constitucionales, que obliga a realizarla de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (artículo V).
- Se ha precisado que el control difuso de constitucionalidad operará siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, armonizándolo con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de la normativa infraconstitucional que detenta el Tribunal Constitucional (Artículo VI).
- Se ha establecido que la sentencia del Tribunal Constitucional constituye *precedente vinculante* cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (Artículo VII).

En quinto lugar, en cuanto al primer grupo, conformado por los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento, refiriéndonos a sus

Disposiciones Generales debemos destacar las siguientes innovaciones normativas, dejando constancia que solo nos referimos a ellas, por lo que debe entenderse que en lo no mencionado se mantienen en su esencia las disposiciones contenidas en la normativa anterior:

- Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor o si ésta deviene en irreparable, el Juez atendiendo al agravio producido, podrá declarar fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda y que, si procediere de modo contrario, se le aplicarán las medidas coercitivas previstas para la actuación de sentencias, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda (artículo 1º, segundo párrafo).
- La invocación de la amenaza de violación de un derecho constitucional debe referirse a una amenaza cierta y de inminente realización (artículo 2º).
- El Amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, siendo improcedente cuando el agraviado deja consentir la resolución que considera que lo afecta (artículo 4º, primer párrafo).
- El Hábeas Corpus procede respecto de resolución judicial firme cuando aquella vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva (artículo 4º, segundo párrafo).
- Se entiende por debido proceso 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 igual 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.

Entre las nuevas y remozadas causales de improcedencia de los procesos constitucionales en mención cabe destacar las siguientes:

- Cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5º, inciso 1).
- Cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus (artículo 5º, inciso 2).

- Cuando no se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por el mismo Código Procesal Constitucional y en el proceso de Hábeas Corpus (artículo 5°, inciso 4).
- Cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia (artículo 5°, inciso 6).
- Cuando se cuestionen las resoluciones definitivas 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 al interesado (artículo 5°, inciso 7).
- Cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva (artículo 5°, inciso 8, primer párrafo).
- Cuando se cuestionen las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 5°, inciso 8, segundo párrafo).
- Cuando se trate de conflictos entre entidades de Derecho Público interno, debiendo aclararse que los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes (artículo 5°, inciso a).
- Cuando ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de Hábeas Corpus (artículo 5°, inciso 10).
- En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo (artículo 6°).
- Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera (artículo 8°, primer párrafo).
- En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria, por lo que sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación; sin perjuicio de la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere necesarias, sin afectar la duración del proceso, para las que no se requiere notificación previa (artículo 9°).

- Las medidas cautelares en los procesos de Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo (artículo 15°, primer párrafo).
- Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal y regional será conocida, en primera instancia, por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente y, en segunda instancia, por la Corte Suprema, siendo recurrible la resolución de primera instancia con efecto suspensivo (artículo 15°, tercer y cuarto párrafos).
- La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido autoridad de cosa juzgada (artículo 16°, primer párrafo).
- Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva, cuyos efectos permanecen hasta la plena satisfacción del derecho del demandante o hasta que el Juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución (artículo 16°, segundo párrafo).
- Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar e, inclusive, el sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad (artículo 16°, tercer párrafo).
- Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que fue notificada la resolución (artículo 18°).
- Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el Juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación, debiendo el Juez en tal supuesto poner el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado (artículo 21°).
- Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad (artículo 22°, primer párrafo).
- La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata, estando habilitado el Juez, para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud

del agravio constitucional, a hacer uso de multas fijas o acumulativas e, incluso, a disponer la destitución del responsable; medidas coercitivas que deben ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución (artículo 22º, segundo párrafo).

- Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción, constituyendo obligación del órgano jurisdiccional que conoce de ellas examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo (artículo 23º).

Con relación específicamente al proceso de Hábeas Corpus, dejando constancia de la misma atingencia precisada al referirnos a las Disposiciones Generales de los procesos cauteladores del valor persona, en el sentido que sólo nos limitamos a mencionar las innovaciones o reformulaciones que nos parecen importantes y no a referir las normas que en esencia se mantienen iguales que nos parecen accesorios, debemos mencionar los siguientes:

- En cuanto a los derechos protegidos, también procede el Hábeas Corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere la integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones; el derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia; el derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas a que se refiere el artículo 99 de la Constitución; el derecho a no ser objeto de una desaparición forzada; y el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena (artículo 25º, incisos 1, 8, 15, 16 y 17, respectivamente); debiendo enfatizarse la norma que consagra que también procede el Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio (artículo 25º, último párrafo).
- En cuanto a las innovaciones y reformulaciones en el procedimiento correspondiente al proceso de Hábeas Corpus, cabe destacar los que seguidamente referimos:
 - La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación, no requiriéndose firma de letrado, tasa o alguna otra formalidad; estando habilitada inclusive para interponerla la Defensoría del Pueblo (artículo 26º).
 - La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u

otro medio idóneo; empero cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos (artículo 27°).

- La demanda de Hábeas Corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos (artículo 28°).
- Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación a la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato, para lo cual podrá constituirse en el lugar de los hechos y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia del acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial (artículo 30°).
- Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración a la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión y resolverá de plano, en el término de un día natural, bajo responsabilidad; pudiendo notificar la resolución al agraviado, así se encontrare privado de su libertad, o indistintamente a la persona que interpuso la demanda, así como a su abogado, si lo hubiere (artículo 31°).
- Cuando se trate de la desaparición forzada de una persona, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen, dando aviso de la demanda de Hábeas Corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes; debiendo precisarse que si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el Juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas, si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado (artículo 32°).
- La resolución que declara fundada la demanda de Hábeas Corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas: la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si considerase necesario, ordenará cambiar las

condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse (artículo 34º, incisos 1, 2, 3 y 4).

En lo relacionado específicamente con el proceso de Amparo y a los derechos que protege, reiterando la misma atingencia anterior, destacamos que se establece que también procede en defensa del derecho de igualdad y de no ser discriminado en ninguna forma, por razón de origen, sexo, orientación sexual, raza, religión, opinión, condición económica, idioma, o de cualquier otra índole; del derecho al honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes; del derecho de tutela procesal efectiva; del derecho a la educación, así como del derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos; del derecho de impartir educación dentro de los principios constitucionales; del derecho a la seguridad social; del derecho a la remuneración y a la pensión; del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; y del derecho a la salud; y que no procede el Amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo (artículo 37º, incisos 1, 8, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, y artículo 38º, respectivamente).

En lo que hace a las innovaciones respecto del procedimiento en el Proceso de Amparo nos parece importante destacar como innovaciones los siguientes:

- Puede interponer demanda de Amparo cualquier persona, cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro, cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos (artículo 40º, tercer párrafo).
- La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de Amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales (artículo 40º, último párrafo).
- Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando ésta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga; debiendo el afectado, una vez que se encuentre en posibilidad de hacerlo, ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso (artículo 41º).

- Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el Juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar (artículo 43°).
- El plazo para interponer la demanda de Amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado en aquella fecha hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda; caso contrario, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento (artículo 44°, primer párrafo).
- Tratándose del proceso de Amparo iniciado contra una resolución judicial, el plazo para interponer la demanda será de treinta días hábiles desde la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido (artículo 44°, segundo párrafo).
- En cuanto a las reglas del cómputo del plazo, debe tenerse presente que el plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad; que si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento; que si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución; que la amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo, ya que este corre desde que se produce la afectación; que si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras aquella subsista; y que el plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda (artículo 44°, tercer párrafo, incisos 1, 2, 3, 4, 5 y 6, respectivamente).
- Si el Juez al calificar la demanda de Amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión, incluyendo esta potestad su rechazo liminar si estima que está incurso en causal de improcedencia (artículo 47°).
- El Juez también al calificar la demanda podrá declarar su improcedencia si se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro medio fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes (artículo 47°).
- Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumula-

- ción de los procesos de Amparo; caso en el cual la resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable (artículo 50°).
- En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para sentencia (artículo 53°, primer párrafo).
 - Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que estime indispensables, sin notificación previa a las partes; inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá en cinco días de concluida ésta (artículo 53°, segundo párrafo).
 - Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el Código Procesal Civil serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal; no incluyendo dicha sanción la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto (artículo 53°, cuarto párrafo).
 - Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo; caso en el cual si el Juez o la Corte admiten su incorporación ordenará se le notifique la demanda e ingresará al proceso en el estado en que éste se encuentre, siendo inimpugnable la resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial (artículo 54°).
 - Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada; empero, si el Amparo fuere desestimado, el Juez podrá condenar al demandante al pago de las costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad (artículo 56°).
 - En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos (artículo 56°, segundo párrafo).
 - La sentencia puede ser apelada dentro del quinto día siguiente a su notificación, mediante recurso fundamentando el error incurrido y describiendo el agravio causado (artículo 57°).

- No es necesario en el trámite ante el superior jerárquico dictamen del representante del Ministerio Público (artículo 58°).
- La sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo en su contra, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos los dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario (artículo 59°, primero y segundo párrafos).
- Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público, el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria de carácter normativo que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia, en cuyo caso para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente (artículo 59°, cuarto párrafo).
- Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez, quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas respectivas (artículo 59°, quinto párrafo).

En lo que toca al proceso de Hábeas Data, se han desarrollado con mayor detalle los derechos que protege y se han introducido algunos cambios procedimentales. En efecto, entre otros, se establece que:

- El Hábeas Data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución, por lo que toda persona puede acudir a dicho proceso para acceder a 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 sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material; y para conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados, en for-

ma 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, así como a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales (artículo 61°).

- Para la procedencia del Hábeas Data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos que protege y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2° inciso 6 de la Constitución. Sin embargo, excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, el que deberá ser acreditado por el demandante (artículo 62°).
- Tratándose de la protección de datos personales podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones (artículo 64°).

En cuanto hace al proceso de Cumplimiento, consideramos como destacables las siguientes innovaciones o reformulaciones, según el caso:

- Cualquier persona podrá iniciar el proceso de Cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos (artículo 67°, primer párrafo).
- Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser promovido por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido (artículo 67°, primer párrafo).
- Tratándose de la defensa de derechos difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. La Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de Cumplimiento (artículo 67°).
- La demanda de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo (artículo 68°, primer párrafo).
- Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se

interpuso la demanda. En todo caso, el Juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido (artículo 68°, segundo párrafo).

- Para la procedencia del proceso de Cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo y 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. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir (artículo 69°).
- No procede el proceso de Cumplimiento contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones; contra el Congreso de la República para exigir la aprobación de una ley; para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus; cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo; cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o un funcionario; en los supuestos en los que proceda interponer el proceso Competencial; cuando no se cumplió con el requisito especial de requerir previamente el cumplimiento del deber legal o administrativo, en el caso que corresponde; y si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial (artículo 70°, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, respectivamente).
- El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular (artículo 71°).

En sexto lugar, nos corresponde decir que en las Disposiciones Generales de los procesos de Acción Popular y de Inconstitucionalidad:

- Los procesos de Acción Popular y de Inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución, frente a infracciones contra su jerarquía normativa; infracción que puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial y tanto por la forma como por el fondo (artículo 75, primer párrafo).
- Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, que norma las leyes orgánicas, se puede demandar la inconstitucionalidad, total o parcial, de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada como orgánica, si dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal (artículo 75°, segundo párrafo).

De las innovaciones introducidas al tratamiento del proceso de Acción Popular, destacamos los que siguen:

- El plazo para interponer la demanda de Acción Popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma (artículo 87°).
- Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán las costas y costos que el Juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuere desestimada por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de las costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad, aplicándose supletoriamente el Código Procesal Civil (artículo 97).

De las innovaciones introducidas al tratamiento del proceso de Inconstitucionalidad, nos parece importante a destacar las siguientes:

- La demanda de Inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses, por lo que vencidos los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 (prevalencia de la Constitución) y por el segundo párrafo del artículo 138 (control difuso de constitucionalidad) de la Corte Suprema (artículo 100°).
- Admitida la demanda y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes (artículo 106°).

En sétimo término, resulta pertinente hacer referencia a la Jurisdicción Internacional, respecto de la cual destacamos lo siguiente:

- Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú (artículo 114°).
- Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano, no requieren para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno, bastando que sean comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez las remite al Tribunal en donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales (artículo 115°).
- La Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional deberán remitir a los organismos internacionales antes citados, la legisla-

ción, las resoluciones y demás documentos actuados en el proceso o los procesos que originaron la petición, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional fuere necesario para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (artículo 116°).

En octavo y último lugar, debemos enfatizar algunas Disposiciones Generales aplicables a los Procedimientos ante el Tribunal Constitucional y Disposiciones Finales, que son las siguientes:

- El Tribunal Constitucional puede, en cualquier momento, disponer la acumulación de procesos cuando éstos sean conexos (artículo 117°).
- En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales; tarea que compete promover y supervisar al Ministerio de Educación, a la Asamblea Nacional de Rectores y a los Ministerios de Defensa y del Interior quedando encargado el Ministerio de Justicia de la labor de publicación, difusión y auspicio de la Constitución y textos básicos conexos, así como de editar, periódicamente, una versión fidedigna de todas las Constituciones Históricas del Perú y de la vigente Constitución, con adición de editar y patrocinar estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación constitucional (Sexta Disposición Final).
- La «Gaceta Constitucional» es el órgano oficial del Tribunal Constitucional, será editada periódicamente, sin perjuicio de otras compilaciones oficiales, y en ella el Tribunal Constitucional dará cuenta de sus actividades, publicará los documentos relacionados con su marcha institucional, así como las resoluciones finales de los procesos constitucionales de su competencia; publicación que se hace con independencia a la que efectúe el diario oficial «El Peruano» (Sétima Disposición Final).

V. CONDICIONES PARA SU ADECUADA IMPLEMENTACIÓN Y DEBIDO FUNCIONAMIENTO

A la luz del recorrido efectuado en estas notas preliminares, que, hacemos hincapié una vez más, tan solo pretenden introducir al lector en la exploración del nuevo Código Procesal Constitucional, consideramos que su adecuada implementación y su debido funcionamiento dependen no sólo de sus bondades normativas, sino de otros factores que tienen que ver con su aplicación y con la actuación de sus operadores, a partir de una premisa que, a nuestro juicio es básica: el conocimiento de dicho instrumento normativo, que permita valorarlo en toda su dimensión, en aras de una real toma de conciencia sobre sus alcances, importancia y utilidad.

En tal sentido, constituye una condición de carácter urgente la difusión colectiva de la norma procesal que nos ocupa, especialmente de su enorme signifi-

cación de fondo, que, desde nuestra perspectiva, no es otra que la de ser un instrumento de eficacia constitucional en dos aspectos que hacen al núcleo del Estado Constitucional, como son la vigencia plena, efectiva y real de los derechos constitucionales y el imperio de la primacía normativa de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión del poder constituyente, en un país que no se ha caracterizado precisamente por ello.

Esta condición implica una gran y patriótica tarea, por parte de todos los elementos representativos conformantes de la sociedad peruana, en la cual el Estado debe jugar un rol importante para promover, apoyar y facilitar las acciones que sean necesarias llevar a cabo, con el auxilio de quienes puedan contribuir en ese empeño.

Otro elemento condicionante, ya en un ámbito de mayor concreción, es el relacionado a su difusión en los predios especializados en la materia, que permita a los operadores de la norma, y a quienes algo tengan que ver con la problemática de su aplicación concreta, presente o futura, un conocimiento sólido de su contenido, que asegure su uso adecuado y cierre el camino de recurrir a los procesos constitucionales en forma innecesaria o cuando no corresponda, como ha sido frecuente en las dos últimas décadas, en las que fuimos testigos de lo que se llamó «el fenómeno de la amparización», caracterizado por un uso abusivo del proceso de Amparo, el cual llegó a utilizarse con fines subalternos e, inclusive, convirtió a la justicia constitucional en un instrumento político usado por autoridades gubernamentales con fines coyunturales.

A lo dicho se suma el rol protagónico que corresponde al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, como órganos competentes para conocer los procesos constitucionales, según la normativa regulatoria del procedimiento establecido para cada uno de ellos, desarrollando una conducta paradigmática, aleccionadora y docente al administrar la justicia constitucional.

En este marco, el papel del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, guardián de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la constitucionalidad, y ahora con facultad rediseñada en lo que toca a la figura del precedente y al eventual efecto normativo de algunos extremos de sus sentencias, resulta vital y exige redoblar los esfuerzos hasta hoy realizados, sobre todo en los últimos tres años que han sido numerosos, valiosos y de reconocimiento general, pero que hoy, en los inicios del siglo XXI, y contando con el novel Código Procesal Constitucional, imponen nuevos retos.

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO: ¿RESPUESTA ADECUADA FRENTE A LAS ACTUALES TENDENCIAS, DESAFÍOS Y RETOS A LOS CUALES DEBE ENFRENTAR LA TUTELA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL?

ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (*)

*A Domingo García Belaunde, maestro,
amigo y ejemplo para todos los que
trabajan por el fortalecimiento del
Estado Constitucional.*

SUMARIO: **I.** Anotaciones preliminares. **II.** Una panorámica sobre algunas tendencias dentro de la jurisdicción constitucional en la actualidad. **III.** Algunos desafíos al mejor desarrollo de las tareas hoy propias de la jurisdicción constitucional. Nuestra opinión al respecto. **IV.** ¿Es el nuevo Código Procesal Constitucional peruano un buen reflejo de las tendencias y una eficaz respuesta a los desafíos hoy existentes sobre el particular? **V.** Balance preliminar: la configuración de una normativa cualitativamente mejor, los riesgos del nuevo diseño y aquellas previsiones que trascienden el ámbito del diseño normativo.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en Pre y Post Grado de diversas universidades peruanas y extranjeras. Profesor Principal y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Integrante de la Junta Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional así como de las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Responsable del capítulo de Derecho Procesal Constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

I. ANOTACIONES PRELIMINARES

Para nadie es un secreto el rol central que hoy tienen las diferentes experiencias de lo que tentativamente denominamos jurisdicción constitucional⁽¹⁾, dentro de lo que unos llaman Estado Social y Democrático de Derecho y que nosotros preferimos calificar como Estado Constitucional, concepto que en rigor abarca los aspectos más relevantes de aquel otro al cual acabamos de hacer mención. Sin embargo, importante es también anotar que el estudio académico y sistemático de los tópicos asumidos como propios de las tareas de interpretación y tutela de la Constitución es, en términos cronológicos, relativamente reciente, y se ha dado en un contexto dentro del cual se han producido múltiples cambios.

Con abstracción de la realidad concreta de algún país en particular, no será difícil coincidir en que el mismo sentido y alcances dado a estas tareas ha sufri-

(1) Conocida es la polémica hasta hoy existente sobre cuál es el nombre que debe otorgársele a tareas como las que aquí estamos analizando. Aun cuando es justo reconocer que Hans Kelsen utilizaba indistintamente los conceptos de «justicia constitucional» y «jurisdicción constitucional», y podemos encontrar muy autorizadas voces que defienden el uso de la expresión «justicia constitucional» (el destacado maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, desde su *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*. México: UNAM, 1968, hasta hoy, es un notable ejemplo al respecto), nos encontramos entre quienes creen más propio hablar de «jurisdicción constitucional».

«Jurisdicción constitucional» se nos presenta no solamente como una expresión jurídicamente más técnica y precisa que «justicia constitucional», sino también parecer ser hoy más acorde con los rasgos que actualmente caracterizan a las labores a las cuales venimos haciendo referencia. Una completa exposición sobre los alcances de esta discrepancia, así como de las razones a favor de los términos «jurisdicción constitucional», los encontramos en García Belaunde, Domingo: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. En: Quiroga León, Aníbal (Compilador). *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 27 y ss. (especialmente p. 29 a 31).

Ahora bien, necesario es admitir la pertinencia del reparo de carácter procesal que algunos hacen a una «jurisdicción constitucional». Y es que si en rigor la jurisdicción es una, y lo que varían son sus ámbitos de ejercicio (o, dicho de otra manera, sus competencias). Hablar en ese contexto de una «jurisdicción constitucional» resultaría por lo menos discutible.

Muy a despecho de reconocer consistencia y coherencia en dicha argumentación, nosotros, analizando la naturaleza de lo que se hace en las situaciones a las cuales nos referimos en este trabajo, creemos que estas tareas se encuentran cada vez más emparentadas con pautas y lógicas de carácter jurisdiccional, con el impartir justicia desde la perspectiva propia de un Juez. Tal vez en rigor debiera hablarse de «competencia jurisdiccional vinculada con temas constitucionales», pero indudablemente la comprensión socialmente más aceptada y difundida para entender este quehacer es la de «jurisdicción constitucional», lo cual le otorga una relevancia que pareciera inconveniente soslayar.

do importantes modificaciones y sometido a múltiples cuestionamientos. Tal vez en directa relación con lo que acabamos de señalar pueda entenderse también como en esta materia existen desde antes, o aparecen hoy, ciertos desafíos y retos que permiten poner en tela de juicio lo avanzado y hasta desbaratarlo. La pregunta que aquí puede formularse es si el novísimo Código Procesal Constitucional, norma en cuya labor Domingo García Belaunde tuvo una destacadísima participación⁽²⁾, se ubica dentro de las modernas tendencias que en líneas generales caracterizan hoy el desenvolvimiento de los diferentes modelos de control de constitucionalidad existentes en el Derecho Comparado, pero, sobre todo, si hace eficazmente frente a los desafíos y retos actualmente existentes al respecto. Con todas las dificultades que tiene y trae recurrir a definiciones de un carácter más bien general, procederemos de inmediato a iniciar la difícil tarea en la cual se nos ha comprometido.

II. UNA PANORÁMICA SOBRE ALGUNAS TENDENCIAS DENTRO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA ACTUALIDAD

Como ocurre con cualquier actividad humana destinada a dar pautas para orientar y dirigir la conducta de todos nosotros, y fundamentalmente la de quienes cuentan con cuotas de poder con las cuales pueden afectar el normal desarrollo del proyecto de vida del resto de la humanidad, estamos ante tareas cuyas características básicas se encuentran sometidas a un incesante cambio. Ante ello, el investigador únicamente puede, si quiere dar una visión más bien de conjunto, detectar y describir rasgos que a modo de tendencias aprecia que en líneas generales van progresivamente consolidándose. Siendo tantas las situaciones para analizar y los parámetros para efectuar dicho análisis, aquí únicamente nos limitaremos a anotar algunas de las que se nos presentan como las más notorias.

El orden asumido para desarrollarlas no indica preferencia de algún tipo, ni necesariamente establece una consideración de mayor relevancia de unas sobre otras. Es más, y como se apreciará de inmediato, las características resaltadas abordan muy diversos aspectos, poniendo algunas de ellas énfasis en la naturaleza y atribuciones del intérprete, e incidiendo otras más bien en materias como las de los espacios de aplicación, los mecanismos de actuación con que se cuenta o el acceso a esos mecanismos, por solamente mencionar algunos ejemplos.

(2) Como es de conocimiento general, el Código Procesal Constitucional aprobado por el Congreso de la República, promulgado por el Presidente Alejandro Toledo, y publicado en el Diario Oficial «El Peruano», tuvo como base la labor efectuada por un grupo de destacados juristas, entre los cuales se encontraba Domingo García Belaunde.

A) **Primera Tendencia: *Una clara derrota del control sin fisonomía jurisdiccional. La influencia de asumir el carácter normativo de la Constitución como sustento de este fenómeno***

No se necesita realizar un detallado análisis del panorama actualmente existente en los diferentes países del orbe para percibir como hay un abanico de posibilidades de control de constitucionalidad que sistemáticamente han sido dejadas de lado. Así por ejemplo, en buena parte de los países de Europa Oriental, y sobre todo luego de la caída de la Unión Soviética, se ha abandonado un modelo de control al cual habitualmente se le denominaba político para pasar en la gran mayoría de los casos a tener Tribunales Constitucionales dentro de las pautas más bien clásicas del modelo concentrado, europeo o austríaco. Ello es lo que, por ejemplo, ha ocurrido en países como Albania, Bosnia-Herzegovina, Bielorrusia, Bulgaria, República Checa, Croacia, Hungría, Eslovaquia, Estonia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía, por tan sólo citar algunos ejemplos⁽³⁾.

Por otro lado, también la emblemática experiencia francesa nos demuestra un radical cambio de perspectiva en esta materia. Imbuidos de un espíritu en el cual la soberanía del Parlamento era prácticamente planteada como un dogma de fe, en Francia aparentemente no se dieron las condiciones consideradas en otros países como indispensables para la instauración de un Tribunal Constitucional. Ello explica como aún ante la caída del mito de la infabilidad parlamentaria, y a despecho del gran descrédito del parlamentarismo predominante en la Cuarta República⁽⁴⁾, únicamente se admitió la creación de un Consejo Constitucional.

(3) Un análisis más bien detallado de este fenómeno y sus implicancias lo encontramos también en: Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos: «Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en la Europa Central y Oriental». En: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 20/21. Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, Universitat de Valencia, Verano y Otoño 1997, p. 215 y ss. También convendría revisar: Mezzetti, Luca. *Le Democrazie Incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, América Latina, Asia*. Turín: G. Giappichelli Editor, 2000, por tan sólo hacer mención a algunos de los tantos interesantes trabajos sobre el tema al que hemos venido haciendo referencia.

(4) Recordemos que luego de la Constitución de 1875 (aun cuando son muchos quienes afirman que fácticamente no existió una Constitución de 1875) se promulga la Constitución de 1946, la cual no introdujo, para efectos de lo que aquí venimos desarrollando, cambios importantes frente a su predecesora, pues ambas eran de corte claramente parlamentario y con un sistema proporcional para la elección de los integrantes del Parlamento. La gran diferencia entre ambas constituciones estriba en el trato que le dan a la Segunda Cámara, pues finalmente en el texto de 1946, su labor básicamente se reduce a un plano más bien consultivo (a pesar de mantener cierto poder en la elección del Presidente de la República). El Gobierno, al igual a lo

Sin embargo, y por razones que aquí solamente nos limitaremos a reseñar, esa instancia de control de constitucionalidad es hoy prácticamente un Tribunal Constitucional con atribuciones de control preventivo⁽⁵⁾.

Importante elemento para apreciar la consolidación de la tendencia aquí consignada es finalmente el efectuar un puntual acercamiento a lo sucedido en nuestro subcontinente. Y es que varios países latinoamericanos (y entre ellos, específicamente el caso peruano a partir de la Constitución de 1979) han ido incorporando a sus diversos ordenamientos jurídicos elementos del modelo concentrado de control, llegando incluso a instituir diversos Tribunales Constitucionales, pasando entonces así a constituir escenarios similares al propuesto por Hans Kelsen en la primera mitad del siglo veinte, o por lo menos, poniendo en vigencia distintas fórmulas mixtas. Eso es lo acontecido, por ejemplo, en Colombia a partir del texto constitucional de 1991, únicamente por mencionar uno de los casos más notorios y notables⁽⁶⁾.

Indudablemente hay un fenómeno que explica este significativo cambio de enfoque: el del hoy prácticamente indiscutido reconocimiento del carácter nor-

que sucedía en la Tercera República, podía disolver la Asamblea Nacional, sin requerir para ello de la opinión de la Segunda Cámara.

Ahora bien, y volviendo a nuestro tema, ni lo aplicado desde 1875 ni lo prescrito en 1946 resuelve el problema de inestabilidad política que genera la adopción de este modelo parlamentarista con sistema electoral proporcional. Ello explica cómo pronto la Cuarta República sería considerada por muchos como un fracaso, máxime si el momento histórico en el cual tuvo que desenvolverse era muy complejo: la posguerra y sus consecuencias en la economía francesa, así como los acontecimientos ocurridos en Argelia. Estos últimos acontecimientos fueron justamente los hechos que al fin y al cabo marcaron su caída. Un interesante análisis y recuento de lo señalado hasta aquí lo encontramos, por ejemplo, en Duverger, Maurice: *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 294 y ss.

(5) En esa línea va por ejemplo lo prescrito en la Ley Orgánica N° 74-1101, del 26 de diciembre de 1974, norma que permitiría recurrir una ley ante el denominado Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, a pedido de sesenta diputados o sesenta senadores. Recomendamos entonces ver sobre el particular, entre otros, a Fernández Segado, Francisco «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes: su evolución». En: Quiroga León, Aníbal (compilador). *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, pp. 101-146; Pardo Falcón, Javier. *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

(6) Con respecto al caso colombiano puede revisarse, por citar algunos casos: Sáchica, Luis Carlos: *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992; Cifuentes Muñoz, Eduardo: *La jurisdicción constitucional en Colombia*. En: García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, S.L., 1997, págs. 473-497.

mativo de toda Constitución, consagrándose así a nivel mundial lo que la Suprema Corte Norteamericana ya habría asumido como cierto desde 1803 de acuerdo con su celeberrimo pronunciamiento en el caso *Marbury versus Madison*. La Constitución es pues la *higher law*, la ley suprema. Es ante todo una norma jurídica, o mejor dicho, un conjunto de normas íntimamente relacionadas entre sí.

Ahora bien, oportuno es anotar como aquí estamos ante una norma con una naturaleza, objetivos y alcances muy especiales, pues, además de ser expresión del poder constituyente y contar con disposiciones de eficacia diversa⁽⁷⁾, constituye parámetro de validez formal y parámetro de validez material de todo el ordenamiento jurídico de un Estado determinado⁽⁸⁾. Es además pauta para la limitación, organización y encuadramiento bajo consideraciones jurídicas del ejercicio del poder político en una sociedad específica, e incluso recoge la justificación última de estas limitaciones y encuadramientos, la cual es a saber la tutela y preservación de la plena vigencia de los diversos derechos fundamentales. Por ello, su interpretación se efectúa dentro de perspectivas, criterios y métodos cuyo contenido o cuya aplicación están llenos de particularidades⁽⁹⁾.

(7) Como es de conocimiento general, las diferentes constituciones tienen disposiciones con una eficacia directa, pero también cuenta con preceptos con eficacia indirecta o diferida, normas de tipo programático e incluso artículos de carácter orientador. Las implicancias que para nosotros tiene este tema es una materia desarrollada en el libro *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima, Ara Editores, 2003.

(8) Como bien todos sabemos, la Constitución no es una norma jurídica como cualquier otra, sino que goza de ciertas características que la invisten de una consideración especial. Dichos rasgos pasan desde su origen hasta el rol que le corresponde en el mundo del Derecho. Ahora bien, es justamente a este carácter al que nos referimos cuando hablamos de su función como parámetro de validez formal y parámetro de validez material. Se le considerará parámetro a nivel formal pues es justamente en el texto constitucional donde se establece cómo nace o se generan las diferentes prescripciones del ordenamiento jurídico de un país. Por otro lado, se le reputa parámetro a nivel material, pues la norma constitucional es sin duda la pauta para evaluar si algo puede ser considerado conforme a Derecho en un Estado determinado.

(9) Así, por ejemplo, en el escenario europeo podemos encontrar perspectivas como la hermenéutica, la tópica o la del uso alternativo del Derecho.

Desde una perspectiva hermenéutica la interpretación (jurídica en general y constitucional en particular) perseguiría revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subyacente al legislador al momento de elaborarla, a través del análisis del propio texto y sus antecedentes. De esta manera, habría interpretación constitucional en la simple ejecución de una voluntad previamente existente sin atender el problema a resolver, es decir, al caso en concreto. Léase sobre el particular, entre otros: García Belaunde, Domingo: «La interpretación constitucional como problema». Ponencia presentada al Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, organizado por la Universidad Externado de Colombia (Santa Fe de Bogotá, 4-7 de mayo de 1993), págs.

Sin embargo, esas especificidades jamás ponen en cuestión lo ya anotado: el carácter normativo de la Constitución, y con ello, tampoco ponen en entredicho las importantes repercusiones que eso acarrea, algunas de las cuales están muy directamente vinculadas con el tema que aquí venimos analizando.

59-82. Por el contrario, una interesante crítica a esta posición y a las dificultades que puede generar su aplicación la encontramos en Hesse, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 37 y ss.

Y es que, desde el punto de vista de los tópicos, el Derecho y la Constitución sólo adquieren su verdadero sentido cuando resuelven un requerimiento específico. Por ello, parten del caso a resolver, al cual se le aplicaría la norma, y a partir de éste se procede a interpretar la misma, partiendo entonces no de una interpretación abstracta sino, y sobre todo, su adecuación al caso concreto. La interpretación constitucional deberá entonces, tal como lo entiende uno de los mentores de la postura tópica, Konrad Hesse, concebirse como una «concretización», con todo lo que involucra dicho proceso. Recomendamos ver al respecto Hesse, Konrad, cit.

Antes y después de los planteamientos de Hesse aparecieron perspectivas críticas a una visión más bien hermenéutica de este tema. Entrar en un detallado análisis al respecto rebasa ampliamente los alcances del presente trabajo, aunque es justo mencionar la existencia de posturas como la del institucionalismo (en sus diversas manifestaciones) o el uso alternativo del Derecho. Yendo a lo sustentado por los defensores de esta última perspectiva diremos que aquellos que ven en el «uso alternativo del Derecho» como la más adecuada pauta de interpretación, proponen el llamado «uso indirecto» de la norma, atendiendo así a los fines políticos del intérprete y dejando de lado los objetivos del autor de la norma. Un interesante análisis de esta posición la encontramos en: Sagüés, Néstor Pedro: «La interpretación de la Constitución (Poder Judicial versus Poder Constituyente)», En: AA VV. *Lecturas sobre Temas Constitucionales 7*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pág. 107 y ss.

Pasando entonces a analizar lo que viene ocurriendo en el escenario norteamericano, allí también podemos encontrar diversas perspectivas en torno a como debe entenderse el sentido y alcances de la interpretación constitucional. En los Estados Unidos de Norte América las dos grandes corrientes existentes al respecto son, como es de conocimiento general, las del «interpretativismo» (denominación dentro de la cual, con eventuales matices, podríamos colocar a *strict constructionists*, textualistas y originalistas) y las de los *board constructionists* o «no interpretativistas».

Lo que caracterizaría en líneas generales a los «interpretativistas» es que la interpretación constitucional se circunscribiría a desarrollar la voluntad del constituyente histórico, «principios neutrales» –por utilizar terminología de Wechsler– que deben aplicarse y no modificarse, ni siquiera con la intención de mejorarlos, salvo que el constituyente haya habilitado tal posibilidad. Por otro lado, los «no interpretativistas» parten de la idea de que cada generación tiene el derecho de vivir y entender a su modo la Constitución, sin sentirse constreñidos a la comprensión hecha en su momento por el constituyente histórico sobre el particular.

Este punto de partida tendrá como consecuencia el que los tribunales tengan la facultad y el deber de comprender el texto constitucional en función de los requerimientos del presente, e incluso bajo parámetros no previstos o imaginados por el constituyente histórico. La Constitución sería más bien un documento cuya comprensión es cambiante y dinámica, casi como la de

Explicitemos entonces el sentido de nuestra última aseveración: y es que si asumimos a la Constitución como una norma jurídica, como un texto elaborado conforme a Derecho y que a su vez es fuente generadora de diversas situaciones y relaciones jurídicas, ninguna institución parece encontrarse mejor calificada para resolver los posibles problemas que genere su interpretación y la plena puesta en vigencia de sus preceptos que una con atribuciones de tipo jurisdiccional. Por ello, actualmente se reconoce que en esta sociedad con pluralidad de intérpretes constitucionales ⁽¹⁰⁾ en la cual hoy nos encontramos compete dejarle la última y más vinculante opinión a organismos como un Tribunal Constitucional o algún juzgador dentro de la judicatura ordinaria.

Lo expuesto sin duda no implica regatear los alcances de los siempre relevantes roles de un Jefe de Estado, un Jefe de Gobierno (el cual, dependiendo en que Sistema de Gobierno nos encontremos, puede ser la misma persona o una distinta que el Jefe de Estado) o el mismo Congreso pueden lograr desempeñar. Lo aquí detallado solo se limita a anotar lo que por consideraciones de estricta competencia le corresponde a un Juez ordinario o un Juez constitucional en todo Estado Social y Democrático de Derecho que se precie de serlo, salvo mejor parecer.

B) Segunda Tendencia: La derrota del «legislador negativo» y la consolidación del Juez ordinario o constitucional, como mediador jurídico (o bajo parámetros jurídicos) de primer orden

Por otro lado, si coincidimos con la más calificada doctrina procesal en que la finalidad de todo proceso no se agota con la resolución del conflicto o la incerti-

un ser vivo. De allí que se hable en el pensamiento no interpretativista de una «living constitution». Sin duda alguna existe múltiple bibliografía sobre el tratamiento de este tema en los Estados Unidos. Ahora bien, una buena panorámica acerca de lo aquí abordado la encontramos en Sagüés, Néstor Pedro. *Ibid.* pág. 122 y ss.; o en Alonso García, Enrique: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, entre otros.

Ahora bien, e independientemente de qué posición se hubiera asumido como propia, la interpretación constitucional siempre recurrirá a criterios y métodos que le permitan canalizar su labor. Los criterios a considerar como propios de una interpretación en materia constitucional son a saber los siguientes: presunción de constitucionalidad, unidad y coherencia práctica, razonabilidad, previsión de consecuencias, preferencia por los derechos humanos, entre otros. En el caso de los métodos, antes que recurrirse al uso de métodos distintos, lo que se potencia, dentro de lo previsto al respecto como común al interior de la interpretación jurídica, es el uso de ciertos métodos para así facilitar un resultado más acorde con las finalidades que inspiran a la interpretación constitucional y al constitucionalismo en general.

⁽¹⁰⁾ En este sentido, recomendamos revisar, entre otros, Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997 (la versión original del texto tiene como título *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2*, y fue publicada en 1962).

dumbre con relevancia jurídica puesta en conocimiento de algún juzgador, sino que también incluye o supone la obtención de un clima de paz social con justicia⁽¹¹⁾, ello irremediablemente nos lleva a asumir que todo Juez dentro del Estado Constitucional es un verdadero mediador –en su caso, bajo parámetros jurídicos– en la resolución de los conflictos más importantes a nivel político, social o económico en una sociedad determinada.

Esta última afirmación adquiere especial significado si hablamos de un juzgador que además cuenta dentro de sus competencias con la posibilidad de ejercer directamente un control de constitucionalidad. Ello se hace abiertamente notorio en el caso norteamericano, en donde incluso el conflicto político interno más agudo vivido en estos últimos años en dicho país, el de determinar si en función a computar o no ciertos votos a quien finalmente se reconocía como Presidente de la República, fue decidido por la judicatura ordinaria estadounidense.

Pero en esta lógica no solamente encontramos a lo sucedido en los Estados Unidos de América, sino también a los Tribunales Constitucionales europeos, quienes hace muchos años abandonaron los parámetros de legislador negativo al cual los había circunscrito el pensamiento kelseniano. Como bien sabemos, actualmente esos Tribunales Constitucionales incluso emiten sentencias interpretativas, sean éstas exhortativas, aditivas o manipulativas⁽¹²⁾, siendo ahora

(11) Este concepto básico del Derecho Procesal es sostenido, entre otros, por Monroy Gálvez, Juan: *Temas de Derecho Procesal Civil*, Lima: Studium, 1987, pág. 13 y ss.

(12) Sin que con esta referencia se intente agotar la riqueza de esta materia, denominamos sentencias manipulativas a aquellas que buscan conducir la actuación del legislador en un determinado sentido, señalando las pautas que debe considerar para elaborar la nueva ley, pautas que van desde meros consejos hasta fórmulas más coactivas.

Asimismo, tenemos las sentencias aditivas, que consisten en decisiones que contienen una estimación parcial: es decir, no eliminan la norma del ordenamiento, ni mucho menos pretenden darle una interpretación conforme al texto constitucional, sino que incorporan a dichas normas un nuevo elemento, el cual no queda al arbitrio del Juez pues es impuesto por las exigencias de la Ley Básica. Con ello se altera tanto el significado de la norma como el texto literal de la disposición.

En síntesis, las sentencias interpretativas son básicamente decisiones donde se establecen las pautas y criterios que deben considerarse para interpretar una norma, preservando su constitucionalidad, excluyendo, comprendiendo de diferente manera, mediatizando o dejando de lado aquellos elementos que podrían generar una interpretación no conforme al texto constitucional. Un completo tratamiento de lo señalado hasta aquí lo encontramos en textos como los de Fernández Rodríguez, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid: Civitas, 1998, sobre todo pág. 225 y ss; Díaz Revorio, Francisco Javier: *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

más bien el reto el de la necesidad de establecer cuál es el límite para la actuación judicial en un escenario tan interesante y a la vez tan complejo como éste, tema que abordaremos posteriormente.

C) Tercera Tendencia: *El Juez constitucional como promotor de la constitucionalización del Derecho y de la política, y los riesgos y limitaciones de esta actuación jurisdiccional.*

Si bien ya queda claro que son los intérpretes con fisonomía jurisdiccional aquellos considerados ahora como los más calificados para desempeñar las labores de control de constitucionalidad en un Estado Constitucional, y además, se explicita que el margen de acción de estos juzgadores no se limita a aquel propio de un legislador negativo, aquello que se encuentra todavía por determinar son cuáles constituirían los eventuales alcances o límites de este quehacer jurisdiccional. Es más, hoy los juzgadores son tan mediadores y creadores de Derecho que su labor ha permitido la consolidación a nivel mundial de dos muy interesantes fenómenos: el de la denominada «constitucionalización del Derecho» y el de la llamada «constitucionalización de la política», fenómenos que innegablemente apuntalan un esfuerzo por judicializar no solamente la actuación estatal sino incluso también algunos escenarios de relación entre particulares.

Ello en mérito a que actualmente la comprensión de todo ordenamiento jurídico se hace, como siempre debió efectuarse, siguiendo pautas constitucionales; y además, esas pautas constitucionales, o esa comprensión de dichos parámetros, está a cargo de los órganos encargados de impartir justicia, de las magistraturas que son parte de nuestros diversos modelos de jurisdicción constitucional. A esto es lo que en el Derecho Comparado se le denomina «constitucionalización del Derecho».

Ahora bien, son muchas las críticas y los críticos de esta postura, y en algunos casos sobre la base de reparos bastante justificados. Si tuviéramos entonces que señalar cuáles son los dos principales problemas o preocupaciones que ella acarrea, éstos indudablemente serían, de un lado, el del riesgo de cambiar el positivismo del legislador por un positivismo de la judicatura; y por el otro, el de determinar hasta donde podría llegar aquel juzgador cuyo quehacer ya no se limita a aquel adjudicado a un legislador negativo.

Frente a estas preocupaciones, justo es resaltar que, como bien señaló el entonces magistrado del Tribunal Constitucional español, Francisco Tomás y Valiente, en un importante voto particular⁽¹³⁾, la evaluación que efectúa una magis-

(13) Véase el fundamento sexto del voto particular que formula el Magistrado Francisco Tomás y Valiente frente al recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, resuelto me-

tratura constitucional no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad, ya que de responder a esas consideraciones allí sí podríamos hablar de una invasión de un campo o margen de acción propio del legislador.

Por otro lado, justo es reconocer cómo el quehacer político requiere de un margen discrecional bastante amplio, pero sin que ello signifique confundir lo discrecional con lo arbitrario. Es más, como bien ya lo explicaron muchos otros autores⁽¹⁴⁾, incluso el ámbito discrecional debe desarrollarse dentro de ciertos parámetros, como el del respeto de los derechos fundamentales o de las competencias que otras entidades pudiesen tener. Y por eso hoy en día se entiende como en algunos países las llamadas «*political questions*» o «cuestiones políticas no justiciables» ya han desaparecido o se baten en evidente retroceso⁽¹⁵⁾. A este complejo fenómeno es al que se le conoce como «constitucionalización de la política». Los políticos sin duda seguirán haciendo lo suyo, pero dentro de los marcos propios del Estado constitucional, siendo por ello sus actos posibles de revisión ante un Juez, sin importar si dicho juzgador es uno ordinario o uno especializado.

Pasando entonces a abordar otras materias, tema tan difícil y complejo como el que acabamos de anotar es el de, mediante la labor de algunos jueces, intentar preservar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Esto, aun cuando con ciertos reparos y matices, es lo que se ha procurado apuntalar proscribiendo actitudes discriminatorias en lugares de acceso al público (o de uso público), y otras situaciones donde se produce –o por lo menos, se percibe– una clara vulneración de derechos. Ahora bien, en nuestra modesta opinión, el problema hoy en este tema no es tanto el de justificar el reconocimiento de dichos derechos, muy a despecho de la clásica construcción de los derechos fundamentales y su difícil convivencia con un escenario en el cual la autonomía de la voluntad, lejos de ser vista como un derecho pasible de limitaciones razonables, era entendida como un concepto de carácter absoluto e incontrolado. La

dante sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985. En ese mismo sentido, entre otros, se encuentra lo expuesto por autores como Zagrebelsky, Gustavo: *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pág. 325.

(14) Útil es apreciar, por ejemplo, lo señalado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración Pública. Recomendamos ver al respecto García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décima edición, Madrid: Civitas, 2000, pág. 453 y ss.

(15) Una explicación detallada sobre nuestra opinión al respecto la encontramos en el trabajo intitulado «Algunos alcances sobre la posibilidad de revisión judicial de aquellos actos calificados como «políticos» o «de direccionalidad política»». En: Revista Jurídica del Perú. Año XLVIII, N° 14, Enero-Marzo, 1998, pág. 63 y ss.

dificultad a nuestro parecer gira más bien en torno a cómo asegurar la eficacia de esos derechos en estos contextos ⁽¹⁶⁾, tema apasionante sobre el cual sin duda hay mucho que decir.

Aun cuando indudablemente estamos ante materias que podrían y deberían discutirse con mucho mayor detalle, lo importante aquí, a modo de resumen de este apartado del presente trabajo, es constatar como nos encontramos ante un fenómeno de recreación de los diversos ordenamientos jurídicos de los distintos Estados constitucionales de acuerdo con parámetros constitucionalmente establecidos, fenómeno cuyos alcances son sin duda vitales para el desarrollo de las ciencias jurídicas en general, pero también para el actual desenvolvimiento del tema que aquí estamos abordando. Es por ello que aquí le estamos brindando un especial énfasis.

D) Cuarta Tendencia: *La incidencia de los especiales alcances de las labores aquí previstas en la actual configuración de los organismos responsables de ejercer jurisdicción constitucional*

Siendo la Constitución una norma jurídica con un *status* y características muy singulares, la interpretación de esa importante norma no se puede regir bajo cualquier parámetro, sino que tiene también sus pautas específicas. Consecuencia de ello es lógicamente la de una tendencia hacia la especialización de quienes integran órganos con atribuciones jurisdiccionales cuya responsabilidad es la de preservar la supremacía de los preceptos constitucionales.

Si a ello le añadimos la preocupación por apuntalar una mayor seguridad jurídica a la hora de resolver, lo expuesto puede explicar como son cada vez más

⁽¹⁶⁾ Indudablemente sigue y seguirá siendo importante tema de discusión el determinar hasta qué punto es exigible el respeto y la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Un principio y derecho cuya vigencia suscita usualmente estas controversias es el principio de igualdad; sin embargo, libertades como las de expresión o la ideológica y religiosa, generan a su vez muy interesantes discursos sobre el particular. El Tribunal Constitucional español, siguiendo la *Drittwirkung* alemana, ha realizado una interesante labor en este sentido. Ver para mayor abundamiento, y a modo de ejemplo lo señalado por Bilbao Ubillos, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; y sobre todo, pág. 383 y ss. Tratamiento distinto es el dado a este tema es el asumido en el escenario norteamericano, a través del desarrollo de la llamada *State Action*. Una esclarecedora explicación sobre el particular la encontramos entre otros, en el trabajo de Bilbao Ubillos, Juan María: *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid: Mc Graw Hill, 1998.

los Estados que incorporan Tribunales Constitucionales a sus diferentes ordenamientos jurídicos⁽¹⁷⁾, o en su defecto, incorporan a las estructuras de control difuso que ya tenían, elementos del control concentrado⁽¹⁸⁾. Es más, puede apreciarse cómo incluso en los Estados que tradicionalmente optaron por un control difuso se viene promoviendo la creación de juzgados especializados en materia constitucional. Existe pues una preocupación por un mayor rigor, la cual va de la mano de una más intensa y mejor especialización.

Ahora bien, aun cuando en principio creemos que los escenarios de control concentrado o mixto se encontrarían mejor preparados para asumir las complejas labores aquí descritas, justo es también apuntalar hasta tres consideraciones; la primera, que la plena y eficaz vigencia de cualquier modelo de jurisdicción constitucional implica no solamente un mejor diseño normativo, sino además la presencia de una serie de otros aspectos y condiciones, muchos de los cuales evidentemente trascienden a lo jurídico. La segunda, también muy cercana a la línea de pensamiento aquí recientemente reseñada, necesario es anotar entonces como los modelos concentrados y mixtos afrontan también sus propias limitaciones, riesgos y sesgos. Finalmente, lo aquí reseñado no descalifica *per se* al control difuso, ya que inclusive debe apuntarse como hasta hoy existen exitosas experiencias

(17) Ello es lo que ha ocurrido, además de en los Estados de Europa Oriental ya reseñados, en casos como el colombiano a partir de su Constitución de 1991 (ver fundamentalmente el artículo 241 de este texto constitucional); o el boliviano, desde la dación de la Ley 1473, de Declaración de Necesidad de la Reforma de la Constitución, por solamente citar algunos ejemplos.

(18) Así, la Constitución mexicana, en una reforma aún relativamente reciente, le ha reconocido expresamente atribuciones de control concentrado de constitucionalidad a su Corte Suprema, potestad que se reproduce en su Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en base a textos como los que consignamos a continuación:

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos:

«[...] Artículo 105°.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...) II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.»

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación:

«[...] Artículo 10°.- La Suprema Corte de Justicia conocerá funcionando en pleno:

I. De las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad a que se refieren las fracciones I y II del artículo 105° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos».

sobre el particular, constatación que reafirma la relevancia de la primera aseveración que aquí acabamos de formular⁽¹⁹⁾.

E) Quinta Tendencia: *Una creciente ampliación de los espacios de acción, los alcances de la labor realizada, los procesos previstos para canalizar el desarrollo de esa labor, y la legitimación procesal en dichos procesos*

Abandonada ya desde hace algunos años la comprensión de los derechos fundamentales únicamente como derechos públicos subjetivos; surgidos nuevos fenómenos de distribución del poder (como la descentralización), o de concentración del mismo; y presentados múltiples requerimientos de tutela ante hasta entonces no previstas agresiones a aspectos considerados hoy esenciales para asegurar una satisfactoria vida ciudadana, lógico resulta pensar que éstos y otros fenómenos tienen directa incidencia en el desarrollo de las labores reputadas como propias de la jurisdicción constitucional.

Importantes cambios se han producido al respecto, planteándose como parte de lo abordable por la jurisdicción constitucional a materias como las relacionadas con la adjudicación de competencias a diversos organismos u órganos dentro del aparato estatal, o las vinculadas con los efectos del uso de la informática en el cabal ejercicio de los derechos ciudadanos. Éstas, así como otras situaciones, han propiciado la aparición de nuevos canales procesales destinados a asegurarles un trámite que busca ser adecuado y expeditivo a este tipo de requerimientos. Estamos pues ante el contexto en el cual se justifica o se busca justificar la existencia de procesos competenciales (o de solución de conflictos de competencia, como se les denomina en algunos ordenamientos jurídicos) o de procesos como el Hábeas Data.

Todavía podemos hacer mención a otros aspectos más bien novedosos y es que, por señalar algunos de los nuevos aspectos con mayor notoriedad, ya no solamente se reconoce la existencia de nuevos procesos, sino que se tiende a propiciar una mayor legitimación para la interposición de los mismos. La posibilidad de una legitimación procesal en beneficio de intereses plurales, sean éstos difusos o colectivos, es a nivel mundial. Referirse a la puesta en práctica de, por ejemplo, acciones populares de inconstitucionalidad (si cabe el término), ya no es

(19) Un relato de nuestras reflexiones sobre el particular es el consignado en el trabajo «La existencia de un Tribunal Constitucional: ¿Garantía para la eficacia del control de constitucionalidad? Reflexiones a la luz de la experiencia peruana hasta 1992». En Bazán, Víctor (Coordinador): *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996; pág. 315 y ss.

una postura abiertamente resistida sino que resulta progresivamente más acogida por diferentes ordenamientos jurídicos, independientemente de cuán conveniente o inconveniente nos parezca esta opción. Ello únicamente por citar dos de los múltiples ejemplos que podríamos citar al respecto.

Por otro lado, es ya un hecho que los instrumentos de la jurisdicción constitucional son empleados tanto frente a acciones como a omisiones de instancias estatales, e incluso en algunos casos, tal como habíamos adelantado en otro apartado de este texto, de particulares. Cierro esta relación de situaciones que, muy a despecho de su extensión, es meramente enunciativa, señalando como todas éstas son en la actualidad claras manifestaciones del importante fenómeno al cual estamos mencionando, fenómeno cuyas repercusiones jurídicas, sociales o políticas son todavía incalculables.

F) Sexta Tendencia: *Una lógica de aporte y diálogo con las pautas e instancias previstas para la protección internacional de los derechos humanos*

Decir que vivimos en un mundo globalizado es una verdad de Perogrullo. Por ello, negar las importantes repercusiones que tienen algunas manifestaciones de dicha globalización sería caer en insensatez o en mezquindad. Una de esas indudablemente ostensibles manifestaciones es la de algunos casos, surgimiento y en otros, progresiva consolidación (aunque no exenta de tropiezos y algunos retrocesos) de espacios creados para buscar alcanzar una mayor y mejor protección de los derechos a los cuales habitualmente denominamos Derechos Humanos.

La vinculación entre las instancias responsables de labores de jurisdicción constitucional y las instituciones promotoras de lo que comienza a conocerse como jurisdiccional internacional o transnacional va generando productos muy interesantes, pues comienza a, independientemente de ciertos notables y notorios desencuentros, darse un mutuo aporte entre ambos espacios. En varios supuestos, lo previsto o efectuado por la jurisdicción constitucional de algún Estado ha sido el innegable punto de partida de determinados fallos o posturas asumidas a nivel internacional. En otros, las instancias nacionales se han constituido en los mayores y mejores promotores de lo prescrito en los tratados sobre Derechos Humanos, o de lo sostenido y eventualmente resuelto por los diferentes organismos que configuran el llamado Sistema Universal o aquellos que conforman parte de alguno de los sistemas regionales actualmente en funcionamiento. Los alcances que puede llegar a tener esta labor conjunta (o por lo menos, el margen de debate generado cuando se manejan posturas distintas a ambos niveles) son en este momento imposibles de siquiera avizorar.

Nos encontramos pues ante un escenario que en su conjunto nos muestra a la jurisdicción constitucional como algo en continuo y progresivo cambio, y

aparentemente, acercándose cada vez más al cumplimiento de los objetivos que desde un inicio impulsaron su configuración en distintos momentos históricos a nivel mundial. Sin embargo, y como también fácilmente puede percibirse, estamos dentro de un contexto por demás complejo y plagado de contramarchas y sinsabores.

Son entonces múltiples los desafíos y dificultades que enfrentar, y no todos ellos consecuencia de herencias pasadas. Nuestro acercamiento al tema que hemos venido estudiando sería incompleto y poco útil si elude efectuar siquiera puntuales apuntes al respecto. Razones de tiempo y espacio desafortunadamente no nos permitirán entrar en mayores precisiones, las cuales intentaremos realizar en próximos trabajos.

III. ALGUNOS DESAFÍOS AL MEJOR DESARROLLO DE LAS TAREAS HOY PROPIAS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. NUESTRA OPINIÓN AL RESPECTO

Así como los aspectos positivos que podríamos encontrar en el análisis de la actual situación de las labores de jurisdicción constitucional a nivel mundial son tantos como de naturaleza tan distinta, mucho y muy diverso podría seguramente anotarse en el ámbito de los desafíos y retos a los cuales resulta indispensable hacer frente si se quiere ir más allá del ámbito de las buenas intenciones. Sin embargo, en esta ocasión únicamente nos limitaremos a reseñar ciertos aspectos vinculados con materias como la del diseño del modelo aplicable; el indispensable compromiso político y social de respeto a estas labores y a las instituciones encargadas de desempeñarlas; la necesidad de preservar el pleno ejercicio de las competencias asignadas a quienes son parte de las llamadas magistraturas constitucionales; la determinación de los márgenes de acción del intérprete por excelencia en estas situaciones, a quien en líneas generales podemos calificar como el Juez constitucional, y sus siempre difíciles relaciones con el Juez ordinario o con el legislador; y, finalmente, el esfuerzo por asegurar la plena eficacia de los mecanismos procesales previstos para preservar la supremacía de la Constitución, los llamados procesos constitucionales.

Empezando por anotar las repercusiones que pueden generar eventuales problemas de diseño, oportuno es señalar que si no tenemos una Constitución total o parcialmente rígida; o si no establecemos con claridad a través de qué instituciones se va a ejercer las labores de jurisdicción constitucional, y además, cuál sería su rol, composición y atribuciones, difícilmente tendremos un modelo de control eficiente. Por otro lado, situación a no descuidar es la del acceso ciudadano a la satisfacción de sus requerimientos de justicia ante estas calificadas instancias. Finalmente, es indispensable tener previsiones acerca de la exigibilidad y la eficacia de las decisiones que se toman en el escenario del control de constitucionalidad.

En síntesis, el no recoger prescripciones claras en estos y otros puntos solamente nos garantiza el fracaso de cualquier bien intencionada propuesta.

Ahora bien, fiel a una visión del Derecho por la cual éste no se agota en la norma, hemos de anotar que puede contarse con el mejor diseño sobre el particular, pero ello no bastará para asegurar mínimas condiciones de eficiencia y credibilidad a cualquier modelo de jurisdicción constitucional. Se hará indispensable, por ejemplo, apuntalar una serie de consensos (sobre procedimientos, sobre contenidos o sobre ambos) entre, por lo menos, los sectores políticos, económicos o sociales más representativos, consensos que no se circunscriban a las prescripciones de constituciones que muchas veces se quedan más bien en el plano semántico.

Capital relevancia tendrá también, qué duda cabe, la actuación de aquellos a quienes compete realizar las labores de control de constitucionalidad. Si no contamos con magistrados que desempeñen estas funciones respetando y haciendo respetar sus propios fueros, las prescripciones consignadas al respecto serán poco menos que papel mojado en tinta.

Vinculado con el respeto a sus propias competencias se encuentra, sin duda, el tema del margen de atribuciones adjudicables a un Juez constitucional. Sin embargo, la especial naturaleza de sus funciones y la singular relevancia que el ejercicio de las mismas puede tener en la configuración de cualquier Estado Constitucional que se precie de serlo nos obliga a efectuar algunas precisiones adicionales al respecto. La lógica expansiva de las atribuciones asignadas a la jurisdicción constitucional no puede ni debe hacernos perder de vista conceptos centrales en la configuración del constitucionalismo: limitación del poder, traducido en asignación de competencias (exclusivas o concurrentes) a cada quien para así asegurar el fin último de toda la estructura política y social que se busca promover, la plena vigencia de los derechos ciudadanos.

El Juez constitucional no puede ni debe hacerlo todo, pues sino solamente aquello que se le ha otorgado para enfrentar al déspota o al dictador probablemente terminaría convirtiéndose en un nuevo déspota o dictador. Además, su propio carácter de juzgador le da ciertos rasgos particulares dentro de los cuales debe ejercer su función, rasgos indudablemente alejados de pautas de comportamiento y formas de evaluación propias de, por ejemplo, el Congreso. Deberá controlar y ayudar a encuadrar dentro de parámetros constitucionales las labores de, por ejemplo, el Juez ordinario o del legislador, mas aquello no le permitirá –en clave de un desproporcionado hiperactivismo que a poco o nada bueno conduce– hacer suyas las competencias propias del juzgador ordinario o del legislador. En síntesis, un juzgador que considera que su accionar no tiene límites, y que además, puede sustentar su actuación en parámetros de calidad u oportunidad, es, tan igual que quien abdica de asumir tan significativas responsabilidades, la negación de lo que

se busca obtener de un Juez constitucional y una rémora para la consolidación del Estado Constitucional al cual dice proteger y representar.

La pregunta ahora indudablemente será la de apreciar cuántas de estas reflexiones han sido tomadas en cuenta en el novísimo Código Procesal Constitucional peruano, tarea que emprenderemos a continuación.

IV. ¿ES EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO UN BUEN REFLEJO DE LAS TENDENCIAS Y UNA EFICAZ RESPUESTA A LOS DESAFÍOS HOY EXISTENTES SOBRE EL PARTICULAR?

Mediante su publicación en la edición del Diario Oficial «El Peruano» del 31 de mayo de 2004, se ha dado a conocer la Ley 28237, denominada habitualmente Código Procesal Constitucional. Esta ley, la cual entrará en vigencia en diciembre del presente año, no se limita a sistematizar la hasta hoy diversa y dispersa normativa vinculada a los diferentes procesos constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico peruano, sino que intentará hacer frente a buena parte de los desafíos a los cuales, como hemos tratado de reseñar anteriormente, deben abordar no solamente quienes están involucrados con labores de interpretación y tutela de la supremacía constitucional en el Perú, sino también aquellos que asumen tareas similares a nivel mundial.

a) La preocupación por establecer un perfil del Juez constitucional deseado

Es por ello que en el diseño propuesto por el Código Procesal Constitucional peruano encontramos una preocupación por explicitar cuál es el perfil del Juez constitucional con el que se quiere contar. Ello explica cómo, básicamente en su Título Preliminar (mas no solamente allí ⁽²⁰⁾), la norma en comento recoge una serie de principios procesales y pautas de interpretación. No se incluyen todos los existentes, pero los recogidos dan una clara idea sobre el tipo de juzgador al cual se intenta tener a cargo de estas responsabilidades, apuntalándose así un Juez director e impulsor del proceso, que no escatime esfuerzos para facilitar el correcto trámite y la pronta solución conforme a Derecho de la controversia que se le ha pedido resolver, solución que, entre otros aspectos, deberá aquilatar las eventuales diferencias existentes entre las partes para que éstas no incidan en el desarrollo de la litis.

(20) Así por ejemplo, la referencia a las pautas de interpretación habitualmente denominada «bloque de constitucionalidad» se encuentra en el artículo 79 de la norma en comento. Múltiples son, por otro lado, las aplicaciones de los diversos principios procesales consignados en el Título Preliminar de la Ley 28237 en los diferentes títulos y capítulos del nuevo Código Procesal Constitucional peruano.

Lo expuesto en este mismo texto, así como en la Ley 28237, permite entonces entender también qué hay detrás de la mención a principios procesales como el de la dirección e impulso del proceso; gratuidad en la actuación del demandante; intermediación; socialización; o *iura novit curia*. Facilita también la comprensión del significado que tiene el consignar pautas como la de interpretación conforme a la Constitución; interpretación de acuerdo con los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú; e inclusive (por lo menos desde la perspectiva de algunos) bloque de constitucionalidad, pautas a las cuales debemos añadir aquellas detalladas prescripciones sobre cómo enfrentar situaciones en las que exista vacío o defecto en la ley actualmente sometida a nuestro análisis.

b) El interés por acotar los márgenes de acción del juzgador y la eficacia de los procesos constitucionales

Ahora bien, el establecimiento de estas pautas también va unido a la fijación de una serie de responsabilidades de ineludible cumplimiento, a las cuales bien vale la pena hacer mención. La primera de ellas es la de la obligación asignada al Tribunal Constitucional de establecer cuándo en sus sentencias estamos ante un precedente vinculante, debiendo el Alto Tribunal precisar el extremo de su efecto normativo⁽²¹⁾. Tarea de innegable relevancia, mas no la única destinada a evitar que el necesario protagonismo del Juez constitucional se distorsione y devenga en un desaforado y preocupante activismo, o simplemente en el pretexto para incurrir en el abuso.

Esta última preocupación, conjuntamente con un necesario respeto a un marco constitucional del cual no puede ni debe sustraerse, resulta útil para explicar la particular prudencia con la cual el Código Procesal Constitucional regula los parámetros de procedencia o improcedencia de las demandas de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y proceso de Cumplimiento, yendo en algunos casos a consagrar escenarios bastante menos audaces de lo ya previsto a nivel jurisprudencial: admite por ejemplo la procedencia de demandas de Amparo contra resoluciones que, si hacemos una lectura literal del texto constitucional, no podrían ser revisadas judicialmente, aclarando eso si que estos Amparos únicamente podrían interponerse si lo que está en juego es el respeto de la tutela procesal efectiva, o por lo menos, de alguno de los aspectos que la configuran⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ En este sentido el artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional Peruano.

⁽²²⁾ Una lectura literal del artículo 142 de la Constitución peruana de 1993 no pareciera permitir la revisión judicial de ciertos pronunciamientos del Consejo Nacional de la Magistratura (entidad administrativa encargada, entre otras tareas, del nombramiento, destitución y ratifi-

Por otro lado, y provocando con ello la sorpresa de muchos, es renuente a reconocer la posibilidad de Amparo contra leyes o Amparo contra Amparo, y parece buscar circunscribir la interposición de Hábeas Corpus y Amparos contra resoluciones judiciales a los caos de aquellos pronunciamientos que ya sean firmes y que, obviamente, no hubiesen sido consentidos⁽²³⁾. Se preocupa en establecer que mediante los procesos constitucionales de la libertad sólo podrán tutelarse los aspectos constitucionalmente protegidos de los derechos fundamentales⁽²⁴⁾ y además, se conmina al juzgador a admitir solamente aquellos casos en los cuales ya se hubiera recurrido a una vía ordinaria de protección igualmente satisfactoria, clara opción por abandonar un Amparo alternativo y pasar a un Amparo residual⁽²⁵⁾.

Indudablemente varias de estas medidas son sumamente polémicas, y solamente pueden entenderse como respuestas a problemas que no son únicamente

cación de jueces y fiscales en el Perú) y del Jurado Nacional de Elecciones (institución que progresivamente se ha ido convirtiendo en una suerte de Corte Suprema en materia electoral)

Sin embargo, y siguiendo una línea jurisprudencial ya iniciada por fallos del Tribunal Constitucional peruano (los casos «González Ríos» y «Espino Espino», respectivamente), el Código Procesal Constitucional admite cuestionar las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales si no fueron motivadas o dictadas con previa audiencia del interesado (artículo 5 inciso siete de la Ley 28237), así como los pronunciamientos del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, si éstos no respetan la Tutela Procesal Efectiva (concepto que a su vez incluye al Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva), opción consignada en el octavo inciso del ya mencionado artículo 5 del Código Procesal Constitucional peruano.

(23) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano había admitido Amparos contra leyes de carácter autoaplicativo (caso Pun Amat). También declaró fundados una serie de Hábeas Corpus y Amparos contra resoluciones judiciales (caso Luis Bedoya de Vivanco) sin importar si éstas eran firmes o daban fin al proceso. Excepcionalmente incluso acogió y concedió Amparos contra Amparos (caso Sindicato Pesquero). Estas situaciones, en mayor o menor medida, generaban y generan tensiones con el legislador (básicamente en el supuesto de Amparo contra leyes), y muy especialmente con la judicatura ordinaria (los otros supuestos reseñados en el párrafo anterior).

Una lectura literal de la Ley 28237 solamente permitiría el Amparo en casos de aplicación de alguna ley (guardando silencio sobre si cabe interponerse contra la ley en abstracto, aunque sea ésta una de carácter autoaplicativo), reduce el margen de acción de los Hábeas Corpus y los Amparos al cuestionamiento de resoluciones judiciales firmes y no consentidas (el rasgo de no consentidas se encuentra expresamente anotado en el Amparo y claramente puede inferirse en los Hábeas Corpus), y parecería descartar la procedencia de Amparo contra Amparo.

(24) En este sentido, y buscando así evitar una excesiva interposición de Amparos, se encuentra el primer inciso del artículo 5 de la ley.

(25) En este sentido el segundo inciso del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

peruanos sobre el particular: el de cómo asegurar la real eficacia de los mecanismos específicamente previstos para preservar la supremacía de la Constitución (los procesos constitucionales), y además, el de cómo evitar aquello que, en la perspectiva del legislador es, al parecer, visto como un hiperactivismo del Juez constitucional. Puede o no compartirse esta lógica (hemos de confesar que nosotros, en la línea de lo ya avanzado en los esfuerzos jurisdiccionales ya emprendidos, y en una óptica de mayor progresividad en la tutela de los derechos, consideramos deben ser mantenidos, dejando al Código Procesal Constitucional en estos aspectos como una norma de mínimos invocable en aquellos supuestos en los que la jurisprudencia ha venido protegiendo menos⁽²⁶⁾), pero no puede negarse que es un esfuerzo serio y bien fundamentado frente a desafíos como los recientemente esbozados.

La preocupación por asegurar ese difícil equilibrio entre los márgenes de acción del Juez constitucional y la preservación de una real eficacia de los procesos constitucionales tiene también otras múltiples manifestaciones. Razones de tiempo y espacio impiden aquí abordar todas ellas, por lo cual nos limitaremos a enunciar aquellas que se presentan como las más notorias.

La primera de ellas es la de una innegable y nota mejora del escenario cautelar puesto a disposición del Juez constitucional peruano, tanto a nivel de los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad como en los de la denominada jurisdicción constitucional orgánica. El rescate del principio *in audita pars* y la apelación de medidas cautelares sin efectos suspensivos para buena parte del Amparo, Hábeas Data y proceso de Cumplimiento son un buen ejemplo de ello⁽²⁷⁾. El reconocimiento de eventuales medidas cautelares en los procesos de Acción Popular y el mantenimiento de prescripciones con un sentido similar en los procesos competenciales, otro⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Una detallada explicación de mi postura al respecto es justamente el tema del libro intitulado *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y derechos del administrado*. Lima, Palestra, 2004.

⁽²⁷⁾ De acuerdo con lo prescrito en el artículo 15 de la Ley 28237, las medidas cautelares en los procesos de Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación será sin efecto suspensivo. Las distorsiones introducidas a la medida cautelar del Amparo, y supletoriamente a las que puedan deducirse en procesos de Cumplimiento o Hábeas Data (traslado de solicitud de la medida cautelar a la contraparte y apelaciones con efecto suspensivo) lamentablemente se mantienen y hasta se agravan en los casos en los cuales la solicitud cautelar busque dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

⁽²⁸⁾ En esta línea, el artículo 94 de la Ley recoge la posibilidad de solicitar una medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado en un proceso de Acción Popu-

Tanta o más importancia que lo recientemente acotado tiene lo previsto para especificar los efectos de las sentencias en los diferentes procesos constitucionales, y, sobre todo, el establecimiento de mecanismos para asegurar una completa ejecución de dichas sentencias en sus propios términos, principalmente en los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento, en los cuales, e independientemente de las responsabilidades penales que ello pudiese generar, el incumplimiento de lo resuelto por el Juez en estos casos puede propiciar la interposición de multas y hasta justificar la destitución del funcionario renuente a acatar estos fallos ⁽²⁹⁾.

V. BALANCE PRELIMINAR: LA CONFIGURACIÓN DE UNA NORMATIVA CUALITATIVAMENTE MEJOR, LOS RIEGOS DEL NUEVO DISEÑO Y AQUELLAS PREVISIONES QUE TRASCIENDEN EL ÁMBITO DEL DISEÑO NORMATIVO

Lo expuesto, unido a ciertos aspectos a los que hemos hecho referencia en otros trabajos ⁽³⁰⁾, nos lleva a pensar que, independientemente de algunas diferencias de perspectiva e inevitables discrepancias puntuales, el novísimo Código Procesal Constitucional peruano implica una significativa mejora en el tratamiento dado en el Perú a los temas abordados en esa norma, mejoras que encuadran perfectamente dentro de las tendencias que actualmente caracterizan el quehacer vinculado con la tutela de la supremacía constitucional a nivel mundial. Y, junto a ello, el mérito adicional de, se coincida o no con las opciones asumidas, la preocupación por dar respuesta a buena parte de los más relevantes desafíos hoy existentes sobre el particular.

Sin embargo, justo es reconocer dos cosas, las cuales no son responsabilidad de quienes elaboraron y aprobaron el Código Procesal Constitucional que hemos venido comentando, pero que pueden tener enorme incidencia en la determinación de su posterior viabilidad y vigencia. El nuevo Código peruano establece una

lar. El tema es también claramente planteado en el artículo 111, permitiendo la solicitud de medidas cautelares en procesos competenciales.

⁽²⁹⁾ Este es el tenor del artículo 22 del Código Procesal Constitucional. Cabe anotar que la propuesta original, no acogida finalmente en este punto por los congresistas, planteaba incluso la inclusión como sanción más drástica al incumplimiento al *Contempt of Court* (desacato a la Corte), el cual en los países del *Common Law* permite la detención hasta por seis meses de la persona que incumple un mandato judicial. Esta propuesta no fue acogida en el Congreso de la República.

⁽³⁰⁾ Nos referimos aquí especialmente al libro intitulado *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y derechos del administrado*, op. cit.

serie de retos, y demanda desde ahora la toma de una serie de decisiones concretas que desafortunadamente no veo se estén poniendo en práctica⁽³¹⁾.

Por otro lado, fieles a una percepción del Derecho en la cual éste no se agota en la norma, sino que también involucra una dimensión fáctica y una axiológica, indispensable es anotar que, aun cuando se cuente con un diseño normativo inmejorable, si no existe un compromiso entre los más relevantes sistemas políticos, económicos y sociales peruanos de cumplir y hacer cumplir lo previsto en la ley 28237, de poco o nada servirá lo establecido en el Código.

Esa misma sensación de pobre o nula eficacia de lo previsto se dará si los jueces constitucionales no comprenden los alcances de su tremenda responsabilidad y no hacen respetar sus propios fueros.

En síntesis, las mejoras en el diseño normativo siempre serán bienvenidas, pero si no se enfrentan los retos que ellas generan, y además, no se materializa un clima de respeto a lo resuelto en los diferentes procesos o no se configura una judicatura constitucional comprometida con las delicadas funciones que se confían, lo avanzado se mediatizará muy pronto, corriéndose el riesgo de retroceder en lugar de seguir progresando, salvo mejor parecer.

(31) El mismo Código habla de la necesidad de que existan jueces especializados en lo constitucional. Salvo un programa de capacitación implantado por la Academia de la Magistratura, no se ha tomado decisión adicional alguna al respecto.

Por otro lado, el eventual paso del Amparo alternativo al Amparo residual debiera implicar un fortalecimiento del carácter tuitivo de las vías ordinarias a las cuales deberá en un primer momento acudir el justiciable para intentar tutelar sus derechos.

Si tomamos en cuenta que el grueso de procesos de Amparo hoy en trámite versan sobre materias laborales y previsionales, relacionadas con trabajadores de alguna repartición estatal, fácilmente puede entenderse que los requerimientos más fuertes de aquí a diciembre debieran ser el mejorar la normativa que regula a los procesos contencioso administrativos y a los procesos laborales; capacitar a quienes vayan a ser los juzgadores en estos temas, y nombrar a los magistrados que asumirán las labores del juzgamiento de estos casos. Salvo por un módulo sobre Contencioso Administrativo dentro de la capacitación a candidatos a jueces constitucionales dado por la Academia de la Magistratura, muy poco es lo que parece haberse hecho al respecto.

RODOLFO JOSÉ ESPINOZA ZEVALLOS

LOS PRINCIPIOS PROCESALES ESPECÍFICOS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO (ART. III DEL T.P.)

RODOLFO JOSÉ ESPINOZA ZEVALLOS (*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Principios procesales específicos. 1) El principio de dirección judicial del proceso. 2) El principio de gratuidad en la actuación del demandante. 3) El principio de economía procesal. 4) El principio de intermediación procesal. 5) El principio de socialización procesal. 6) El principio de impulso del proceso de oficio. 7) Principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. 8) Principio *in dubio pro accionante*. 9) Principio de conducta procesal. **III.** A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Constitucional, como todos los códigos modernos, va precedido de un Título Preliminar, es decir, por una serie de principios procesales o conjunto de reglas generales que animan a estos procesos especiales denominados «constitucionales»⁽¹⁾. Normas jurídicas que necesaria y obligatoriamente de-

(*) Docente universitario de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán y de la Universidad Privada de Huánuco. Notario Público.

(1) Sin embargo, a estos mecanismos procesales en la Constitución Política del Estado de 1979 (Art. 295: Hábeas Corpus, Amparo, Popular, e Inconstitucionalidad, previsto en el Art. 298) y la vigente Constitución del 93 (Art. 200: Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Inconstitucionalidad, Popular y Cumplimiento), se denominan a estas garantías constitucionales como «acciones».

berán de ser observadas por todos los involucrados en el proceso al momento de su desarrollo e interpretación, aplicación que compete principalmente a los magistrados como directores del proceso, incluso cuando las partes intervinientes no lo invoquen u observen, ignoren o no lo tengan en cuenta, al margen de que se trate de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, Defensoría del Pueblo, letrados que ejercen el ministerio de la defensa, etc.

Estos principios rectores del proceso constitucional se encuentran contenidos en los IX artículos del Título Preliminar, y van a servir de ideas base, eje, fuerza y sustento para la aplicación de todos los demás artículos del Código, constituyéndose en herramientas fundamentales para aplicar, interpretar, crear e integrar el sistema procesal constitucional. De allí que la doctrina procesal deba de reconocerlos como una serie de postulados axiomáticos, cuyo fundamento reside en un conjunto de planteamientos ideados por el legislador para poder integrar el sistema procesal de acuerdo a la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico como una visión filosófica positivizada en base a criterios generalizados que, desde nuestra óptica, deberían ser contrastadas empíricamente para determinar su funcionalidad ya que se pretende idear un proceso razonable que permita alcanzar el derecho sustancial de la manera más efectiva, y en caso contrario ser reformulado o derogado. Puesto que, a través de los principios generales del Derecho, como afirmaba Carlos Cossio, se dan una serie de juicios estimativos que se presentan en un escenario histórico. Tal situación, obviamente, no escapa a la Teoría General del Proceso y específicamente al Derecho Procesal Constitucional, en razón a que los principios generales del Derecho al igual que el proceso, deben ser el resultado de la teoría doctrinal y la práctica procesal. Sólo así podremos contar con postulados sustanciales y procesales verdaderamente científicos, ya que toda posición filosófica doctrinal debe pretender alcanzar la verdad de manera eficiente en aras de la justicia.

II. PRINCIPIOS PROCESALES ESPECÍFICOS

Los principios procesales, obedecen a la codificación moderna, pero, sus orígenes se remontan a los principios generales del Derecho que aparecen durante la época medieval, específicamente durante el S. XIII, cuando Raymundo Lullio por primera vez habla de principios del Derecho en *Arte Magna y General de todas las Ciencias*, luego Tomas de Aquino afirma la existencia de principios universales del Derecho en sus *Comentarios a las Sentencias*. Posteriormente, en 1797, el discípulo de Christian Wolff, Carlos Antonio Von Martini de la Universidad de Viena al elaborar el Anteproyecto del Código Civil de Austria en 1797 plantea principios generales y naturales, sin embargo cuando en 1812 entra en vigencia se consigna como principios naturales, excluyéndose el termino genera-

les, obviamente por la predominancia del iusnaturalismo, y, en el Código Civil de los Estados Sardos o Código Civil Albertino de 1837 se establece bajo el nombre de principios generales de Derecho natural, que se fundamentaba en la razón natural, lo que el Código napoleónico había establecido bajo la regla de la equidad; todo lo cual influyó con posterioridad en las legislaciones adjetivas o procesales del mundo contemporáneo⁽²⁾.

Podemos definir como principios procesales constitucionales a todos aquellos postulados axiomáticos que, sobre la base de su consistencia lógica, en torno a un óptimo desarrollo teórico-práctico del proceso, determinan la naturaleza de la razón de ser o esencia de los procesos constitucionales: defensa de la Constitución y protección de los derechos fundamentales. Para José Luis Vázquez Sotelo, «todo principio representa un criterio o idea fundamental que configura, inspira y domina una institución o materia. Y los principios procesales son (sólo) los criterios básicos constitutivos o informadores del proceso»⁽³⁾. Habiéndose establecido en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ocho reglas generales: art. I (Alcances o principio de vinculación), II (Finalidad o principio de consecución), IV (Principio o regla de competencia), V (Principio o regla de interpretación específica), VI (Principio de control difuso y regla de interpretación constitucional), VII (Principio o regla del precedente vinculante), VIII (Principio Juez y Derecho o *iura novit curia*), y IX (Principio o regla de aplicación e integración en caso de vacío o defecto legal); siendo el artículo III de Principios procesales o reglas específicas del proceso.

Partiendo de los principios procesales que sirvieron de manera específica para estructurar el Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, a base de un análisis, podemos determinar en sus cuatro párrafos, nueve principios del procedimiento de observancia y aplicación por parte de los jueces y vocales al calificar la demanda, correr traslados, merituar los medios probatorios y al expedir sentencia. Por su importancia dentro del desarrollo del proceso examinaremos cada uno de los principios que orientan nuestro sistema procesal constitucional, como actividad procesal especialísima prevista en este Código, como instrumento jurisdiccional para garantizar y efectivizar las diversas instituciones.

(2) Ver, al respecto la primera parte de «Principios Generales del Derecho», desarrollado por Lorenzo A. Gardella, publicada en la Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIII, Driskill S.A., Buenos Aires 1980, pág. 128 y ss.

(3) En el libro *Los Principios del Proceso Civil. Responsa Iurisperitorum Digesta*, USAL, Salamanca, 1999, pág. 112.

1. El principio de dirección judicial del proceso

Conocido también como Principio de Autoridad, que de manera indiscutible corresponde aplicar a los jueces y vocales; ya que la jurisdicción, como facultad para administrar justicia reside únicamente en dichas autoridades judiciales. Como afirma Víctor de Santo: «la jurisdicción consiste en que el Estado sustituye –por medio de sus órganos jurisdiccionales– la actividad de los titulares de los intereses en conflicto, eliminando la autotutela pero, al mismo tiempo, otorgando al justiciable el derecho de acudir a ella, mediante la acción»⁽⁴⁾. Por tanto, la dirección judicial del proceso constitucional al igual que los demás procesos, por ser heterocompositivos está en manos de los magistrados competentes –según se establezca en los dispositivos legales– como conductores del proceso, encargados de cumplir y hacer cumplir las normas procesales de este Código en aras de determinar adecuadamente el Derecho sustancial.

El Principio de Autoridad o Dirección del Proceso surge en oposición al Principio Dispositivo, ya que el rol pasivo del Juez se limitaba a protocolizar la actividad de las partes –lo que era propio a la naturaleza privatista del derecho en sus inicios–, permitiendo muchas veces el abuso de alguna de ellas, debido fundamentalmente a la exclusividad en torno al avance y desarrollo del proceso. Por lo que al percatarse la naturaleza de función pública que efectúa el Estado al resolver los conflictos se concibe la doctrina y el Principio Publicista, y dentro de ella, al Juez como una autoridad que dirige el proceso independientemente de la voluntad de las partes, ya que se ciñe únicamente a la voluntad de la ley, correspondiendo a las partes determinar la pretensión, demandando o contradiciendo y ofreciendo pruebas.

Debido a la naturaleza especial del proceso constitucional, se permite desarrollar mucho más la corriente publicista, a tal extremo de poder incoar la demanda e iniciar el proceso a través «terceras personas», como se ha previsto en los artículos 26 (legitimación de terceros sin representación para la interposición del Hábeas Corpus), 40 (representación de demanda de Amparo por terceros en caso de intereses difusos) y 41 (procuración oficiosa por imposibilidad del afectado) del Código Procesal Constitucional. Asimismo el Juez puede incorporar y actuar las pruebas de oficio (como se establece por ejemplo en los artículos 9 y 21 del Código Procesal Constitucional) con el propósito de llegar a una decisión apropiada para alcanzar los fines del proceso a través de la vigencia de la Constitución, el respeto de los derechos fundamentales y alcanzar la paz social con justicia.

(4) En *Derecho Procesal Práctico*. Edit. Universidad, Buenos Aires, 1978, pág. 113.

Entonces, vía función jurisdiccional heterocompositiva estamental, se pretende garantizar el sistema jurídico donde prima el Estado de Derecho y el respeto de la dignidad humana, positivizándolo vía derechos adjetivos y sustantivos vigentes y efectivos. Es decir, no basta su escrituralidad o reconocimiento en normas constitucionales si no, el respeto y cumplimiento⁽⁵⁾. Por tanto el proceso constitucional sirve para solucionar conflictos referidos a derechos constitucionales amenazados o vulnerados por acto humano voluntario u omisivo; debiendo, los magistrados, conducir autónomamente el proceso, al margen de la intervención o no de las partes para, finalmente, pronunciarse independientemente a la luz del ordenamiento constitucional, reponiendo al estado anterior y/o suspendiendo o haciendo cumplir dichos actos ilegales por contravenir derechos constitucionales legítimos.

El diseño del procedimiento constitucional es eminentemente publicista (basada en la oficialidad o función protectora pública) por la naturaleza los derechos constitucionales involucrados en el conflicto, su tratamiento y las relaciones no están a disposición del Estado o de las partes, por tratarse de derechos materiales vinculados con el interés público interno y externo o internacional, conforme se desprende de los artículos 1 (Persona humana y dignidad como fin supremo del Estado) y 205 (Jurisdicción internacional agotada la jurisdicción interna), así como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (Interpretación de derechos constitucionales de conformidad a instrumentos internacional), y el Artículo 114 del Código Procesal Constitucional, donde se establece como alternativa acudir ante la jurisdicción internacional.

2. El principio de gratuidad en la actuación del demandante

Principio de rango constitucional, conforme se prescribe en el Artículo 139, Inciso 16 de la Constitución vigente (son principios y derechos de la función jurisdiccional: el principio de gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos en los casos que la ley señala), superó en este extremo a la Constitución de 1979 que, pese a

(5) Dándose una situación similar a la regla de oficialidad del proceso penal, que como afirma Vincenzo Manzini en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*: «La función penal es función pública actuado por sus órganos públicos, existiendo deber funcional del Estado al igual que las pretensión punitiva...» (T. I, Librería El Foro, Buenos Aires, 1943, pág. 287). Análogamente, en el materia constitucional, el Estado cumple una función de constitucionalidad, como función pública, siendo deber del Estado cumplir con las normas constitucionales y su primacía, así como velar por el respeto y vigencia de los derechos fundamentales; todo lo cual se concreta en la práctica a través del Derecho Procesal Constitucional.

haberse innovado al establecer un listado similar como garantías de la administración de justicia a través de su artículo 233, no previó tal situación: «principio de gratuidad en el acceso a la administración de la justicia», salvo el inciso 9 que señala que: «el Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos».

Acceso gratuito o principio de gratuidad de la administración de justicia que según la norma constitucional, (contrariamente a lo estipulado como principio en este Código Procesal Constitucional), es genérica, al no discriminar entre demandante o demandado. Como bien señala Francisco Chirinos Soto: «La gratuidad en la administración de justicia debe de entenderse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales no pueden cobrar a los interesados por la actividad que desarrollan»⁽⁶⁾. Pero dicho precepto no evita los gastos que, por ejemplo, se generan dentro del proceso civil, como sería el pago de las tasas, aranceles y multas judiciales.

En materia de Derecho Procesal Civil, por su carácter privatista, los desembolsos por pago de aranceles judiciales se constituyen en regla, exceptuándose en el caso de la solicitud y concesión del auxilio judicial, previsto a partir del Artículo 179 del Código Procesal Civil vigente. Figura anteriormente establecida en el Código de Procedimientos Civiles como el beneficio de la pobreza, aplicable a los casos en los que la persona por cubrir los gastos pueda poner en peligro su existencia o se encuentra en una situación de indigencia por sus escasos ingresos, resultándole imposible acceder al sistema. Sin embargo, debemos resaltar que en materia procesal constitucional al igual que en materia laboral se ha previsto la gratuidad absoluta por parte del demandante, debido a la naturaleza social de los derechos protegidos.

El Derecho procesal en general reconoce la gratuidad de la justicia, cuando así lo disponga la ley, como en el presente caso, debemos suponer que, se parte de la presunción: a quienes se les vulneran sus derechos carecen de suficientes recursos para litigar, más aún si se trata de derechos constitucionales, y no siempre de derechos públicos y especiales (mixtos); como en el caso del derecho a la propiedad, la intimidad y la buena reputación, que son consideradas acciones de naturaleza privada. Siendo muy lamentable que la gratuidad en el acceso a la administración de justicia, se vea muchas veces burlada por casos de corrupción activa y pasiva, ya que, algunos auxiliares de justicia solicitan o reciben la denominada propina para la agilización de los trámites, buscando justificar su actitud en los bajos sueldos. Así como algunos magistrados, quienes pese a percibir excelentes

(6) Ver, *Constitución de 1993 - Lectura y Comentario*. Edit. Piedul, Lima, 1996, pág. 300.

remuneraciones del Estado se prestan a recibir o solicitar coimas para favorecer alguna parte con sus actuaciones parcializadas, contando con la complicidad de sus abogados. Llegándose incluso, a establecer *lobbys* con algunos estudios jurídicos, al extremo de sugerir el cambio del abogado para la obtención de una resolución favorable, perjudicando a los profesionales honestos y probos⁽⁷⁾.

El principio de gratuidad, excluye la aplicación del arancel judicial y otros gastos al accionante, por estar expresamente prevista en el Art. IV del T.P. del Código Procesal Constitucional, ya que los recursos provienen de los impuestos, y la justicia constitucional es un servicio público e indispensable, prestado por el Estado. Siendo este principio de naturaleza protectora del demandante frente al emplazado o demandado, por la presunción de vulneración de derechos constitucionales a través del ejercicio abusivo del poder, por lo que este último sí asume el pago de las tasas judiciales y demás gastos judiciales. Pero, dicha gratuidad del demandante no es absoluta, ya que para evitar todo tipo de abusos del accionante, deberán interpretar adecuadamente los magistrados, el último párrafo del Artículo IV del T.P.; en caso contrario, si el Estado no asume el principio tuitivo frente al supuesto violador de la ley, si no únicamente del supuesto agraviado, sería sumamente peligroso por los abusos que se puede generar, en razón a que, no siempre el denunciado puede detentar el poder económico, para solventar su defensa frente a una denuncia calumniosa o demanda maliciosa, tergiversando el principio de igualdad de armas entre las partes en conflicto, atentándose contra el Art. 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (La administración de justicia es gratuita con carácter general en materia constitucional, penal, laboral, agraria y demás que la ley señala), concordante con la Constitución que en su Art. 139, Inc. 16, que así lo establece.

Se asume la gratuidad de la administración de justicia, especialmente para personas de escasos recursos en todas las materias, y con carácter general en materia constitucional; obviamente esto por lo prescrito en el Art. 1° de la Constitución: «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y el Estado.» Constituyéndose el proceso constitucional en un servicio público gratuito, imposible de ser privatizado, por ser un mecanismo para efectivizar la defensa de las personas a partir de la vigencia de los derechos que contribuyen con su dignidad, todo esto sin perjuicio de la sanción del

(7) No pudiendo de controlarse de manera efectiva tal situación, debido a la falta de autonomía e independencia de los órganos de control que se encuentran subordinados a cambio o rotación y consecuentemente a la venganza posterior del magistrado antes debidamente sancionado y posteriormente miembro de la OCMA (Organo de Control Interno de la Magistratura) o de los órganos descentralizados: ODICMA (Organo Distrital del Control de la Magistratura).

responsable conforme a lo previsto en los artículos 22, 56 y 97; es decir el pago de multas, costos y costas, por la utilización innecesaria originada por su conducta ilegal, o en el caso del demandante, por el empleo impertinente, malicioso y temerario del aparato procesal constitucional al reclamar derechos que no le asisten.

Como en cualquier guerra o conflicto, en el proceso judicial la parte vencedora deberá ser reembolsada por la serie de gastos judiciales realizados, tales como tasas, notificaciones, publicaciones, actuaciones fuera del despacho, etc.; salvo que cuenten con razones suficientemente fundadas para dar la suficiente apariencia del derecho, de tal modo que no se haya obrado maliciosa ni negligentemente; debiéndose fundamentar dicho el hecho en la misma resolución, no bastando para ello una «situación de pobreza» sino la «razonabilidad del derecho reclamado» fundado en principios como de legalidad, veracidad, lealtad y sobre todo, buena fe⁽⁸⁾.

3. El principio de economía procesal

Principio que obliga al Juez como director del proceso a tratar de reducir actos procesales por inútiles o reiterativos, sin afectar el imperativo que las actuaciones requieran, es decir el derecho de defensa, consiste en el ahorro de tiempo, esfuerzo y, consecuentemente, dinero o gastos durante el proceso. Para ello en lo que a tiempo se refiere, deberá de desarrollarse el proceso observando los plazos y términos establecidos, en función a la urgencia de los derechos constitucionales recurridos; economía procesal que no afecte el rigor de las formalidades, cuando pudieran atentar contra un debido proceso, como sería el caso de dejar de lado el derecho de la contradicción o no merituar pruebas. Se debe evitar frente a la ur-

(8) Al respecto, Francesco Carnelutti en su obra *Sistema de Derecho Procesal Civil*, planteaba: «La administración de justicia es esencialmente un servicio público. Por ello, en principio, los gastos de la misma deben ser soportados por el Estado. Pero ¿cómo se procura el Estado los fondos necesarios? Teóricamente, dos soluciones posibles: la del interés en el servicio, y, por tanto, en el gasto, y la de la causa que hace necesario el servicio y por ello el gasto. Según la primera de estas dos soluciones, el coste debería gravitar sobre todos los ciudadanos, puesto que todos ellos, y no sólo las partes tienen interés en la composición del litigio; a tenor de la segunda, el gasto debe, por el contrario ser soportado, no por las partes en general, sino por una de éstas, o sea por aquella que con su conducta ha dado lugar al proceso. Que de las dos soluciones se siga la segunda y no la primera, deriva, a mi entender, de que la segunda responde, a su vez, a un principio de justicia distributiva y no de higiene social: es justo, por un lado quien ha hecho necesario el servicio soporte la carga...» (T. II, Uteha, Buenos Aires 1944, págs. 111 y 112). Posición última que compartimos y resultaría siendo de aplicación al proceso constitucional, en los casos de acciones carentes de fundamento para el demandante o acciones fundadas para el demandado.

gencia del demandante que, la parte demandada trate de dilatar innecesariamente, recurriendo para ello a un excesivo ritualismo o una serie de conductas dilatorias que conlleven a desnaturalizar lo especialísimo del proceso, en lo que a tiempo y actuaciones se refiere.

Sobre la economía de los esfuerzos, debemos indicar que este devendrá del menor esfuerzo como consecuencia de un proceso simple y sencillo, es decir con el menor número de actos procesales, evitando lo innecesario y convalidando aquellos actos que coadyuvan a alcanzar la finalidad del proceso: justicia y vigencia de los derechos constitucionales. El principio de economía se vale muchas veces del principio de concentración del proceso, ya que sirve para unir o agrupar etapas y actuaciones procesales, ahorrando tiempo y esfuerzo; consecuentemente, dinero.

Esta concentración no debe violar los fines de todo proceso: solucionar conflictos de intereses o declarar un derecho sólo en base a la verdad legal, si no partiendo de la verdad real. Siendo necesario muchas veces, sancionar las conductas procesales injustificadas por dilatorias; por lo que el Juez deberá evitar la realización de actos que, aún pudiendo estar regulados, resulten ser innecesarios para alcanzar el objetivo, como será el caso de una persona que se encuentra sufriendo una enfermedad en la etapa terminal y pide como último deseo de conocer su identidad⁽⁹⁾. Para ello resultaría inútil un proceso de filiación, por lo que bastaría el amparo procesal constitucional y la actuación de la prueba de ADN con respecto a la persona quien supone es su progenitor.

Es característico del principio de economía la reducción, supresión o eliminación de actos procesales, en busca de la rapidez de la solución; ahorro de esfuerzo, tiempo y dinero, que se decanta del propio proceso constitucional, por mandato principista del Código y aplicación imperativa de los magistrados a lo largo del proceso, según las circunstancias. Por lo que se deberá rechazar liminarmente, por ejemplo, hechos que no son materia de debate y amparo constitucional, o cuando éste se haya tornado irreversible o hayan sido enervados los cargos.

Simplificación de trámites o abreviación de términos que bajo ninguna circunstancia deben atentar contra los derechos constitucionales de la contraparte, pero, dejando de lado el puro y mero formalismo, es decir la forma por la forma, si no utilizando el principio de manera prudente, omitiendo lo innecesario o simplificando todo aquello que no alteraría el resultado y observando la forma en

⁽⁹⁾ Derecho a la identidad, reconocido expresamente en el actual Proyecto de Ley de reforma de la Constitución elaborado por el Congreso de la República, en el artículo 2 inciso 1, donde se establece como un derecho civil fundamental.

función del derecho a alcanzar. Es decir, conforme señalaba el tratadista Ramiro Podetti, entender la economía en el proceso, como una economía de esfuerzo, suprimiendo trámites superfluos o redundantes, para aminorar el trabajo a los jueces y auxiliares, simplificando cada proceso en particular, lo que necesariamente incidirá de forma decisiva en la obtención de una buena justicia.

La economía del gasto, entendida como el empleo de dinero a lo largo del desarrollo del proceso, se sustenta en las costas (tasas judiciales, honorarios de los órganos de auxilio judicial como son los peritos, y demás gastos judiciales realizados en el proceso constitucional) y costos (honorarios del abogado de la parte vencedora y otros pagos para el gremio como sería la papeletas de habilitación, pago al fondo mutual, etc.), de modo tal que no haga imposible a las partes ejercitar y hacer valer sus derechos, como sería el caso de no pago de tasas judiciales, la no necesidad de firma del recurso por abogado y no presentación de notificaciones notariales; tratamiento que por equidad se deberá aplicar al demandado, de ser un caso de necesidad, por lo que deberá de aplicarse e interpretarse de igual modo frente a situaciones similares, puesto que, los costos y costas procesales no pueden producir indefensión en este caso, ya que las desigualdades económicas pueden venir de ambos lados y la presunción de gratuidad del demandante es simplemente eso, una presunción. Este supuesto que puede ser desvirtuado por la otra parte de modo tal, que no se encuentre en una inferior condición, siendo justamente en ese caso, donde debe de entrar a operar el principio de igualdad entre las partes a partir de la sociabilización económica, que permita también al demandado, cuando carezca de recursos económicos, el no pago de las tasas judiciales y otros gastos judiciales.

Al respecto, Eduardo Couture afirmaba que: «el principio de economía procesal, tiende a que se abrevie y simplifique el proceso en la medida en que quede, no obstante, garantizada la defensa en el juicio»⁽¹⁰⁾. Siendo esto así, podemos determinar que la economía va de la mano con la celeridad procesal, o sea, quienes participan en un proceso constitucional, actuarán teniendo en cuenta los deberes de lealtad, probidad, veracidad y buena fe; previstos en Artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que en caso contrario, la dinámica sumarisima de los procesos constitucionales se van a ver burlados, dificultando su normal desenvolvimiento en mérito a simples formalismos que hipertrofian la posibilidad de alcanzar justicia en sentido y términos razonables. Puesto que de nada vale alcanzar en un proceso constitucional una justicia tardía, por convertirse los derechos constitucionales en inocuos, ya que nunca podrá repararse o reponer los hechos al

(10) En, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, pág.189.

estado anterior, en razón de haberse vulnerado derechos fundamentales de manera impune. Pudiéndose, en estos casos, a lo mucho, indemnizar al afectado, ya que los sucesos pasados se tornan irreversibles, al igual que los sufrimientos o agravios vividos o experimentados. Por ello en el proceso constitucional se debe tener presente las siguientes reglas:

- a) Debe primar la concentración procesal, es decir, los procesos constitucionales deben ser desarrollados de ser posible en un solo acto, debiendo ser para ello, las intervenciones directas y oralizadas, presentándose las pruebas de actuación inmediata.
- b) Las instancias deben remitirse al caso concreto, determinando la vulneración de derechos constitucionales; en caso contrario rechazar liminarmente todas aquellas causas que no son amparables vía estos procesos, por ser la naturaleza exclusivamente constitucional, al igual que se deberá de rechazar las pruebas impertinentes o inapropiadas.
- c) Conceder el auxilio judicial a la parte demandada de oficio por carencia de recursos e imposición de costos, costas y multas en los casos de demandas maliciosas; así como sancionar a los abogados por la temeridad en los recursos que dificulten, obstaculicen o perturben el logro de la justicia constitucional.
- d) Determinar, según las necesidades de cada Distrito Judicial, el número de juzgados y tribunales especializados en materia constitucional.

La economía procesal constitucional, establece el criterio en los magistrados de poder resolver con la prontitud y diligencia que los derechos constitucionales en conflicto requieren; velocidad y reducción de los actos procesales que no incidan en la nulidad de los mismos —por ser trámites ritualistas sin sentido—, salvo que se pudiera atentar contra derechos fundamentales que garantizan un debido proceso, como sería el derecho a la defensa, impugnación fundamentada, y la doble instancia.

4. El principio de intermediación procesal

Principio que obliga la directa aproximación entre el Juez, el desenvolvimiento del proceso y las partes involucradas. Como máxima autoridad en la causa y único director del proceso, quien en atención a la naturaleza universal de los derechos constitucionales, debe regirse por el principio publicista; en consecuencia, debe de intervenir directa y activamente en las diversas etapas procesales estando presente en las audiencias y actuaciones probatorias, bajo sanción de nulidad, pues es la persona que va a resolver mediante sentencia el proceso constitucional.

Los Jueces y Vocales deberán tener el mayor contacto posible con todos los elementos que intervienen en el proceso constitucional; sean estos objetivos (medios probatorios) o subjetivos (sujetos intervinientes), sean directos (personas perjudicadas) o indirectos (testigos) para poder contar con la mayor cantidad de elementos que le conste de una manera directa (analizando pruebas, observando conductas, posturas y reacciones que pudieran presentar frente a las preguntas, repreguntas y como confrontaciones), para así poder emitir objetivamente las sentencias que se ajusten a la realidad de los hechos y a los fundamentos del Derecho Constitucional, materia de petición. De allí que el profesor de la Universidad de Roma, José Chioventa afirma: «la carga de la prueba y los hechos constituidos muchas veces es difícil determinar si un hecho es un hecho jurídico autónomo, esto es, fundamento de un medio autónomo de defensa, sometido a la carga de la prueba o a una simple negación del hecho afirmado por el adversario, y, por consecuencia, sujeto a prueba sólo cuando el adversario ha probado el hecho que él afirma... para formular de un modo general el principio del reparto de la prueba, que se aplica en este caso y otros análogos...»⁽¹¹⁾.

Los magistrados como directores del proceso constitucional, deben crear las condiciones necesarias para llegar a la verdad real y legal de los hechos materia de la pretensión. De modo tal que no se produzca el ejercicio abusivo del derecho del reclamante ni quede impune el demandado responsable, a partir de una serie de tecnicismos y articulaciones jurídicas. Por tanto, jueces y vocales deben actuar juntamente con las partes, tratando de tener el mayor contacto personal entre estas, de manera oral y directa; así como las pruebas documentales, pericias, lugares, etc., dejando de lado a los auxiliares jurisdiccionales, como secretarios y relatores, quienes deberán limitarse a tomar nota de los sucesos. Los abogados deberán ocuparse de los aspectos técnicos jurídicos y no como se acostumbra a tergiversar los hechos, sea para agravarlos o minimizarlos.

Siendo muy importante la presencia, control y dirección de todo el proceso constitucional por parte del magistrado, aportando y recibiendo pruebas, contrastando los hechos, enriqueciendo el debate, observando las conductas de las partes, etc. Característica propia del sistema mixto, es decir, por un lado inquisitorial, por la posibilidad de intervención activa probatoria del Juez; y de otro lado el acusatorio, por la primacía de la oralidad a rango de principio en mérito a la inmediatez.

Principio que deberá observarse bajo sanción de nulidad, ya que dentro de un proceso constitucional el Juez no puede mantenerse ajeno a la situación de hecho

⁽¹¹⁾ *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. II, edit. Reus, Madrid, 2000, págs. 268 y 269.

que se ventila, pudiendo incluso resolver más allá de las pretensiones de las partes⁽¹²⁾, con quienes mantiene contacto personal y directo a lo largo de todo el proceso, actuando y apreciando directamente los medios probatorios. Este tratamiento es necesario para disminuir subjetividades de las partes y de sus abogados defensores, resolviéndose el proceso de manera factual y objetiva, expidiendo sentencias que respondan a lo que realmente ocurre o ocurrió, es decir que el conocimiento de la realidad que nos acerca a la verdad, la ciencia y la justicia.

Este principio conlleva a la aplicación del principio de concentración procesal, ya que al Juez tener contacto personal con las partes y control directo del expediente puede «... acelerar el proceso eliminando trámites que no sean indispensables, con lo cual se obtiene al mismo tiempo una visión más concreta de la litis. Ello supone la concesión al Juez de facultades amplias en la dirección del procedimiento, que le permita negar aquellas diligencias que considere innecesarias y disponer en cambio ciertas medidas destinadas a suplir omisiones de las partes o que estime pertinentes para realizar el procedimiento»⁽¹³⁾.

5. El principio de socialización procesal

Este principio se sintetiza en la igualdad procesal, es decir todas las personas son iguales dentro del proceso, proscribiéndose todo tipo de discriminación; consecuentemente, el Juez debe evitar las desigualdades entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política, económica o cual-

(12) No aplicándose en estos casos la incongruencia entre las pretensiones concretadas por la parte y la sentencia pronunciada *extra petita* al concederse más de lo solicitado o adecuar su petición; puesto que se podría iniciar un proceso de Amparo sin solicitar las consecuencias y sanciones civiles para el funcionario que vulnera el derecho, así como el pago de costas y costos; sin embargo, el Juez puede fallar, además en este sentido (*extra petitem* o *ultra petitem*, es decir, cosa distinta a lo pedido o más allá de lo pedido). De igual modo, no se atenta contra las normas que garantizan el derecho a un debido proceso cuando en un proceso constitucional de Amparo, el Juez lo adecua al proceso de Hábeas Corpus, ya que se procede en aplicación del principio Juez y Derecho o *iura novit curia*. Lo importante es que los hechos que sirven de fundamento hayan sido conocidos por la otra parte de tal manera que pudiera contradecirlos, y con ello a las consecuencias jurídicas; pero esta posibilidad de obviar al congruencia procesal entre la pretensión y sentencia debe ser de carácter excepcional, tal como lo establece la Corte Constitucional italiana, pero, sin separarse del contenido y de las fronteras de la solicitud planteada en la demanda. Ver, al respecto «Sentencias y Cosa Juzgada Constitucional en Colombia» de Hernán Olano, en Revista Hispanoamericana de Derecho, año 1, N° 2, Huánuco, octubre, 2004, pág. 43.

(13) Hugo Alsina, Tratado *Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, T. I, 2ª. edición, Ediar S.A., Buenos Aires, 1963, pág. 461.

quier otra diferenciación odiosa que influya afectando el normal desarrollo o en el resultado de un proceso.

El principio de sociabilidad, conocido también como socialización del proceso constitucional se nutre de un derecho fundamental que nace con el pensamiento liberal de la igualdad ante la ley. Planteamiento que se instaura por primera vez en el artículo 1° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en la Francia revolucionaria (1789), como un derecho civil e individual para combatir los privilegios de la nobleza; de allí que establecía que: «los hombres nacen libres e iguales en Derechos». Esta premisa fue acogida por nuestra Constitución Política del Estado vigente, en el Artículo 2, Inc. 2: «Toda persona tiene derecho: ... A la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

En la actualidad, por la extensión del principio de igualdad, éste se constituye en un derecho de índole social, pues se pretende combatir las desigualdades económicas, sociales y culturales; debiendo el Juez –como director del proceso constitucional, y la naturaleza eminentemente publicista– tratar de eliminar dichas diferencias que influyan en un proceso hasta tornarlo injusto. El mismo que, deviene por ejemplo del poder económico y la posibilidad de contratar un abogado especialista en la materia, que en base de una serie de artificios enerve la responsabilidad de su patrocinado e impida una sentencia justa, continuando impunemente, con la vulneración de derechos constitucionales; o que el Juez por empatía con una determina religión, ocupación, opción sexual o tipología racial se vuelva permisivo, afectando de este modo la igualdad entre las partes involucradas en el proceso constitucional.

Frente a la denominación inicial del principio de «igualdad», dentro de una concepción del sistema procesal dispositivo y desde una plano individualista de oposición frente a los nobles o quienes detentan los poderes del Estado, es superada posteriormente por una concepción «social» (al igual que el enfoque publicista del proceso), para oponerse a toda persona que quiera aprovecharse de alguna condición como de privilegio político o económico que influya a lo largo del proceso, sea durante su desarrollo y/o culminación a través de una resolución que perjudique legítimos derechos. Respecto a la igualdad de las partes en el juicio o proceso Ugo Rocco manifiesta que: «...según este principio las partes, al ejercer el derecho de acción y el correlativo de contradicción en el juicio, tienen que hallarse en una condición de perfecta paridad e igualdad, de modo que las normas que regulan su actividad no puedan constituir respecto de una de las partes en juicio, con perjuicio de la otra, una situación de ventaja o privilegio»⁽¹⁴⁾.

(14) *Tratado de Derecho Procesal - Parte Especial*, T. II, Themis, Bogotá, 1986, pág. 171.

Todo magistrado debe asumir su compromiso de hacer efectiva la igualdad entre las partes, ya que sólo un derecho preexistente, es legalmente reconocido y aplicable por encontrarse contenido en una norma constitucional, el cual debe servir para hacer justicia. Y no como muchas veces se estila en los regímenes judiciales corruptos, donde prima la influencia política y el favor económico e incluso taras discriminatorias; configurándose de este modo el abuso del Derecho sobre la base de una serie de argucias jurídicas, las mismas que afectan a los desposeídos, que son las grandes mayorías en un país como el nuestro, donde campea el subdesarrollo laboral, empresarial y cultural.

En nuestro contexto es donde se hace más necesaria la igualdad de posibilidades al ejercitar el derecho de acción y contradicción, lo que significa que no necesariamente la parte accionante (demandante o denunciante), resulta siendo siempre la parte más débil, ya que el emplazado (demandado o denunciado) puede ser la parte vulnerable. De allí que la «isonomía» procesal constitucional es imprescindible, tal como lo ha determinado la doctrina constitucional y nuestro Tribunal Constitucional al igual que el español: el principio de igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales⁽¹⁵⁾.

Entonces, el proceso constitucional es isonómico, puesto que todo tratamiento de las partes debe estar orientado a alcanzar una igualdad de armas, en exacta medida y proporción de las desigualdades, de modo tal, que no se consoliden sentencias injustas, fundadas en una mejor defensa, actuación u ofrecimiento probatorio como resultado de una mayor capacidad adquisitiva.

Los jueces y vocales, en mérito al máximo valor del Derecho, como es la justicia, están en la obligación jurídica, ética y moral de impedir que, como consecuencia de una desigualdad notoria de una de las partes, se emita una resolución írrita e inócua, ya que atenta contra la paz social, por crear un descontento colectivo (conciencia de la primacía de lo injusto y lo inútil del Derecho), por la carencia de un debido proceso y legalidad, para corregir la vulneración de derechos

(15) Ver, STC 75/1983, fojas 2 (Supremo Tribunal Constitucional español) que se ocupa de la igualdad y proporcionalidad que permite al legislador la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que no se vaya contra los derechos y libertades. Es decir, que exista una justificación objetiva y razonable tal como señala la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27 de octubre de 1975 y en el Perú de manera casi textual la Sentencia del Tribunal Constitucional seguido en el expediente 485-96-AA/TC, que establece el tratamiento diferenciado, no supone *per se*, una violación del derecho de la igualdad, si éste se ha efectuado de manera objetiva, razonable y se ha cuidado el preservar la proporcionalidad entre el medio empleado y los fines que con tal diferenciación se perseguía.

constitucionales sobre la base de cuestiones procedimentales. Los jueces como directores del proceso constitucional, para evitar la desigualdad entre las partes que en nuestro país, inciden sobre todo en lo económico, por tanto las costas y costos del proceso afectan al que cuenta con menores recursos económicos, que verá perjudicado su ejercicio de acción o contradicción, siendo necesaria la aplicación efectiva del auxilio judicial –de ser el caso para el demandado o accionante– como un mecanismo que influirá en la obtención de la tan anhelada justicia constitucional a través de una decisión judicial que ampare efectivamente derechos fundamentales vulnerados o que permita la primacía de la Constitución.

6. El principio de impulso del proceso de oficio

Propio del proceso inquisitivo, impone al Juez la obligación de impulsar por sí mismo el desarrollo del proceso constitucional, fundado en la defensa del sistema constitucional y el ejercicio de derechos fundamentales, por el carácter público de los intereses, pero ese impulso de los procesos constitucionales requiere de la existencia previa de la iniciativa de parte, es decir, los magistrados no pueden iniciar un proceso, solamente pueden impulsarlos, o sea velar por la continuidad de los procedimientos a través del cumplimiento de las diversas etapas de modo tal que se arribe a una solución rápida.

En buena cuenta, de presentarse el caso de abandono o suspensión de actividades procesales por la parte accionante, el Juez continuará con el desarrollo del proceso hasta la culminación mediante sentencia, puesto que, en este tipo de procesos no resulta aplicable la figura del abandono. Salvo, como establece la ley, se traten de casos expresamente señalados. Consecuentemente, para el proceso constitucional, no resulta siendo valedero el razonamiento en el sentido que, quien deja de activar el juicio deja de pedir, y si los jueces no se abastecen ni siquiera para atender las causas impulsadas por las partes, mucho menos se van poder atender aquellas por las que no se interesan las partes. Esto en razón a que no se tratan de derechos e intereses de carácter privado sino de orden público. Pero es necesario resaltar que el Juez no sustituye a las partes –ya que de ser así se desnaturalizaría el sistema heterocompositivo– si no que, simplemente, activa el juicio hasta su culminación, a efectos de producir certeza, y determinar la vulneración o no de los derechos constitucionales, y defender su vigencia como fundamento de todo el sistema legal. Siendo el impulso procesal, la regla y su no impulso, la excepción expresamente determinados en el Código Procesal Constitucional por la propia naturaleza de los derechos protegidos o fundamentales.

Conforme a lo expresada por Juan Monroy Gálvez: «el principio de impulso procesal por parte del Juez es una manifestación concreta del Principio de Dirección, y por tanto de la orientación publicística. Consiste en la aptitud que tiene el

Juez de conducir automáticamente el proceso –vale decir sin necesidad de intervención de las partes– a la consecución de sus fines»⁽¹⁶⁾. Estructura procesal publicista que, obviamente en el proceso civil, surge como oposición al sistema dispositivo hasta ese entonces imperante, que permitía únicamente a las partes impulsar el proceso e invocar el abandono. Contrariamente, en el sistema procesal constitucional, el abandono se encuentra reducido en el ámbito de excepción, esto, por superar el ámbito los intereses privados, ya que los derechos involucrados son constitucionales.

Los magistrados como conductores del proceso constitucional, en mérito a este principio de impulso procesal, tienen el deber de impulsar el desarrollo de los procesos, al punto de resultar responsables por la demora, por simple inactividad o por negligencia; ya que es parte activa para alcanzar la finalidad del proceso constitucional. De allí la predominancia de un sistema especial de mixtura: inquisitivo-dispositivo, por los principios de dirección e impulso del proceso, y acusatorio, por la oralidad como fundamento del principio de inmediación.

Prácticamente para la totalidad del proceso constitucional el impulso procesal, es el requisito indispensable para un normal desenvolvimiento, así poder cumplir con la finalidad prescrita en el Art. II del T.P. (primacía de la Constitución y vigencia efectiva de los derechos constitucionales). Siendo necesario para ello la iniciativa de parte en cuanto a la acción (principio de dispositivo o demanda: *nemo iudex sine actore*, pero una vez presentada y admitida la demanda, corresponde adoptar las medidas que impidan la paralización del proceso, siguiendo la secuela hasta su culminación con la obtención de un auto o sentencia, en razón a que los jueces no pueden impugnar sus propias resoluciones y mucho menos una sentencia. Ello porque esta norma no se vincula al principio de contradicción (que es a todas luces es exclusivo de las partes o iniciativa de parte, como principio dispositivo) si no al de celeridad procesal. Tanto al impulso de las partes como el oficioso, se da en aras de una solución rápida e inmediata que impida se prolonguen los conflictos jurídicos sociales que debilite el Estado de Derecho.

Recapitulando, la facultad de impulso del Juez, garantiza la continuidad en el desarrollo del proceso constitucional, permitiendo cumplir con la emisión de una sentencia en el menor tiempo posible. Este funcionamiento continuado permite al Juez prescindir de actos omisivos de las partes en la actuación probatoria; así por ejemplo si en una acción de Amparo el demandado no absuelve el traslado o no cumple con ofrecer algún medio probatorio, se resuelve prescindiendo de

(16) Ver, «Análisis del Nuevo Código Procesal Civil», de Jorge Carrión Lugo (autor y compilador) UNMSM, Lima, 1994, en *Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992*, pág. 9.

estos, en aras de asegurar terminar dentro de los plazos legales, o sea que el principio de preclusión procesal es importante para el impulso procesal. Pero dicha preclusión no puede degenerar en abusos, es por ello que se permite merituar pruebas en otras instancias, ya que no se pueden reconocer derechos constitucionales inexistentes, en mérito a indefensión⁽¹⁷⁾. Por el contrario, los magistrados deberán compulsar las pruebas de tal modo que resulte consistente y real el derecho reclamado, ya que la justicia debe ser entendida como sinónimo de certeza; salvo excepciones donde también se apela a criterios de razonabilidad, como en los que una duda «razonable» favorezca al peticionante, en el caso de determinarse si el proceso debe seguirse o no en esta vía de naturaleza constitucional especial, previsto en el penúltimo párrafo del presente Artículo III del T.P. del C.P.C.

7. Principio de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales

Este principio conocido también como el principio de elasticidad, como Tino Grandi afirmaba: «consiste en la adecuación de los formalismos procesales a las exigencias sustanciales y eventuales de las causas». Es decir, este principio de elasticidad procesal, deja abierta la posibilidad en caso de un conflicto de la norma procesal constitucional con una norma constitucional o de derecho sustancial, se adaptará el procedimiento para el logro de la aplicación y reconocimiento de la norma constitucional, ya que el proceso constitucional es el medio para alcanzar el fin: la primacía de la Constitución y los derechos reconocidos⁽¹⁸⁾.

(17) Debe de entenderse en los casos donde se plantea procesos constitucionales, el hecho que el supuesto violador o vulnerador de derechos constitucionales incumpla con absolver el traslado de la demanda, de modo alguno implica que el Juez deba declarar fundada la demanda; puesto que al carecer de elementos suficientes o necesarios para accionar en esta vía procesal, deberá de rechazarse la acción *in limine*. En razón al mandato imperativo que obliga al magistrado valorar los medios probatorios en forma conjunta y compulsarla razonadamente, y en el caso de que no se logre acreditar los hechos que sustentan la pretensión, la demanda deberá de ser declarada infundada.

(18) Debiendo el Juez de adecuar las exigencias procesales (formalidades) al logro de estos fines, y cuando la ley no señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal se reputará válido cualquiera sea la forma empleada, puesto como afirma Juan Monroy, el principio de vinculación enseña que las normas procesales –atendiendo precisamente a su naturaleza de Derecho Público– usualmente tienen el carácter de imperativo, salvo que las mismas normas prescriban que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, son de Derecho Público, pero no necesariamente de orden público, regularmente obligan, salvo que ellas mismas planteen su naturaleza facultativa. (*Introducción al Proceso Civil*, T. I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 104.

El proceso constitucional como Derecho formal esta al servicio de la Carta fundamental y los derechos fundamentales (derecho de fondo o sustancial), y no a la inversa como muchas veces erróneamente se cree, es decir el Derecho al servicio del proceso, posición absurda de mucho arraigo en los países que se fundan en sistemas corruptos, ya que se valen de argucias procesales para no reconocer u otorgar derechos a quienes les corresponde.

Los magistrados deben entender y comprender que, a través del proceso constitucional se busca la solución de los conflictos o eliminación de la incertidumbre jurídica que devengan de normas constitucionales. Esta cuestión instrumental nos servirá para –razonablemente– contar con criterios jurisdiccionales de certeza a partir de las normas sustanciales o de fondo constitucional invocadas, y los medios probatorios ofrecidos; pero nunca los mecanismos constitucionales deben entorpecer, dificultar o imposibilitar la preeminencia de la carta política o el respeto de los derechos humanos, ya que de ser así, deberá adecuarse para el logro de la finalidad prevista en el Art. II del T.P., y en caso de deficiencia, defecto o vacío del Código Procesal Constitucional se recurrirá a los otros principios procesales, a la jurisprudencia e incluso a la doctrina procesal específica, ya que toda decisión de los jueces y vocales deben ser el resultado de una correcta aplicación de la norma constitucional sobre la base de una imparcial apreciación de los hechos.

El principio de formalidad procesal no es absoluto, es decir, pese a ser las formalidades previstas en el Código de carácter imperativo, el principio de elasticidad, permite y obliga al magistrado adecuar estas exigencias formales al logro de los fines del proceso constitucional, debiendo ser convalidada esta nueva formalidad si sirve para la consecución de la justicia constitucional, como sería el caso de la omisión del principio de la contradicción de la prueba, «significa que la parte contra quien se opone una prueba debe de gozar de oportunidad procesal de conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes»⁽¹⁹⁾.

8. Principio *in dubio pro accionante*

Podemos denominarlo también como principio de favorabilidad procesal del accionante, a través del cual se pretende cumplir con lo que en la Exposición de Motivos del Código Procesal Constitucional se establece como: «...principios propios de los procesos constitucionales (Artículo III). Se trata con ello

(19) Hernando Devis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. I, Temis, Bogotá, 2002, pág. 115.

de resaltar aquellos que les resulten aplicables y que les permiten cumplir su finalidad trascendente de velar por la supremacía constitucional y el respeto de los derechos humanos». De allí que, en el cuarto párrafo del artículo en mención, se establezca este principio del *in dubio pro accionante* al plantearse 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».

Este principio, de manera expresa, le impone a la instancia judicial plural, conformada por juzgados y tribunales, deben mantener observancia legal de continuar con la secuela del proceso constitucional cuando exista duda razonable sobre su terminación o no del mismo; favoreciendo de este modo a la persona que a recurrido ha esta vía para hacer valer sus derechos; puesto que, nuestro sistema procesal constitucional persigue como finalidad la defensa de la Constitución como máxima norma y el respeto de los derechos fundamentales contenidos en ésta, materializándose en resoluciones que impongan dichos criterios.

La duda razonable, como estado de indecisión basado en un adecuado análisis lógico que contienen supuestos de hecho, es una situación que determina la necesidad del proceso, no bastando la invocación de derechos constitucionales supuestamente vulnerados ni citar un conjunto de leyes que los proteja, si no que se hace necesario el *factum*, es decir los hechos concretos vinculados con el caso concreto, puesto que, toda acción procesal (incluyendo la constitucional) debe de estar suficientemente acreditada con el caudal probatorio o los medios probatorios suficientes, para determinar la competencia y abocamiento de los magistrados, generando la continuación del proceso en aras de la protección de la Constitución como norma fundamental y la defensa de los derechos humanos como garantías prescritas en la propia Constitución (Artículos 2, 3, 200 y 2003, Inc. 3) en concordancia con el Código Procesal Constitucional (Artículo II), como derechos prescritos en la Constitución y garantizadas procesalmente. Toda posición contraria determinaría la infuncionalidad del sistema procesal constitucional⁽²⁰⁾.

(20) Esto en razón de que se hipertrofiarían los Juzgados y Salas, a partir de un sinnúmero de expedientes que carecerían de fundamento real, y que a la larga deberán de ser declarados infundados; al igual que en los casos donde se plantee el principio de alternatividad del Amparo de manera absoluta e indiscriminada, sin tener en cuenta que, en muchos casos se puede conseguir la protección de derechos fundamentales y libertades constitucionales en una vía procedimental regular e igualmente satisfactoria. Puesto que, los procesos constitucionales son una vía especializada, excepcional o residual, al cual se acude cuando no existe una vía igualmente satisfactoria para la protección de los derechos vulnerados o amenazados, ya que de conformidad a los artículos 1º y 2 del Código Procesal Constitucional, estos procesos tiene por finalidad proteger derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la amena-

Entonces, el principio favorabilidad procesal en materia constitucional ha sido establecido para aplicarse si se tiene dudas a continuar con el desarrollo del proceso constitucional, bajo los siguientes supuestos:

- a) Exista duda si resulta siendo apropiada el proceso constitucional, como vía especialísima o resulte de aplicación la vía ordinaria para el reclamo y protección de los derechos invocados.
- b) Se esté ignorando o no la primacía de la norma constitucional.
- c) Pueda o no estar vulnerándose derechos humanos o fundamentales.

Situaciones donde forzosamente los magistrados deberán de continuar con el conocimiento de la causa hasta culminar con la emisión de la correspondiente sentencia. Dejo expresa constancia que todo, esto de manera alguna, pueda significar o acarrear que, la demanda tenga necesariamente que ser declarada fundada, ya que la duda razonable implica la posibilidad de que la norma invocada y/o el derecho fundamental invocado pudieran ser materia de proceso por la apariencia del derecho invocado; por lo que se entiende, es el derecho a un debido proceso así como a la tutela jurisdiccional efectiva, siendo el resultado final la plasmación de justicia y en consecuencia de certeza; en caso contrario se estaría adelantando opinión.

Se debe tener presente que, en materia de derechos constitucionales y humanos, en caso de duda sobre si, el proceso debe de declararse por concluido; siempre será preferible seguir con la secuela, incluso a riesgo que al final se declare infundada la pretensión de la demanda, ya que no se ha podido determinar la veracidad de los hechos que sirven de sustento a la invocación del derecho e inicio de la acción. Puesto que resultaría peor, la duda de no haberse continuado con el desarrollo del proceso y al final, efectivamente, se haya permitido la vulneración de derechos fundamentales o de normas de rango o jerarquía constitucional.

La situación expuesta, analógicamente podemos equipararla al *in dubio pro operarum* en materia laboral, permite al Juez (en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables al caso concreto) interpretar o aplicar la norma que más le favorezca al trabajador, esto de conformidad al Artículo II del T.P. de la Ley Procesal de Trabajo y, el Artículo 26 inciso 3 de la Constitución vigente. Entonces, de presentarse un caso similar en el proceso constitucional se resolvería de igual manera que en el Dere-

za o violación de un derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o acto administrativo, debiendo de ser estas cierta y de inminente realización.

cho laboral, e incluso al igual que el *in dubio pro reo* en materia penal, puesto que no se puede permitir interpretaciones restrictivas de derechos constitucionales, aplicándose en caso de conflictos normativos, la más favorable a la persona, en base al principio *in dubio pro homini*, como principio tutelar de los derechos fundamentales derivados del proceso constitucional, en el que se busca proteger los derechos de la parte más débil de una relación jurídica, tanto en el aspecto sustancial como procesal.

9. Principio de conducta procesal

Cuando en el párrafo final del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se prescribe que la gratuidad prevista en este artículo no enerva el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena de costas y costos. Conforme a lo previsto por el presente artículo, no se debe entender de modo alguno como una contradicción con el principio de gratuidad, puesto que, en buena cuenta lo que se establece (intrínsecamente) es el principio de conducta procesal, como principio elemental de todo procedimiento actual. Se fundamenta en que, la actuación de los accionantes desde el punto de vista procesal, debe ceñirse a un conjunto de reglas mínimas, para que el proceso constitucional cumpla con sus fines, debiendo seguirse una serie de dispositivos jurídicos procesales, tendientes al logro de la suprema aspiración de una justicia constitucional paz: con armonía social. Todo esto sólo se puede lograr en la medida que la conducta de todas las personas involucradas en el proceso constitucional (partes, abogados, magistrados, técnicos, etc.) actúen motivados por la buena fe, el respeto recíproco y espíritu de colaboración para la obtención de la verdad. Lo que implica que, ninguna norma procesal o sustancial puede ser interpretada ni mucho menos articulada o aplicada maliciosamente; pues la legalidad no puede respaldar conductas que atenten contra la lealtad, probidad y la buena fe procesal⁽²¹⁾.

Con este principio lo que se pretende es alcanzar el principio de búsqueda de verdad real, conocido también como principio de veracidad; debida conducta procesal que sirve de sustento al proceso constitucional que tiene por fin la concreción material de la verdad y justicia constitucional. En caso contrario, si se ha accionado faltando a la verdad de los hechos, y se ha formulado sin fundamento «supuestas» violaciones de derechos, llegándose incluso a tergiversar la verdad de los hechos; dichas conductas maliciosas o temerarias deberán de ser sanciona-

(21) Sobre el respecto, el procesalista Chioyenda en su trabajo sobre instituciones procesales manifestaba la necesidad de un régimen procesal adecuado que impida la arbitrariedad de las partes involucradas en el proceso así como la administración de justicia.

das a través del correspondiente reembolso de costas y costos. Situación similar se presentará respecto del emplazado por la violación, en el caso de ser ciertos los hechos y justo el reclamo; aunque en la demanda o la contestación no se haya precisado de reclamo de las costas y costos, el magistrado deberá pronunciarse al respecto. Es decir, el magistrado sanciona en contra del vencido, sea actor o demandado culpable, quien deberá cumplir con la condena del pago de costas y costos procesales; por estar ésta integrada de manera tácita a la demanda o absolución y de manera expresa en la resolución que pone fin al proceso constitucional, ya que la excepción a esta regla es que se cuente con suficientes elementos como para haber accionado de maneja razonable y consecuentemente justa; en caso contrario se estaría permitiendo el ejercicio abusivo del derecho de acción o contradicción, atentándose contra un debido proceso.

Enrique Véscovi plantea que «los principios de lealtad, buena fe y probidad, son la regla moral en el proceso, y que, modernamente se han introducido, entre los principios procesales, aquellos que reclaman una conducta de las partes en el desarrollo en el proceso, acode con la norma y, en consecuencia, la posibilidad de sancionar la violación de los deberes morales; ya en el Código Italiano de 1940, siguiendo la doctrina, se proyecta incluir el deber de decir la verdad (proyecto de Solmi) y después se aprueba la regla general de «comportarse con lealtad y probidad» (art. 88), lo que constituye una típica regla moral en el proceso⁽²²⁾. En aras de la legalidad, verdad y justicia se terminó por excluir la regla que nadie puede ser obligado a dañarse a sí mismo, puesto que, tampoco el sistema puede ser indiferente ante conductas omisivas, temerarias y maliciosas que afectan a terceros.

En este sentido el Código Procesal Constitucional en el Artículo 56 señala si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Y contrariamente si el Amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos, cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. El Artículo 97 se pronuncia en similar caso respecto a los costos en el proceso de Acción Popular. El Código Civil en su Artículo II proscribe el ejercicio u omisión abusiva del Derecho, y el Artículo IV (segundo párrafo) del T.P. del Código Procesal Civil señala la conducta procesal de las partes concordante con el Artículo 8 del T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece los deberes procesales de las partes, sus representantes, abogados y en general a todos los partícipes del proceso que deben adecuar su conducta a los deberes de

(22) *Teoría General del Proceso*, 2ª. edición actualizada, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1999, pág. 55.

veracidad, probidad, lealtad y buena fe, debiendo los magistrados sancionar toda contravención, especialmente derivadas del la mala fe y temeridad procesal.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Sintetizando debemos afirmar que si bien es cierto, la concepción del proceso constitucional, sirve para la heterocomposición de un conflicto generado por la primacía de la norma constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales; resulta siendo sumamente importante que los magistrados tengan siempre presente los principios procesales para adecuar su decisión a los valores perseguidos por el Derecho Constitucional; sirviendo incluso como instrumento y interpretación de creación o control, según sea el caso.

Sin embargo, debemos recalcar que para muchos procesalistas resultaría un exceso el afirmar en la exposición de motivos la novedad de «...haber contemplado expresamente los principios procesales propios de los procesos constitucionales». A razón de que dichos principios no son propios de los «procesos constitucionales» sino del «proceso en general», conforme se ha analizado, y siendo esto así a tal punto, que estos principios los encontramos por ejemplo en el Código Procesal Civil del año de 1992, la Ley Procesal de Trabajo de 1996 y todos los proyectos de Código Procesal Penal, incluyendo el promulgado en el 25 del abril de 1991 y el último del 28 de julio del 2004.

Pero, este fenómeno podría explicarse en el siguiente hecho: en la actualidad (asumiendo que nos encontramos ingresando a la era del conocimiento) todo sistema jurídico en el mundo se funda en los derechos humanos, lo cual no escaparía a los sistemas procesales, por lo que estos no se excluyen, y por el contrario se complementan y retroalimentan, más aún tratándose en el caso del derecho procesal constitucional que se funda en la vigencia de normas constitucionales y respeto o defensa de los derechos fundamentales.

Finalmente, podemos advertir que los nueve principios desarrollado se encuentran concatenados en la práctica, no resultando su uso racional y sistemático excluyentes, debiendo de recurrir los magistrados o invocar las partes, cualquiera de ellos de manera indistinta y según sus necesidades de corrección del proceso constitucional para el logro de sus fines de primacía constitucional y defensa de los derechos humanos.

LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN EL MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DESARROLLADO POR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (*)

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS (**)

*A Domingo García Belaunde,
con admiración y gratitud.*

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Los procesos compartidos. **III.** Los procesos exclusivos. **IV.** Un caso especial: La competencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control difuso.

I. INTRODUCCIÓN

Conforme se aprecia de lo señalado en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho instrumento normativo maneja una idea claramente definida respecto de lo que constituye el modelo de jurisdicción en nuestro país, el que en buena cuenta queda perfilado desde el momento en que se

(*) El presente trabajo está basado en algunos de los avances que hemos desarrollado para el curso de especialización sobre el Código Procesal Constitucional, dictado recientemente en la Academia de la Magistratura. *Cfr.* Sáenz Dávalos, Luis: *Curso de Formación: Código Procesal Constitucional, Módulo 2 (Procesos Constitucionales y Órganos Competentes)*, Academia de la Magistratura, Lima 2004. En distintas etapas de su redacción hemos contado con el apoyo de Leny Palma Encalada y Carla Cueva Geldres.

(**) Profesor Principal en la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Perú y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

establece quiénes son los órganos que asumen la competencia en el conocimiento de los procesos constitucionales.

Queda claro que dentro de dicha perspectiva no se hace otra cosa que ratificar lo que parece verificarse no sólo desde la entrada en vigor de la Constitución de 1993, sino desde la propia Carta predecesora, la Constitución de 1979.

Aunque durante buena parte de tiempo alguna doctrina ha venido señalado que nuestro régimen de jurisdicción constitucional responde a una configuración de carácter mixto, presuntamente por tener matices del modelo americano o difuso, donde todos los jueces pueden ejercer el control constitucional, y del modelo europeo o concentrado, donde existe un Tribunal especializado en materia constitucional, hay que anticipar que tal aseveración resulta técnicamente inexacta. No somos ni hemos sido nunca un modelo rigurosamente mixto, sino y como lo define con acierto Domingo García Belaunde, un modelo dual o paralelo⁽¹⁾. Mixto es aquel donde, por decirlo de algún modo, se encuentran mezcladas, fusionadas en una misma estructura institucional las características del esquema americano y del europeo. Dual o paralelo, en cambio, es aquel donde las características correspondientes a cada uno de los modelos no se encuentran integradas en una suerte de tercer género, sino que coexisten en forma pacífica o sin alterarse la una con la otra, sin que la estructura establecida integre los matices correspondientes tanto al modelo europeo como al americano, salvo dentro de cada uno de los órganos revestidos de competencia constitucional⁽²⁾.

Dentro del esquema dual o paralelo que viene planteado desde la propia Constitución y que el Código, busca desarrollar; los procesos constitucionales pueden ser de dos tipos: *compartidos* o *exclusivos*⁽³⁾. Se dice que son *compartidos* aque-

(1) El distinguido jurista ha venido utilizando esta clasificación desde hace varios años atrás (concretamente desde 1987) como lo demuestran diversos trabajos suyos. Cfr. «El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú» en García Belaunde, Domingo, *La Constitución en el péndulo*, Editorial UNSA, Arequipa 1996; págs. 109-117; «La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo» en García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis S.A., Bogotá (Colombia), 2001, págs. 129-142.

(2) En efecto, como bien ha señalado nuestro colega José F. Palomino Manchego, tampoco puede hablarse de paralelismo puro, sino de un sistema dual de modelos funcionalmente mixtos de constitucionalidad, debido a que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos (concentrado y difuso), han añadido matices, que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, si gravitan en sus aspectos funcional y competencial. Cfr. «Control y Magistratura Constitucional en el Perú» en Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Jurista Editores, E.I.R.L., segunda edición, págs. 278-279.

(3) Cfr. Abad, Samuel, «El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano»; en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima 1995, pág. 244.

llos donde participan en forma concurrente, aunque no confusa, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional. El Poder Judicial en las primeras etapas del proceso y el Tribunal Constitucional de manera residual, en la última etapa del mismo. Esta situación es, en buena cuenta, la que se presenta durante la secuela de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento. Cada uno de estos procesos son interpuestos, tramitados y resueltos ante el Poder Judicial, quien incluso puede culminarlos, en tanto y en cuanto la sentencia correspondiente tenga carácter estimatorio. Ello no obstante, si los alcances del fallo emitido por el Poder Judicial tienen carácter desestimatorio, se tiene todavía, porque el ordenamiento lo permite, la posibilidad de acceder al Tribunal Constitucional, quien en definitiva y especializada instancia, habrá de examinar la legitimidad o no de lo que se reclama a través de tales mecanismos procesales.

Por el contrario, se dice que son procesos *exclusivos* cuando es sólo el Poder Judicial o sólo el Tribunal Constitucional el órgano que participa en forma única y excluyente de su conocimiento, trámite y resolución. Bajo dicha perspectiva es pues un proceso exclusivo, el de Acción Popular; en tanto y en cuanto su desarrollo se verifica ante el Poder Judicial y nada más que ante dicho órgano. Son asimismo procesos exclusivos, el proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial, en la medida que ambos son conocidos, tramitados y resueltos por el Tribunal Constitucional y nada más que por dicho órgano especializado.

Dentro de los parámetros graficados por el modelo de jurisdicción que nos propone el Código, estamos en condiciones de entrar de lleno al análisis de cada proceso en función de las competencias asignadas para cada órgano jurisdiccional.

II. LOS PROCESOS COMPARTIDOS

a) La competencia judicial en el Proceso de Hábeas Corpus

Conforme lo establece el Artículo 28° del Código Procesal Constitucional, es competente para conocer de la demanda de Hábeas Corpus, cualquier Juez penal, independientemente de la regla de los turnos.

La lógica hacia la que apunta el Código en esta materia es pues eminentemente tutelar. Por un lado se trata de que el Hábeas Corpus, como ha sido tradicional en nuestro medio, sea conocido por quien más vinculación tiene con los temas relativos a la libertad individual⁽⁴⁾; por otro, se trata de garantizar que nin-

(4) En efecto, la idea que el Hábeas Corpus (el más antiguo de nuestros procesos constitucionales) sea tramitado ante los jueces penales, tiene larga data, como lo relata Alberto Borea Odría en su siempre útil y bien documentado libro *Evolución de las Garantías Constitucionales*, Editorial Grijley, 1ª. edición, Lima 1996, págs. 211-212.

guna situación procesal pueda ser antepuesta como argumento al conocimiento o tramitación del proceso constitucional. Desde dicha perspectiva es pues el justiciable y no el juzgador quien pondera la necesidad de protección y por tal motivo es él quien escoge cuál es el juzgado penal ante el cual ha de promover su proceso, lo que necesariamente pasa por el hecho de no tomar en cuenta el consabido argumento de los turnos judiciales, que aunque opera respecto del resto de procesos constitucionales de la libertad, queda enervado en el caso específico del Hábeas Corpus, conforme lo establecido en el Artículo 12° del mismo cuerpo normativo.

Cabe agregar que, como garantía de que el juzgador no ha de eximirse de la responsabilidad que le corresponde ante la presencia de un proceso de Hábeas Corpus, el Código contempla como regla de todo proceso constitucional (incluso no sólo respecto del proceso comentado) la de tramitación preferente (Artículo 13°) que exige del Juez la priorización de los temas vinculados a la tutela de derechos con la inevitable advertencia de sanción en caso de incumplimiento.

Un aspecto que resulta bastante importante y que tiene su explicación en la necesidad de cautelar la libertad de las personas en aquellos lugares de difícil acceso o que se encuentren alejados del lugar en el que tiene su sede el juzgado normalmente competente, viene representado por la posibilidad de que participen en el trámite del proceso referido los jueces de paz, conforme lo establece el Artículo 29° del Código. En tales circunstancias, de lo que se trata es que la autoridad judicial ante quien se interpone la demanda, habida cuenta de la dificultad que pueda tener en movilizarse, expida orden perentoria e inmediata para que el Juez de paz, perteneciente al distrito en el que se encuentra el detenido, cumpla en el día y bajo responsabilidad con efectuar las verificaciones y en su caso, ordenar las medidas mediante las cuales se ponga término a la afectación.

Por otra parte y aunque la norma no lo dice expresamente, se entiende que dicha participación del Juez de paz puede estar referida, tanto a quienes tengan la condición de letrados como no letrados. Ello acorde con la lógica del principio de elasticidad o informalidad previsto en el segundo párrafo del Artículo III del Título Preliminar, que impone adecuar la exigencia de formalidades previstas en el Código, al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Otro de los cambios que puede apreciarse entre lo dispuesto por el Código y el régimen procesal constitucional actualmente vigente, tiene que ver con la competencia frente al cuestionamiento de resoluciones judiciales. Hasta hoy se entiende que la dependencia judicial ante quien se interpone el proceso es la Sala Penal, quien deriva la tramitación y la resolución del proceso al Juez penal⁽⁵⁾. Con

(5) Tal conclusión puede desprenderse de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, que sustituyó el antiguo Artículo 15°

el Código dicha regla desaparece y simplemente es cualquier Juez penal el que debe conocer de la demanda y a su vez resolver, se trate o no de impugnaciones a resoluciones de instancias judiciales similares o superiores.

Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, la competencia a nivel de segunda instancia quedará a cargo del superior, conforme lo señala el Artículo 36° del Código. Aún cuando no se precisa quién es el superior, se entiende, por la naturaleza del derecho involucrado que se trata de la Sala Penal, salvo que en algún momento se opte por un régimen de instancia especializada⁽⁶⁾.

Al igual como ocurre con cualquier otro proceso constitucional de la libertad, la resolución denegatoria de un proceso de Hábeas Corpus, da lugar a la interposición de un recurso de agravio constitucional⁽⁷⁾, que permite la participación del Tribunal Constitucional, según lo veremos más adelante.

b) La competencia judicial en el Proceso de Amparo

El Código Procesal Constitucional retoma en un su Artículo 51° un criterio similar al reconocido en su día por el artículo 29° de la Ley N° 23506 que, tras su posterior modificación legislativa y ulterior declaratoria de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 004-2001-AI/TC) originó incertidumbre (al igual como ocurrió en el caso del Hábeas Corpus) en relación con la competencia en materia del Proceso de Amparo.

Según lo postula el Código, en el dispositivo antes referido, la competencia en materia de Amparo es asumida por el Juez civil, quedando a discreción del demandante decidir entre cualquiera de tres opciones o alternativas; la del Juez del lugar donde se afectó su derecho, la del lugar donde tiene su domicilio el afectado o la del lugar donde reside el autor de la infracción, evidentemente todo ello, en la lógica de favorecer el interés o preferencia de la parte quejosa en la sustanciación de su proceso constitucional.

de la Ley N° 23506 que, reformado por el Decreto Legislativo 900, fue declarado inconstitucional por el mismo Tribunal mediante Sentencia recaída en el Exp. N° 004-2001-AI/TC.

(6) En efecto, en el caso del Hábeas Corpus al igual como del resto de procesos constitucionales de la libertad el Código omite referencias explícitas al tipo de Sala Superior que tendría a su cargo el conocimiento del proceso, lo cual podría suponer la posibilidad de que en algún momento se instituya, sin necesidad de modificar el Código, Salas Especializadas en lo público o más específicamente, en lo constitucional.

(7) La sustitución del actual recurso extraordinario por el denominado «recurso de agravio constitucional» (Artículo 18° del Código) pareciera ser en lo esencial un tema nominal antes que sustantivo, pues el Código *prima facie*, no nos proporciona criterios diferenciales entre ambos mecanismos impugnatorios.

A diferencia de lo que ocurre en el Hábeas Corpus, en el Proceso de Amparo sí rige la regla de los turnos, de acuerdo con la previsión contenida en el Artículo 12° del Código Procesal Constitucional.

Cabe precisar, de otro lado, que en lo que respecta al cuestionamiento de resoluciones judiciales mediante el presente proceso, se han producido algunos cambios que es preciso tomar en cuenta.

En efecto, a diferencia del régimen procesal actual (subsidiariamente integrado por el inciso 4 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435), en el que la demanda es presentada ante la Sala Civil, la que por su parte, encarga su trámite a un Juez de primera instancia en la misma especialidad, para luego resolver la misma Sala como instancia de primer grado y la Sala competente de la Corte Suprema como segunda instancia en caso de apelación. En el modelo implementado por el Código, si bien la demanda de Amparo se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, ésta no le encarga su trámite a un Juez en lo civil, sino que ella misma designa entre uno de sus miembros, al magistrado que ha de verificar los hechos referidos al presunto agravio. Con posterioridad a ello, será la misma Sala en pleno la que resolverá a nivel de primera instancia.

Tras la eventual posibilidad de que contra lo resuelto por la instancia de primer grado, se interponga recurso de apelación, conocerá en segunda y última instancia judicial, el superior inmediato. Aunque el Código, no dice quién es esta segunda instancia, se entiende que se trata de la Sala Competente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Agotada la sede judicial y al igual como ocurre con el Hábeas Corpus, la resolución denegatoria de la demanda podrá dar lugar a un recurso de agravio constitucional, habilitando la posibilidad de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional.

c) La competencia judicial en el Proceso de Hábeas Data y en el Proceso de Cumplimiento

El Código Procesal Constitucional, no contiene reglas de competencia específica respecto de los procesos de Hábeas Data y de Cumplimiento, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en sus Artículos 65° y 74°, respectivamente.

Conforme a dichas previsiones normativas y en tanto el proceso de Hábeas Data y el proceso de Cumplimiento, se tramitan conforme a las disposiciones aplicables al proceso de Amparo; se entiende de conformidad con los artículos 12° y 51° del Código, que son competentes para el conocimiento de los dos procesos aquí mencionados, los jueces civiles de turno del lugar donde se produjo la

afectación del derecho, del lugar donde reside el demandante o del lugar donde reside el demandado, todo ello a elección del demandante.

Bastante improbable sería, pensamos, la posibilidad de que mediante un proceso de Hábeas Data o uno de Cumplimiento, se cuestionara un acto estrictamente jurisdiccional, lesivo de alguno de los derechos tutelables por conducto de dichos procesos. En el caso del proceso de Hábeas Data, pues la eventual vulneración del derecho a la información pública o a la autodeterminación informativa, en el supuesto de estar dirigida contra autoridades judiciales, involucraría su participación más como entes administrativos que como entes de carácter jurisdiccional. En el caso del proceso de Cumplimiento, mucho menos aún, pues conforme disposición expresa del Código, no procede dicho proceso contra resoluciones dictadas por el Poder Judicial y otros órganos jurisdiccionales. En todo caso, somos de la idea de que si a pesar de todo se promoviera un proceso bajo criterios como los aquí descritos, no por ello sería aplicable la disposición del Amparo referida a la competencia especial en el caso del cuestionamiento de actos jurisdiccionales estrictos.

Al igual como sucede en el proceso de Hábeas Corpus y de Amparo, las resoluciones denegatorias de la demanda, permiten el acceso, tras la interposición del correspondiente recurso de agravio ante el Tribunal Constitucional.

d) La competencia del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de la libertad

Como ha sido anticipado, el Tribunal Constitucional es instancia única y especial para conocer de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento en aquellos supuestos en los que la demanda correspondiente haya sido desestimada por el Poder Judicial. Tiene en consecuencia un papel residual que se limita al conocimiento y pronunciamiento de un proceso constitucional de la libertad sólo en la medida en que la sede judicial haya resuelto en forma desfavorable a la pretensión demandada. *Contrario sensu*, si el Poder Judicial resuelve en forma favorable se entiende que el proceso, por lo menos para el Tribunal Constitucional, ha quedado totalmente concluido.

La lógica que maneja el Código es pues exactamente la descrita y creemos que no hubiese podido ser de otra manera, cuando es la propia Constitución Política del Estado la que impone tal criterio de conformidad con el inciso 2) de su Artículo 202°. Por más que determinadas posiciones doctrinarias hayan dirigido sus críticas contra dicha opción⁽⁸⁾, evidentemente no cabía posibilidad alguna de

(8) Nos referimos en lo fundamental a aquellas posiciones que han creído ver en la fórmula descrita una opción discriminatoria o lesiva del principio de igualdad, idea que por cierto, no compartimos, en el entendido de que el proceso constitucional de la libertad supone casi

cambiar el modelo impuesto, salvo que se hubiese optado por modificar la Constitución, lo que sin embargo, tampoco estaría exento de merituación en contrario. En dicho contexto el Artículo 18° que prevé el recurso de agravio constitucional como mecanismo de acceso al Tribunal Constitucional, encuentra su explicación al reconocer sobre el demandante la legitimidad en el ejercicio de dicho medio impugnatorio cuando una demanda ha sido declarada infundada o improcedente.

En la circunstancia de accederse al Tribunal Constitucional, ha de estarse a la lógica prevista en la recientemente promulgada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301⁽⁹⁾ cuyo Artículo 5°, párrafo 4, establece que para efectos del conocimiento de las resoluciones denegatorias de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces de la sede judicial, el Tribunal quedará constituido por dos Salas integradas por tres Magistrados cada una, debiendo resolverse las causas necesariamente con tres votos conformes⁽¹⁰⁾.

Queda claro, por consiguiente, que la competencia a nivel del Tribunal asume matices especiales que no significan la presencia del Pleno como regla general, lo que sin embargo no significa, ni tampoco debe interpretarse, como que no exista la posibilidad de que dicho pleno participe, si lo considera pertinente, en alguna causa de carácter especial, como ha ocurrido muchas veces en la práctica.

Un aspecto que conviene precisar es el relativo al llamado recurso de queja. Aun cuando se sobreentiende que la única forma de acceder al Tribunal Constitucional es mediante el citado recurso de agravio constitucional, el Código Procesal Constitucional ha previsto en su Artículo 19°, un criterio similar al establecido en el Artículo 41° de la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435. Según el mismo, la resolución judicial mediante la cual se deniega el recurso de agravio constitucional, puede dar lugar a un recurso de queja que será interpuesto directamente ante el propio Tribunal Constitucional, el que merituará en su oportunidad si la denegatoria del recurso fue o no sustentada. Si determina que no lo fue y por ende, la declara fundada, automáticamente el Tribunal será competente

siempre una prevalencia de la parte quejosa por encima de la parte emplazada, lo que se trasunta en la presencia de reglas como la aquí descrita y que han sido estructuradas en función de los objetivos tutelares del proceso.

(9) Norma que al igual que el Código Procesal Constitucional entrará en vigencia en diciembre del presente año.

(10) Esta fórmula ya había sido anticipada mediante las Leyes N° 27780 y N° 27850 y en rigor, no requería modificación alguna de la Norma Fundamental, sino que era consecuencia de un desarrollo o perfeccionamiento de su contenido de conformidad con el principio de eficacia normativa de la Constitución. *Cfr.* Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 2ª. edición, Palestra Editores, Lima 2003, págs. 537-538.

para conocer del recurso extraordinario y la causa necesariamente deberá ser remitida a dicho órgano de control constitucional.

Aunque podría especularse que el citado medio impugnatorio, estaría incorporando una variante de competencia no prevista por la Constitución, tal premisa queda desvirtuada si se parte del supuesto que lo que se merita en tales casos no es un recurso rigurosamente autónomo del extraordinario, sino el correcto ejercicio y tramitación de este último.

Una hipótesis, en algo similar a la arriba descrita, aunque esta última no prevista por el Código, puede suceder en aquellos casos en los cuales la resolución emitida por la sede judicial pueda aparecer como formalmente estimatoria, pero sin embargo, resultar a pesar de todo cuestionable para el recurrente.

Aunque el caso no es muy frecuente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, da cuenta de algunos casos en los que pese a tratarse de estimatorios, el Tribunal ha asumido la competencia⁽¹¹⁾, pues ha ocurrido que la declaratoria a favor de la demanda, se ha pronunciado sobre extremos que no fueron materia del petitorio y que por tanto no constituían lo que el demandante realmente venía solicitando mediante el proceso constitucional. En otros casos se ha tratado de estimatorios que no han resuelto nada y que por tanto, no podían originar un estado de cosas favorable al demandante.

En estas últimas hipótesis, tampoco es que el Tribunal Constitucional haya desvirtuado los alcances de competencia que le han sido conferidos por la Constitución y su Ley Orgánica. Simplemente se ha limitado considerar que las resoluciones emitidas no pueden ser consideradas como auténticos estimatorios, por lo que no habiendo resuelto a favor de la parte quejosa, el Tribunal ha procedido a convalidar su competencia y a emitir el correspondiente pronunciamiento.

e) La exclusión del Ministerio Público en los procesos constitucionales de la libertad

Uno de los principales cambios que ha impuesto el Código Procesal Constitucional en relación con el régimen procesal vigente en materia de procesos constitucionales de tutela de derechos, viene representado por la supresión de toda participación del Ministerio Público.

⁽¹¹⁾ Uno de los primeros casos en los que el Tribunal Constitucional apreció dicha circunstancia lo tenemos en el Expediente N° 298-1996-AA/TC. En aquella ocasión el Tribunal llegó a admitir un recurso extraordinario contra una resolución estimatoria considerando, que para que esta pueda ser considerada como tal debe haber satisfecho en su integridad los alcances del petitorio formulado.

En efecto, a diferencia de lo que actualmente se prevé para el caso de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento, en el régimen creado por el Código, el Ministerio Público no puede ni debe participar, pues se asume que el proceso constitucional requiere de una cuota de celeridad y de tutela inmediata, lo que a la luz de la experiencia con la normativa aún vigente no se ha observado⁽¹²⁾.

Sin embargo y aún cuando las cosas han sido consideradas en la forma descrita, resulta contradictorio, por decir lo menos (aunque habría que aclarar que tal contradicción nace en realidad de específicas e inapropiadas modificaciones introducidas durante el iter legislativo) que el mismo Código Procesal Constitucional haya previsto, que en los casos de medidas cautelares tramitadas contra decisiones de los gobiernos locales y regionales, tenga que participar el Ministerio Público (tercer y cuarto párrafo del Artículo 15°). Parece no haberse reparado en que la lógica de este instrumento normativo anda por un lado totalmente opuesto a un temperamento como el aquí señalado. Lo más curioso del caso es que muy a pesar de la consabida y casi forzada participación, esta última termina por convertirse en un trámite absolutamente irrelevante o carente de sentido, si nos atenemos al régimen de actuación anticipada de sentencias estimatorias incorporado recientemente por el Código⁽¹³⁾.

Queda claro, que fuera del supuesto señalado, se ha optado por un modelo que por encima de cualquier circunstancia, privilegia los objetivos tutelares del proceso antes que cualquier perspectiva procedimentalista.

III. LOS PROCESOS EXCLUSIVOS

a) La competencia judicial en el Proceso de Acción Popular

De acuerdo con el Artículo 85° del Código Procesal Constitucional, se establece la exclusividad judicial en el conocimiento del proceso de Acción Popular.

(12) En efecto, lo que ha quedado claramente demostrado a la luz de la experiencia acontecida desde la entrada en vigor de la Ley N° 23506, es que la participación del Ministerio Público en lugar de contribuir a los objetivos de tutela y eficacia del proceso constitucional, en más de las veces ha sido un pretexto para dilatar innecesariamente o más allá de lo debido lo que por su propia naturaleza ha debido merecer un trámite oportuno y fulminante.

(13) Sobre dicha temática nos hemos pronunciado en un reciente trabajo. *Cfr.* «Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el Proceso Constitucional de Amparo» en Castañeda Otsu, Susana; Carpio Marcos, Edgar; Espinosa-Saldaña, Eloy y Sáenz Dávalos, Luis; *Introducción a los Procesos Constitucionales*; Colección Temas de Derecho Procesal Constitucional N° 1, Jurista Editores S.C.R.L., Lima 2004.

Aunque nadie discute que por tradición, es el Poder Judicial el que normalmente ha venido asumiendo la competencia en el conocimiento, trámite y resolución del proceso constitucional referido, habría que precisar (para ser consecuentes con la verdad) que no es esa, en rigor, una fórmula que necesariamente haya sido impuesta desde la propia Constitución.

Algo en lo que muy poco se ha reparado es que a diferencia de lo que algún día se previó mediante la Constitución de 1933 (Artículo 133°); ni la Carta de 1979 ni mucho menos la de 1993, establecieron que la competencia del proceso de Acción Popular sea excluyente del Poder Judicial. Dentro de dicha lógica no hubiese sido nada extraño si previas las reformas del caso, el Código, en lugar de optar por un régimen de exclusividad del Poder Judicial, hubiese preferido en cambio, un régimen de exclusividad a cargo del Tribunal Constitucional. En todo caso, hay que considerar que se trata de una opción legislativa que como tal debe respetarse, aclarando eso sí, que, como se ha anticipado, son razones, más de tradición y de desarrollo histórico que argumentos estrictamente constitucionales los que conducen a considerar a este proceso como propio y exclusivo del Poder Judicial.

Hecha esta salvedad, debe precisarse, que el proceso de Acción Popular, conforme lo prevé el Código, asume dos variantes de tramitación, por lo menos en lo que respecta a la forma de su interposición. Ello por de pronto significa, que existe un doble tratamiento procesal: Cuando se trata de normas de carácter regional o local, la competencia recae en la Sala correspondiente, por razón de la materia, de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor (inciso 1, del Artículo 85°). En los demás casos (por ejemplo, normas reglamentarias de carácter general) la competencia recae en la Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima (inciso 2, del Artículo 85°)⁽¹⁴⁾.

Por otra parte, cabe precisar que al interior del presente proceso rige la regla de las instancias, lo que significa que lo resuelto por la Sala correspondiente a nivel de primera instancia, puede ser recurrido mediante apelación ante la Corte Suprema de la República, quien a través de su Sala Constitucional y Social habrá de emitir la sentencia de segunda y definitiva instancia conforme lo establece el Artículo 93° del Código Procesal. Cabría eso sí, puntualizar que, en los casos en que lo resuelto en primer grado, tenga sentido estimatorio, de todos modos intervendrá la Corte

⁽¹⁴⁾ Este doble tratamiento se ha venido dando desde el esquema procesal planteado por la todavía vigente Ley Reguladora del Proceso de Acción Popular N° 24968. Al respecto *vid.* el trabajo de Danós Ordóñez, Jorge, «La garantía constitucional de la Acción Popular»; en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 4, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990, págs. 166-167.

Suprema, aún cuando en tales supuestos, lo hará a través de un régimen de consulta, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 95° del mismo cuerpo normativo.

Por lo demás y como ya ha sido anticipado, este proceso se inicia y concluye en el Poder Judicial, no existiendo posibilidad alguna de participación del Tribunal Constitucional, salvo de manera indirecta, en aquellos supuestos en los que los procesos de Acción Popular se sustenten en normas respecto de las cuales se ha interpuesto demanda de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que dará lugar a la suspensión en el trámite del proceso aquí comentado, hasta que el Supremo Intérprete de la Constitución se pronuncie en forma definitiva, conforme la previsión contenida en el Artículo 80° del mismo Código.

b) La competencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes

No sólo por tradición⁽¹⁵⁾, sino porque así lo establece directamente el inciso 1) del Artículo 202° de la Constitución, el Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes es competencia excluyente del Tribunal Constitucional.

En el ejercicio de dicha competencia, conforme lo previsto en el Artículo 98° del Código, el Tribunal actúa como única y definitiva instancia, lo que en buena cuenta supone un proceso atípico, donde por la naturaleza y magnitud de la controversia sometida a su conocimiento y las características especializadas del órgano resolutor, no existe ni se hace exigible el régimen de instancia plural.

Cualquier eventual cuestionamiento que pudiera hacerse respecto de la forma en que se ejerce dicha competencia, queda enervado si se toma en consideración, que el Tribunal actúa bajo tales circunstancias, en sesiones de Sala Plena conforme lo establece el primer párrafo del Artículo 5° de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, lo que supone, cuando menos, la presencia de cinco magistrados.

Tratándose, por consiguiente, de una competencia asumida dentro de la estructura de un Colegiado bastante amplio, que dicho sea de paso, podría ser hasta de siete magistrados, si así lo estima pertinente el Tribunal, queda claramente justificado el régimen especial comentado.

(15) Obviamente no hablamos de tradición en el sentido estricto del término, habida cuenta de los pocos años en que viene funcionando un Tribunal Especializado en nuestro medio. Sin embargo, si nos atenemos al *status* competencial del actual Tribunal Constitucional y de su predecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Carta de 1979, queda claro que en todo momento el proceso de Inconstitucionalidad de las leyes ha sido competencia rigurosamente exclusiva de tal órgano de control constitucional.

c) **La competencia del Tribunal Constitucional en el Proceso Competencial**

El llamado Proceso Competencial es otra de las atribuciones excluyentes del Tribunal Constitucional, conforme lo establecido en el inciso 3) del Artículo 202° de la Constitución y lo ahora previsto por el Artículo 109° del Código Procesal Constitucional.

En el ejercicio de dicha competencia se reitera un criterio similar al establecido para el Proceso de Inconstitucionalidad, que pasa por asumir el conocimiento de dicho proceso en instancia única y especializada.

Lo que en todo caso aún no nos queda muy esclarecido, y digámoslo en verdad, tampoco está suficientemente preciso, en el régimen procesal actualmente vigente, es el modo cómo el Tribunal Constitucional encamina la consabida competencia a los efectos de conocer y resolver este tipo de procesos.

En efecto, ni en el Código Procesal Constitucional ni en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional existe disposición expresa que de modo directo establezca cuál es el número de magistrados que habría de requerirse para admitir, tramitar y expedir sentencia en el Proceso Competencial.

Lo que se tiene, en primer término, es una disposición como la contenida en el primer párrafo del Artículo 5° de la nueva Ley Orgánica antes señalada, que (reiterando un criterio similar al establecido en el Artículo 4° de la todavía vigente Ley N° 26435) establece por un lado que el quórum del Tribunal es de cinco de sus miembros, y que el mismo órgano en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de una demanda de Inconstitucionalidad o para dictar sentencia en el mismo tipo de proceso, en que se exigen cinco votos conformes.

Se tiene en segundo término, el cuarto párrafo del mismo Artículo 5°, que, como ya se advirtió en otro momento, instaura el régimen competencial de Salas para el conocimiento de los procesos constitucionales de la libertad denegados en la vía judicial, caso en el cual se exigen tres votos conformes.

Pues bien, el caso es que si conforme a las disposiciones glosadas el quórum del Tribunal es de cinco magistrados y no se exige dicha mayoría sino para los procesos de Inconstitucionalidad, se presume que en el más pequeño de los casos y en la hipótesis de formarse la Sala Plena con la presencia de cinco magistrados (que como se reitera, es el quórum para que el Tribunal opere en Sala Plena), bastaría una mayoría simple para resolver⁽¹⁶⁾, con lo cual, tres de los cinco magistrados podrían

⁽¹⁶⁾ Fue similar razonamiento el que permitió durante la etapa que el Tribunal Constitucional funcionó con sólo cuatro de sus Magistrados (situación delicada, pero que en la práctica ocurrió) que se pudieran conocer y resolver las demandas sobre conflictos de competencia.

hacer sentencia, lo que en alguna forma y por la vía indirecta acercaría el régimen del proceso competencial al de los procesos constitucionales de la libertad.

En todo caso dicha situación podría cambiar si la Sala Plena se conforma por los siete magistrados. En tales circunstancias, la mayoría simple estaría dada por cuatro de ellos, y sería tal el número con el que se procedería a conocer y resolver el proceso correspondiente.

Cabría sin embargo, una segunda forma de interpretar las cosas. Si no existe, como en efecto ocurre disposición expresa que determine el número de magistrados para el Proceso Competencial, podría acudirse al segundo párrafo del Artículo 112° del Código Procesal según el cual, dicho procedimiento se sujeta, en cuanto sea aplicable, a las disposiciones que regulan el Proceso de Inconstitucionalidad.

En circunstancias como las descritas, podría pensarse que en tanto, el quórum para sentenciar en los procesos de Inconstitucionalidad es de cinco magistrados sería también dicha cantidad la que presuntamente se exigiría para el Proceso Competencial.

Creemos no obstante, que de las dos interpretaciones esbozadas, la más viable sería la primera. Por otra parte, tal conclusión se vería reforzada si se apela al principio de elasticidad contenido en el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código.

En cualquier circunstancia queda claro sin embargo que en el conocimiento del Proceso Competencial, es la Sala Plena del Tribunal y no simplemente una Sala Ordinaria quien asume la competencia.

IV. UN CASO ESPECIAL: LA COMPETENCIA DEL PODER JUDICIAL Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO

Aunque es evidente que el control difuso no es un Proceso Constitucional, en el sentido estricto del término, sino una atribución habilitada al interior de cualquier tipo de proceso, vale la pena detenerse brevemente en lo que el Código Procesal Constitucional ha previsto sobre el particular.

Por supuesto que habría que anticipar que lo que dicha herramienta normativa establece sobre tal extremo, es un tratamiento aplicable al ámbito de los procesos constitucionales, sin dejar de reconocer que también existe, sin que ello sea materia de nuestro estudio, un tratamiento aplicable al ámbito de los procesos ordinarios⁽¹⁷⁾,

(17) *Cfr.* Palomino Manchego, José F., «Control y Magistratura Constitucional en el Perú» en Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, págs. 287-289.

previsto en el Artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo N° 017-93-JUS) y que, como es bien sabido, difiere en algunos aspectos, en los que ahora no es tan preciso detenerse⁽¹⁸⁾.

En el esquema diseñado por el Código, y que teóricamente ha debido estar orientado para todos los mecanismos de defensa de la Constitución, parece haberse dado, sin embargo, un trato preferente a los procesos constitucionales de la libertad, omitiendo de alguna forma, la posibilidad de dejar asentadas ciertas pautas (creemos que necesarias) para el caso de los procesos constitucionales orgánicos.

En efecto, en materia de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento, el Artículo 3° del Código ha venido a reiterar en cierta medida la misma fórmula prevista actualmente en el Artículo 3° de la Ley N° 23506. Según esta última, cuando la invocación de una amenaza o violación de derechos tenga como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá adicionalmente la inaplicabilidad de la misma.

Dicha disposición, por otra parte, debe concordarse con el Artículo VI del Título Preliminar del mismo Código, cuyo texto prevé que cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

En la lógica de los dispositivos glosados, lo dicho quiere significar que, para efectos de ejercer el llamado control difuso, durante la secuela de un proceso constitucional de la libertad, es cualquier Juez o Tribunal, el que por iniciativa propia, se encuentra habilitado al efecto sin que exista ninguna regla de subordinación o fiscalización al superior jerárquico, salvo la proveniente del propio sistema de recursos impugnatorios. Bajo tales circunstancias y en tanto que la técnica del control difuso es una opción de toda autoridad jurisdiccional, los únicos límites impuestos sobre la misma se encuentran condicionados a la relevancia que pueda tener su ejercicio en la dilucidación de la controversia y a la necesidad de observar el criterio interpretativo de presunción de constitucionalidad que impone el uso de la consabida facultad, sólo para casos absolutamente necesarios o imprescindibles.

Ciertamente podría decirse que la anteriormente citada regla del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene alcances generales y que por

⁽¹⁸⁾ No obstante lo cual, se ha venido discutiendo durante buen tiempo, si el régimen normativo aplicable al control difuso en los procesos ordinarios, sería el mismo que el correspondiente a los procesos constitucionales. Sobre el particular: Eguiguren Praeli, Francisco, *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, págs. 372-373.

tanto, permitiría el reconocimiento del control difuso como técnica de control de todo tipo de procesos constitucionales. Ello por otra parte, podría quedar ratificado a la luz de lo dispuesto en la Disposición Final Segunda de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece que los Jueces y Tribunales inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

Sin embargo, si nos atenemos a la idea de explicitud que suelen exigir los operadores del Derecho, casi por una tradición inveterada⁽¹⁹⁾, seguimos pensando que hubiese sido preferible una disposición expresa en el Código tendiente a establecer la procedencia y (sobre todo) los alcances del control difuso en los procesos constitucionales de carácter orgánico. Dicha consideración se basa, en el hecho de que tal opción sigue siendo objeto de controversias⁽²⁰⁾ que no permiten definir con claridad cual es el escenario en el que deben operar los órganos legitimados para el conocimiento de tales procesos.

En lo personal, creemos que el uso del control difuso al interior de los procesos constitucionales orgánicos, podría darse en aquellos supuestos en los que se trata de normas de procedimiento susceptibles de aplicación dentro de dichos procesos. Si tales disposiciones (por ejemplo las contenidas, en el mismo Código Procesal Constitucional, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, o en normas supletorias como la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil, etc.) impidieran de alguna forma un pronunciamiento sobre los temas de fondo, somos del criterio, que podría determinarse su inaplicabilidad mediante el uso de la técnica comentada.

Por el contrario, no nos parece muy convincente (a pesar que existen algunas posiciones en contrario) la posibilidad (tan debatida años atrás a raíz de un célebre caso ventilado ante el Tribunal Constitucional)⁽²¹⁾ de aplicar la técnica del control difuso como opción sustitutoria de los temas de fondo.

(19) Tradición con la que por muchas razones no estamos de acuerdo, pero que reconocemos como parte de los usos y costumbres propios de nuestros magistrados.

(20) Hasta la fecha no existe unanimidad en la doctrina acerca de la posibilidad de o no de ejercer el control difuso al interior de los procesos constitucionales orgánicos. Al respecto puede verse dos posiciones distintas en Quiroga León, Aníbal, «Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano»; en Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 50, Lima, Diciembre de 1996, págs. 222-223; Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, págs. 275-281.

(21) *Cfr.* el recordado caso de la sentencia de inaplicabilidad sobre la Ley de Interpretación Auténtica (Exp. N° 002-96-AI/TC) y el debate suscitado sobre los alcances del control

En cualquier caso, nos parece que al haberse guardado silencio sobre la definición de estos temas, la jurisprudencia tendrá una ardua tarea delimitadora en los próximos tiempos.

Lima, octubre del 2004.

difuso en dicho proceso. Ello no obstante, dejamos en claro que la controversia por entonces planteada, de ninguna manera justificaba la reacción política en la que se culminó (destitución de tres de los magistrados del Tribunal Constitucional) ni tampoco ni mucho menos el grotesco proceso de Amparo instaurado contra la citada sentencia del Tribunal Constitucional, zanjado, como bien se conoce, mediante irregular pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia.

HUMBERTO UCHUYA CARRASCO

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

HUMBERTO UCHUYA CARRASCO (*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Principios de los derechos humanos. **III.** La etapa de ausencia de la interpretación del Derecho Constitucional. **IV.** La incorporación de la interpretación al Derecho Constitucional. **V.** Principios de interpretación de la Constitución y la interpretación de los derechos constitucionales. **VI.** A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Ha quedado establecido doctrinaria e históricamente que en las sociedades basadas en el principio de la igualdad, que genera el desorden, el poder político es constituido, porque no es algo natural, sino artificial; toda vez que es producto de una etapa cultural del hombre, que establece un orden mediante una Constitución Política ⁽¹⁾.

Thomas Paine en *The Rights of Man* dijo: «Una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución.

(*) Profesor de Derecho Constitucional General y Derecho Constitucional Peruano en la de la Universidad Nacional «San Luis Gonzaga» de Ica. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

(1) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, Barcelona. España, 2000, pág. 95 dice que aquí es donde radica la diferencia del término Constitución en la literatura política de la Antigüedad clásica, tardomedieval y moderna y el concepto de Constitución tal como se utiliza en el siglo XVIII para hacer referencia a la Constitución Política del Estado. En la teoría política preestatal el término pertenece al mundo del ser, es un término descriptivo. En la teoría política estatal el término pertenece al mundo del deber ser, es un término prescriptivo.

La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno». La Constitución Federal de los Estados Unidos es también expresiva al decir: «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos,... ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América».

Actualmente, la Constitución Política de las sociedades igualitarias, tienen dos partes muy diferenciadas: una dogmática y otra orgánica. La primera de ellas, consagra los derechos humanos y la segunda estructura al Estado.

El reconocimiento de los derechos humanos y sus manifestaciones en declaraciones ecuménicas de carácter político y jurídico se han ido concretando y precisando, a través de la historia, hasta constituir un testimonio de progreso de la conciencia moral de la humanidad ⁽²⁾.

Este incesante avance en la evolución afirmativa de respeto y protección a la persona humana, ha transitado por tres etapas generacionales: La denominada Primera Generación, estatuida mediante declaraciones inherentes a la libertad individual propiamente dicha, como la de no ser detenido arbitrariamente, de libre tránsito, derecho a la propiedad, a la libertad de comercio, etc. La Segunda Generación que surge en los albores del siglo XX, como consecuencia de la gran revolución industrial y tecnológica que produjo un cambio social y económico trascendente; y con ello, aparece el derecho a la seguridad social, a la salud, a la protección de la mujer y a los niños, etc. La Tercera Generación, caracterizada por la protección de los llamados derechos supra-individuales; esto es, los derechos que trascienden la individualidad de la persona humana, que van más allá del individuo, como, por ejemplo, vivir en un ambiente adecuado, calidad de vida, etc. Ello no obstante, también se habla de derechos de Cuarta Generación ⁽³⁾.

(2) Carruitero Lecca, Francisco y Soza Mesta, Hugo, *Medios de Defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional*. Lima-Perú, Jurista Editores, 2003. Afirman ambos autores que: «la lucha contra la injusticia quizá sea tan antigua como el hombre mismo, documentos de muy diferentes culturas, se refieren a sanciones que se aplicaban a conductas consideradas injustas o indignas, según el núcleo de valores que identificaba a cada pueblo».

(3) Pacheco, Máximo, «Los Derechos Fundamentales de la Persona», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, San José de Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, 1995, T. II, pág. 72, reconoce la participación del cristianismo en el logro del reconocimiento de los derechos humanos, al afirmar que éste proceso no ha sido espontáneo ni permanente, sino consecuencia de una lucha del hombre por superarse; se ha traducido en una ampliación del número y contenido de éstos derechos y en una expansión en el campo personal y territorial de su vigencia y protección jurídica. La dignidad de hombre y el reconocimiento de sus derechos fundamentales tienen en el cristianismo, su más trascendente afirmación. La Biblia expresa: Creé pues, Dios al hombre a imagen suya, a imagen de Dios lo creó, y los creó varón y hembra. Formó pues, el señor Dios al hombre del lodo de la tierra, e inspiró en el rostro un soplo

Antonio Pérez Luño, respecto a los derechos inherenciales de la persona humana, afirma que, se pueden encontrar tres tipos de definiciones de derechos humanos: ⁽⁴⁾

- A) Tautológicas. No aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Una definición tautológica muy repartida en la doctrina es la que afirma que «los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre».
- B) Formales. No especifican el contenido de los derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Ejemplo de definición formal es la que afirma que «los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado».
- C) Teleológicas. En ellas se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones. Una definición teleológica es la que dice que «los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización».

Además, Pérez Luño agrega un cuarto tipo de definición a la cual se le puede denominar descriptiva, al enmarcar a los derechos humanos como «un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional».

Sin embargo, como dice Gregorio Peces-Barba: «Los derechos aparecen normalmente enumerados en las constituciones, sin que se especifique cuál es su significado concreto», motivo por el cual, corresponde a los operadores jurídicos esa

de vida, y quedó hecho el hombre viviente con alma racional. Génesis: capítulo 1 y 2. Esta doctrina obtiene aún mayor significación en el Nuevo Testamento, en el cual se proclama que Jesucristo, hijo de Dios, es el redentor de todos los hombres y de todos los pueblos. En los siglos posteriores el pensamiento cristiano, tanto patrístico con San Agustín como el escolástico con Santo Tomás de Aquino, utilizando elementos de la especulación filosófica y jurídica griega y romana, creo una doctrina sobre los Derechos Humanos. A partir del Renacimiento, los múltiples problemas jurídicos, políticos y sociales obligaron a los pensadores cristianos a elaborar, particularmente en el siglo XVI, una doctrina actualizada sobre la persona y sus derechos. La doctrina de la Iglesia Católica, en materia de Derechos Humanos, se ha desarrollado ampliamente en los siglos XIX y XX, especialmente con las Encíclicas de los Papas León XIII, Pío XII, Juan XXIII, Pablo VI y Juan Pablo II y, con el Concilio Vaticano II.

⁽⁴⁾ Pérez Luño, Antonio. «Delimitación conceptual de los Derechos Humanos», págs. 17-18.

afirmación: «En primer lugar, al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el Derecho. Los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del ordenamiento, al constituirse en norma básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado a estas figuras, en papel de la interpretación es clave»⁽⁵⁾.

Gustavo Zagrebelsky, aclara que «la interpretación jurídica es una actividad eminentemente práctica, en el sentido de que procede de casos prácticos y tiene como finalidad su resolución». Al respecto, Edgar Carpio Marcos, citando a Francisco Rubio Llorente, afirma que: «si las implicancias de su interpretación en la vida estatal han advertido la necesidad de prestar una atención especial a los criterios que se utilizan en la interpretación de los derechos, la interpretación misma termina convirtiéndose en un auténtico problema jurídico cuando con ella se zanján dudas en torno a la descifración de los alcances y restricciones a los que están sometidos los derechos esenciales, es decir, cuando se esclarece los límites jurídicos a los cuales están sujetos los poderes públicos y los propios particulares en las relaciones *inter privatos*»⁽⁶⁾.

Agrega, asimismo, Carpio Marcos, que aun cuando la identificación de muchos criterios específicos de interpretación no haya estado asociada con el establecimiento de instrumentos procesales destinados a hacerlos efectivos, es evidente que su problemática adquiere toda su virtualidad en el seno de éstos. Los procesos constitucionales, así, terminan por convertirse en el escenario privilegiado donde se desenvuelve la interpretación de los derechos fundamentales. Y es que, cuando un Tribunal Constitucional o cualquier Juez pretende protegerlos, debe proceder en su actuación interpretadora a una definición de contenido, resolviendo conflictos que su observancia pueda implicar en cada caso concreto. Ahí radica la importancia de la interpretación de los derechos humanos.

II. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Francisco Carruitero Lecca citando a Máximo Pacheco, en la obra *Medios de Defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional* afirma, que los Derechos Humanos responden a los siguientes principios:⁽⁷⁾

(5) Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Universidad Carlos III-BOE. Madrid. España 1995, págs. 577-578.

(6) Carpio Marcos, Edgar. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*. Palestra Editores, Serie de Derechos y Garantías, Lima-Perú, 2004, págs. 18 y 19.

(7) Carruitero Lecca, Francisco y Soza Mesta, Hugo. *Medios de Defensa de los Derechos Humanos en el Sistema Internacional*.

1. Universalidad

El solo hecho de ser, hace al hombre detentador de derechos frente a otros hombres o sus respectivas instituciones representativas; son patrimonio de todo ser humano sin importar ninguna de las características accidentales de su persona.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1º, establece que los Derechos Humanos comprenden a todos los seres humanos, haciendo aquí una precisión importante: La Declaración utiliza un término absoluto al referirse al género humano en su conjunto, por lo cual no cabe considerarlo parcialmente.

2. Imprescriptibilidad

La existencia de los derechos humanos no ha de extinguirse nunca, ya que al ser consubstanciales a la naturaleza humana, tendrán vigencia en tanto existan seres humanos.

3. Irrenunciabilidad o inalienabilidad

Los derechos humanos, como son de naturaleza óntica, no es posible renunciar a ellos, así como no es posible renunciar a ser un humano. Por su parte la inalienabilidad de los derechos humanos reside en el que –al hallarse más allá de la esfera de manipulación del hombre– le es imposible disponer arbitrariamente de ellos.

4. Inviolabilidad

Este principio se patentiza por la naturaleza irreductible y siempre vigente de los derechos humanos frente a todo poder, grupo o individuo, resaltando la necesidad de protegerlos y garantizarlos en toda circunstancia y en todo momento, sin subordinarlos ni mediatizarlos. Si los derechos humanos se subordinan a un limitado y amoral poder del Estado y se impone una doctrina de la seguridad del Estado, los derechos humanos se vaciarían de contenidos.

5. Efectividad

Los derechos humanos no son aspiraciones o formulaciones principistas, por lo cual demandan su respeto y positivización por parte de la sociedad y el orden jurídico. Por ello, la sociedad debe responder efectivamente a las demandas de sus integrantes, pues ello hará posible su propia existencia.

6. Su trascendencia a la norma positiva

Los derechos humanos no requieren estar reconocidos expresamente por la legislación interna de un Estado para que sus ciudadanos se vean protegidos a nivel internacional por dichas normas. Además, aún cuando el Estado mismo no sea parte de los Pactos y Declaraciones que confieren dichos derechos, la comunidad internacional no duda hoy en considerar a los derechos humanos como una *opinio juris*, es decir, se encuentran convencidos de su necesaria práctica más allá del hecho de que se encuentren o no efectivamente positivizados. El jurista Máximo Pacheco sostiene que trascienden a los ordenamientos jurídicos nacionales, esto es, son internacionales. Por consiguiente, no obsta a su pleno reconocimiento y eficacia cualquier soberanía nacional que pretenda enervarlos.

7. Su interdependencia y complementariedad

Los Derechos Humanos son un complejo integral e interdependiente, por lo que su real protección demanda, además, hacer ciertamente posible la realización de los derechos civiles y políticos, tanto como los económicos, sociales y culturales.

Al respecto, los comentaristas refieren que las Naciones Unidas reconocieron este principio en la Resolución de la Asamblea adoptada en 1977 sobre los criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en cuya parte resolutive dice que el enfoque de la labor futura del Sistema de las Naciones Unidas, respecto de las cuestiones de Derechos Humanos, deberá tener en cuenta los conceptos siguientes: *a)* Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; y *b)* deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos como a las económicas, sociales y culturales.

8. La igualdad en derechos

Los derechos humanos protegen en igual medida todo ser humano, por lo que hay una identidad absoluta de derechos en todas y cada una de las personas. Este principio que negativamente podemos enunciar como el de no discriminación se halla en la base misma de la concepción de estos derechos; así, el primer, considerando del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: Considerando que la libertad, la justicia y la paz del mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana.

El corolario del principio de igualdad de derechos es la no discriminación o trato desigual entre quienes merecen igual trato, por ningún motivo.

9. La corresponsabilidad

Como consecuencia de lo anterior, todos somos responsables en forma individual y colectivamente frente al sujeto titular de estos derechos. Debe entenderse que sólo asumiendo una responsabilidad individual y colectiva frente al individuo y la humanidad toda, será posible que los derechos humanos tengan plena vigencia en la sociedad.

Ahora bien, después de haber enunciado y glosado sucintamente los principios de los derechos humanos, debemos precisar que la cuestionada *sociedad de la igualdad* ha desarrollado derechos fundamentales, que según el jusnaturalismo se encuentran vigentes, aún antes de su positivación. Al respecto, Ronald Dworkin afirma que: «en el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el Juez –de acuerdo con esa teoría– tiene *discreción* para decidir el caso en uno u otro sentido. Esta opción supone, aparentemente, que una u otra de las partes tenían un derecho preexistente a ganar el proceso, pero tal idea no es más que una ficción. En realidad, el Juez ha introducido nuevos derechos jurídicos que ha aplicado después, retroactivamente, al caso que tenía entre manos», a lo cual agrega que «mi argumento será que, aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del Juez, incluso en los casos difíciles, encubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos»⁽⁸⁾.

III. LA ETAPA DE AUSENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Hubo una etapa de la evolución de los derechos fundamentales, en la cual la interpretación de la Constitución no formaba parte del Derecho Constitucional, para esto basta consultar diversos tratados del siglo XIX y de los primeros decenios del siglo XX, todo ello basado en el principio de soberanía parlamentaria, importado de Inglaterra hacia el mundo, y que tenía como sustento, que si el Parlamento es totalmente soberano y no hay límites jurídicos para su manifestación de su voluntad, la Constitución sólo puede tener una interpretación política: la que hace el Parlamento al dictar una ley. Se concebía en aquel entonces, que la Constitución es un documento político que está a disposición de legislador, que lo interpreta políticamente, porque es de la única manera que un Parlamento puede hacerlo.

⁽⁸⁾ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio. Los casos difíciles*, Barcelona, Ariel, 1989, Capítulo 4, págs. 146-177.

En esa etapa, la Constitución quedaba fuera del mundo del Derecho y, por lo tanto, si no formaba parte del Derecho, no era posible realizar una interpretación jurídica, sino política de la misma.

Al respecto, Javier Pérez Royo precisa que: «Mientras el fundamento político del ordenamiento jurídico sea el principio de soberanía parlamentaria, la ley, como norma primaria e incondicionada, será la máxima expresión del mismo. Para definir esta posición de la ley en el ordenamiento fue para lo que se acuñó la expresión *fuerza de ley*, que ha dominado el sistema estatal de fuentes del Derecho hasta la afirmación de la Constitución como norma jurídica». Agrega, «la ley era fuente irresistible para las demás normas (fuerza activa) y resistente a todas ellas (fuerza pasiva). En este principio se han asentado todos los ordenamientos europeos desde principios del XIX hasta bien entrado el siglo XX»⁽⁹⁾.

Asimismo, añade que: «en un universo jurídico presidido por tal principio, no hay sitio para la interpretación jurídica de la Constitución. Como una sociedad no se plantea un problema hasta que no está en condiciones de resolverlo y como los juristas son proclives a plantearse problemas imaginarios, se comprenderá fácilmente por qué la interpretación de la Constitución ha estado ausente del mundo del Derecho durante siglo y medio»⁽¹⁰⁾.

Es decir, mientras para el mundo del Derecho, se consideraba que sin interpretación no hay Derecho, esto es, no hay Derecho que no exija ser interpretado, pues la interpretación es la sombra que acompaña al cuerpo y, por lo tanto, ningún cuerpo se puede liberar de su sombra, en razón de que la tarea del jurista es interpretar normas, mediante el uso de una forma de razonar específica y de un sistema de conceptos, que permitan encontrar en una norma, o en un conjunto normas, la respuesta al problema que somete a análisis de desentrañamiento; la Constitución no requería ser interpretada, porque no formaba parte del derecho de la sociedad de la igualdad.

Por esta razón, hemos tenido que esperar hasta la sustitución del principio de la soberanía parlamentaria por el de *soberanía popular*, es decir, hasta que la interpretación de la Constitución forme parte del Derecho Constitucional, en razón de que, si la soberanía popular se expresa a través del Poder Constituyente en una Constitución que es norma jurídica, la interpretación de esta no pude dejar de ser tomada en cuenta.

Esto es, si la Constitución no es norma jurídica, no cabe la interpretación de ella. Pero, si la Constitución es norma jurídica, entonces, sí requiere ser interpretada.

(9) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, pág. 134.

(10) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, pág. 134.

Esta etapa, abarcó el primer y segundo período de constitucionalización mencionado por André Hauriou, que empieza con la Independencia Americana de 4 de julio de 1776 y la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la Revolución Francesa de 1789 y la Constitución de 1791 y abarca hasta la Revolución de 1830; la segunda que empieza en la revolución antes mencionada y llega hasta la Constitución de Weimar; y, la primera etapa del tercer período, esto es, hasta después de la segunda guerra mundial⁽¹¹⁾.

IV. LA INCORPORACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL

La afirmación del principio de soberanía popular trajo consigo que la sociedad de la igualdad, incorporase la interpretación de la Constitución al Derecho Constitucional, con la salvedad que la interpretación de la ley difiere de la interpretación de la Constitución, la cual solo puede hacerse sobre la base de tres criterios: uno objetivo (la operación tiene que ser diferente porque así lo exijan las características de las normas), otro subjetivo (por la diferencia de los intérpretes) y teleológico (por ser distinta la finalidad que se persigue). Luego, es necesario escudriñar estos tres criterios para ver si verdaderamente existen diferencias.

A) Criterio objetivo

En primer lugar, la Constitución tiene existencia propia, pues ésta es al mismo tiempo concepto y norma real y efectiva que se publica y, por lo tanto, que se siente, se ve y se toca. En cambio, la ley no tiene existencia propia, pues si bien existe como concepto, no existe como norma real y efectiva, es decir, en el ordenamiento jurídico no existe, pues existe un Código Civil, Código Penal, Código de Comercio, etc.

En segundo lugar, la Constitución no expresa regularidad alguna de comportamientos individuales, como si lo es la ley, pues, mientras la Constitución no es otra cosa que un cauce para que la sociedad de la igualdad viva con un mínimo de seguridad; la ley es la expresión de la regularidad de los comportamientos de los individuos en sus relaciones sociales.

En tercer lugar, mientras la Constitución se limita a reconocer y garantizar derechos y libertades para que los ciudadanos convivan en una sociedad igualitaria, bajo el principio de un *derecho de mínimos*, la ley es un *derecho de máximos*, porque la ley prescribe que tipo de conductas son las aceptables para la sociedad y cuales de ellas no lo son⁽¹²⁾.

(11) Hauriou, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ariel, Barcelona, España, 1971, págs. 98, 99, 100, 101 y 102.

(12) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, págs. 137, 138, precisa, que «La ley y la Constitución, en cuanto normas jurídicas, son pues, completamente diferentes, La

B) Criterio subjetivo

In limine diremos que la ley es una norma destinada a ser interpretada en principio por todos los ciudadanos. El Art. 38 de nuestra Carta Política, al ordenar imperativamente que: «Todos los peruanos tienen el deber de ... respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación», obliga a los ciudadanos a conocer las leyes, precisamente, por formar parte del ordenamiento jurídico, motivo por el cual, el ciudadano está realizando en forma continua interpretaciones respecto de diversas operaciones jurídicas en razón de que el Juez lo que hace es verificar en caso de conflicto, cuál de las interpretaciones de las partes procesales es la que mejor encaja a la norma. Prueba de ello, es que el Inc. 8 del Art. 139 de nuestra Constitución Política, aunque impreciso, impone como principio de integración de la ley de la función jurisdiccional la de: «no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del Derecho y el derecho consuetudinario». El Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil prescribe que: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, lo que inspiran el derecho peruano».

En cambio, la Constitución, tiene intérpretes privilegiados. En tal situación Pérez Royo afirma que: «La Constitución no es una norma destinada a ser interpretada por los ciudadanos y a que dicha interpretación sea «verificada» por los jueces. Al contrario, la Constitución es el marco dentro del cual los ciudadanos se mueven para interpretar la ley. En su interpretación de la ley la que controlan eventualmente los jueces. La interpretación de la Constitución camina básicamente por otros derroteros».

«El primer intérprete de la Constitución, con mucha diferencia, es el legislador. El legislador es el intérprete normal ordinario, de la Constitución. En consecuencia, la Constitución es una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. El Parlamento es un órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: en clave política. Y además es un intérprete privilegiado, en la medida en que es el representante democráticamente

ley existe en forma de múltiples leyes, que son expresión de la regularidad de los comportamientos de los individuos en las más diversas esferas de la vida social y que tienen una estructura material normativa caracterizada por la fijación de un presupuesto de hecho hipotético al que se anudan consecuencias jurídicas». Agregando, que: «La Constitución, por el contrario, es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales y cuya estructura normativa no supone la tipificación de ninguna conducta a la que se anuden consecuencias jurídicas de ningún tipo».

elegido de los ciudadanos y expresa, por lo tanto, la *voluntad general*. Justamente por eso, su interpretación es forma de ley se impone a toda la sociedad» dice Pérez Royo.

El segundo intérprete privilegiado es el Tribunal Constitucional, o Supremo Intérprete de la Constitución, al decir de Edgar Carpio Marcos, el cual: «es el único que puede revisar la interpretación de la Constitución efectuada por el legislador. Y únicamente puede hacerlo jurídicamente, es decir, únicamente puede controlar la ley, pero nunca la motivación política que condujo al legislador al dictarla», como agrega Pérez Royo ⁽¹³⁾.

C) Criterio teleológico

La finalidad de la interpretación jurídica es hacer justicia, esto es, encontrar la mejor de las soluciones posibles; pues, como quiera que el legislador no ha podido prever todas las circunstancias que pueden concurrir en cada caso fijado en una ley, hay que encontrar el mejor encaje posible del caso concreto en ella.

La finalidad de la interpretación de la Constitución es otra, pues, como afirma Pérez Royo: «La interpretación mejor de la Constitución es, por hipótesis, la que hace el legislador. El criterio de interpretación mejor o peor es un criterio exclusivamente político. Es la sociedad a través de sus representantes la que decide cuál es la mejor interpretación de la Constitución. Y porque considera que es la mejor, es por lo que la sociedad elige una determinada mayoría parlamentaria y ésta aprueba las normas que considera adecuadas a las preferencias políticas manifestadas por los ciudadanos en las urnas». Agrega, a su vez, que: «La Constitución opera *como un límite* para dicha interpretación y tiene, por tanto, que ser interpretada en cuanto tal. La interpretación efectuada por el legislador no tiene por qué ser la mejor desde una perspectiva racional. El Tribunal Constitucional puede considerar que no es la mejor, ni la que mejor responde a la letra y al espíritu de la Constitución. Y sin embargo, si la interpretación cabe dentro de la Constitución, dicha interpretación no debe ser anulada, la ley tiene que ser declarada constitucional», precisamente, porque la Constitución es un derecho de mínimos y no de máximos ⁽¹⁴⁾.

Luego, estando claro que la operación de interpretar la ley y la Constitución son distintas por el objeto, por el intérprete y por la finalidad que persiguen, es lógico inferir que el ingreso de la interpretación de la Constitución al Derecho Constitucional se produjo en la segunda mitad del siglo XX, llegando a tener un

(13) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, pág. 139.

(14) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, pág. 139.

gran auge a finales del siglo pasado y en el presente, a tal punto que forma parte especial del estudio del Derecho Constitucional.

V. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Para la interpretación jurídica, esto es, para el mundo del Derecho, mas no del Derecho del cual proviene el resto del Derecho, Savigny estableció determinada reglas, las cuales son las siguientes:

- V.1. La interpretación *gramatical*, que se basa en el texto de la norma, esto en su redacción literal y en el sentido que tienen las palabras utilizadas por el legislador.
- V.2. La interpretación *sistemática*, que acude a la conexión del precepto que tiene que interpretar con el derecho en que se inserta
- V.3. La interpretación *teleológica*, que atiende a la finalidad perseguida por la norma.
- V.4. La interpretación *histórica*, que toma en consideración el origen de la norma, es decir, el proceso a través del cual ha sido producida.

Respecto de los cuatro criterios, formulados por Savigny, podemos afirmar que no forman criterios alternativos autónomos, precisamente, porque no deben conducir a resultados interpretativos diferentes, aunque puede ser posible. Lo ideal es que los cuatro criterios generen el mismo resultado. Ahora bien, cuando el ejercicio de los cuatro criterios no conduzcan al mismo resultado, nos encontramos en la obligación de preferir uno o unos y descartar el otro o los otros.

Sin embargo, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Es posible utilizar dichas reglas en la interpretación de la Constitución? No solamente es posible, sino que se ha venido realizando, pero, con la salvedad de que esas reglas devienen en insuficientes para interpretar la Constitución, como por ejemplo ocurre con «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación» (Art. 38 Const.); «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado» (Art. 58 Const.); «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa» (Art. 104 Const.)

Luego, si las reglas tradicionales son necesarias –aunque perfeccionadas– para interpretar la Constitución, sin embargo, no lo son suficientes, pues, en la Constitución existen preceptos cuyo significado sólo es posible desentrañar me-

dian te criterios diferentes, al respecto Néstor Pedro Sagüés dice: «que en materia de derechos humanos se pergeñan algunos principios o pautas distintivos. La mayoría de estas directrices son relativamente nuevas, y algunas de ellas no tienen una elaboración definitiva. Antes bien, son propuestas no concluidas ni cerradas»⁽¹⁵⁾.

Frente a ello, aparece el *Método Tópico de Interpretación Constitucional*, que es el resultado de entender: primeramente, la estructura normativa peculiar de la Constitución, muy diferenciada del mundo del Derecho; en segundo lugar, la remisión en general al legislador para que cree Derecho dentro del encuadramiento fijado por la Constitución; y, en tercer lugar, la existencia de un límite impreciso.

Es decir, el *Método Tópico* configura el punto de equilibrio entre la libertad de configuración del operador legislativo y el ejercicio de control del mismo por el Tribunal Constitucional, esto es, interacción política y jurídica entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional.

«... Pero la Constitución si es y debe ser un límite para la voluntad del legislador, que puede querer prácticamente todo, pero no todo. ¿Cómo se controla esto? ¿Dónde esta la línea divisoria entre el prácticamente todo y el todo? Esto es lo que tiene que hacer el Tribunal Constitucional. ¿Puede hacerlo como lo hacen los tribunales de justicia cuando controlan las conductas privadas o públicas? Esta claro que no. La relación entre norma y sujeto jurídico se ha invertido. El método de interpretación también tiene que ser invertido», afirma Pérez Royo.

Asimismo, agrega que: *«... En esto consiste el método tópico, en la inversión del procedimiento que se sigue en el mundo del Derecho en general. Por eso decía antes que el cambio en la interpretación es de carácter general. El método de interpretación constitucional es el inverso al método jurídico normal».*

«... Ahora bien, ¿cómo se concreta dicho método tópico? Fundamentalmente lo que la interpretación constitucional hace es partir del problema con el que la sociedad se encuentra y de la respuesta que ha recibido por parte del legislador y comprobar si se ha traspasado o no en ella el límite fijado por la Constitución. En lugar de partir de la Constitución para ver si se adecua o no a el comportamiento del legislador a lo que en ella se prevé, se procede al revés.

(15) Sagüés, Néstor Pedro. «La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional». En *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores), Editorial Grijley, Lima, 2002, págs. 35 y 36.

Lo primero que hay que analizar es la respuesta que ha dado la sociedad a través de sus representantes al problema con el que se tenía que enfrentar. La sociedad tiene que tener en esa tarea una libertad prácticamente total. Únicamente puede haberse autoimpuesto a través de la Constitución unos límites extremos, ya que, de lo contrario se habría maniatado para enfrentarse al cambio. La presunción de legitimidad de la respuesta social a través de la ley es, pues, muy fuerte. Para destruirla tiene que resultar claro e inequívoco que se han sobrepasado esos límites extremos».

«... La interpretación constitucional es, por tanto, una interpretación de límites. En primer lugar, por parte del legislador, que, al dictar la norma, tiene que analizar cuales son los límites que le marca la Constitución. En segundo lugar, por el Tribunal Constitucional, que tendrá eventualmente que revisar si los límites constitucionales del legislador son los que el considera como tales o no. Para los dos intérpretes «auténticos» de la Constitución, esta es simplemente un límite»⁽¹⁶⁾.

Juan Jiménez Mayor siguiendo a Torsten Stein afirma que la necesidad de interpretación está relacionada con el significado de lo que es una Constitución, la cual que por naturaleza pocas veces integra normas detallistas, toda vez que las normas de la Constitución muchas veces son amplias, indeterminadas e incompletas en su formulación⁽¹⁷⁾. La Constitución no está diseñada para durar unas pocas generaciones, como planteaba Jefferson, sino que tiene una vocación de permanencia; la técnica utilizada para determinar esta perpetuidad en la Constitución descansa en la posibilidad de la reforma –que no es objeto deseable– y en la utilización de las cláusulas generales que plantean: «conceptos con un alto grado de abstracción, que otorgan al Parlamento el margen suficiente para reaccionar con leyes modificadas frente a los cambios de circunstancias»⁽¹⁸⁾.

«No debe negarse entonces el hecho que las constituciones contienen formulaciones mínimas. Esta posición parte del hecho evidente que las constituciones expresan su contenido en formulaciones sintéticas, breves, lo que trae como consecuencia como señala Tomás de la Quadra la ineludible necesidad de proce-

(16) Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, págs. 146, 147 y 148.

(17) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*. Consejo de Coordinación Judicial. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, pág. 26.

(18) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, pág. 33.

der aun desarrollo del texto para que «despliegue toda su eficacia y potencialidad». En esta perspectiva, las normas constitucionales no son completas sino expresiones cortas que, empero, tienen grandes significados y expresan decisiones consensuales que deben ser *descubiertas* para su aplicación»⁽¹⁹⁾.

Juan Jiménez Mayor, propone los siguientes principios a tomar en cuenta al momento de interpretar la Constitución Política de 1993:

V.1. Principio de unidad de la Constitución

Afirma Juan Jiménez Mayor que: «... La Carta Fundamental es un cuerpo normativo unitario del Estado, que no puede analizarse en cada una de sus cláusulas en forma aislada y que debe entenderse en función de un todo orgánico que no admite separaciones artificiales, pues existe una evidente conexión entre ellas. Este principio plantea que la Constitución como todo orgánico no admite contradicciones, lo que revela la pretensión de perfección del documento constitucional que debe ser asumido por el intérprete como aspecto fundamental de su ejercicio».

Agrega que: «... Debe apreciarse que este principio no es de fácil concepción, debido a la naturaleza de la propia Constitución, de ser un conjunto orgánico de decisiones políticas fundamentales, muchas de las cuales se consignan como parte del pacto constituyente entre grupos de diversos intereses e ideologías. Plantea también el hecho que no existe rango entre las normas constitucionales y todas son de igual naturaleza»⁽²⁰⁾.

Esto es, la interpretación tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como la cúspide de la pirámide kelseniana.

V.2. Principio de concordancia práctica

La interpretación de la Constitución debe de realizarse de tal manera que no debe producirse el sacrificio de una norma constitucional en aras de otra norma constitucional, esto es, que la tarea imprescindible de la interpretación constitucional es ponderar de los valores o bienes elevados a rango supremo.

«... De acuerdo a este principio, el intérprete debe buscar armonizar los posibles conflictos de modo de ubicar una que haga ver no una contraposición de criterios, sino una solución armónica». Ello implica, entonces, la apreciación del

⁽¹⁹⁾ Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, pág. 33.

⁽²⁰⁾ Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, pág. 38.

caso particular a efectos de verificar la norma constitucional aplicable; no es un ejercicio de inferencia jurídica pura, sino la catalogación de hechos y de allí buscar la norma que sea competente o que más se acerque al supuesto de hecho que invoca la solución constitucional».

De tal forma que, como dice García Belaunde: «en caso que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma». El conflicto entre valores constitucionales puede significar contraposición de soluciones igualmente válidas, lo que debe tener una solución armónica que no haga vidente la oposición interna, sino que otorgue una solución práctica y que reafirme estos valores. «Si tomamos dos normas en pie de igualdad, y apreciamos que los valores que ellas encierran se encuentran en aparente contradicción, no hay más alternativa que, con independencia a la ponderación de valores, salvemos el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma...»⁽²¹⁾.

V.3. Principio de conformidad funcional

Mediante este principio se establece que es fundamento o esencia la de no desvirtuar las distribuciones de funciones y el equilibrio entre las instituciones políticas del Estado diseñado por la Constitución y, como resultado del repartidor constituyente, como decía el recordado maestro Bidart Campos.

«...Esta concordancia práctica en los casos de armonizar las cláusulas constitucionales referidas a las competencias y atribuciones de los órganos regulados por la Constitución, plantea lo que Stein denomina la «conformidad funcional», es decir, la aplicación del principio de que la Constitución asegura la capacidad funcional del Estado, en continuidad y sin entrampamientos o discordancias».

«... Esta conformidad funcional, otorga un peso importante a la interpretación conforme a un criterio de funcionalidad eficiente del Estado, que debe eliminar toda posibilidad de interpretación que limite esta funcionalidad».⁽²²⁾

V.4. Principio de eficacia integradora

Este principio, establece que la Constitución debe ser un instrumento de agregación y no de desagregación política de la comunidad o sociedad de la igualdad, esto es, debe ser eficiente en un proceso de integración política.

(21) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, pág. 36.

(22) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, pág. 36.

«...Otro elemento conformante de los principios de interpretación es la de la «eficacia integradora» de la Constitución, que alude a la necesidad de preservar el mantenimiento de la unidad política del Estado y todos sus componentes. En esa medida, el intérprete debe hacer primar el principio de estabilidad u continuidad de la Constitución. Stein señala que la interpretación no debe tener en cuenta circunstancias coyunturales sino que debe respetar la estabilidad. En esta perspectiva, la jurisprudencia juega un papel fundamental, pues precisamente buscará ese efecto integrador dando continuidad al texto constitucional. Ello implica el respeto al presente vinculante que, aunque no debe significar una atadura frente a cambios necesarios y justificados, otorga un peso específico para estabilidad. El cambio permanente de la interpretación de la Constitución convierte a esta en una norma cualquiera».

V.5. Principio de interpretación conforme a la Constitución

Este principio deriva del carácter de super legalidad formal de la Constitución, que reconoce que la Constitución es la norma legal del Estado, la misma que no puede ser contrariada por las normas subconstitucionales o actos que ocurren bajo su ámbito de competencia. En esa medida «todas las leyes y actos de la administración han de interpretarse *«in harmony with the Constitution...»*.

Juan Jiménez Mayor, siguiendo a García de Enterría apunta que «la presunción de compatibilidad comporta tres aspectos: *i*) la confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de la Constitución; *ii*) solo debe declararse la inconstitucionalidad en caso de que exista una duda razonable sobre su contradicción con la Constitución; y *iii*) si una ley está redactada en términos amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que siempre que sea razonablemente posible: «el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permita mantenerse dentro de los límites constitucionales».

Marina Gascón Abellán dice que: «enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de la constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de la interpretación conforme a la Constitución (la *verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible o conforme con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpreta-

ciones plausibles de un texto normativo, discriminado entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son»⁽²³⁾.

Agrega, asimismo, que: «Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el principio de conservación de las leyes (*rectius*: de los textos o disposiciones legales), directamente relacionado con la interpretación conforme. En virtud de dicho principio –y para evitar los vacíos normativos que se seguirán de la eventual declaración de inconstitucionalidad de las leyes–, un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admite una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto, pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que se admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjuga así la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes»⁽²⁴⁾.

Francisco Carruitero Lecca afirma que según el Tribunal Constitucional del Perú, las sentencias denominadas interpretativas evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el Derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.

Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.

Precisamente, es del caso observar, atentamente, el modelo de jurisdicción constitucional europea, que ha delineado un sistema de control constitucional abierto. Este sistema ha permitido a sus tribunales constitucionales desarrollar, dentro del género de sentencias de inconstitucionalidad, una variedad de tipos de

(23) Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas reflexiones fundamentales*. Palestra, Lima-Perú. 2003, pág. 278 y 279.

(24) Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. *La argumentación en el Derecho. Algunas reflexiones fundamentales*, pág. 280.

resoluciones que se van ajustando a las necesidades de cada caso concreto, así como, al fortalecimiento de sus vínculos con los poderes públicos y a la obtención de la legitimidad social necesaria en sus decisiones.

César Landa Arroyo, al comentar el modelo de jurisdicción constitucional europeo, afirma que se pueden dar un abanico de sentencias de inconstitucionalidad contra las leyes, planteadas en el Derecho y la jurisprudencia constitucional alemana, española e italiana, en función al grado de infracción constitucional cometido y a las necesidades y posibilidades del modelo constitucional:

V.5.1. Sentencia estimatoria por infracción grave a la Constitución

La cual se ejercita cuando se viola, material o formalmente, de manera grave la Constitución *in toto*, lo que supone que el Tribunal Constitucional desarrolle el control de la constitucionalidad de las normas incoadas.

V.5.2. Sentencia manipulativa por incompatibilidad de la ley

Landa Arroyo afirma que: «si bien los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad deben producir, como consecuencia lógica, un fallo de nulidad de la ley, esto no siempre debería ser así. Es decir, la fundamentación válida para considerar una ley inconstitucional, en muchos casos, podría generar un perjuicio mayor si el fallo fuera anulatorio, debido a que, al declarar la invalidez a anulación *in toto* de una norma legal a favor de un grupo, se podría a su vez estar perjudicando a otro grupo humano; lo cual abre la opción del intérprete supremo para expedir sentencias manipulativas; ya sea aditiva o sustitutivas»⁽²⁵⁾.

Será aditiva, cuando declare la inconstitucionalidad de una disposición de ella, en cuanto no previó algo que era necesario para que la norma sea constitucional plenamente; y, será sustitutiva, cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra.

V.5.3. Sentencia interpretativa por vaciamiento de la Constitución

César Landa Arroyo, siguiendo a Francisco Rubio Llorente, afirma que se trata de los supuestos en que la inconstitucionalidad de una ley no se manifiesta abiertamente, sino que dicha norma legal aquí y ahora *–hic et nunc–* es constitucional o puede ser interpretada constitucionalmente. Esta ley todavía acorde a la

⁽²⁵⁾ Landa Arroyo, César. *Modelo de Jurisdicción Constitucional*. Biblioteca Jurídica Contemporánea N° 02. Centro de Investigaciones Judiciales «Manuel Augusto Olaechea». Corte Superior de Justicia de Ica. Ica. Perú. 2004, págs. 13 y 14.

Constitución, no obstante, queda cuestionada porque, en conexión con otras normas legales, la ley podría formar un complejo normativo inconstitucional. Ello en el supuesto en que otras normas legales estén, igualmente, ubicadas en la frontera porosa que separa la constitucionalidad de la norma legal, de la simple inconstitucionalidad.

V.5.4. *Sentencia desestimatoria de la ley conforme a la Constitución*

La interpretación de una norma legal la cual puede ser de varias maneras, una constitucional y otra inconstitucional, debe preferirse la interpretación que esté de acorde con la Constitución.

Finalmente, como dice Marina Gascón Abellán: «..., los límites que separan de la interpretación conforme de la mejor interpretación resultan a la vez hábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio del *self' restraint* a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria»⁽²⁶⁾.

V.6. Principio de la inmediatez de la Constitución

La Constitución es una norma directamente aplicable. Ahora bien, cualquier otra norma que le esté subordinada depende para su validez de su conformidad, tanto formal como material.

«...De esta forma todos los preceptos constitucionales, programáticos o no tienen igual valor. Así, tanto las normas de aplicación inmediata, como aquellas que plantean el establecimiento de un programa que debe seguir el legislador y generan obligaciones. Este principio es aplicado por los sistemas de control constitucional, que posibilitan la real aplicación del principio de supremacía constitucional y buscan eliminar del ordenamiento las normas que contradigan la Constitución. Pero también, plantean la diferencia cualitativa de la tradicional división de las cláusulas constitucionales en auto aplicativas o programáticas, estableciendo la premisa de que la Constitución tiene una vigencia real y como tal debe cumplirse. No pudiéndose validar actos que busquen contradecirla. Las normas aunque sean programáticas tienen una vigencia hoy y no pueden expedirse actos que vayan en contra del contenido de estas cláusulas, siendo responsabilidad de quienes defienden la Constitución velar por su respeto. El intérprete tendrá la responsabilidad de dar validez a esa aparente inactualidad de determinadas nor-

(26) Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el Derecho. Algunas reflexiones fundamentales*, pág. 283.

mas constitucionales cuando el legislador no tenga el cuidado de respetarlas o desarrollarlas normativamente».

V.7. Principio de previsión de consecuencias

El Juez debe ser consciente de las consecuencias que traerá el fallo que va expedir, sobre todo en el aspecto político y social. El maestro Domingo García Belaunde señala en esta perspectiva que debe apreciarse las consecuencias del fallo, aunque ello no signifique que el control constitucional deba tener como meta los resultados y obrar en función de estos. Si bien la tarea de interpretación en el control constitucional debe ser desarrollada a través de las categorías propias sin interesar los resultados, es indudable que no puede ni debe ignorarlos.

V.8. Principio del respeto a los valores y principios constitucionales

La Constitución incorpora un sistema de valores esenciales de convivencia socio-política, que por ser principios constituyen fundamentos de su propio objetivo, los cuales no pueden ser desconocidos por el intérprete, que por el contrario, le dará el contenido a muchas cláusulas constitucionales, lo cual, refuerza el principio de unidad, pues, la Constitución no es un simple catálogo de decisiones políticas, sino que parten de un esquema de valores materiales expresados en ella como principios.

«... Los principios constitucionales aluden a concepciones que cortan no sólo la Constitución, sin el ordenamiento jurídico mismo. Parten de la concepción de ley fundamental, es decir, de norma superior dentro del Estado que otorga validez formal y material a las demás. Pero también contiene un aspecto de generalidad, entendida como amplitud material de su enunciado el que será aplicado a través del resto de normas infraconstitucionales. De este modo, los principios constitucionales son entendidos como normas que se ubican en una misma gradación que la propia Constitución, y que por lo mismo tienen una mayor trascendencia que los demás principios jurídicos. Para entender este aspecto, nos permitimos presentar algunos principios constitucionales»⁽²⁷⁾:

- Principio de dignidad de la persona humana: plantea uno de los principios fundamentales que supone un reconocimiento del valor de la persona dentro del Estado. En el caso de la Constitución peruana de 1993, este principio esta recogido en el artículo I.

(27) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, págs. 42-43.

- Principio de supremacía constitucional: establece la graduación normativa de la Constitución y la observancia que orienta a todo el sistema jurídico a partir de la Constitución. Está recogido en los artículos 51 y 138 de la Constitución.
- Principio de separación de poderes: que alude a la división de poderes clásicos, pero también la distribución territorial (descentralización). Consagrado en los artículos 43 y 188 de la Constitución.
- Principio democrático: referido a la titularidad del poder político, planteado en el artículo 45 de la Constitución.

«... si bien esta incompleta relación plantea la efectiva presencia de los principios, es relevante señalar que estos ostentan una validez incuestionable y significativa en relación con el resto de disposiciones constitucionales, por la naturaleza de ostentar textura abierta a los contenidos que se les fije en el desarrollo de la Constitución. Se plantea entonces como característica de los principios su formulación genérica, que otorga una estructura normativa mínima que en su aplicación requerirá de una concretización por los operadores jurídicos correspondientes, lo que implica su reforzamiento y no su negación».

«... Derivado de lo anterior, los principios redactados en esa forma, tiene un enorme potencial de expansión. Son, conforme los derechos fundamentales, sólo contenidos mínimos y no máximos»⁽²⁸⁾.

V.9. Principio de interpretación *pro libertatis*

«... La interpretación de la Constitución plantea la posibilidad de determinar la diferenciación de los criterios de interpretación a su interior. Es decir, es posible que las normas que enuncian los derechos fundamentales tengan principios específicos para su análisis; y pueden determinarse reglas de interpretación diferenciadas respecto a lo que compete a la doctrina general del Estado (análisis de instituciones políticas de la Constitución y los diversos enfoques de las garantías institucionales). Si bien no son ajenos tampoco los métodos generales de interpretación de la Constitución a los derechos fundamentales, estos tienen ciertas particularidades. Precisamente el principio *pro libertatis*, apunta a esa necesidad. Este principio plantea interpretar la norma del modo más favorable para la persona. Es lo que Sagüés denomina una *directriz de preferencia de interpretaciones*, es decir, que la norma constitucional merece ser interpretada en el sentido más favorable a la per-

(28) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, págs. 42-43.

sona. Si el precepto en cuestión permite dos o más interpretaciones, habrá que optar por la más protectora de la persona, y desechar aquellas más restrictivas.

«... Aspecto intrínseco de esta posición es que el Estado debe instrumentar las medidas legales y operacionales necesarias para efectivizar los derechos humanos que se ha obligado a sostener. Ello relativiza la función de las denominadas normas programáticas en relación con los derechos constitucionales y les otorga vigencia real e inmediata. No será posible que se pueda alegar que es preciso el desarrollo legislativo para eludir el respeto a un derecho humano que ha aceptado tutelar. Otro efecto del principio *pro libertatis*, expresa que la interpretación de un derecho humano, el Juez no puede conformarse con análisis imparcial y no debe adoptar una pose neutral o escéptica en el tema de derechos fundamentales, sino que tiene que convertirse en un agente protector de los mismos.

«... Como señala Sagüés: «tal tesis altera los roles tradicionales del Juez, y sugiere sustituir la tradicional *interpretación imparcial* de la judicatura, por una *interpretación* comprometida de los derechos humanos, en la que el Juez sea protagonista para su defensa y observancia. Esto puede importar una revolución copernicana en los roles del Poder Judicial, desde luego mucho más notoria en el ámbito de los derechos humanos irrenunciables (como son la mayor parte de los derechos fundamentales), que en la esfera de los derechos humanos renunciables (conectados, por ejemplo, con el orden patrimonial, en lo que no haga a las acreencias alimentarias o de prestaciones vinculadas con la subsistencia de la persona). La doctrina española por derivación de la alemana, señala que en el tema de derechos fundamentales es imprescindible el respeto al contenido esencial. Este concepto ha distinguido, según Pérez Luño, dos acepciones definidas en la jurisprudencia española. La primera equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho que es preexistencia al Estado, en donde el operador deberá determinar dicho contenido en función del concepto *natural* de ese derecho. La segunda acepción, plantea los intereses jurídicamente protegidos o, en términos negativos, se produce la lesión al contenido esencial del derecho cuando: «el derecho queda sometido a limitaciones que lo hagan impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección»⁽²⁹⁾.

«... Con ello se quiere decir que, si la interpretación constitucional es una interpretación de límites, también ella tiene sus límites. No se puede «desnaturalizar» el texto constitucional por la vía de la interpretación. Cuando no es posible encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, hay que hacer valer la

(29) Jiménez Mayor, Juan. *Jurisprudencia en materia Constitucional. Selección, clasificación y comentarios*, págs. 43-44.

Constitución frente a la ley y hay que hacerle ver al legislador que lo que quiere hacer solo puede hacerlo a través del procedimiento de reforma previsto en la Constitución. Si importante es no restringir indebidamente la libertad de configuración del legislador, no lo es menos afirmar la Constitución como límites para las decisiones políticas que pueda adoptar. Ese es el mínimo de seguridad en que la Constitución como norma jurídica consiste. En ese mínimo descansa en buena medida el máximo de seguridad que proporciona el ordenamiento jurídico del Estado. Por eso, la interpretación de la Constitución es imprecisa pero importantísima»⁽³⁰⁾.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. La afirmación del principio de soberanía popular trajo consigo que la sociedad, incorporase la interpretación de la Constitución al Derecho Constitucional.
2. En materia de interpretación de la Constitución y de los derechos humanos, existen principios interpretativos específicos: Principio de Unidad de la Constitución; Principio de Concordancia Práctica; Principio de Conformidad Funcional; Principio de Eficacia Integradora; Principio de Interpretación conforme a la Constitución; Principio de Inmediatez de la Constitución; Principio de Previsión de Consecuencias; Principio del Respeto a los Valores y Principios Constitucionales y, el Principio de Interpretación *Pro Libertatis*, por lo que, en la actualidad es un tema que suscita reflexiones y polémicas.
3. La armonización entre las diversas corrientes interpretativas de la Constitución y de los derechos humanos será una atribución de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.
4. Finalmente, la interpretación constitucional y de los derechos humanos exige asumir: *a)* Que hay problemas interpretativos totalmente polémicos; *b)* Que existen reglas interpretativas específicas; y, *c)* Que es necesario compatibilizar los diversos criterios de interpretación.

⁽³⁰⁾ Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, págs. 149-150.

**C) PROCESOS
CONSTITUCIONALES
DE LA LIBERTAD**

EL CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA INTIMIDAD

RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La libertad de información. III. La importancia y el papel que desempeña la prensa en el mundo moderno. IV. El derecho a la intimidad, el derecho a la imagen y el derecho al honor. V. Los conflictos entre la libertad de opinión y los derechos al honor y a la intimidad. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las constituciones modernas focalizan el valor básico digno de tutela en el elemento personalista, es decir, pretenden construir un complejo mosaico de derechos en torno a la persona humana considerada en su integridad.

La tutela que recibe actualmente la persona es diversa de aquella que le otorgaban los documentos constitucionales del liberalismo. En efecto, en el centro del sistema de protección actual de los derechos fundamentales no está el individuo aislado, sino la persona considerada en su proyección social. En otros términos, a los hombres y a las mujeres se les considera como personas concretas, tomadas en su dimensión histórica y material, portadoras de una pluralidad de necesidades y expectativas

Algunas de estas necesidades y expectativas, como consecuencia de la interacción social, entran en conflictos de difícil conciliación. Justamente es lo que ocurre, dentro de una sociedad democrática, cuando se ejercita el derecho a la

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Costa Rica (San José, Costa Rica).

información, el cual debe compatibilizarse con el respeto a los derechos al honor y a la intimidad que también tutela el ordenamiento jurídico.

Es necesario indagar los mecanismos jurídicos existentes para obtener esa compatibilidad en el ejercicio y vigencia simultánea de tales derechos, pues exigencias insoslayables del Estado social de Derecho hacen necesario el libre ejercicio de la libertad de opinión, mientras que, por otro lado, la tutela del derecho al honor y del derecho a la intimidad constituye un presupuesto esencial para que exista una sociedad democrática y libre.

II. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Tanto la libertad de información como la de opinión forman parte de las denominadas libertades del pensamiento, junto a las de religión, educación y cátedra. Sin embargo, es necesario distinguir entre aquellas dos, pues la colisión de una y otra con los derechos al honor y a la intimidad presenta diversos matices, por lo que también ese eventual conflicto tiene diferentes consecuencias en la vida social.

1. Diferencia con la libertad de opinión

La libertad de opinión es la exteriorización del pensamiento, que se expresa a través de ideas o juicios de valor, los cuales no son susceptibles de ser demostrados científicamente. Por tanto, respecto de las opiniones no procede exigirles imparcialidad ni veracidad, dado que revisten naturaleza subjetiva. Dependen enteramente de la concepción filosófica y cultural de quien las emite.

La libertad de opinión o expresión garantiza la manifestación del pensamiento, ideas, opiniones. Presenta una doble faceta: positiva y negativa. En virtud de la primera, esta libertad ampara expresar opiniones, así como defenderlas y difundirlas. La vertiente negativa protege la no manifestación del propio pensamiento. Es, en otras palabras, el derecho al silencio, pues nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional español: «la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor» (STC 6/ 1988).

La libertad de opinión o de expresión, como también se la denomina, es producto de la elaboración de los pensadores liberales del siglo XVIII. En efecto, «si el siglo XVI se caracterizó por la estricta censura que obispos y príncipes aplicaron a cuanto libro o libelo salía de las imprentas europeas, y el siglo XVII, por la cruenta represión que sufrieron los periodistas y escritores que prefirieron elegir su propio camino y no desarrollar sus artes e el seno de las cortes, el XVIII lo

podemos denominar el siglo de la libertad de expresión, ya que este principio, alentado por Milton y Locke en Inglaterra, Mirabeau y Montesquieu en Francia y Hamilton en los Estados Unidos de América, fue primero formulado en forma definitiva por William Blackstone, en su ya clásica doctrina y luego consagrado como garantía constitucional, a partir de 1776» (Pellet-Lastra, A., 1970, pág. 31).

Por otra parte, es necesario subrayar que la libertad de expresión se da siempre dentro de un determinado contexto social, económico y político, que condiciona su ejercicio. Por ello, esta libertad consiste fundamentalmente en el derecho de dar a conocer el propio pensamiento a otros hombres, sea el derecho a la libre comunicación espiritual.

Dentro de este orden de ideas, se ha afirmado, con justa razón, que: «Este derecho fundamental no protege al individuo sino a las relaciones entre los individuos. Los hombres sólo se encuentran cuando pueden hablar entre sí. La conversación es el fundamento de las relaciones de las amistades y de los grupos. Todo esto es lo que garantiza el derecho a la libre expresión de las opiniones. De él deriva, además, la libertad de «difundir» las propias opiniones. Es decir, el derecho a actuar con el fin de que otros conozcan nuestra propia opinión» (Stein, E.: 1973, pág. 128).

No obstante, bajo el concepto de opiniones no sólo deben incluirse los juicios, sea las posiciones de contenido valorativo, sino, además, las simples comunicaciones de hechos. En efecto, conforme a los principios básicos de la teoría del conocimiento, cualquier comunicación de hecho contiene siempre, de manera necesaria e implícita, una toma de posición sobre las fuentes de información y un juicio valorativo que consiste justamente en declarar que los hechos han ocurrido así y no de otra manera.

Además, no es posible soslayar el hecho incontrovertible que en la formación de la «opinión pública» juegan un papel decisivo las afirmaciones sobre determinados hechos. Por ello, no es posible concebir que la libertad de opinión excluya, dentro de su contenido esencial, aquellas comunicaciones sobre las que existe una seguridad subjetiva, sea las que poseen mayor fuerza de convicción.

Otro aspecto del contenido esencial de la libertad de expresión es la inexistencia de un delito de opinión, es decir, ninguna persona queda sujeta a responsabilidad penal por las opiniones que emita, salvo que, con motivos de ellas, lesione los valores morales de terceras personas (difamación, injurias, calumnias). Se castiga también, como hecho punible, la apología del delito (art. 274 del Código Penal costarricense).

Dado que la libertad de expresión es uno de los principios sobre los que descansa el régimen democrático, su limitación sólo puede realizarse por razones muy calificadas. Dentro de este orden de ideas, la jurisprudencia de la

Supreme Court de los Estados Unidos ha establecido que la libertad de opinión sólo puede ser limitada cuando se demuestre un daño presente y concreto, por evidentes razones de orden público. Por lo tanto, la garantía constitucional de la libertad de expresión no permite regulación estatal, excepto cuando la opinión o el discurso estén dirigidos a incitar o producir tales acciones (*Brandenburg vs. Ohio*, 1969).

En resumen, la libertad de expresión sólo puede ser limitada por razones de interés público muy calificadas o cuando sea evidentemente antijurídica, como serían los casos señalados, que prevé nuestra legislación penal, de las injurias, las calumnias, la difamación y la apología del delito. Fuera de tales hipótesis, esta libertad no puede ni debe ser restringida, porque constituye el vehículo de manifestación y consolidación de otros derechos constitucionales.

2. Contenido de la libertad de información

La libertad de información, en cambio, implica, además de la transmisión de ideas o juicios de valor, la comunicación informativa de hechos, los cuales, por su materialidad, son susceptibles de prueba. En esencia, la libertad de información implica la libertad de recibir, comunicar, publicar y difundir informaciones, es decir, hechos o acontecimientos, o juicios de valor o ideas sobre tales hechos y acontecimientos.

Bajo la expresión libertad de información se engloban, de manera genérica, todos los tipos de impresos. Es decir, dentro de ella se incluyen los siguientes aspectos: impresión, edición, circulación de periódicos, hojas sueltas, avisos, afiches, folletos, revistas y publicaciones de toda clase. Al lado de las manifestaciones tipográficas, se consideran también incluidas en esta libertad la litografía, la fotografía, la dactilografía, etc., cuando tales medios sirvan como vehículo de difusión, en varios ejemplares, de palabras, signos y dibujos, así como la radio, la televisión y el internet.

La libertad de información se traduce en el derecho para los administrados, de buscar y difundir, por los medios arriba indicados, las informaciones y las ideas a un número indeterminado de personas. En otros términos, esta libertad se manifiesta en el derecho a comunicar libremente información que versa sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiosos. Por ello, está evidentemente sujeta a las mismas limitaciones que la libertad de expresión.

La libertad de información plantea varios problemas, que es necesario analizar con algún detalle.

A) Cláusula de conciencia

En primer término, está el de la libertad interna. Teóricamente lo ideal sería que toda la publicación, transmisión o difusión periodística fuere un forum pluralista, en el sentido que cada comunicador pudiese expresar sus ideas y opiniones sin restricciones. No obstante, en la práctica todos los medios de comunicación siguen una determinada línea editorial, que representa el pensamiento de sus propietarios o directores.

Además, esa línea de pensamiento hace posible la función integradora de la prensa, en el sentido de que reduce a unidad las distintas tendencias de pensamiento que, en un determinado momento, prevalecen en la sociedad.

No obstante, es posible afirmar, a pesar de lo que ocurre en la praxis cotidiana, que el contenido esencial de la libertad de prensa se traduce en la posibilidad de que todas las corrientes de pensamiento sean escuchadas sin ninguna restricción.

Dentro de este contexto debe admitirse la llamada «cláusula de conciencia» en favor de los periodistas, que se traduce, en el plano jurídico, en la posibilidad de dar por terminado su contrato de trabajo unilateralmente sin responsabilidad alguna de su parte, cuando consideren que la línea de pensamiento del medio informativo para que el que laboran es incompatible con sus ideas o ideología.

La cláusula de conciencia tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño profesional de los comunicadores. Como dice un autor español: «La cláusula de conciencia protege la integridad deontológica del periodista frente a hechos producidos en el seno de la empresa de comunicación que la cuestionen. Es un derecho de periodista y una garantía de la información libre y plural» (Carrillo, M.: 2000, pág. 411).

En otros términos, cuando la línea del órgano difusor sea incompatible con su honor, su reputación y sus intereses morales, el periodista puede desligarse de su relación laboral sin ninguna responsabilidad de su parte.

Dentro de este orden de ideas, el artículo 76l.6 del Código Laboral francés, que ha servido de base para otras legislaciones, establece que la rescisión del contrato laboral por iniciativa del periodista se puede producir por cesión del periódico, por cese de la publicación o por un cambio notable en el carácter u orientación del periódico que atente con su honor o reputación, o si de forma general afecta sus intereses.

La legislación española es menos taxativa, pero contiene una causal importante, según la cual el periodista puede rescindir unilateralmente su contrato de

trabajo cuando en el medio de comunicación con el que está vinculado laboralmente se produzca un cambio sustancial de orientación informativa o línea ideológica.

Dicho cambio se puede producir por diversos motivos: cesión del medio a otro propietario, un cambio significativo en el paquete accionario. El «cambio sustancial de orientación informativa» a que alude el Código Laboral francés se refiere a la política editorial del medio de comunicación, es decir, a los criterios habituales expresados en sus planteamientos acerca del derecho de comunicar información.

Por otra parte, es claro que el carácter sustancial del cambio debe reunir dos requisitos: ser objetivo y reiterado. En efecto, la modificación en la orientación informativa no debe dejar duda alguna no sólo en quien invoque en beneficio propio el derecho a la cláusula de conciencia, sino también en la mayoría de la redacción del medio de comunicación y en la opinión pública. El cumplimiento de este requisito de objetividad evita que el recurso a la cláusula sea exclusivamente consecuencia de la opinión personal del periodista que la invoca.

El cambio en la línea no puede ser ocasional ni esporádico, sino que ha de producirse de manera reiterada. Una cierta persistencia en el cambio de orientación informativa o en la línea ideológica ha de coadyuvar al carácter objetivo de la invocación de la cláusula.

Lo que no es jurídicamente posible ni está cubierto por la «cláusula de conciencia» es que los periodistas o directores conviertan a los propietarios del medio en sus propios rehenes, tratando de fijar una línea editorial contraria con los intereses o ideología de aquellos. En esta hipótesis, al entrar en conflicto el derecho de los empresarios para cambiar a los periodistas que no se ajustan a sus directrices, a éstos sólo les asiste el derecho de esgrimir la cláusula de conciencia y lograr que se les indemnice por la ruptura de su relación laboral.

B) El secreto profesional

Luego está el derecho de los periodistas a mantener su secreto profesional, es decir, a no revelar la fuente de sus informaciones. Es claro que la existencia de una información auténticamente libre requiere que la legislación garantice la confidencialidad de la fuente y el secreto profesional periodístico, el cual presupone, como contrapartida, la existencia de un Código de Ética Profesional y el uso adecuado de la información obtenida.

Por otra parte, la libre difusión de informaciones y opiniones tiene como límite infranqueable la confidencialidad, que puede emanar de personas físicas o jurídicas: «sin que pueda distinguirse la finalidad lucrativa o no de la información, ya que la libertad de información cubre los mensajes publicitarios, religio-

sos, políticos, musicales, comerciales, artísticos» (Nogueira Alcalá, H.: 2000, pág. 65).

El secreto profesional de los comunicadores constituye no sólo una garantía del redactor o director del medio, en tanto que titulares del derecho, sino también es una garantía institucional del derecho a la información en la medida que introduce un mecanismo que facilita el acceso a aspectos de la esfera pública o privada –susceptibles de ser de interés público– que son poco permeables al principio de publicidad.

El secreto profesional del periodista se diferencia del de otros profesionales –como médicos y abogados– en que no recae en la información proporcionada sino en el anonimato de la fuente de donde proviene. Como dice un autor español: «los médicos y los abogados son la estación terminal de las informaciones que le son comunicadas en secreto por sus clientes. En cambio, el periodista es, respecto de la fuente, como un alambre de cobre: difunde ese secreto lo más pronto y lo más alto posible» (Pérez Royo J. y Pradera J., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, en Cuadernos y Debates, número 48, Madrid, 1994, pág. 31).

El secreto profesional puede ser invocado tanto frente a los poderes públicos como ante los particulares. Sin embargo, el asunto no es muy claro frente al Poder Judicial, dado que, en este caso concreto, se plantea un conflicto jurídico entre el derecho fundamental a comunicar (el periodista) y a recibir información (por parte del cuerpo social) y el deber de cualquier testigo de declarar sobre todo aquello que le haya sido preguntado en un interrogatorio judicial. Si el testigo no depone lo que le consta viola su deber jurídico de declarar y, en alguna medida, puede convertirse en un encubridor del autor o autores del delito.

Por ello, tanto en el Derecho Comparado se suelen establecer algunos límites al ejercicio del secreto profesional. En primer lugar, se afirma que el secreto profesional cede frente a los secretos de Estado, dado que éstos, por su propia naturaleza, no pueden ser difundidos. Además, el periodista que calle información en esta materia podría ser acusado de traidor a la patria.

Un segundo límite lo constituye el hecho de que el propio informador esté involucrado en la comisión de un delito. El secreto profesional tampoco legitima el engaño a la autoridad judicial, en el sentido de que el periodista, amparado en su secreto profesional, haga afirmaciones falsas, inexactas o equívocas ante el Juez. Si desea guardar su secreto profesional, en tal caso de abstenerse de declarar.

Tampoco es invocable el secreto profesional cuando su ejercicio para no depone ante un tribunal pueda producir el delito de encubrimiento. En este sentido se afirma que si el comunicador, como fruto de su actividad profesional

llegare a poseer los instrumentos materiales del delito, deberá hacer entrega de los mismos al Juez penal correspondiente, dado que el derecho al secreto debe ser compatible con el deber de auxilio a la justicia, sin que ello suponga indefectiblemente desvelar la identidad de las fuentes de las que se dispone (Carrillo, M.: 2000, págs. 431-2).

Finalmente tenemos el problema de la relación entre el secreto profesional y el derecho de comunicar información veraz. Dado que en materia de delitos contra el honor se acepta la *exceptio veritates*, surgen las preguntas de ¿qué ocurre cuando es el periodista el que debe probar la veracidad de lo que ha difundido? y ¿cuáles son las consecuencias si el periodista alega el secreto profesional?

Al efecto, pueden darse dos hipótesis diversas: primera, que el periodista pueda probar aquello que ha publicado o difundido sin necesidad de identificar la fuente informativa y, segunda, que la cobertura que ofrece el secreto profesional no le permita, sin embargo, probar plenamente lo que ha escrito o dicho.

En los ordenamientos donde se reconoce el secreto profesional, cuando el autor de la información presuntamente lesiva de la honra de terceras personas no puede demostrar la verdad de lo difundido sin necesidad de acudir a revelar sus fuentes informativas, no se puede amparar en el secreto profesional, pues la eficacia del derecho al secreto profesional del periodista sólo lo cubre totalmente cuando actúa como testigo, no cuando interviene como inculpado.

Sin embargo, la investigación judicial sobre la verdad de la información debe admitir todo tipo de pruebas aportadas por el periodista, tendentes a demostrar la veracidad de lo informado, sin identificar la fuente. En otros términos, el Juez no puede desde el inicio obligar al periodista a revelar sus fuentes informativas, sino que debe tomar en consideración el interés público de la información, la trascendencia de la persona o personas cuestionadas y la diligencia profesional del periodista. Sólo después de haber realizado previamente esta valoración y si se demuestra que la diligencia profesional ha estado ausente en el trabajo del periodista, puede entonces el Juez solicitarle la revelación plena de sus fuentes informativas.

La diligencia del periodista debe ser comprobada de manera razonable. Dentro de este orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha señalado que: «El deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (STC 172, 1990, FJ 30), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse el origen debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador, lo cual, desde luego, no supone en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conoci-

miento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de la información» (STC 123/ 1999).

C) La inexistencia de la censura previa

Otro de los aspectos esenciales de la libertad de información es la garantía de la no existencia de censura previa, principio que fue desarrollado inicialmente por la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas.

Dentro de este contexto, William Blackstone, a quien justamente se la considera el padre de la libertad en cuestión, la definía de la siguiente manera: «La libertad de prensa propiamente entendida, es esencial a la naturaleza del Estado libre y consiste en no establecer una censura previa de las publicaciones, pero sin exceptuarlas de la aplicación de las leyes criminales después de hecha la publicación. Todo hombre libre tiene un derecho incuestionable de exponer ante el público los sentimientos que le agraden. Pero si publica algo que es impropio, dañino e ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad. Sujetar a la prensa al poder restrictivo de un censor, como se hacía antes de la Revolución, es someter la libertad de pensamiento a los prejuicios de un sólo hombre y hacerlo el Juez arbitrario e infalible de los temas controvertidos de literatura, religión y política. Pero es necesario, para la conservación de la paz y el buen orden, del gobierno y de la religión, que son fundamentos sólidos del Estado Civil, castigar como hacen las leyes actuales, aquellos escritos que después de publicados, hayan sido convictos en un juicio imparcial de ofrecer tendencia peligrosa. De esta manera la voluntad de los individuos, queda en libertad y solamente se castigan los abusos. Es así que se ampara ninguna restricción a la libertad de pensar... el único crimen que la sociedad corrige es la publicación de malos sentimientos, obstructivos de los fines de la sociedad» (Blackstone, W.: 1925, pág. 86).

Es decir, desde un principio la libertad de prensa tuvo, como garantía esencial, la ausencia de censura previa. Hoy día la libertad de información no se podría concebir sin la prohibición de la censura previa. Las dictaduras se caracterizan justamente por la censura de los medios de comunicación en todas sus formas y las democracias, en cambio, por la ausencia total de ella.

No obstante, cuando la legislación de imprenta es muy limitativa de los derechos de los comunicadores se produce con frecuencia una censura indirecta, pues los propios periodistas terminan autocensurándose por miedo a las eventuales represalias penales y civiles que podría acarrearle la publicación de determinados hechos de indudable interés público.

Dentro de este orden de ideas, en la legislación costarricense tenemos la figura penal del desacato y el principio, en materia de delitos contra el honor, de que el periodista es quien debe probar la *exceptio veritatis*, con lo que se invierte

la carga de la prueba y, de paso, se viola el principio constitucional de la presunción de inocencia.

El delito del desacato colisiona frontalmente con los derechos fundamentales de expresión y de información. Como ha puesto de relieve la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el tipo de debate político propio del sistema democrático genera discursos duros e inclusive ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o estén íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De allí que el ataque a quien se encuentra en posición de poder o autoridad respecto de la crítica acerva afecta la esencia de la libertad de expresión (Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Serie L/V/II-88 documento 9 rev, 17 febrero 1995, pág. 128).

D) El derecho a la información

Otro aspecto relevante de la libertad de información es el llamado derecho a la información, que permite a todas las personas recibir una información suficientemente amplia de los hechos y sobre las corrientes de pensamiento –que son también realidades– y a partir de ellos escoger y formarse sus propias opiniones. Ello se logra por dos vías diferentes: *a)* mediante la exposición objetiva de los hechos y *b)* por el pluralismo de las corrientes ideológicas.

Por ello es posible afirmar que el lector, en caso de los periódicos, el radioescucha, el espectador, el televidente, tienen derecho a ser informados en forma veraz y objetiva por los distintos medios de comunicación, además de que tales medios recojan las opiniones de los diversos sectores ideológicos de la sociedad.

Es decir, la libertad de información conlleva el derecho en favor de los administrados de recibir información veraz y objetiva, como requisito indispensable para que cada cual se forme sus opiniones de la manera más libre que sea posible.

Dentro de esta óptica el Tribunal Constitucional español ha señalado que: «El derecho a recibir información veraz tiene como característica esencial estar dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes e incluso contradictorias y participar así de la discusión relativa a los asuntos públicos» (STC 220/1991).

Por ello, es importante que los medios de comunicación fijen su línea editorial, evitando pasar por independientes cuando, en la praxis, defienden determinadas ideas políticas e ideológicas. De esa manera lo único que hacen es pervertir la libertad de información, pues su supuesta «independencia» y «objetividad» lo único que hace es confundir a sus lectores, radioescuchas o televidentes.

E) El derecho de rectificación o respuesta

El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de rectificación o respuesta indicando que: «Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio en medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar, por el mismo órgano de difusión, su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. En ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que hubiere incurrido para la efectiva protección de la honra y a reputación. Toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

El derecho de rectificación o respuesta protege la honra y reputación de las personas, considerada la primera como la estima y el respeto de la dignidad propia, y la segunda como la fama, opinión que sobre la excelencia de una persona tiene el común de la gente.

En consecuencia, el contenido esencial del derecho de rectificación o respuesta es defenderse de las informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en perjuicio de determinadas personas, que se publiquen o transmitan por cualquiera de los medios de comunicación colectiva.

Dentro de este orden de ideas, la Sala Constitucional de Costa Rica ha dicho que: «Este derecho es considerado como sano y necesario debido a su carácter multidimensional, pues no sólo protege la honra y reputación del lesionado, es decir, el derecho a que se informe bien de él u objetivamente de él, sino que protege al público en su derecho a ser informado en forma completa y objetiva; por otra parte ayuda al medio de comunicación a cumplir su deber con honestidad y profesionalidad, a la vez que fortalece el ejercicio de la democracia» (Voto 975/90).

III. LA IMPORTANCIA Y EL PAPEL QUE DESEMPEÑA LA PRENSA EN EL MUNDO MODERNO

En el mundo moderno la prensa cumple tres funciones básicas: 1) de información; 2) de integración de la opinión y 3) de control del poder público.

En primer lugar, la misión por antonomasia de la prensa es informar sobre los hechos y acontecimientos que ocurren en el mundo externo. Para ello, la prensa tiene que recurrir a varios medios, tales como las agencias noticiosas, o sus propios reporteros, etc.

En segundo término, cumple una importantísima función integradora, ya que coadyuva en la formación y articulación de la «opinión pública», en relación con

los acontecimientos del mundo exterior. Esta función consiste en unificar la pluralidad de opiniones particulares en una gran corriente de opinión, estimulado, de esa manera, la integración social.

Finalmente, cumple una función de control respecto del poder público, en el sentido de se que convierte en permanente guardián de la honradez y del correcto manejo de los asuntos públicos. En efecto, las informaciones constantes que brinda sobre las actividades públicas evitan abusos y corrupción, porque mantiene movilizados a los diferentes grupos contra aquellos funcionarios públicos que tienden a utilizar su cargo para fines espurios.

Dentro de esta óptica se ha desarrollado el periodismo investigativo, el cual sólo es legítimo, a condición de que tamice la información recabada y que las conclusiones que extraiga de ellas estén fundamentadas en probanzas verosímiles y comprobables objetivamente. De lo contrario, su ejercicio no sólo puede incurrir en la violación de honras ajenas sin ningún fundamento razonable, sino, además, en violación de principios éticos elementales, pues la libertad de prensa no es sinónimo de derecho a injuriar.

Justamente en el ejercicio del periodismo investigativo es cuando se producen roces entre el ejercicio de la libertad de información y los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, ya que por una parte los medios de comunicación reivindican su derecho a mantener informada a la opinión pública sobre hechos de relevancia pública o sobre actividades de figuras públicas, en tanto que éstas, reivindican su derecho fundamental a que tanto su honor como su vida privada les sean celosamente respetados.

IV. EL DERECHO A LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO AL HONOR

Es necesario distinguir entre derecho a la intimidad, derecho al honor y derecho a la imagen.

Los tres derechos citados encuentran su fundamento en el concepto de dignidad humana, entendida ésta como aquel conjunto de condiciones antropológicas y culturales (Peces-Barba, G., 1993, pág. 340), que son predicables de determinados seres y que los hace pertenecientes a la especie *homo sapiens*, y de ahí se derivaría que todos los seres humanos son iguales en dignidad (Vidal Marín, T., 2001, pág. 31).

Dentro de este orden de ideas, la *Corte Costituzionale* italiana ha dicho que «el de la dignidad humana es un valor que afecta por sí solo a todo el derecho positivo» (SCC 293/ 2000).

En consecuencia, la dignidad es una característica necesaria de toda persona humana, es decir, un valor inherente del hombre que lo distingue del resto de los seres del reino animal. Por ello es que la dignidad humana es la razón que justifica el deber de respeto a los demás hombres.

En términos generales, el derecho al honor es aquel que tiene por objeto proteger a la persona frente a las acciones o expresiones que tengan por finalidad humillarla o menospreciarla. Es decir, atacar su reputación personal en sociedad. Se trata del derecho fundamental de ser respetado por los demás.

El Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho al honor equivale a buena reputación, «la cual consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva, sin no van acompañadas de adjetivo alguno. Es por ello que por lo que la base común de cualquier violación o intromisión ilegítima en el ámbito de protección de este derecho está constituida por el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 76/1995).

En cambio el derecho a la propia imagen presenta una doble faceta positiva y negativa. La primera de ellas se sustancia en el poder de controlar la captación o reproducción de su imagen, o sea en el derecho de la persona de obtener y difundir su propia imagen en forma exclusiva. En cambio, la faceta negativa, consiste en la facultad que tiene su titular para impedir la captación o publicación y difusión de su imagen por terceros que no hayan obtenido su consentimiento al efecto.

El Tribunal Constitucional español ha establecido que el derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18.1 de la CE «salvaguarda una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros» (STC 99/1994).

El derecho a la intimidad, por su parte, presenta también una doble faceta: una negativa que consiste en el derecho a excluir del conocimiento de terceros aquellos actos, hechos, sentimientos, actitudes, etc., que forman parte de su esfera íntima.

Esta esfera íntima, preservada de la injerencia de terceras personas, incluye las relaciones familiares, las creencias religiosas, las relaciones sexuales y las convicciones ideológicas. En su aspecto positivo, el derecho a la intimidad implica la facultad de su titular para controlar aquellos datos referentes a su persona, así como su divulgación, es decir, el derecho a la autodeterminación informática.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que el atributo más importante de la misma es: «la facultad de exclusión de los demás, de absten-

ción de injerencias por parte de otros, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de estos datos» (STC 142/1993).

Como una dimensión particular del derecho a la vida privada, ligada a la esencialidad de la información, la constituye lo que la doctrina ha calificado como «derecho al olvido». Se reconoce con ello que la persona puede tener una legítima pretensión de no ver evocados hechos inherentes a su propia persona, sin interés público actual, que forman parte de experiencias ya superadas de su vida pasada (Rolla, G., 2000, pág. 282).

V. LOS CONFLICTOS ENTRE LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y LOS DERECHOS AL HONOR Y A LA INTIMIDAD

1. Los límites entre la crítica y el respeto al derecho al honor

El aspecto más álgido de la libertad de opinión, en sentido amplio, lo constituye el límite entre la crítica y las figuras penales de la injuria, la calumnia y la difamación. En otros términos, las limitaciones específicas más importantes a la libertad de opinión vienen dadas por el respeto a la honra ajena.

La jurisprudencia penal costarricense ha precisado la diferencia en los siguientes términos: «derecho a injuriar por la prensa y libertad de imprenta son dos conceptos totalmente distintos, que no deben confundirse, ya que la libertad de imprenta es el derecho de publicar lo que se quiera sin previa censura, libertad que no contiene ni conlleva el derecho de injuriar, pues la libertad de imprenta está otorgada a todos y la injuria está prohibida a todos» (SC 55/1973).

En otros términos, la libertad de información no ampara ni el insulto ni el juicio de valor formalmente injurioso o innecesario. En cambio sí admite la opinión, entendida como juicio de valor personal que no sea formalmente injurioso aunque puedan ser lo que el Tribunal de Estrasburgo ha denominado «opiniones inquietantes o hirientes» (STC 62/1982), las cuales pueden expresarse a través de la sátira, de la burla o de la ironía.

El artículo 7 de la Ley de Imprenta costarricense establece la responsabilidad solidaria de los editores responsables del periódico, folleto o libro en que hubiera aparecido la publicación que se considere injuriosa o calumniosa. El numeral 12 íbidem señala que, aquel que al autorizar la publicación acusada como difamatoria, calumniosa o injuriosa, procedió sin otro móvil que el interés público puede eximirse de responsabilidad. En esta hipótesis, el tribunal tiene facultades, inclusive, hasta para absolver al editor.

Esta exención de responsabilidad del editor del medio se fundamenta en que algunos asuntos de interés general no pueden examinarse sin aludir a los funcio-

narios que han intervenido en ellos, más aún cuando lo que se estima censurable, por malo o inconveniente, es la actuación del funcionario, pues entonces la censura tendrá que dirigirse hacia él o afectarle en forma directa, pudiendo así revestir las características objetivas de la injuria, como una consecuencia de la crítica, según sea la naturaleza de las cuestiones tratadas en la publicación.

Un voto salvado en caso de injurias y calumnias dijo acertadamente que «Castigar en estos casos la injuria, sin atender el móvil de interés público, sería lo mismo que coartar el derecho de los ciudadanos a examinar la actuación de los gobernantes y restringir por allí sensiblemente, la libertad de expresión y prensa» (Voto salvado Magistrados Coto y Retana, SC 55/73).

En una jurisprudencia más reciente de la Corte Plena, cuando actuaba como Juez constitucional, se interpretó la relación entre los artículos 7 y 12 de la citada Ley de Imprenta, en el sentido de que: «...Es cierto que el artículo 7 de la Ley de Imprenta...parece optar por el criterio de responsabilidad objetiva para acordar la posibilidad de imponer pena a los editores del periódico, folleto o libro en que apareciere el escrito calumnioso y aún el dueño de la imprenta, pero dicho criterio debe ser analizado al amparo de la legislación vigente en la actualidad, que conforme ya se indicó al inicio del presente considerando, ha optado por el principio que establece que no existe pena sin culpabilidad, sea que la responsabilidad es personal, por hechos propios» (Voto 24 /8/ 87).

En síntesis, no existen ilícitos de prensa, delitos de prensa o delitos de imprenta, sino delitos a través de la prensa. Es decir, la prensa es uno de los medios por los cuales se puede cometer un ilícito en el ejercicio de la libertad de expresión. Por tanto, la responsabilidad consiguiente debe recaer sobre el autor de la expresión y no sobre el periodista o el medio de comunicación, cuando se limita a dar la difusión sin hacer propias esas expresiones.

Dado que esta libertad se conecta directamente con los hechos, su protección está referida, de manera especial, a los profesionales de la información. Aquí entra en juego el concepto de la veracidad de la información, concepto que difiere del incorporado en nuestro ordenamiento constitucional a partir de la reforma del artículo 46 de la Carta Política en 1996. En efecto, esta última norma consagra el principio de la información veraz en materia de protección al consumidor, es decir, en relación con la propaganda comercial, pero sin ninguna conexión con la libertad de información.

Ahora bien, jurídicamente no es posible exigir que todo lo que se publique sea verdadero, pues como afirma el Tribunal Constitucional español: «de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 28/ 1996).

Por consiguiente, el concepto de veraz significa que no se ampara al periodista que ha actuado con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, pero en cambio sí se protege la información rectamente obtenida y difundida «aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente» (STC 178/1993).

La veracidad, en consecuencia, alude a una especial diligencia que asegura la seriedad del esfuerzo informativo y no puede comprometerse porque los hechos relatados no se ajusten a exigencias ni de objetividad ni de realidad incontrovertible (Díaz Portilla, 2001, pág. 237).

Dentro de esta óptica, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado la teoría del reportaje neutral, el cual es aplicable a: «aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)» (STC 232/1993).

Entre las consecuencias extraídas por dicho tribunal a la citada doctrina del reportaje neutral está la conclusión de que el deber de diligencia se cumple: «con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración» (STC 22/1993).

De esa manera, la veracidad exigida a la información se refiere a la verdad subjetiva y no a la verdad objetiva, es decir, al cumplimiento del deber mínimo de comprobación de la información, demostrando que el ánimo de informar en una materia de relevancia público ha sido el impulso central de la actuación del comunicador social y esta ha buscado en forma diligente y razonable la verdad.

Por ello, el tribunal debe distinguir entre información errónea o información falsa. La segunda genera responsabilidad penal y civil; la errónea, en cambio, sólo genera responsabilidad civil en el caso de que quien difunde una información no ha utilizado la diligencia, cuidado o atención para evitar perjuicios, obrando al margen de la buena fe.

Aquí entra en juego la aplicación de la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de la «real malicia», según la cual: «todo el que alegue haber sido difamado por la comunicación debe probar real malicia o, de lo contrario, no obtendrá desagravio», pues «las garantías constitucionales requieren un a regla federal que prohíba a un funcionario público el reclamo de daños por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada ‘actual malice’, esto es con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no» (New York Times vs Sullivan, 276, 1964).

Es decir, si un fallo se aparta de estos criterios afecta de manera irrazonable y desproporcionada el derecho a la libertad de información. Por ello, en tales casos, los parámetros y criterios de la responsabilidad penal o civil de quien ejercita la libertad de información son los siguientes: *a)* que se pruebe fehacientemente la falsedad del contenido de lo informado difundido; *b)* la existencia de una prueba fehaciente de que el emisor de la información conocía la falsedad de ella; *c)* la prueba fehaciente sobre la falta de preocupación del autor de la información por contrastar o investigar acerca de la veracidad o falsedad de aquello que ha sido informado, cuando se dispone de medios y tiempo necesario para tal fin (Nogueira Alcalá, H., 2000, pág. 79).

Por tanto, la doctrina de la real malicia exime de toda responsabilidad al emisor, salvo que se demuestre que las declaraciones lesivas para un tercero son falsas y que fueron expresadas con pleno conocimiento y malicia, o bien con absoluta despreocupación por conocer la verdad cuando ello resulta fácilmente verificable.

No obstante, es evidente que un reportaje de contenido neutral deja de serlo si se le confiere unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice la función de mero transmisor del mensaje. Por ejemplo, si el medio, en vez de limitarse a transcribir la información recabada, termina editorializando sobre tales hechos y realiza una valoración negativa de ellos.

En Costa Rica, sin embargo, el artículo 152 del Código Penal establece el delito de la reproducción de ofensas y sanciona como autor de las mismas a quien publicare o reprodujere, por cualquier medio, ofensas al honor inferidas por otro.

La jurisprudencia penal aplica mecánicamente esta disposición sin tomar en cuenta las precisadas doctrinas del reportaje neutral y de la real malicia, lo cual ha llevado a la condenatoria de varios periodistas por el simple hecho de reproducir informaciones internacionales en que se lesionaba el honor de un tercero, sin contradecir su función de simple transmisor del mensaje.

2. Los límites entre la crítica y el respeto al derecho a la intimidad

Finalmente hay que analizar los límites de la libertad de información en relación con el derecho a la intimidad. En efecto, mientras las restricciones que afectan el derecho al honor pueden justificarse en la veracidad perseguida por el periodista, esta no es suficiente para evitar la vulneración del derecho a la intimidad.

En este caso, la limitación sólo es posible cuando se fundamente en la relevancia pública del hecho divulgado. En otras palabras, que la difusión del hecho, aún siendo verdadera, resulte también ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.

El principio general, en la materia, es el de que el contenido de la información se desarrolla en el marco del interés general, por lo que no puede invocarse la libertad de información para proteger expresiones o afirmaciones que afectan a personas o hechos que carecen de relevancia pública. Especialmente cuando tales alegatos inciden en el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegida de las personas.

En aquellos casos en la que información carezca de relevancia pública prevalece el derecho a la intimidad. La relevancia de la información debe estar dada por: *a)* la importancia de los hechos en sí y la conveniencia o necesidad de su conocimiento por la sociedad, en sentido objetivo; a su vez, *b)* en sentido subjetivo, es necesario determinar si el sujeto pasivo de la información es una persona o no de relevancia pública o una figura pública.

Las personas o figuras públicas son aquellas que han adquirido notoriedad o fama, por lo que son ampliamente conocidas, o son personas que se involucran voluntariamente con actividades de interés público o bien están relacionadas, por algún motivo, a controversias de relevancia institucional.

Ahora bien, las opiniones o informaciones sobre personas o figuras públicas, incluidos los funcionarios estatales, tienen un ámbito más amplio que aquellas que afectan a los particulares. Por tanto, la crítica fuerte respecto de la actuación de las autoridades, funcionarios públicos o figuras de relevancia pública es fundamental para la existencia de un régimen democrático, lo que implica que se debe justificar y potenciar la tolerancia y la pluralidad en materias de interés público.

Dentro de este mismo orden de ideas, se puede afirmar que los personajes de relevancia pública se convierten consciente y voluntariamente en sujetos pasivos de la observación del público, lo que restringe considerablemente su ámbito de privacidad y, por ende, la protección de su honor e intimidad con relación a sus actividades privadas.

Como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los límites a la crítica permitida son más amplios en relación con una persona de relevancia pública que cuando se trata de un particular. El primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a la fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periódicos como por la multitud de ciudadanos y por ello debe mostrarse más tolerante (CEDH, caso *Lingens vs Austria*, 8 julio 1986, Serie A, núm. 103).

Asimismo, tales personajes tienen amplias posibilidades de acceso a los medios de comunicación para rebatir las críticas que se les formulan sobre su actividad sometida al escrutinio público

De lo anterior se deduce que si el eventual conflicto entre la libertad de información y el honor se resuelve, en primera instancia, examinando si la informa-

ción aportada fue veraz, la lesión de la intimidad presupone en cambio la veracidad. Como ha dicho el Tribunal Constitucional español: «el elemento decisivo aquí es la relevancia pública del hecho divulgado, que su revelación resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo del público para su conocimiento» (STC 197/ 1991).

De allí ha derivado el mismo tribunal que: «tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión, porque, la preservación de ese reducto de inmunidad solamente puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, el ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena» (STC 20/ 1992).

Cabe recordar que cada uno regula el ejercicio de su intimidad, de manera tal que si una persona famosa rinde declaraciones sobre un hecho de su vida íntima y posteriormente un medio de comunicación las desmiente de forma veraz, aquella no podría invocar ante los tribunales de justicia la violación de su derecho fundamental a la intimidad.

Dentro de este orden de ideas, el Tribunal Constitucional español ha señalado que: «quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye de la esfera de su intimidad y ha de asumir el riesgo de que si el periodista pueda constatar la veracidad de esos hechos y rectificar los errores o falsedades de la información espontáneamente suministrada por los afectados. Prevalecerá el derecho a la información sobre la protección de la intimidad en relación con los hechos de la adopción divulgados por los propios afectados por la misma» (STC 197/91).

De lo anterior se concluye que el periodista no puede ir más lejos, incluyendo de forma indebida datos y pormenores personales, estrictamente privados y pertenecientes a la esfera de la intimidad, que no constituyen asuntos de interés general ni contribuyen a la formación de la opinión pública.

Por otra parte, el tribunal debe evaluar si hubo voluntad de agravio o deformación de los hechos, o, si por el contrario, se trató de una información de relevancia pública sobre personas públicas por medio de un serio esfuerzo investigativo.

VI. CONCLUSIÓN

Del somero análisis realizado acerca del contenido de la libertad de información y de los conflictos que su ejercicio plantea en la sociedad moderna respecto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, podemos concluir que la libertad de información se ejerce legítimamente cuando concurren tres requisitos: a) que la información sea veraz, entendiendo la veracidad como diligencia en la

búsqueda y obtención de la misma por el informador; *b*) que la información tenga relevancia pública, bien por la materia al que se refiere o por las personas que interviene y *c*) que la información no contenga frases o expresiones formalmente injuriosas, innecesarias para la labor informativa o para la formación de una opinión pública libre y responsable.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, Londres, 1925.
- Carrillo, M., «Cláusula de conciencia y secreto profesional de los comunicadores», en *Derecho a la información y Derechos Humanos*, México, 2000, págs. 401 y sigs.
- Díaz Portilla, J., «Espagne: Secret de la vie privé et Constitution», en *Annuaire International de Justice Constitutionnel*, Volumen XVI, Aix- Marseille, 2000.
- Nogueira Alcalá, H., «El derecho a la información en el ámbito del Derecho Constitucional Comparado en Iberoamérica y Estados Unidos», en *Derecho a la información y Derechos Humanos*, México, 2000, págs. 3 y sigs.
- Peces-Barba, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, 1993.
- Pellet- Lastra, A., *La libertad de expresión*, Buenos Aires, 1970.
- Pérez Royo, J. y Pradera J., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, en *Cuadernos y Debates*, número 48, Madrid, 1994.
- Rolla, Giancarlo, «El difícil equilibrio entre derecho a la información y tutela de la dignidad y la vida privada: breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana», en *Persona y Derecho*, Navarra, 2001, págs. 251 y sigs.
- Stein, Ekhart, *Derecho Político*, Madrid, 1973.
- Vidal Marín, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Madrid, 2001.

EL HÁBEAS CORPUS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

CÉSAR LANDA (*)

SUMARIO: **I.** Presentación. **II.** El proceso de Hábeas Corpus en el nuevo Código Procesal Constitucional. 2.1. La Constitución Política de 1993 y el proceso de Hábeas Corpus. 2.2. El Código Procesal Constitucional y el proceso de Hábeas Corpus. 2.2.1. La jurisdicción del Hábeas Corpus. 2.2.2. Presupuestos sustantivos del proceso constitucional de Hábeas Corpus. 2.2.3. Características del proceso de Hábeas Corpus. 2.2.4. Proceso de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales. 2.2.5. Proceso de Hábeas Corpus en regímenes de excepción. 2.2.6. Tipos de Hábeas Corpus. 2.2.7. Efectos de la sentencia del proceso de Hábeas Corpus. **III.** A modo de conclusión.

I. PRESENTACIÓN

En los últimos tiempos asistimos a un debate, cada vez más importante, en torno a la sistematización y formulación del Derecho Procesal Constitucional como una disciplina autónoma y dotada de principios propios. Esta situación se ha visto reflejada, principalmente, en los aportes que la doctrina viene realizando recientemente y de forma creciente sobre el mismo. Sin embargo, si bien en el plano de la doctrina los aportes para la formulación de una teoría general del Derecho Procesal Constitucional muestran un importante avance, no podemos afirmar lo mismo del nivel legislativo, pues generalmente las normas relativas a los procesos

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magistrado del Tribunal Constitucional.

constitucionales son normas específicas y que, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales, permanecen aun dispersas.

De esta manera, el ordenamiento jurídico peruano se ha convertido, a partir de la publicación del Código Procesal Constitucional (en adelante CPC)⁽¹⁾, en el primer país de América Latina⁽²⁾ en sistematizar y codificar las normas que regulaban en forma dispersa los procesos constitucionales. Sin embargo, a nuestro parecer, la trascendencia del nuevo Código peruano está en otro lugar, pues no sólo se debe a la legítima expectativa que ha venido a ocupar, sino también a que ha incorporado novedades importantes en casi todas las instituciones que se perfilan como privativas del Derecho Procesal Constitucional.

Las novedades introducidas por el Código Procesal Constitucional peruano pueden advertirse a lo largo de su articulado; si bien algunos con más trascendencia que otros. Estos cambios han alcanzado también a la institución del Hábeas Corpus. Respecto de él es del caso señalar que la experiencia judicial de los Hábeas Corpus en el Perú, a un nivel práctico antes que teórico, ha sido asumir una interpretación restringida de la libertad personal, en particular de la libertad física, seguridad personal y libertad de tránsito, básicamente; ello no obstante que el artículo 12° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, establece enunciativamente los supuestos de la procedencia de dicha garantía. De este modo, la mayoritaria jurisprudencia nacional había dejado desprotegida a la libertad en los casos vinculados al derecho a la vida en las demandas por detenidos-desaparecidos; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicado y a la excarcelación en el caso del reo absuelto, entre otros supuestos⁽³⁾.

Sin embargo, con la entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia en materia de protección de la libertad personal y derechos

(1) El Código Procesal Constitucional fue publicado por Ley N° 28237, en el *Diario Oficial El Peruano* el 31 de mayo de 2004, y entrará en vigencia a partir del 1° de diciembre de 2004.

(2) Sin embargo, debemos reconocer que dos provincias argentinas ya contaban con anterioridad con sus respectivos códigos procesales constitucionales si bien con alcances territoriales limitados; tales son los casos de la Ley 8369 de la Provincia de Entre Ríos que, como refiere Sagüés, es un Código, y el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán (Ley 6944). *Cfr.* Sagüés, Néstor Pedro. «La codificación del Derecho Procesal Constitucional». En *Themis, Revista de Derecho*, N° 43, Segunda Época, Lima, 2001, p. 8, nota a pie 3.

(3) Borea Odría, Alberto. *Las garantías constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo*. Lima, JUC, 1992, pp. 54 y ss; Eguiguren, Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, CAJ-Fundación Friedrich Naumann, 1990, pp. 81 y ss.

conexos a ella, fue mayoritariamente tutelar⁽⁴⁾, aunque ha ido variando ostensiblemente. En ese sentido, no obstante que los procesos de Hábeas Corpus tienen un escaso desarrollo jurisprudencial, se puede encontrar jurisprudencia minoritaria innovadora, que tiende a resolver en términos generales por el *in dubio pro libertatis* y no por el *in dubio pro stato*; en virtud de lo cual –siguiendo a Volpe– «los jueces controlan al legislador como resultado lógico del Volksgemeinschaft: hay que decir que el derecho no está en el derecho positivo sino en el espíritu y en la historia del pueblo»⁽⁵⁾.

Precisamente, el proceso constitucional de Hábeas Corpus es la institución que corresponde estudiar en esta oportunidad, más que en sus aspectos procedimentales, en sus aspectos sustantivos, a la luz de la nueva regulación que el Código Procesal Constitucional ha venido a introducir.

II. EL PROCESO DE HÁBEAS CORPUS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

2.1. La Constitución Política de 1993 y el proceso de Hábeas Corpus

La Constitución de 1993 ha establecido en el Título V «De las Garantías Constitucionales», un conjunto de normas que regulan no sólo los procesos constitucionales, sino también lo relativo a la naturaleza, composición y competencias del Tribunal Constitucional. Pero es el caso que nos ocupa realizar un breve análisis del proceso constitucional de Hábeas Corpus. En efecto, la Constitución ha consagrado el proceso de Hábeas Corpus como una garantía constitucional, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ella (artículo 200°-1 de la Constitución).

Cabe advertir que el modelo del proceso de Hábeas Corpus se innova en relación a la Constitución de 1979, en tanto que reconoce, como el núcleo duro a tutelar, a la libertad individual, pero también incorpora implícitamente a los derechos vinculados directamente con ella⁽⁶⁾. Esta ampliación de la tutela de los dere-

(4) V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996; en particular, las ponencias de Carpio Marcos, Edgar. «Tribunal Constitucional y Hábeas Corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento» y de Landa, César. «Libertad de tránsito y el Tribunal Constitucional»; asimismo, revisar *Diálogo con la Jurisprudencia*, N°s. 1- 4, W. G. editores, Lima, 1995 a 1997.

(5) Pérez Tremps, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, CEC, 1985, p. 47.

(6) Ortecho, Víctor Julio. *Jurisdicción constitucional*. Trujillo, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, 1994, pp. 131-160; Eguiguren, Francisco. «Libertad personal y detención arbitraria: las novedades en la Constitución de 1993». En *Ius et Veritas*, N° 10, Lima,

chos de la libertad a través del Hábeas Corpus, supone la existencia de un núcleo duro de derechos fundamentales en torno a la libertad personal, directamente tutelados por el Hábeas Corpus, tales como la libertad y seguridad personales, la integridad personal y la libertad de tránsito –*ius movendi e ius ambulandi*–, las cuales muchas veces son vulneradas en conexión con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho de residencia, la libertad de comunicación e, inclusive, el derecho al debido proceso sustantivo⁽⁷⁾.

2.2. El Código Procesal Constitucional y el proceso de Hábeas Corpus

El Hábeas Corpus es el proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de la libertad. Consideramos pertinente advertir, no obstante, que el proceso de Hábeas Corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende también a la libertad de movimiento, de tránsito, a la integridad personal, entre otros. Esta concepción amplia del proceso de Hábeas Corpus ha sido acogida por el Código Procesal Constitucional, el cual en su artículo 25° ha establecido una serie de supuestos que protegen la libertad personal a través del Hábeas Corpus⁽⁸⁾.

1995, pp. 209-215. Desde una perspectiva penal, Ugaz, José. «Libertad, seguridad personal y debido proceso». En *LTC*, N° 12, CAJ, Lima, 1996, pp. 45 y ss.

(7) Ely, John Hart, *On constitutional ground*. New Jersey: Princeton University Press, 1996, pp. 279 y ss.

(8) Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el Hábeas Corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.

6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.

2.2.1. La jurisdicción del proceso de Hábeas Corpus

En general, los procesos constitucionales son susceptibles de ser conocidos tanto por el Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional (artículo IV, CPC). En tal sentido, tramitar y resolver los procesos de Hábeas Corpus es competencia del Poder Judicial, específicamente, de cualquier Juez penal de la localidad sin considerar el turno (artículos 12° y 28°, CPC). Pero si el fallo final fuera desestimatorio para el demandante, el Tribunal Constitucional a pedido de parte mediante el recurso de agravio constitucional (artículo 18°, CPC), asume jurisdicción como instancia final de fallo, según dispone el artículo 200°-1 de la Constitución.

Con ello se deja claramente establecido la competencia del Juez penal para conocer los procesos de Hábeas Corpus, lo cual es un acierto; más aún si consideramos lo sucedido durante el gobierno dictatorial de Fujimori en el que, mediante el Decreto Legislativo N.° 895, se facultó a los jueces militares del Fuero Privativo Militar para resolver los Hábeas Corpus de los acusados por delitos en banda, asimilándolos antijurídicamente al delito de terrorismo, y, al Amparo del Decreto Legislativo N.° 900, se sometió al Hábeas Corpus en Lima y Callao a la jurisdicción de los jueces especializados de Derecho Público, en primera instancia, y a la Sala de Derecho Público, en segunda instancia. Sin embargo, ambas disposiciones fueron dejadas sin efecto por inconstitucionales; la primera, el Decreto Legislativo N.° 895, fue derogado mediante la Ley N.° 27235, al disponer que la acción de Hábeas Corpus en los delitos de terrorismo especial se interpondrá de acuerdo con las normas generales de la materia, debido a que el fuero militar sólo juzga delitos de función militar y no delitos comunes. La segunda norma, el Decreto Legislativo 900, fue dejado sin efecto por la Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 004-2001-I/TC que lo declaró inconstitucional, debido a que con el rango de esta norma no se podía normar materia reservada a una ley orgánica, según el artículo 104 de la Constitución ⁽⁹⁾.

7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite «f» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.

8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.

(9) Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima, Palestra Editores, segunda edición ampliada y corregida, 2003, pp. 187 y ss.; Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 004-2001-I/TC. Declara inconstitucional el D. Leg. N° 900 que modi-

En consecuencia, cuando las sentencias del Poder Judicial sean estimatorias de la libertad de los demandantes, éstas causan estado de cosa juzgada, siempre que la decisión final se pronuncie sobre el fondo (artículo 6°, CPC). Por el contrario, si sus fallos son denegatorios, el Hábeas Corpus, vía un recurso de agravio constitucional, se resolverá en última instancia por el Tribunal Constitucional, quien asume plena jurisdicción sobre el fondo y sobre la forma del proceso constitucional del Hábeas Corpus. Con lo cual los procesos de Hábeas Corpus vuelven a tramitarse en primera instancia en los juzgados penales.

2.2.2. Presupuestos sustantivos del proceso constitucional de Hábeas Corpus

Es procedente interponer un Hábeas Corpus, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Se demande la afectación del derecho fundamental a la libertad personal o los derechos conexos a él (artículo 25°, CPC). Sobre esto, cabe decir que no se puede olvidar que la Constitución tutela también el derecho fundamental a la presunción de inocencia (artículo 2°-24-e), el cual es tan importante para proteger la libertad personal, como otros bienes jurídicos que el propio Estado constitucional se encuentra comprometido a defender, tales como la protección de la población de las amenazas contra la seguridad de la población (artículo 44°) y, en consecuencia, a luchar contra el narcotráfico (artículo 2°-24-f y artículo 8°), el terrorismo (artículo 2°-24-f y artículo 37°), desde ya la corrupción y la delincuencia en general (artículos 118°-1, 139°-8, 166° y 201°).

b) El acto lesivo o la amenaza del derecho fundamental a la libertad personal o de los derechos conexos a él se producen como consecuencia de un acto comisivo u omisivo por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona (artículo 2°, CPC).

c) Procede frente a resoluciones judiciales cuando ellas constituyen una manifiesta vulneración al derecho fundamental a la libertad personal o de los derechos conexos a él y a la tutela procesal efectiva (artículo 4°, CPC). Así, ante una resolución judicial dictada violando la libertad personal y la tutela procesal efectiva, el proceso de Hábeas Corpus se convierte en el único instrumento de defensa de la libertad, constreñida por una resolución que no se ajusta a los principios y normas del Derecho Constitucional.

ficó artículos de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (27/12/2001); asimismo, Defensoría del Pueblo. «Análisis de los decretos legislativos sobre seguridad nacional dictados al Amparo de la Ley N° 26955». En <http://www.mbudsman.gob.pe>.

d) Aun cuando existan otros medios de defensa en el ordenamiento jurídico legal, procedería el Hábeas Corpus. Esto es así, desde que el Código Procesal Constitucional ha previsto (artículo 5°-2, CPC) que no proceden los procesos constitucionales cuando existan otras vías específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho fundamental amenazado o vulnerado, «salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus».

e) El Hábeas Corpus no requiere del agotamiento de las vías previas (artículo 5°-4, CPC), ello como consecuencia de la trascendencia de los derechos fundamentales que tutela, que, de otro modo, devendrían en irreparables; además, incluso procede cuando el plazo para interponer la demanda ha vencido (artículo 5° 10, CPC).

2.2.3. Características del proceso de Hábeas Corpus

El Hábeas Corpus es un proceso constitucional autónomo que se caracteriza porque:

a) El Juez constitucional tiene una función tutelar de la libertad. Así, una vez iniciado el proceso, se expresa en el impulso de oficio del mismo que realiza el Juez (artículo III, Título Preliminar, CPC), bajo el canon de interpretación constitucional del *in dubio pro homine* (artículo V, Título Preliminar, CPC).

b) Se interpone cuando una resolución judicial firme viola el derecho fundamental a la libertad personal y cuando se vulnera la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (artículo 4°, CPC).

c) Se expresa en la presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental que no evita una detención preliminar en sede judicial, siempre que existan evidencias razonables de la comisión de un delito, de su participación en él y que existan razones para concluir que, al ser puesto en libertad, evadirá a la justicia.

d) Si bien no hay una etapa probatoria formal (artículo 9°, CPC), el Juez constitucional puede y debe valorar la carga de la prueba aportada por el demandante; pero, en busca de la verdad constitucional, podría invertir la carga de la misma, por ejemplo cuando un funcionario público esté detenido por delitos económicos de desbalance patrimonial.

e) No reemplaza a otros medios de defensa judicial ordinaria, no es un recurso directo contra resoluciones expedidas en otro proceso, ni se utiliza luego de haber prescrito la acción judicial.

f) Procede aun cuando existan otros medios de defensa judicial que protejan la libertad personal vulnerada (artículo 5°-2, CPC); es decir, que procedería el Hábeas Corpus, aun cuando el afectado pueda recurrir a otros medios o procesos

eficaces para tutelar el derecho a la libertad personal afectada ilegítimamente incluso dentro de un proceso.

g) La validez de la orden judicial de libertad en mérito a un Hábeas Corpus, dentro de un proceso ordinario, tiene una vigencia temporal transitoria, a resultas de la resolución judicial final que sobre el fondo del asunto se falle en el expediente principal.

2.2.4. *Proceso de Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales*

En la medida que el Hábeas Corpus otorga eficaz protección al derecho fundamental a la libertad, cumple también un rol educativo para la sociedad. Responsabilidad que recae tanto en el Poder Judicial, como en el Tribunal Constitucional; éste último en tanto instancia final necesaria para realizar una protección objetiva de la Constitución a un caso concreto.

En efecto, el Tribunal Constitucional es la máxima instancia para conocer y resolver las resoluciones denegatorias de los procesos de Hábeas Corpus; en la medida que la libertad o los derechos conexos a ella de cualquier persona, sea vulnerada o amenazada por acción u omisión, por autoridad, funcionario o persona particular (artículo 2º, CPC), de conformidad con los artículos 200º-1 y 202º-2 de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional es una instancia de revisión del fondo y la forma del derecho fundamental a la libertad afectado o violado en el curso de cualquier proceso judicial, como también administrativo o *inter privados*. Esta tesis constitucional, significa que los magistrados constitucionales tienen competencia para cuestionar las resoluciones judiciales que afecten la libertad personal, emanadas de un proceso en el que se haya violado la tutela procesal efectiva. Ello supone que el Tribunal Constitucional, para dilucidar si el derecho a la libertad de un particular está afectado ilegítima o legítimamente por dicha resolución judicial, debe valorar la suficiencia de las pruebas que sostuvieran el cumplimiento o no de los requisitos procesales de la pena o de las medidas judiciales coercitivas, como el mandato de detención preliminar, arresto domiciliario o impedimento de salida del país.

Ello es así, por cuanto en la función de control constitucional de los fallos judiciales ordinarios, el Tribunal Constitucional no puede separar el derecho fundamental alegado, de los hechos que son materia de la controversia. Es decir, los magistrados constitucionales deben integrar el análisis de la Constitución con la legalidad o no de los actos impugnados; más aún, si el Hábeas Corpus es el último recurso de protección de la libertad y el Tribunal Constitucional es la última instancia competente para resolver dicho proceso.

2.2.5. *Proceso de Hábeas Corpus en regímenes de excepción*

De otro lado, un cambio significativo operado en el artículo 200° *in fine* de la Constitución de 1993, es el reconocimiento de los procesos de Hábeas Corpus y de Amparo, no obstante que se hayan declarado los regímenes de excepción en un ámbito territorial⁽¹⁰⁾. En virtud de esta tesis del control judicial parcial, los jueces quedan facultados para examinar la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo de las libertades suspendidas, no correspondiéndole cuestionar la propia declaración del régimen de excepción, propio de la tesis del control judicial total, sino tan sólo los actos de ejecución de la misma que afecten los derechos fundamentales.

La tesis del control judicial parcial ha sido acogida por el Código Procesal Constitucional, el cual ha reconocido, por un lado, que los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción; de otro, que los jueces, en los procesos constitucionales relacionados con los derechos suspendidos, examinarán la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo (artículo 23°, CPC). Sobre el particular, se puede señalar que «la razonabilidad: 1) es un reconocimiento implícito que la subsión del supuesto de hecho en la norma fundamental no es automática...significa que el resultado posible de una deducción del tipo constitucional es, cuando menos, de un amplio espectro; 2) asegura que ninguna actuación política que se mueva dentro del sistema constitucional va a estar exenta del control del TC; 3) posibilita que este control no suponga una usurpación de poderes constitucionalmente otorgados al resto de los órganos del Estado»⁽¹¹⁾. Por otro lado, cabe precisar que «el principio de proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados»⁽¹²⁾.

El nuevo Código también dispone que el examen de razonabilidad y proporcionalidad, que hayan de realizar los jueces, se lleve a cabo en función de los siguientes criterios: «1) si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos; 2) si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; 3) o si

(10) Vargas, Guillermo. «Hábeas Corpus y estado de excepción». En *Pensamiento Constitucional*, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1995, pp. 216 y ss.; asimismo, García-Sayán, Diego. *Hábeas Corpus y estado de emergencia*. Lima, CAJ, 1988, pp. 124.

(11) Carrasco Perera, Ángel. «El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional». En *REDC*, N° 11, Año 4, mayo-agosto, CEC, Madrid, 1984, p. 48.

(12) Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 127.

tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el Juez» (artículo 23°, CPC). Cabe agregar además, que la suspensión de los derechos fundamentales sólo tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos que el Decreto que declara el régimen de excepción especifique.

Ahora bien, la disposición constitucional aludida supone reconocer que en mérito de la suspensión de los derechos fundamentales bajo los regímenes de excepción, éstos no queden anulados, sino tan sólo restringidos en la medida de lo necesario; necesidad que será examinada preventivamente o posteriormente por el Juez, a través de los Hábeas Corpus o procesos de Amparo que planteen los afectados por los agentes del Estado durante los regímenes de excepción. Se constitucionaliza, así, la tesis del control judicial parcial; contradiciendo la generalizada práctica judicial de la década del ochenta, en la cual se desestimaban los Hábeas Corpus en estados de emergencia, con algunas excepciones jurisprudenciales⁽¹³⁾. En efecto, en virtud de la vieja tesis del poder político discrecional, se entendía la suspensión de los derechos fundamentales en regímenes de excepción, como la anulación temporal y territorial de los mismos, en base a la no justificabilidad de las decisiones políticas del gobierno por «razón de estado»⁽¹⁴⁾.

En consecuencia, en el actual modelo constitucional, el Hábeas Corpus es factible de ser interpuesto contra actos y decisiones no sólo de una autoridad policial o de un particular, sino también contra resoluciones de un Juez común o Juez militar, siempre que dichas resoluciones judiciales sean contrarias abiertamente a la libertad individual constitucional, que la afectación de la libertad se haya producido o sea inminente, que el daño sea irreparable y, que se viole la tutela procesal efectiva. Al respecto, dado que el Hábeas Corpus cubre no sólo a la libertad personal, sino también a los derechos conexos a ella, según dispone el artículo 200°-1 de la Constitución, resulta evidente que la libertad de una persona puede ser y es afectada usualmente por resoluciones en los procesos judiciales que no cumplan con los requisitos fundamentales de la tutela procesal efectiva.

2.2.6. Tipos de Hábeas Corpus

Una de las principales novedades que ofrece el Código Procesal Constitucional (artículo 25°, CPC) está relacionada con los tipos de Hábeas Corpus, por

(13) Abad, Samuel. *Selección de Jurisprudencia Constitucional, Hábeas Corpus y Amparo...*, op. cit., pp. 103, 141-146, 150-161 y 215-219.

(14) García-Sayán, Diego. *Hábeas Corpus y estados de emergencia...*, op. cit., p. 31.

cierto ya delimitada con anterioridad por la doctrina⁽¹⁵⁾. En este sentido, se puede señalar que la nueva normativa procesal constitucional abre la opción de entender el proceso Hábeas Corpus no de manera restringida, sino con una variada gama de tipos de Hábeas Corpus especiales, en función de la libertad fundamental reclamada⁽¹⁶⁾.

a) Hábeas Corpus innovativo

A pesar de haber cesado o haberse convertido en irreparable la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un Hábeas Corpus innovativo, siempre que el afectado de esa manera no vea restringido a futuro su libertad y derechos conexos (artículo 1º, CPC). En efecto, «el Hábeas Corpus debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiese sido consumado»⁽¹⁷⁾. Este sería el caso de una persona que es detenida arbitrariamente por la policía y expulsada inmediatamente del país, pero que el Hábeas Corpus por ser extemporáneo podría ser declarado improcedente, por sustracción de la materia; pero, como fue expulsado ilegalmente se entendería fundado su Hábeas Corpus, para que tenga el derecho de regresar libremente y no encontrar una ficha policial, que restrinja o afecte su libertad personal por haber sido expulsado del país.

b) Hábeas Corpus preventivo

Cuando se amenace de manera cierta y concreta, la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal, cabe interponer un Hábeas Corpus preventivo (artículo 2º, CPC). La amenaza real es un asunto de casuística, que debe valorar el Juez, en base al principio constitucional de la presunción de inocencia, a la interpretación extensiva de la defensa de la libertad y a la interpretación restrictiva de la limitación de la misma, según se desprende el artículo 1º de la Constitución, según el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de sus dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

c) Hábeas Corpus excepcional

Será procedente el Hábeas Corpus excepcional cuando los actos que suspenden derechos fundamentales durante la vigencia del régimen de excepción se reali-

(15) Landa, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima, Palestra Editores, primera reimpresión, 2004, pp. 114-117; Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*. T. 4, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 127 y ss.

(16) Sagüés, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 1, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 236-344.

(17) García Belaunde, Domingo. *Constitución y Política*, Lima, Eddili, 1991, p. 148.

zan vulnerando los principios de razonabilidad y proporcionalidad. La aplicación del principio de razonabilidad es adecuado: «si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos. La aplicación del principio de proporcionalidad, si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado, atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho sumariamente evaluado por el Juez»⁽¹⁸⁾. Además de ello, consideramos que este tipo de Hábeas Corpus sería procedente cuando se pretenda extender la vigencia y alcance de la suspensión de los derechos fundamentales a otros ámbitos geográficos primigeniamente no considerados en el Decreto que declara el régimen de excepción. No obstante, el Juez del Hábeas Corpus, en este caso, debe actuar con suma prudencia, cuidando de no afectar competencias discrecionales de los otros poderes del Estado⁽¹⁹⁾.

d) Hábeas Corpus reparador

Frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física, por orden policial, mandato judicial común o del fuero militar, decisión de un particular o negligencia penitenciaria cuando un preso continúa en la cárcel a pesar de haber cumplido su condena, procedería el Hábeas Corpus reparador, en cuanto busca reponer las cosas al estado anterior de la violación, es decir, recuperar su libertad (artículo 2°-24-f de la Constitución y artículo 25°-7, CPC). Este tipo de Hábeas Corpus es la clásica institución romana del *interdictum homine libero exhibendo*.

e) Hábeas Corpus restringido

Ante una continua y pertinaz limitación de la libertad personal, como las restricciones a la libertad de tránsito por un particular o autoridad, las reiteradas citaciones policiales infundadas o las permanentes retenciones por control migratorio, cabría postular un Hábeas Corpus restringido (artículo 25°-13, CPC), que busque el cese de la afectación continua en tanto está conexas a la vulneración o amenaza de la libertad individual.

(18) AA.VV. *Código Procesal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 56.

(19) Sagiés, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus...*, op. cit., p. 250.

f) Hábeas Corpus traslativo

Si se produjese mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva⁽²⁰⁾, en virtud de lo cual continuase detenido un reo, luego del plazo límite previsto en la ley para la audiencia oral donde se resuelva sobre su culpabilidad o inocencia, o si ya hubiese cumplido su condena y continuase en prisión (artículo 25°-14, CPC), correspondería plantear un Hábeas Corpus traslativo, para que sea llevado inmediatamente a la instancia judicial correspondiente o al detenido para que sea liberado. En este caso, como es evidente, se busca proteger la libertad o la condición jurídica del *status* de la libertad de los procesados o condenados, afectadas por las burocracias judiciales y penitenciarias, que indebidamente pudieran estar extendiendo la restricción o privación de la libertad de los detenidos en un proceso judicial o de los reos que ya han cumplido su condena pero siguen en cárcel.

g) Hábeas Corpus instructivo

Ante el caso de una persona detenida-desaparecida por autoridad o particular que niega la detención y por eso es imposible de ubicarla (artículo 25°-16, CPC); se ocasiona a la persona afectada la violación de sus derechos a la libertad, a la comunicación, derecho de defensa y, por lo general, a la vida y a la integridad personal; situación perversa frente a la cual sólo quedaría la posibilidad de utilizar un Hábeas Corpus instructivo, en virtud del cual, el Juez del Hábeas Corpus, a partir de las indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busque identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria (artículo 8°, CPC). Ello es posible, en base a que: «el Hábeas Corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida»⁽²¹⁾.

h) Hábeas Corpus correctivo

En los casos de actos lesivos a la integridad personal –física, psicológica o moral–, procedería un Hábeas Corpus correctivo (artículo 25°-17, CPC), en tanto

⁽²⁰⁾ García Belaunde, Domingo. «El Hábeas Corpus en América Latina». En *REP*, N° 97, julio-setiembre, CEC, Madrid, 1997, pp. 120 y ss.

⁽²¹⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Paez*. Sentencia de 3 noviembre de 1997. San José de Costa Rica: mimeo, 1997, p. 23.

se busca que cesen los maltratos contra un detenido, reo en cárcel, preso, o interno de instituciones totales –privadas o públicas– como centros educativos en calidad de internados, entidades encargadas del tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales, etc. Incluso este Hábeas Corpus sería extensible al caso de retención por violencia doméstica o familiar hacia las mujeres, menores de edad, ancianos y otros dependientes.

2.2.7. Efectos de la sentencia del proceso de Hábeas Corpus

En cuanto se refiere a los efectos de las sentencias fundadas del proceso de Hábeas Corpus, es del caso señalar que el Código Procesal Constitucional (artículo 34°, CPC) contempla cuatro medidas, a saber: 1) la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho, 2) que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considera necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; 3) que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención, o 4) que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, uno de los temas quizá de mayor relevancia en el nuevo Código Procesal Constitucional está referido al derecho fundamental a la libertad personal que se recupera mediante el proceso constitucional del Hábeas Corpus. En el Código se han articulado técnicas que permiten una eficaz salvaguarda de los derechos de la libertad que, como ya dijimos, no sólo se refiere a la libertad física en estricto, sino también a otros derechos conexos a él, y que el Código ha recogido de modo enunciativo. En este sentido, se mejora la identificación de lo que significa la libertad personal y, a la vez, se le garantiza no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares; es decir, que la agresión que pueda atentar contra la libertad no sólo sea «tradicional» por parte de la autoridad, sino también de un particular.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza del proceso de Hábeas Corpus, la rapidez y sencillez, son las características que se desprenden de la regulación del nuevo Código. A ello contribuye también de manera positiva la naturaleza sumarísima del proceso de Hábeas Corpus para garantizar al ciudadano la tutela de sus derechos a la libertad personal. Precisamente, son los postulados de sumariedad y urgencia los que procesalmente incorpora y refuerza el nuevo Código, lo cual permite que exista en materia de libertad un avance significativo.

Además, es acertado que el Código haya previsto, acogiendo el principio de la *actio populi*⁽²²⁾ (artículo 26°, CPC), que la demanda de Hábeas Corpus pueda ser interpuesta por la propia persona perjudicada o por otra, sin que para ello se exija tener representación, o también por el Defensor del Pueblo. Tampoco se requiere el pago de una tasa judicial ni que la demanda esté firmada por un letrado. De otro lado, la demanda puede ser presentada por escrito o verbalmente, directamente o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo (artículo 27°, CPC). En suma, para la tramitación del proceso de Hábeas Corpus, el Código Procesal Constitucional sólo se exige requisitos mínimos imprescindibles.

Otra novedad importante es la incorporación en el Código de los aportes de la doctrina en relación con los tipos de Hábeas Corpus. Efectivamente, se incorpora el reconocimiento de varias clases de Hábeas Corpus, con lo cual se amplía normativamente el ámbito de protección de situaciones vulneratorias de los derechos de la libertad personal y derechos conexos. De modo tal que frente al Hábeas Corpus clásico que propone reponer las cosas al estado anterior de la vulneración, se reconocen otros tipos de Hábeas Corpus, lo cual responde a la variedad de situaciones en que se puede configurar la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal.

Finalmente, cabe decir que las normas no crean realidades, por lo que dependerá, en buena medida, que los jueces se capaciten en la disposiciones que el nuevo Código Procesal Constitucional incorpora para que la tutela de los derechos fundamentales de la libertad personal pueda ser realizada de manera eficiente y oportuna.

Lima, octubre de 2004.

(22) AA.VV. *Código Procesal Constitucional...*, op. cit., p. 61.

ANÁLISIS DEL MODELO DE HÁBEAS CORPUS DESARROLLADO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

JORGE M. MELÉNDEZ SÁENZ ^(*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Configuración normativa del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional. **III.** Se incorporan nuevos tipos de Hábeas Corpus. **IV.** Ampliación de los derechos protegidos por el Hábeas Corpus. **V.** Aspectos procesales del Hábeas Corpus.

I. INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo pretendemos valorar el tratamiento normativo y los aspectos novedosos que sobre el proceso constitucional del Hábeas Corpus ha introducido el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004), y ello, a partir de la interpretación, el contenido y límites de las principales disposiciones que le regulan en este nuevo *corpus* normativo.

Desarrollar el propósito antes señalado, impone reconocer que la consagración y el reconocimiento constitucionales del conjunto de derechos y libertades propios del ser humano, resultarían insuficientes si no existieran instrumentos adecuados para una rápida y eficaz tutela que garantice la vida y la libertad de los ciudadanos, lo que supone la articulación de técnicas jurídicas que posibiliten la salvaguarda de los derechos fundamentales frente a los particulares, como frente a los poderes públicos.

(*) Asesor del Tribunal Constitucional. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP).

Una de estas técnicas de protección de los derechos del hombre, específicamente del derecho a la libertad personal, es el instituto del Hábeas Corpus, configurado históricamente como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del orden público.

El Hábeas Corpus es actualmente la principal institución en el mundo destinada a proteger la libertad personal contra las detenciones arbitrarias o ilegales y así lo reconocen los pactos internacionales de derechos humanos. Esta acción de protección tiene por objetivo impetrar el amparo urgente al ejercicio del derecho a la libertad personal garantizado por la Constitución.

II. CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL HÁBEAS CORPUS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Se mantiene las modalidades de Hábeas Corpus existentes en la legislación procesal constitucional vigente

En efecto, el Código Procesal Constitucional reproduce las modalidades de Hábeas Corpus ya establecidas en las Leyes N° 23506 y N° 25398. Así tenemos:

a) El Hábeas Corpus reparador⁽¹⁾

Contemplado en el artículo 25, inciso 7 del Código Procesal Constitucional. Puede ser conceptualizado como el remedio que surge inicialmente para evitar las detenciones arbitrarias, es decir, aquellos casos en que la persona está detenida fuera de los presupuestos y de la forma que prescriben la Constitución y la ley. Este Hábeas Corpus llamado también *clásico* o *principal*, persigue –frente a una detención arbitraria o ilegal– reponer las cosas al estado anterior a la violación, lo que se obtiene con la libertad de la persona.

Como ejemplos ilustrativos del Hábeas Corpus reparador podemos citar los siguientes: la detención policial practicada *ex officio*, es decir, sin que exista situación de flagrancia o mandato judicial que la legitime, pudiendo efectuarse por sospecha, por indocumentación, por operativos de rastillaje, por investigación de denuncias; otras formas son, la detención decretada por Juez incompetente; la detención por particulares.

La resolución que declara fundada la demanda de este Hábeas Corpus dispondrá la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho (Art. 33°.1 del CPC). De esta manera se repara el derecho infringido, reestableciéndose la libertad personal.

(1) Art. 12.10 de la Ley 23506.

b) Hábeas Corpus preventivo⁽²⁾

Se encuentra previsto en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional. Doctrinalmente se considera que el Hábeas Corpus preventivo es aquel que se otorga frente a la amenaza de eventuales detenciones. En este caso la actuación del Juez no es posterior al acto violatorio de la libertad individual, sino anterior a la misma, enfrentándose a una *amenaza*, que tiene que ser cierta y de inminente realización, no conjetural ni presunta, que se manifieste con actos o palabras que no dejan duda de su ejecución o propósito. Por ejemplo, la amenaza de detención para obtener una declaración.

c) Hábeas Corpus restringido⁽³⁾

Establecido en el artículo 25°, inciso 13 del Código Procesal Constitucional. Este Hábeas Corpus se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se limita ésta en menor grado. Ejemplos de casos en los que procede, son: la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada.

La resolución que declara fundada la demanda de Hábeas Corpus dispondrá que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse (Art. 34°.4 del CPC).

d) Hábeas Corpus traslativo⁽⁴⁾

Prescrito en el artículo 25°, inciso 14 del Código Procesal Constitucional. Este Hábeas Corpus busca proteger el estado de libertad de los procesados o condenados, eventualmente afectado por la decisión de las autoridades judiciales y penitenciarias, que indebidamente extienden la detención o privación de la libertad.

Acontece por ejemplo, si el procesado continuase detenido no obstante haberse vencido el plazo legal de detención (prescrito en el artículo 137° del Código Procesal Penal) o si el reo ya hubiese cumplido su condena y continuase en pri-

(2) Art. 12, Ley 23506.

(3) Art. 12.15, Ley 23506.

(4) Art. 12.16, Ley 23506.

sión, por el incumplimiento del INPE de las resolución que le otorga libertad, situaciones en que corresponde plantear un Hábeas Corpus traslativo, para que sea llevado inmediatamente a la instancia judicial pertinente, o sea liberado.

La resolución que declara fundada la demanda de este Hábeas Corpus dispondrá que la persona privada de su libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se tradujo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención (Art. 34.3 del CPC).

e) Hábeas Corpus excepcional

Considerado en el artículo 23° del Código Procesal Constitucional. Nuestra Constitución, regula los estados de excepción en el artículo 137°, y el artículo 200°, parte final establece que el ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137°.

Es innegable así, la procedencia del Hábeas Corpus en los estados de excepción. Este Hábeas Corpus que denominamos de excepción por las condiciones reinantes en que se dicta, bien vale el nombre seleccionado.

Un aspecto a destacar del Hábeas Corpus de excepción, es que se ha sistematizado mejor los criterios para aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se utilizan para determinar la validez de los actos que restringen derechos en los estados de excepción.

La *razonabilidad* del acto restrictivo se evalúa bajo los siguientes parámetros: a) Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, b) Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos.

La *proporcionalidad* del acto restrictivo, se evalúa atendiendo a lo siguiente: Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado, atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación del hecho sumariamente evaluada por el Juez.

III. SE INCORPORAN NUEVOS TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

El Código Procesal Constitucional innova diversos tipos de Hábeas Corpus inspirado en los que habían sido instituidos pretorianamente en la jurisprudencia⁽⁵⁾ del Tribunal Constitucional. Así tenemos:

(5) En la sentencia reaclaída en el expediente N° 2663-03-HC/TC (publicada el 12 de abril de 2004), el Tribunal Constitucional da cuenta de la tipología existente sobre el Hábeas Corpus.

a) Hábeas Corpus innovativo

Contemplado en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional. Procede en los casos en que pese a haber cesado la agresión o haberse convertido en irreparable la violación de la libertad personal, es necesario la intervención de la autoridad jurisdiccional a fin de que tales situaciones no se repitan en el futuro contra la persona del accionante.

En estos casos el Juez atendiendo al agravio producido declarará fundada la demanda disponiendo que el infractor no vuelva a incurrir en el agravio a la libertad personal, en caso contrario, será pasible de determinadas medidas coercitivas como es el caso de la imposición de multas, e incluso disponer la destitución del trasgresor, como también remitir los actuados al Fiscal para los fines pertinentes.

Por ejemplo, procedería este Hábeas Corpus, en el caso de una persona que pese haber cumplido injustamente la pena de expatriación, ve imposibilitado su retorno al país por causas judiciales o burocráticas.

b) Hábeas Corpus correctivo

El artículo 25°, inciso 17 del Código Procesal Constitucional proclama este Hábeas Corpus, que procura, en forma preventiva o reparadora, impedir tratos o traslados indebidos a personas detenidas legalmente.

Se otorga para lograr que, sin suspender la medida de restricción a la libertad, ésta se cumpla conforme a su regulación constitucional, convencional o legal, facultando por ejemplo el traslado de un lugar de detención a otro, para evitar o hacer cesar los maltratos o condiciones indignas contra un detenido o reo en cárcel.

Es decir, el objetivo de este Hábeas Corpus, es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena⁽⁶⁾.

(6) Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, que con anterioridad a la dación del Código Procesal Constitucional estableció los alcances de este tipo de Hábeas Corpus en diversas sentencias, como la recaída en el caso Alejandro Rodríguez Medrano (Exp. N° 726-2002-HC/TC. Publicado el 21 de junio de 2002), sosteniendo que: «mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha extendido los alcances de este Hábeas Corpus, cuando en su sentencia N° 1429-2002-HC/TC de Emiliano Álvarez Lazo (Publicada el 23 de julio de 2003), sostuvo que ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física o psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en esta-

Ejemplos gráficos de la procedencia de este Hábeas Corpus, son los siguientes casos: la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o el derecho a la salud de los reclusos; la amenaza o acto lesivo a la vida, la integridad física y psicológica de aquellas personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados, tal es el caso de las personas internados en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles; la arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; la ilegitimidad de traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

La resolución que declare fundada la demanda de Hábeas Corpus dispondrá que continúe la situación de privación de la libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas desde las que hasta entonces la ejercían (Art. 34°.2 del CPC).

c) Hábeas Corpus instructivo

Comprendido en el artículo 25°, inciso 16 del Código Procesal Constitucional. Este Hábeas Corpus se interpone ante los casos de desaparición forzada de personas, acto criminal que supone una originaria detención ilegal carente de mandato judicial ni situación de flagrancia, torturas o tratos inhumanos o degradantes y físicos y mentales, violación a la libertad de movimientos, violación al derecho a un juicio justo y las garantías del debido proceso, ejecución extrajudicial y violación al derecho a la verdad y justicia para la víctima y sus allegados.

Mediante el Hábeas Corpus instructivo el Juez Constitucional a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria.

blecimientos penales, e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados.

Entonces, de acuerdo al Tribunal, este tipo de Hábeas Corpus procede en toda situación, independientemente del lugar de la persona se encuentra privada de su libertad, ya sea que esto ocurra en un establecimiento penitenciario común, en uno militar, o el internamiento se efectúe en uno público o privado.

La desaparición forzada⁽⁷⁾ es quizás el crimen más execrable, porque en su seno incluye numerosas violaciones de los derechos más fundamentales del ser humano, además de violar el derecho a la libertad locomotora.

La práctica de la desaparición forzada de personas atenta contra diversos derechos fundamentales, además de violar la libertad locomotora, así tenemos: *a) Impide interponer los recursos legales* (derecho a la tutela judicial efectiva) que permitan proteger los derechos conculcados, impidiendo acudir a un Tribunal a fin de que decida sobre la legalidad de la detención. *b) Implica actos de tortura*, generalmente tratos inhumanos y degradantes, afectando el derecho a la integridad personal. *c) Lesiona el derecho a la vida*, porque esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos y el posterior ocultamiento de sus cadáveres, generando impunidad normativa, cuando un texto legal exime de pena a los criminales que han violado los derechos humanos; y, también fáctica, cuando a pesar, de la existencia de leyes adoptadas para sancionar a los culpables, estos se liberan de la sanción adecuada por la amenaza o la comisión de nuevos hechos de violencia. *d) Lesiona el derecho a la verdad*. La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer la circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellas ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores; el derecho a la verdad es en ese sentido un bien jurídico inalienable. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso, de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible⁽⁸⁾.

(7) La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (adoptada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994), y de la que el Perú es país signatario, con fecha de ratificación 13 de febrero de 2002, define a la desaparición forzada de personas en los siguientes términos:

Art. II: «Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes».

(8) Esta ha sido la posición del Tribunal Constitucional peruano en su sentencia recaída en el expediente N° 2488-02-HC/TC de Genaro Villegas Namuche (publicada el 18 de mayo de

El trámite a seguir por el Juez, cuando se trate de una desaparición forzada, está previsto en el artículo 32° del Código Procesal Constitucional, siendo:

- a) Si la autoridad, funcionario, o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez podrá a dotar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen.
- b) Asimismo, el Juez dará aviso de la demanda de Hábeas Corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.
- c) Si la agresión se imputa a un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el Juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

Por último, creemos que la extensión de la jurisdicción constitucional de la libertad a los casos de desaparición forzada de personas, tiene un significado positivo, porque supone incrementar o añadir una vía procesal más a las ya existentes para la protección de los derechos vulnerados por esta práctica criminal (como son el Derecho Internacional en la Convención Interamericana contra la desaparición forzada, y en lo penal, al ser tipificado como delito de lesa humanidad en el artículo 320° del Código Penal).

Lo anteriormente señalado, también supone habilitar la intervención de una judicatura especialmente sensible a la *vis expansiva* de los derechos fundamentales con lo que ello puede significar de positivo en términos de su mayor nivel de protección. Pero, por otra parte, significa también, la posibilidad de protección de una judicatura no legalista y muy abierta a desarrollos interpretativos innovadores, que puedan estar, por ello mismo, a la altura de los desafíos propuestos por nuevas formas de lesión de derechos fundamentales.

IV. AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR EL HÁBEAS CORPUS

En efecto, el listado de derechos tutelados por el Hábeas Corpus, contenidos en el artículo 25° del Código Procesal Constitucional presenta derechos que re-

2004), al sostener que las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quien fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, donde se hallan sus restos entre otras cosas.

sultan una innovación respecto del ámbito de tutela de este proceso constitucional tal como está normado en la Ley N° 23506. Siendo los siguientes:

a) El derecho a la integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes

El respeto de la integridad personal implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales, o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional. El derecho a la integridad garantiza la inviolabilidad de la persona contra ataques dirigidos a lesionar tanto su cuerpo como su espíritu, así como cualquier clase de intervención sobre esos bienes que se realice sin autorización del titular.

El derecho a no ser objeto de tratos inhumanos no debe confundirse con el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles o degradantes. Por este último, se entiende, de conformidad con el artículo 1° de la «Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», todo acto por el cual se inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físicos o mentales con el fin de obtener de ella o un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

De otro lado, el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la dignidad de las personas y, particularmente, con los alcances del derecho a la vida digna, ambos reconocidos en los artículos 1° y 2°, inciso 1, de la Constitución Política, respectivamente, el derecho a la vida digna, en lo que hace a las personas privadas de su libertad como consecuencia de la vigencia de un mandato de detención preventiva, así como el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos, garantizan, conjuntamente, el derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con las necesidades y requerimientos psicosomáticos de todo ser humano portador de dignidad. Se tratan, ambos, de derechos que titularizan todas las personas en su condición de seres humanos, independientemente de si éstas se encuentran privadas del *ius locomotor*, y, por tanto, se vinculan a todos los poderes y dependencias públicas⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Este criterio ha sido la postura del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia recaída en el expediente N° 0726-02-HC/TC de Alejandro Rodríguez Medrano.

b) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia (artículo 25º, numeral 8 del CPC)

Este derecho se condice con el artículo 6º de la Ley de Servicio Militar, N° 27178, de fecha 29 de setiembre de 1999, y el artículo 67º del Reglamento de dicha Ley, Decreto Supremo N.º 004-DE-SG, del 17 de marzo de 2000, que en líneas generales establecen la *prohibición del reclutamiento forzoso* como procedimiento de captación de personal para ser incorporado al servicio en el activo. Además, el artículo 69º del citado Reglamento establece que el *Servicio en el activo es voluntario* para todos los varones y mujeres seleccionados.

En consecuencia, cualquier acto por el cual se pretenda incorporar a la persona en edad militar al servicio en el activo, con prescindencia de su expresa y libre manifestación de efectuarlo en esos términos, constituye una forma de detención y, por lo tanto, susceptible de ser reparada a través del proceso constitucional del Hábeas Corpus⁽¹⁰⁾.

Por ello, la leva o reclutamiento forzado realizado al margen de lo previsto en la Ley de Servicio Militar, vulnera derechos fundamentales como la libertad e integridad personales, que inspiran un régimen democrático.

Queremos sí señalar que con esta norma no se instituye en nuestro ordenamiento jurídico lo que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha venido en denominar «objeción de conciencia», derecho que permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico proveniente de un mandato legal o constitucional, por considerar que tal cumplimiento vulneraría sus convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia, por cuanto al entrar en vigencia la Ley N° 27178 el servicio militar *obligatorio* en el Perú ha devenido en *voluntario*, por lo que no hay motivo para abstenerse del cumplimiento de un deber que ya no existe⁽¹¹⁾.

(10) Esta posición ha sido expresada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias N° 030-01-HC/TC de Christian Velásquez Balboa (publicada el 13 de abril de 2001) y 212-01-HC/TC de Jorge Olivera Arcalla (publicada el 9 de setiembre de 2001).

(11) Cabe precisar, que el derecho de «objeción de conciencia», ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en un caso que importaba el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento reñía con los dictados de la conciencia o de la religión que profesaba el demandante, como se puede apreciar en el expediente N° 895-2001-AA/TC: Lucio Valentín Rosado Adanaque, sentencia publicada el 16 de marzo de 2003.

c) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República (Artículo 25º, numeral 10 del CPC)

Resulta razonable el que se halla incorporado el derecho a no ser privado del Documento Nacional de Identidad Nacional, porque al igual que el pasaporte son documentos fundamentales para gozar en los más amplios términos a transitar libremente, ya sea a ingresar o salir del país y a movilizarse por la región y el resto del mundo. No olvidemos, por ejemplo, que el DNI es suficiente para ingresar a Bolivia.

d) El derecho al debido proceso

La protección de este derecho ha de materializarse cuando con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse en toda actuación judicial se infracciona los derechos constitucionales procesales (derecho a la doble instancia, motivación resolutoria, procedimiento predeterminado, cosa juzgada, y otros) mediante una resolución expedida en un proceso penal, debiendo incidir ello directa o indirectamente en la libertad personal del afectado.

e) Derecho a la inviolabilidad de domicilio

Lo primero que debe destacarse es que el derecho de inviolabilidad de domicilio ha sido extraído del ámbito de protección de la Acción de Amparo, tal como así se regulaba en la Ley N° 23506.

Y ello es justificable atendiendo a la ampliación del concepto de domicilio o, de modo más exacto, el replanteamiento de la forma típica de entender los supuestos en los que se produce una lesión a este derecho. En esta perspectiva el derecho a la inviolabilidad de domicilio se convierte en un «derecho a la libertad en el domicilio» que protege a la persona en dicho ámbito contra cualquier injerencia exterior que impida o dificulte su libertad de movimientos.

El derecho a la inviolabilidad de domicilio tendría un carácter instrumental, pues defiende los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de la persona, su intimidad personal y familiar.

Si bien el objeto de protección de este derecho estaba vinculado a la propiedad en la época del constitucionalismo primigenio, en la actualidad, el domicilio hace referencia a todo lugar en que se despliega la vida privada, independientemente del título dominical. En tal sentido tiene un significado «espacial», esto es, como ámbito espacial donde la persona desarrolla la esfera de su vida privada al margen de convenciones sociales o espacio donde se despliega la vida privada.

V. ASPECTOS PROCESALES DEL HÁBEAS CORPUS

El diseño procesal del Hábeas Corpus que el Código Procesal Constitucional introduce en su normativa, nos permite destacar y comentar lo siguiente:

a) El Hábeas Corpus frente a resoluciones judiciales⁽¹²⁾

El Artículo 4° del Código Procesal Constitucional establece que el Hábeas Corpus procede cuando una *resolución judicial firme* vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Tal previsión legal constituye un cambio significativo en el modo como hasta ahora operaba la procedencia del Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales.

En efecto, conforme al ordenamiento legal actual, específicamente las Leyes N° 23506 y N° 25398, y a las propias resoluciones del Tribunal Constitucional, ha quedado establecido en materia de Hábeas Corpus, que si la resolución judicial que se cuestiona proviene de un proceso irregular por haberse incurrido en una vulneración cierta al debido proceso, tal situación habilita directamente al perjudicado para que sin intentar previamente una solución a través de los recursos que le ofrece el proceso mismo, pueda acudir a esta acción de garantía en salvaguarda de su derecho constitucional procesal. Esto es, las irregularidades no tendrían que ser resueltas en el proceso cuya irregularidad justamente se invoca.

Sólo si se tratase de «anomalías» procesales no sustanciales, éstas son pasibles de ser resueltas a través de los recursos que prevea la propia norma procesal.

(12) Código Procesal Constitucional:

Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

El Amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

El Hábeas Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

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.

Para el Tribunal Constitucional, diferenciando anomalía de irregularidad y exigiendo que la afectación del derecho constitucional de naturaleza procesal sea manifiesta e incontrovertible, quedaría justificada la posibilidad de permitir al afectado acudir directamente a la acción de garantía correspondiente, sin que se le obligue a que antes agote la vía judicial; sin embargo, con la disposición prevista en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, se ha convertido al Hábeas Corpus en un remedio subsidiario si bien sólo frente a resoluciones judiciales, al disponerse el agotamiento o ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado tiene para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmándolo o revocándolo, de tal suerte que existiendo dicho medio ordinario de impugnación, sin que lo interponga el quejoso la demanda es improcedente.

De otro lado, un aspecto inédito que incorpora el mencionado artículo 4º del Código Procesal Constitucional, es el haber introducido *ex novo* la denominada *tutela procesal efectiva*.

A menudo se suele confundir el debido proceso⁽¹³⁾ con la tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional. Hay que precisar que al margen de su naturaleza y evidente relación, se trata de atributos con perfiles y alcances distintos. No en vano, la propia Constitución se ha preocupado en distinguir ambos atributos en el artículo 139º, inciso 3, y ello responde a que en efecto, se trata de dos institutos perfectamente distintos o con características propias⁽¹⁴⁾.

El hecho que aparezcan en un mismo ordenamiento jurídico que reconoce tanto el debido proceso como la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales, obliga por un criterio de coherencia y concordancia práctica a darle un sentido o contenido específico a cada uno de estos conceptos.

Consideramos que, el derecho a la tutela procesal efectiva como se colige del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, resultaría un tercer género pues

(13) *El derecho al debido proceso* aparece configurado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un doble ámbito de significación: una dimensión *formal* y otra de índole *material*. La primera, postula reglas y principios esencialmente formales (Juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, cosa juzgada, etc.); y en la segunda, se entiende el contenido de justicia o razonabilidad que toda decisión supone.

(14) Es de señalar que el máximo Intérprete de la Constitución ha dado una orientación decidida en apoyo de la delimitación precisa del derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Derecho al Debido Proceso. Así, el Tribunal Constitucional en el expediente 1546-02-AA/TC, ha señalado que las principales facultades que se pueden considerar amparadas por el derecho a *la tutela judicial efectiva*, podrían ser: *a)* La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales e iniciar un proceso, *b)* El de obtener una resolución fundada en derecho, *c)* El obtener la ejecución de la sentencia.

como allí mismo se define, comprendería tanto el acceso a la justicia y el debido proceso, para a su vez mencionar en forma enunciativa sus componentes: libre acceso al órgano jurisdiccional, obtención de una resolución fundada en derecho, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales, a acceder a los medios impugnatorios regulados, derecho a probar, de defensa al contradictorio, e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada, ni sometido a los procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, y a la observancia del principio de la legalidad procesal penal.

Como vemos la *mens legislatoris* ha creado un derecho proteico, complejo, poliédrico, pero que en nuestra opinión no aporta nada nuevo en la tarea de delimitar los diferentes derechos fundamentales consagrados en el artículo 139° de la Constitución, y sus respectivos contenidos, evitando la confusión que produce el que en ocasiones se esgriman de manera indiscriminada; y en particular deslindar el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional del derecho al debido proceso.

b) La responsabilidad del agresor ⁽¹⁵⁾

El art. 1° del Código Procesal Constitucional ha establecido que los procesos contemplados en este *corpus* normativo tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. En consecuencia, la sanción o determinación de la responsabilidad no forman parte del proceso de garantía, por ello resulta plausible que conforme al artículo 8° del novísimo Código Procesal Constitucional esta tarea punitiva se inicie a continuación de la conclusión del

(15) Código Procesal Constitucional:

«Artículo 8.- Responsabilidad del agresor

Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente Título, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera.

Tratándose de autoridad o funcionario público, el Juez Penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo.

El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99 de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes».

proceso constitucional, al remitir el Juez Constitucional los actuados al Fiscal Penal para los fines pertinentes, por ser el titular del ejercicio público de la acción penal, lo que ocurrirá cuando exista *causa probable* (indicios suficientes) de la comisión de un delito.

Otro aspecto relevante que introduce el artículo 8° del Código Procesal Constitucional, es el que señala que el haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad del agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar.

Consideramos que esto atiende a la obligación de todos los funcionarios de conocer bien cuáles son sus atribuciones y cuáles son los derechos de los ciudadanos y actuar en consecuencia, no permitiendo ser instrumentalizados para la comisión de atentados contra los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

La obediencia a un superior no se podrá exigir para el cumplimiento de tales actos. Esto no contraviene el principio de autoridad, por cuanto toda autoridad debe canalizarse dentro de los marcos fijados por la Constitución. Demás está decir, que la ley no ampara el abuso del derecho y menos el mal uso del poder.

La necesidad de esta previsión legal se verifica por ejemplo, en muchos casos donde los denunciados han sido miembros de la Policía Nacional del Perú Fuerzas Armadas, especialmente del Ejército, que han pretendido eximirse de responsabilidad alegando que obedecían a órdenes superiores, sin embargo. Si bien es verdad que dentro de las fuerzas militares reina un criterio de estricta jerarquía y disciplina, se debe rechazar como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la *obediencia castrense* porque no es compatible con la Constitución (menos con el Derecho Internacional Humanitario) que un militar consciente de su acción, se escude en la orden de su superior a fin de obtener la exoneración absoluta de su responsabilidad por las infracciones que cometa en relación con sus reglas y principios⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, las órdenes militares violatorias de los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana, no deben ser ejecutadas y que, en caso de serlo, tales órdenes no podrán ser alegadas como eximentes de responsabilidad.

Creemos que el funcionario, o miembro uniformado que se abstiene de observar una orden que comporte la violación de los derechos fundamentales intangibles no podrá ser objeto de sanción penal o disciplinaria.

(16) Esta ha sido la línea de interpretación del Tribunal Constitucional, que en el expediente N° 1917-02-HC/TC: Walter Marzullo Castillo, ha sostenido que el concepto castrense de «obediencia debida» para ejecutar hechos delictuosos contrarios a la Constitución no tiene justificación constitucional ni moral.

c) Reglas de procedimiento

Debe destacarse las siguientes que caracterizan a este proceso constitucional de la libertad:

c.1. Legitimación

Para el caso del proceso del Hábeas Corpus la Ley N° 28237⁽¹⁷⁾ (Art. 26°), de forma expresa permite la *actio popularis*, es decir, concede legitimación a cualquier particular para que sea éste el que pueda iniciar el proceso; lo que se hace debido a la especial naturaleza del derecho cuya tutela se pretende en el proceso de Hábeas Corpus: la libertad individual; pues de exigir legitimidad para obrar ordinaria en dichos procesos, se estaría restringiendo la posibilidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva a dicho derecho constitucional.

c.2. Antiformalismo

Se establece un procedimiento exento de formalidades y costos, por lo tanto no se requiere poder, firma de letrado, papel sellado, y ningún tipo de pago, brindándose al accionante toda clase de facilidades eliminando los formalismos que suelen exigir las leyes para otros tipos de procesos.

La acción puede ser ejercida por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de los medios electrónicos de comunicación u otro idóneo (fax, correo electrónico). Cuando se trata de demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

c.3. Agilidad y sumariedad

Conforme a su naturaleza y los derechos que tutela, se establece un proceso sumarísimo, con plazos muy cortos para la tramitación y resolución de la acción, así como la habilitación permanente *ex lege* de días y de horas⁽¹⁸⁾ (Art. 33°.4),

(17) Código Procesal Constitucional:

«Artículo 26.- Legitimación

La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo».

(18) Código Procesal Constitucional:

«Artículo 33.- Normas especiales de procedimiento

para la realización de las actuaciones procesales. Dichas actuaciones procesales son improrrogables. Quizá el punto clave del procedimiento lo constituye la improrrogabilidad de los plazos (Art. 33º.8), y esto marca una nota distintiva de otros procesos constitucionales, dándole celeridad al trámite imbuido de la necesidad de restablecer el derecho conculcado. Como consecuencia de esta sumariedad, los jueces están obligados a tramitar con preferencia los procesos constitucionales (Art. 13º); asimismo, no cabe recusaciones (salvo por el afectado o de quien actúe en su nombre) ni excusas del Juez o secretario. El Juez ordinario y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales (TP del CPC: Art. III, 3er. pf.)

Todo lo expuesto hasta el momento tiene como consecuencia el hecho de que se acentúe el requisito del *favor processum*; es decir, aquel principio procesal conforme al cual el Juez, en caso de duda entre continuar o no con el proceso hasta su decisión final sobre el fondo del asunto, debe preferir darle trámite o continuar con él. Ello en consideración a la especial relevancia que tienen los conflictos que se plantean dentro del proceso constitucional, pues son conflictos en los que están en juego los valores supremos del Estado Constitucional.

En suma, en el modelo de Hábeas Corpus diseñado en el Código Procesal Constitucional se reflejan todos los principio y condiciones que la dogmática imprime a este proceso constitucional como la celeridad, brevedad, sencillez, gratuidad (Art. III, TP), informalismo (Art. III, TP; art. 27º), interés público, preferencia o prelación (Art. 13º), impulso de oficio (Art. III, TP).

Este proceso se somete además a las siguientes reglas:

(...)

4) Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales».

EL HÁBEAS CORPUS Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI^(*)

SUMARIO: **I.** Nota preliminar. **II.** Naturaleza e importancia del Hábeas Corpus. **III.** Derechos protegidos por el Hábeas Corpus. **IV.** Tipología del Hábeas Corpus. **V.** Aspectos procesales innovados en el Código Procesal Constitucional. **VI.** Consideraciones finales.

I. NOTA PRELIMINAR

La reciente entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional⁽¹⁾ ha traído sin lugar a dudas importantes cambios e innovaciones con respecto a la anterior legislación sobre las denominadas acciones de garantía constitucional reguladas en el artículo 200 de la Constitución Política de 1993⁽²⁾, cuya importancia se traduce no sólo en la unificación de la normativa procesal constitucional, sino, también en la sistematización y consolidación de los procesos constitucionales como los instrumentos más efectivos para la protección de los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución.

La incorporación y renovación de los diferentes elementos normativos que se advierten en el contenido del Código están orientados a desarrollar una técnica procedimental más efectiva para la consecución de los fines constitucionales per-

(*) Profesor universitario. Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao.

(1) Conforme lo dispuso la Segunda Disposición Transitoria y derogatoria de la Ley N° 28237, el Código Procesal Constitucional entró en vigencia el 1° de diciembre del 2004.

(2) Si bien el Código Procesal Constitucional denomina a dichas acciones de garantía *procesos constitucionales* (que es la denominación más técnica), es perfectamente válido hablar todavía y bajo ciertos supuestos, de acciones de garantía constitucional mientras así esté instituido en el texto constitucional.

mitiendo la estructuración de una jurisprudencia más uniforme y acorde con los avances de la moderna Ciencia Constitucional.

Dentro de este panorama, merece especial atención referirnos al tratamiento que se ha dispensado al Hábeas Corpus, no tanto por representar la garantía jurisdiccional de derechos de data más antigua, sino por constituir el proceso destinado a la tutela de uno de los atributos más significativos de la persona, como lo es, sin duda, la libertad personal.

El presente trabajo se encuentra destinado a precisar los aspectos más relevantes del hoy denominado proceso constitucional de Hábeas Corpus, enfocando su estudio a la luz de lo que establece el nuevo Código Procesal Constitucional, resaltando sus innovaciones y advirtiendo la trascendencia de los derechos que busca salvaguardar.

Conviene, sin embargo, advertir que el éxito de este nuevo instrumento procesal depende no sólo del buen diseño normativo con que ha sido estructurado, sino y sobre todo de la forma cómo los operadores del Derecho, vayan a hacer uso del mismo en su labor cotidiana de pronunciar el Derecho en cada uno de los casos sometidos a su consideración.

Por ello, el reto y desafío que trae consigo la entrada en vigencia del Código va más allá del simple conocimiento intelectual de su normativa. Se requerirá de jueces identificados con los valores constitucionales y con especial capacidad interpretativa para materializar de la forma más acertada los objetivos de cada uno de los procesos constitucionales regulados.

II. NATURALEZA E IMPORTANCIA DEL HÁBEAS CORPUS

Si partimos del origen etimológico de la locución *habeas corpus*, advertimos que éste surge como un mandato dirigido a quien mantiene a alguna persona indebidamente detenida a fin de que muestre físicamente el cuerpo de aquélla y sea por supuesto sometida a la autoridad competente.

Ese mandato que surge en Inglaterra como una imposición de la autoridad, más adelante se convierte en una garantía para la libertad personal de los individuos. Deja de ser una orden real y pasa a ser un instrumento de protección para la defensa de las personas ante el abuso del poder público. Adquiere connotación jurídica antes que política.

En el Perú aparece por primera vez mediante Ley del 21 de octubre de 1897 como resultado de un anteproyecto de 1892, el mismo que tenía por objeto reglamentar el artículo 18 de la Constitución de 1860⁽³⁾. Adquiere rango constitucional

(3) Literalmente apuntaba: «Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto in fraganti

con la Constitución de 1920 y de ahí en adelante se ha configurado como el mecanismo procesal por excelencia para la defensa de la libertad personal y la garantía judicial específica para hacer efectivo el restablecimiento de su vigencia efectiva ante vulneraciones y/o inobservancias de su cumplimiento.

Como es de advertirse, el Hábeas Corpus se consagra como una institución de carácter eminentemente procesal antes que como un derecho en sí mismo. Su labor no es establecer ni fijar pretensiones, sino defender y preservar un derecho sustantivo ya instituido (la libertad personal), por lo que de ningún modo debe ser calificarlo como un derecho sustantivo o procesal⁽⁴⁾. Si bien su objeto es la protección de un derecho o derechos determinados, éste no tiene tal naturaleza; al contrario, sirve como el mecanismo para tutelarlos y hacer frente a amenazas contra su normal desenvolvimiento.

De otra parte, el Hábeas Corpus tiene naturaleza pública, toda vez que cautele un bien o valor constitucional, requiriendo la intervención de la actividad estatal (jurisdiccional) para hacer efectivo dicho cometido. En este entendido, el Hábeas Corpus es pues un instituto de Derecho Público y procesal por tener su origen y fundamento en la Constitución misma y estar destinado a la protección de derechos fundamentales relativos a la libertad.

Su importancia radica, en consecuencia, en preservar el normal ejercicio del derecho a la libertad personal contra cualquier acto u omisión que pretenda perturbarlo, independientemente de la denominación que reciba el hecho cuestionado, *v.gr.* detención, retención, arresto, prisión, secuestro, desaparición forzada, etc.; por lo que actúa contra cualquier tipo y modalidad de privación de libertad arbitraria o ilegal.

Al respecto, el artículo II del Título Preliminar del Código establece como fin esencial de este proceso constitucional garantizar la vigencia efectiva del derecho a la libertad individual y los derechos constitucionales conexos, acotando el artículo 1° del mismo cuerpo normativo que su finalidad es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho antes referido, es decir, retornar el derecho a su vigencia efectiva.

delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de las 24 horas a disposición del Juzgado que corresponde. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados, a dar copia de él siempre que se les pidiera».

(4) En sentido similar García Belaunde, Domingo: «El Hábeas Corpus en América Latina», en *Ius et Veritas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Año 5, N° 9, Noviembre, 1994, p. 59 y ss.

III. DERECHOS PROTEGIDOS POR EL HÁBEAS CORPUS

El Código Procesal Constitucional reconoce como derechos que compete resguardar al Hábeas Corpus aquellos que de modo enunciativo señala en su artículo 25. Recoge en principio los mismos que estaban precisados en la Ley N° 23506 con excepción del derecho de las personas a guardar reserva sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas o de cualquier otra índole, el derecho a la libertad de conciencia y de creencia, y el derecho de no ser secuestrado que ahora han pasado al listado de derechos protegidos por el proceso de Amparo. En cambio, amplía su ámbito de protección a otros cinco, a los que nos referiremos en adelante.

Conviene precisar, que el Código prefiere utilizar la denominación *libertad individual* para referirse al marco genérico que integra los derechos protegidos por el proceso de Hábeas Corpus antes que *libertad personal*, temperamento justificado en la idea de que la libertad individual tiene una dimensión mucho más amplia que la libertad personal⁽⁵⁾.

Para arribar a esta conclusión, por cierto, se entiende que la libertad individual presupone la libertad personal, habida cuenta que esta última en su aspecto de libertad física es entendida solamente como el derecho que tiene toda persona de no ser privada ilegal o arbitrariamente de ella, ni ser detenida en supuestos distintos a los legítimamente establecidos en la Constitución o las leyes. En cambio, la libertad individual abarca a todos aquellos demás derechos conexos a la libertad personal, como sería por ejemplo el derecho de no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

Ahora bien, conforme lo hemos adelantado, los derechos que ha innovado el Código como parte del ámbito de protección del Hábeas Corpus, son en esencia los siguientes:

a) El derecho a la integridad personal y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones

Los atributos en mención han sido incorporados en el inciso 1 del artículo 25 del Código atendiendo a su estrecha relación con el derecho a la libertad y a la

⁽⁵⁾ De igual modo lo ha entendido en su momento la Constitución Política de 1993: Art. 200. 1. *La acción de Hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.*

seguridad personales. Si bien la anterior legislación sobre el Hábeas Corpus ya contemplaba el derecho de no ser violentado para obtener declaraciones (Art. 12.3), el Código amplía la regulación para la protección de la integridad personal y la proscripción de cualquier clase de torturas y/o tratos que contravengan la dignidad humana con el fin de garantizar de forma más integral todos los contextos que involucra la libertad individual de la persona.

La integridad personal implica que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica o emocional. En consecuencia, presupone la protección tanto de su salud física como mental. Se vulnerará este derecho, conforme a la lógica descrita, cuando la persona sea pasible de agresiones o amenazas de daños similares si no accede a algún requerimiento ilegal o arbitrario de alguna autoridad o cualquier otra persona, caso en el cual procederá la interposición de un Hábeas Corpus invocando esta causal.

El derecho a no ser sometido a torturas implica el rechazo a todo acto que, conforme lo dispone el artículo 1° de la *Convención contra la tortura*, suponga tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. También implica el rechazo de conductas mediante las cuales se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

De otra parte, el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o humillantes está destinado a garantizar a la persona una vida digna, exenta de cualquier acto que atente contra su dignidad humana. Por consiguiente, se atentará contra este derecho si por ejemplo se somete a una persona a trabajos deshonrosos o actividades laborales en contra de su voluntad. Estos derechos, en consecuencia, buscan consolidar la integridad y calidad de vida de las personas independientemente de si éstas se encuentran privadas o no de su libertad.

b) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar

El ejercicio de este derecho se condice a su conformidad con la ley de la materia, es decir con la Ley N° 27178 (Ley del Servicio Militar) y su Reglamento, el D.S. N° 004-DE-SG. Dicha normatividad establece que el servicio militar en el Perú es voluntario, por lo que no hay justificación alguna para reclutar forzosa-mente a las personas que se encuentran en edad para prestar dicho servicio (18

años). Lo contrario constituye una forma de detención y, por lo tanto, susceptible de ser subsanada a través de la interposición de una demanda de Hábeas Corpus.

La ausencia de este derecho en la anterior legislación respondió al esquema de servicio militar obligatorio que imperó en nuestro medio hasta setiembre del año 1999, fecha en la cual recién se promulgo la Ley N° 27178. En razón de ello, es que ahora el Código lo incorpora acertadamente en el inciso 8 del artículo 25.

c) El derecho a no ser objeto de desaparición forzada

El reconocimiento de este derecho en el inciso 17) del artículo 25 del Código es el resultado de los avances que han venido teniendo los derechos humanos en los instrumentos internacionales sobre la materia. Así, al haber suscrito y ratificado el Perú la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, se vio obligado a adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer frente a estos casos de desapariciones. Justamente una de esas medidas se ha materializado con la incorporación de este derecho en el Código Procesal Constitucional, constituyendo un aspecto meritorio de su regulación.

El Tribunal Constitucional, siguiendo lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se había anticipado en precisar que el Hábeas Corpus tiene como finalidad no solamente garantizar la libertad y la integridad personales, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de la detención⁽⁶⁾.

d) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad

A diferencia de la Ley N° 23506 (Art. 12.12), el Código amplía la procedencia del Hábeas Corpus para los casos cuando se priva a la persona de la obtención del documento nacional de identidad, así como para la renovación del pasaporte. El documento nacional de identidad constituye al igual que el pasaporte un documento fundamental que permite disfrutar en los más amplios términos a transitar libremente dentro de un determinado espacio territorial; por lo que ambos derechos conllevan una expresión de la libertad individual que facilitan el libre y legítimo tránsito de las personas dentro y/o fuera del país.

Privar de dichos documentos a la persona implica restringir su normal desplazamiento por los lugares que requiera transitar, lo que en evidencia constituye una vulneración al derecho a la libertad individual. Dentro del contexto descrito, se atentaría contra este derecho y cabría interponer un Hábeas Corpus, si

(6) Exp. N° 2488-2002-HC/TC, caso Villegas Namuche.

una persona se ve imposibilitada de acceder al documento nacional de identidad por carecer de recursos económicos, pese a haber demostrado su situación de extrema pobreza.

e) El derecho al debido proceso

Advertimos la presencia de este derecho en la última parte del inciso 17) del artículo 25 del Código, donde dicho cuerpo normativo le da la condición de derecho constitucional conexo a la libertad individual⁽⁷⁾. El debido proceso dentro de la moderna teoría procesal es concebido con un doble ámbito de significación: *a)* uno *formal* y *b)* otro *material* o *sustantivo*. Desde la primera perspectiva el debido proceso es concebido como aquel conjunto de reglas o principios mínimos de procedimiento que aseguran su validez formal (Juez natural, pluralidad de instancia, motivación resolutoria, derecho de defensa, etc.); en tanto que desde la segunda perspectiva, esto es, la *sustantiva*, es entendido como la garantía de que la decisión adoptada va a responder a los *standares* de *razonabilidad* y *proporcionalidad*.

Ahora bien, toda vez que el Código integra al debido proceso como parte de la denominada *tutela procesal efectiva* (conforme es de verse del primer párrafo del artículo 4), el Hábeas Corpus procedería además para la defensa de todos aquellos derechos que se mencionan en el último párrafo del acotado artículo 4 del Código⁽⁸⁾. Lo cual da lugar a una nueva figura de Hábeas Corpus: el *judicial*, al cual nos referiremos más adelante cuando desarrollemos la tipología de este proceso. En tal sentido, el debido proceso se convierte en un aspecto de la tutela procesal efectiva que viene a representar un concepto abierto de tutela de derechos.

f) El derecho a la inviolabilidad de domicilio

Es esta otra de las innovaciones que incorpora el Código dentro de la nominación de derechos que corresponde tutelar mediante el Hábeas Corpus, y que responde a la ampliación que ha merecido el concepto de domicilio en la doctrina

⁽⁷⁾ Artículo 25.17: «...También procede el Hábeas Corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso...».

⁽⁸⁾ A saber: derecho de libre acceso al órganos 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.

y jurisprudencia comparada, donde dicho atributo pasa a ser concebido como un «derecho a la libertad en el domicilio» y ya no únicamente como aquél vinculado a la propiedad o espacio físico donde desenvuelve su vida privada la persona. Al decir de los autores del Código⁽⁹⁾, este derecho protege a la persona en dicho ámbito contra cualquier injerencia exterior que impide o dificulte su libertad de movimiento. Por ello, en la actualidad el domicilio hace referencia a todo lugar en que se despliega la vida privada.

En ese sentido, el concepto de domicilio implica dos ámbitos, *a)* uno físico y *b)* otro referido al ámbito de la vida privada. Es éste último aquel al que el Código ha dado mayor atención y en el cual ha justificado su traslado de la vía del Amparo al Hábeas Corpus, toda vez que tiene mayor vinculación con el derecho a la libertad individual que con el de la propiedad. Encontramos regulado este derecho dentro del diseño del Código Procesal Constitucional en el artículo 25 inciso 17 *in fine*.

IV. TIPOLOGÍA DEL HÁBEAS CORPUS

Uno de los aciertos más notorios del Código en cuanto a este proceso se refiere, ha sido el de reconocer los diversos tipos de Hábeas Corpus, que ya desde la doctrina y la jurisprudencia se venían postulando. La tipología responde a la pluralidad de derechos que conforman la libertad individual y a los objetivos específicos que se pretende alcanzar con la interposición de este proceso constitucional según sean las situaciones y circunstancias en que se producen las afectaciones a la libertad individual.

En un primer momento y atendiendo a lo regulado en la Carta Fundamental, se establecen dos tipos de Hábeas Corpus: el *reparador* y el *preventivo*. Posteriormente mediante Leyes N°. 23506 y 25398 se incorpora el Hábeas Corpus restringido y el traslativo, respectivamente. Más adelante, a partir de labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional se reconocen otros tres tipos de Hábeas Corpus: el correctivo, el inestructivo y el innovativo, los mismos que a la fecha han sido recogidos por el Código Procesal Constitucional, constituyendo parte de las innovaciones que introduce dicho cuerpo legislativo en lo que respecta al presente proceso. Asimismo encontramos la figura de un Hábeas Corpus excepcional y conexo. Es preciso señalar, además, que del contenido del Código se puede advertir la presencia de un Hábeas Corpus especializado, no considerado enunciativamente hasta el momento: el judicial, al cual nos referiremos un poco más adelante.

(9) Nos estamos refiriendo a los destacados juristas Domingo García Belaunde, Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

a) Hábeas Corpus reparador

Esta modalidad constituye el clásico Hábeas Corpus que opera ante ilegales o arbitrarias privaciones de la libertad física de la persona. En sus inicios buscó la protección de los ciudadanos ante las arbitrariedades de la Corona (Rey). En la actualidad procede frente a cualquier clase de detenciones fuera de los contextos contemplados como legítimos en la Constitución a efectos de conseguir la inmediata reposición de la libertad de la persona indebidamente detenida.

El Código lo incorpora en el artículo 25 inciso 7 con la siguiente fórmula legal: *«procede el Hábeas Corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos...7) el derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite f del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan».*

Dichas excepciones a que se refiere la última parte del artículo en comentario, representan los casos en que el detenido por terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas no sea puesto en libertad o a disposición de autoridad competente, según sea el caso, dentro del término de los quince días naturales que dispone la Constitución. La interposición de este tipo de Hábeas Corpus ha dado lugar a la mayor parte de jurisprudencia generada en nuestro medio, toda vez que el abuso del poder público contra la libertad personal suele materializarse con más frecuencia en la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 24, literal f) de la Constitución.

b) Hábeas Corpus preventivo

Es utilizado en los casos en que no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, lo que significa que el acto destinado a dicha vulneración de la libertad se encuentre en proceso de ejecución y no en vías de conjetura o presunta comisión. Su objetivo es, en consecuencia, la prevención de la ejecución del hecho u omisión que restrinja la libertad de la persona sin que exista justificación legítima para ello. En este caso, la actuación del Juez es anterior al acto violatorio de la libertad individual con el fin de evitar la materialización o consumación del hecho atentatorio al derecho protegido.

Para hacer efectivo este tipo de Hábeas Corpus, el juzgador deberá valorar la amenaza según sea el caso concreto, toda vez que de acuerdo a la situación que se presente o condición de la persona, el grado o nivel de la amenaza puede variar, por lo que en algunos contextos será procedente la interposición de este Hábeas

Corpus y en otros no. Para su individualización se deberá recurrir a los principios de interpretación de los derechos y a la jurisprudencia emitida en casos similares. Esta modalidad se encuentra regulada tanto en la Constitución como en el Código Procesal Constitucional en el artículo 2.

c) Hábeas Corpus restringido

Está previsto en el inciso 13) del artículo 25 del Código. Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Según el constitucionalista Néstor Pedro Sagüés, en este caso no se trata de atender supuestos de detención o de su amenaza, sino el caso de molestias restrictivas (pero no extintivas) de la libertad personal, en donde el sujeto no es privado completamente de su libertad corporal pero enfrenta hechos que impiden el normal ejercicio de tal derecho⁽¹⁰⁾.

En nuestro medio es pertinente esta variable para hacer frente a prohibiciones de acceso o circulación a determinados lugares, reiteradas e injustificadas citaciones policiales, continuas retenciones por control migratorios o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes, colocación injustificada o irrazonable de tranqueras o rejas en vías públicas que impidan el normal desplazamiento de la personas, etc.

d) Hábeas Corpus traslativo

Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, este tipo de Hábeas Corpus es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal del detenido⁽¹¹⁾. Este Hábeas Corpus responde al derecho que tiene toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad cuando hayan vencido los plazos legales para su detención. Es el caso por ejemplo del reo que habiendo cumplido la pena impuesta en su sentencia condenatoria no es puesto en inmediata libertad y continúa en prisión.

⁽¹⁰⁾ Sagüés, Néstor Pedro: *Hábeas Corpus*. Editorial Astrea, 2ª. ed., Buenos Aires, 1988, p. 207 y ss.

⁽¹¹⁾ Exp. N° 2663-2003-HC/TC, caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca.

Néstor Pedro Sagüés, al respecto, nos habla de un Hábeas Corpus por mora en la traslación del detenido, en que hay orden escrita y hay autoridad competente, pero que procede ante el silencio de esa autoridad o ante su inacción en la traslación, refiriendo que en un inicio se limitó a los casos en que no se consumaba en un tiempo razonable el traslado de una persona ante la autoridad competente, pero que sin embargo y posteriormente se amplió a los supuestos de extradición⁽¹²⁾. En el diseño del Código Procesal Constitucional, esta modalidad de Hábeas Corpus ha sido incorporado en el inciso 14) del artículo 25.

e) Hábeas Corpus correctivo

Esta figura se introduce con la finalidad de resguardar a la persona frente a tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad cuando se le ha dispuesto cumplir un mandato de detención o de pena. Dicho en otros términos, procede para proteger al individuo de actos u omisiones que impliquen agravación ilegítima de su condición legítima de detenido. En este sentido, se otorga para lograr que sin suspender la medida de restricción a la libertad, ésta se cumpla conforme a su regulación constitucional, convencional o legal⁽¹³⁾. En consecuencia, su objeto no es lograr la libertad del detenido, sino resguardar o mejorar las condiciones de internamiento o reclusión que le corresponden como persona respetando su dignidad humana. Procedería, por consiguiente, la interposición de esta modalidad de Hábeas Corpus para cesar maltratos o tratos humillantes, estados de incomunicación injustificados, pedir asistencia médica conforme a las exigencias de su estado de salud, adecuar el ambiente donde se encuentra recluso cuando éste se ha convertido en inhabitable a su condición humana, etc.

Como se advierte, este es un Hábeas Corpus que alternativamente protege el derecho a la vida, a la integridad y seguridad personales y a la salud. De igual modo, resguardaría el derecho a la libertad de conciencia y de religión cuando se interponga un Hábeas Corpus para hacer cesar las prácticas que se impongan al reo o detenido en contra de sus convicciones religiosas. Así, este Hábeas Corpus tendría una naturaleza relacional, pues las exigencias que demanda su interposición, se encuentran muchas veces vinculadas con la protección de otros derechos

(12) Cfr. y cita de Castañeda Otsu, Susana Ynes: «El Proceso de Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional». En: *Temas de Derecho Procesal Constitucional I-Introducción a los Procesos Constitucionales* (autores varios), Jurista editores, 1ª. ed., Lima, 2005, p. 104.

(13) Cfr. Meléndez Sáenz, Jorge M.: *Análisis del modelo de Hábeas Corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional*. En: AA.VV., *Código Procesal Constitucional. Normas Legales*, Trujillo, 2005, p. 65.

constitucionales diferentes a la libertad individual. Por último, conforme ya se ha dicho, esta modalidad de Hábeas Corpus constituye otra innovación del Código que ha sido recogido en el inciso 17) del artículo 25 a partir de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional⁽¹⁴⁾.

f) Hábeas Corpus instructivo

Incorporado en el inciso 16) del mencionado artículo 25 del Código con la finalidad de que el Juez Constitucional ante el conocimiento de una desaparición forzada de persona, busque identificar a partir de sus facultades investigadoras a los responsables de la violación constitucional para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria. La desaparición forzada de personas constituye una variante de detención ilegal carente de toda justificación, por lo que es procedente habilitar un tipo de Hábeas Corpus para coadyuvar en el restablecimiento de su libertad y la sanción a los responsables del acto criminoso.

En este sentido, conforme lo adelantó el Tribunal Constitucional, esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida, siendo su objetivo no sólo garantizar la libertad y la integridad de la persona, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de lugares de desaparición⁽¹⁵⁾.

g) Hábeas Corpus innovativo

Procede cuando pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante, con lo que se pretende la prevención de ulteriores infracciones al derecho protegido. En cuanto a su interposición, Domingo García Belaunde expresa que procede aún cuando la amenaza y la violación del derecho a la libertad personal ya se hubieran consumado⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, su finalidad es llamar la atención del agresor del derecho para que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la inter-

(14) Una de las sentencias donde se reconoce este tipo de Hábeas Corpus es la que se expide en el Exp. N° 590-2001-HC/TC, caso Abimael Guzmán Reynoso y Elena Iparraguirre Revoredo contra los integrantes del Tribunal Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar y Director del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao.

(15) Exp. N° 2663-2003-HC/TC, Caso Eleobina Mabel Aponte Chuquiuanca.

(16) García Belaunde, Domingo: *Constitución y Política*, Eddili, Lima, 1991, p. 148.

posición de la demanda, caso contrario será pasible de determinadas medidas coercitivas⁽¹⁷⁾. Esta modalidad de Hábeas Corpus constituye otra innovación que incorpora el Código, la misma que es regulada en el artículo 1.

h) Hábeas Corpus excepcional

Esta modalidad responde a la regulación de los estados de excepción establecidos en el artículo 137 y 200 *in fine* de la Constitución Política de 1993. En el Código está precisado en el artículo 23. Se interpone cuando la persona es afectada desproporcional o irrazonablemente por la medida de restricción o suspensión de los derechos decretados en el estado de excepción. Por ello, el Código en su artículo 23 establece que cuando los procesos constitucionales, entre ellos el Hábeas Corpus, se interponen en relación de derechos suspendidos, examinará la *razonabilidad y proporcionalidad* del acto restrictivo.

Los criterios para determinar tal situación, conforme lo prevé el mismo Código son:

- Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;
- Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o
- Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el Juez.

Como es de advertirse, lo que busca este Hábeas Corpus es frenar los excesos o abusos del poder público mientras permanezca el estado de excepción decretado.

i) Hábeas Corpus judicial

Conforme ya lo anticipamos, utilizamos esta denominación para referirnos a la situación contemplada en el segundo párrafo del artículo 4 del Código, el mismo que procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

(17) Como sería el caso de interposición de multas e incluso destitución del trasgresor tratándose de autoridad o funcionario público, como también remitir los actuados al Fiscal para los fines pertinentes, conforme los alcances que prevé el Código (Ver artículos 1, 8, 22 entre otros).

Mediante esta modalidad se incorpora la procedencia de la interposición del Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales, siempre y cuando éstas hayan violentado de forma cierta y notoria alguno de los derechos que contiene la libertad individual y/o la tutela procesal efectiva. No obstante, ello no debe convertirse en regla general para cuestionar cualquier sentencia insatisfactoria de los intereses de las partes so pretexto de la defensa de derechos constitucionales, sino de forma excepcional, cuando evidentemente se haya contravenido alguno de los derechos referidos y no exista o resulte ineficaz recurrir a otro medio para su protección efectiva.

Se advierte entonces, la presencia de una vía adicional para que el justiciable salga en defensa de sus derechos por la emisión de resoluciones arbitrarias o irregulares. Sin embargo, ello no implica la dispensa para que previamente no se agote los medios impugnatorios o remedios procesales contemplados al interior del mismo proceso a efecto de que se revierta tal situación. Conviene precisar que el concepto de *tutela procesal efectiva* constituye una nueva categoría que incorpora el Código para referirse a las garantías que deben rodear al proceso desde su inicio hasta su conclusión, englobando el contenido de debido proceso y tutela judicial efectiva; por lo que resulta siendo un término distinto y más amplio que ambas denominaciones hasta entonces manejadas en la teoría procesal.

j) Hábeas Corpus conexo

Conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional, cabe utilizar este tipo de Hábeas Corpus cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores, el mismo que responde a la continua evolución que ha experimentado en los últimos tiempos. Por lo que no cabe estructurarse una tipología de este proceso como un *numerus clausus*. Esta modalidad permite adicionalmente que los derechos innominados en el artículo 3 de la Constitución relacionados con la libertad individual, puedan ser protegidos por el Hábeas Corpus.

En tal sentido procederá interponer este Hábeas Corpus por ejemplo cuando se afecte o vulnere el derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o cuando se contravenga el derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

V. ASPECTOS PROCESALES INNOVADOS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Código recoge en su mayoría el contenido de las instituciones reguladas en la Ley N° 23506 y sus modificatorias. Sin embargo, integra algunos otros

principios y aspectos que hacen de este proceso uno más efectivo para la consecución de sus fines. En este sentido, una primera innovación es la referida al deber del Juez de declarar fundada la demanda de Hábeas Corpus aún cuando se haya producido la sustracción de la materia, debiendo precisar los alcances de su decisión y disponiendo al emplazado que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda⁽¹⁸⁾. Dicho raciocinio responde al interés del Código de no dejar escapar posibles responsabilidades que se hayan originado como consecuencia del acto u omisión que vulneró el derecho protegido.

Con similar objetivo, el Código faculta al Juez Constitucional para que aplique medidas coercitivas cuando el demandado no cumpla con lo dispuesto en la sentencia que se derivó de la demanda interpuesta. Así podrá fijar multas, apercibimientos e inclusive disponer la destitución del responsable si éste es autoridad o funcionario público. En caso de que advierta la comisión de un delito, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes, lo cual ocurrirá también en casos cuando se haya producido la sustracción de la pretensión (Artículo 8).

Otro aspecto que se ha innovado con acierto es la tramitación preferente de los procesos constitucionales, especialmente de los procesos de Hábeas Corpus frente a los procesos ordinarios, así como la prevalencia de lo resuelto en sede constitucional sobre lo resuelto en los restantes órganos jurisdiccionales; lo cual evidencia el carácter tuitivo y de emergencia que cumplen éstos para la defensa de los derechos fundamentales.

En cuanto a la legitimidad para interponer el proceso de Hábeas Corpus, se menciona de manera explícita a la Defensoría del Pueblo, incorporación que atiende a lo prescrito por el artículo 162 de la Constitución, con lo cual se refuerza la *actio popularis* a favor de este proceso.

La improrrogabilidad absoluta de los plazos durante la tramitación del Hábeas Corpus, constituye otro de los aspectos meritorios que acota el Código. Si bien la anterior legislación ya establecía que no se podía pedir aplazamientos de diligencias o de informes forenses, admitía la excepción cuando lo solicitaba el actor o el perjudicado. La actual normativa, en cambio, no admite prórroga alguna (Art. 33.7), lo cual denota la especial particularidad que tiene el Hábeas Corpus con respecto a los otros procesos constitucionales, dándole mayor celeridad y sumariedad a su tramitación, además de acentuar el principio *favor*

(18) Lo dicho se advierte del contenido del artículo 1º del Código, y es extensivo también para los procesos de Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento.

processum contemplado en el cuarto párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código.

Otra acertada innovación en el procedimiento del Hábeas Corpus se advierte del contenido del artículo 34 del Código, el mismo que precisa las medidas que debe contemplar el juzgador constitucional en la resolución que declara fundada la demanda. Esas medidas son excluyentes una de la otra y servirán para orientar la decisión que deberá adoptar el Juez al momento de resolver, al mismo tiempo que refuerza las garantías para el respeto de los derechos del accionante.

Asimismo, debe destacarse el trámite incorporado en el artículo 32 del Código, el cual responde a la particularidad con que debe resolverse los casos de desaparición forzada. Así, se dispone que el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan al hallazgo de la persona desaparecida, cuando la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, pudiendo incluso comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Del mismo modo, se dispone que el Juez debe dar aviso de la demanda de Hábeas Corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones que corresponda, fijando también el trámite cuando la agresión se imputa a miembros de las Fuerzas Armadas o Policiales.

Por último y como ya se ha advertido líneas arriba, configura otra innovación de carácter procesal lo regulado en el artículo 4, donde se habilita la interposición de este proceso contra resoluciones judiciales firmes cuando éstas vulneran en forma manifiesta la libertad individual y la tutela judicial efectiva.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. Como se ha podido advertir, el Código Procesal Constitucional trae importantes innovaciones en lo que concierne al proceso de Hábeas Corpus, las mismas que creemos permitirán el desarrollo de una nueva jurisprudencia constitucional y la salvaguarda más celosa y efectiva de los derechos vinculados con la libertad individual.
2. Si bien a la fecha recién se está empezando a aplicar esta normatividad a nivel de los jueces del Poder Judicial y a vislumbrar sus beneficios, así como los retos y desafíos que implica su presencia en nuestro ordenamiento jurídico, el derrotero lo asumirá el Tribunal Constitucional, en su condición de *Intérprete Supremo*, cuando las causas le lleguen a través del denominado recurso de agravio constitucional.
3. En este sentido, queda a quienes estamos involucrados con la Ciencia del Derecho y el desarrollo de la actividad jurisdiccional contribuir con su difu-

sión y afirmar los nuevos conceptos e instituciones que incorpora este nuevo instrumento procesal a través de la jurisprudencia constitucional, conjuntamente con los demás procesos constitucionales de la libertad.

Lima, abril del 2005.

ENTORNO AL HÁBEAS CORPUS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO: ANTECEDENTES, DERECHOS TUTELADOS, PROCEDIMIENTO Y TIPOS DE HÁBEAS CORPUS

*Al maestro Domingo García Belaunde
con especial aprecio.*

CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS^(*)

SUMARIO: **I.** La especial relevancia del Código Procesal Constitucional. **II.** Breve referencia a la regulación del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional peruano. 1. Antecedentes del Hábeas Corpus. 2. Algunos de los derechos cuya tutela es exigible a través del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional. 3. Algunas de las características más importantes del procedimiento establecido para el Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional. **III.** Los tipos de Hábeas Corpus en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y su tratamiento en el Código Procesal Constitucional. 1. El Hábeas Corpus preventivo. 2. El Hábeas Corpus restringido. 3. El Hábeas Corpus reparador. 4. El Hábeas Corpus traslativo. 5. El Hábeas Corpus correctivo. 6. El Hábeas Corpus innovativo. 7. El Hábeas Corpus instructivo. 8. El Hábeas Corpus excepcional. 9. El Hábeas Corpus conexo. **IV.** Reflexiones finales. **V.** Bibliografía.

(*) Profesor Adjunto de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. LA ESPECIAL RELEVANCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La Ley N° 28237, que regula el Código Procesal Constitucional peruano, fue publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 31 de mayo del año en curso. Según prescripción contenida en la Segunda Disposición Transitoria del mismo Código, entrará en vigencia a los seis meses de la fecha de la su publicación, esto es, en diciembre del presente año.

Si bien una iniciativa de esta naturaleza se materializó tiempo atrás en la Provincia de Tucumán (Argentina) el 9 de octubre de 1995 a través de la Ley 6944, la especial relevancia que adquiere el Código Procesal Constitucional peruano se debe a que constituye el primer Código de alcance estadual⁽¹⁾. En tanto Argentina viene a ser un Estado federal, el ámbito de regulación que comprende el Código Procesal Constitucional tucumano abarca sólo a la provincia misma y no a todo el Estado argentino⁽²⁾.

Otro elemento a destacar del Código en comento es que es producto de la iniciativa de un grupo de juristas⁽³⁾, y no precisamente de una Comisión *ad hoc* designada por decisión del Estado. Luego, como ellos mismos han reconocido⁽⁴⁾, de culminar lo que sería el Anteproyecto de Código Procesal Constitucional, recibieron algunos valiosos aportes y sugerencias de otros profesores de igualmente destacable trayectoria. Justamente el fruto de ese valioso esfuerzo conjunto es

(1) Sobre este tipo de iniciativas y lo que supone el codificar los procesos constitucionales recomendamos revisar: Sagüés, Néstor Pedro. *La codificación del derecho procesal constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. 1ª. edición, Editorial Porrúa, México, junio 2001, págs. 195-202. Existe una segunda edición de esta misma obra, y es en el Tomo I de ella en donde encontramos el trabajo del profesor rosarino aquí citado (págs. 291 y ss).

(2) Acerca del Código Procesal Constitucional tucumano bien puede leerse Díaz Ricci, Sergio. *El primer Código Procesal Constitucional de Latinoamérica*. En: Revista Peruana de Derecho Público. Año 1, N° 1. Editorial Jurídica Grijley, Lima, diciembre 2000, págs. 269-274; así como *Necesidad de un Código Procesal Constitucional*. En: Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coordinadores). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, págs. 151-163; del mismo autor.

(3) Los juristas a los que hacemos referencia son pues los profesores Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

(4) Véase: AA. VV. *Código Procesal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, agosto del 2004; así como Abad Yupanqui, Samuel. «Código Procesal Constitucional. Un paso inicial para el cambio». En: *El Portal del Derecho*, N° 6, Ayacucho, julio 2004, págs. 8-9.

hoy el Código Procesal Constitucional peruano que constituye sin lugar a dudas un aporte a la cultura constitucional del mundo en general y de América Latina en particular.

En esta ocasión, en un merecido homenaje al maestro Domingo García Belaunde, abordaremos la regulación del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional peruano, haciendo especial incidencia en temas como el de los derechos protegidos, el procedimiento previsto y las modalidades de este proceso constitucional. En este último caso nos serviremos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en tanto a pesar de que las normas que hoy regulan la materia no recogen todos los tipos de Hábeas Corpus identificados por la doctrina, el Juez Constitucional sí ha venido conociéndolos precisando así sus márgenes de protección. Hoy el Código Procesal Constitucional, como tendremos oportunidad de comprobar, sí ha consagrado cada uno de ellos.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva ocho de fecha 30 de enero de 1987 estableció en el párrafo 35 que: «*El Hábeas Corpus, para cumplir con su objetivo de verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad, exige la presentación del detenido ante el Juez o Tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el Hábeas Corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*». De esta forma, comprende claramente la posibilidad de ampliar el margen de protección del Hábeas Corpus a otros supuestos además de la tutela del derecho a la libertad personal (Hábeas Corpus preventivo, reparador, restringido y traslativo) como la protección de la vida, integridad personal (Hábeas Corpus correctivo), a no ser objeto de desaparición forzada (Hábeas Corpus instructivo), entre otros.

Lo señalado en la Opinión Consultiva ocho fue luego ratificado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 31 de su Opinión Consultiva nueve de fecha 6 de octubre de 1987.

Comenzaremos entonces, haciendo una sucinta referencia a la regulación del proceso de Hábeas Corpus según el Código Procesal Constitucional peruano, para luego dedicarnos de lleno a la tarea que aquí nos hemos propuesto.

II. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Como bien pone de relieve el mismo Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen como fines esenciales asegurar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionalmente protegi-

dos. Dada la importancia del rol que les corresponde para todo Estado Constitucional que se precie de serlo, se les ha investido de aquellos rasgos que permiten identificar a un proceso como de tutela urgente. De esa forma, se ha hecho uso de la sumarización procedimental, esto es, reducción de plazos, eliminación del dictamen fiscal, entre otros; y de la sumarización cognitiva, es decir, será el Juez quien decida si hay audiencia para complementar su información⁽⁵⁾.

El proceso de Hábeas Corpus es el primer proceso constitucional que ha sido consagrado en nuestro país, siendo utilizado incluso en algunas ocasiones no sólo como mecanismo para tutelar derechos que hoy son más bien susceptibles de ser protegidos a través del amparo, sino como verdadero proceso de inconstitucionalidad⁽⁶⁾.

1. Antecedentes del Hábeas Corpus

El Hábeas Corpus constituye un proceso de origen inglés que fue reconocido por primera vez a nivel de América Latina en el año 1830 en el Código Penal del Imperio del Brasil, y que luego fue siendo incorporado en otras experiencias comparadas como en los Códigos de Livingston de 1837 que fueron aplicados en Guatemala, en la Constitución de Costa Rica del año 1847, e incluso antes del Amparo en la Constitución de Yucatán del año 1841⁽⁷⁾.

En el Perú, el Hábeas Corpus fue reconocido por la Ley del 21 de octubre de 1897, que desarrolló el artículo 18º de la Constitución de 1860. De acuerdo con lo establecido en este último precepto constitucional:

«Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto in fraganti delicto, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de las veinticuatro horas a disposición del Juzgado que corresponde. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados, a dar copia de él siempre que se les pidiera».

(5) AA. VV. «Código Procesal...», *op. cit.*, pág. 71.

(6) A mayor abundamiento sobre los antecedentes del Hábeas Corpus en el mundo en general y en el Perú en particular, recomendamos vivamente revisar: García Belaunde, Domingo: *El Hábeas Corpus en el Perú*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979.

(7) García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*, Marsol Editores, Trujillo, julio 1998, págs. 119 y ss.

En el año 1916 se promulgó la Ley N° 2223, que buscó ampliar el margen de protección del Hábeas Corpus y la Ley N° 2253, que trató de perfeccionar los aspectos procesales contemplados a la antes citada Ley del 21 de octubre de 1897. Luego, a través de la Ley N° 4019 de fecha 2 de enero de 1919, es promulgado el Código de Procedimientos en Materia Penal y entra en vigencia en 1920, estableciendo la regulación del Hábeas Corpus sólo para detenciones indebidas. Va a ser en el artículo 352° de este último Código que se establecerá una disposición que parecía abrir la puerta a la posibilidad de iniciar procesos de Hábeas Corpus contra particulares. Dicho artículo establecía lo siguiente: «*Cuando el secuestro provenga de persona que no es autoridad, el Juez, una vez puesto en libertad el detenido, procederá a abrir instrucción contra el culpable conforme a este Código*».

El Hábeas Corpus adquirirá rango constitucional en el año 1920 con la Carta Magna de dicho año y que a tenor de su artículo 24°:

«Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto in fraganti delicto, debiendo en todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere.

La persona aprehendida o cualquier otra podrá interponer conforme a la ley, el recurso de Hábeas Corpus por prisión indebida».

Evidentemente, la Constitución de 1920 incurre en una imprecisión al considerar al Hábeas Corpus como un recurso, pero independientemente de ello, es menester tener presente que va a ser a partir de dicho año que se va a intentar recurrir al Hábeas Corpus para incluso solicitar que se declare la inconstitucionalidad de alguna ley. El caso «Cecilia Althaus de Pardo» puede resultar por demás ilustrativo de ello⁽⁸⁾.

Con la Constitución de 1933 se va a presentar un cambio importante, ya que se va a ampliar el margen de protección del proceso constitucional que venimos comentando. Así, según lo dispuesto por esta Constitución en su artículo 69°:

(8) Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara Editores, Lima, 2003, págs. 146-147.

«*Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la Acción de Hábeas Corpus*».

Luego, en el año 1940, en el Código de Procedimientos Penales se establecerá que el Hábeas Corpus procederá cuando el agraviado es sometido a prisión por más de 24 horas sin que el Juez competente le haya tomado su inductiva; así como en los casos de que se violen los derechos individuales o sociales amparados por la Constitución.

Con posterioridad, el Decreto Ley N° 17083 de fecha 24 de octubre de 1968 efectuará una distinción entre lo que allí se denominaba Hábeas Corpus penal y Hábeas Corpus civil, pasando a ser este último el antecedente de lo que a la postre consagraría la Constitución de 1979 como el proceso de Amparo. Así, en los supuestos de que se busque proteger la libertad personal, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de tránsito se interpondrá un Hábeas Corpus penal; mientras que para los casos de los llamados derechos sociales el Hábeas Corpus civil.

Será la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo la que se encargará de regular lo dispuesto en la Carta de 1979, pasando luego a ser complementada por la Ley N° 25398. Luego, la Constitución de 1993 recoge, pues, dentro de los diversos procesos constitucionales consagrados en el artículo 200° al Hábeas Corpus. El Código Procesal Constitucional, por su parte, le ha destinado el Título II que comprende desde el artículo 25° al 36°, además de las disposiciones generales en lo que le resulte aplicable.

2. Algunos de los derechos cuya tutela es exigible a través del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional

El proceso de Hábeas Corpus busca proteger el derecho a la libertad personal⁽⁹⁾ y demás derechos conexos. Cuando hablamos del derecho a la libertad per-

(9) Si bien el texto constitucional vigente, como el Código Procesal Constitucional, hace referencia más bien a la libertad individual como la susceptible de ser protegida a través del Hábeas Corpus, doctrinariamente existe cada vez mayor consenso en que es más bien la libertad personal, entendida como la dimensión física de aquel derecho y valor, la que resulta amparada a través del Hábeas Corpus. La libertad personal busca, como dijimos, garantizar la libertad física del individuo evitando que sea detenido, «privado» u obstaculizado en el ejercicio de ella de forma ilícita. Sobre el particular puede revisarse: Faúndez Ledesma, Héctor. «El derecho a la libertad y seguridad personal». En: *Lecturas Constitucionales Andinas N° 1*. Comisión Andina de Juristas, Lima, págs. 143-144; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. «*Jurisdicción Constitucional...*», *op. cit.*, pág. 146; Belda Pérez-Pedrero, Enrique. «El derecho a la libertad personal y a la seguridad personal». En: *Anuario Parlamento y Constitución*. N° 3. Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pág. 227; entre otros.

sonal nos referimos a la dimensión más bien física de la libertad en general, y supone autodeterminación sin interferencia.

No obstante esta precisión, el Tribunal Constitucional en el caso «Vicente Silva Checa» (Expediente N° 1091-2002-HC/TC) alude más bien al mismo concepto, pero lo denomina la libertad individual, que comprende a nuestro juicio un concepto mucho más amplio. El Alto Tribunal define este derecho en los siguientes términos: «*En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado*».

Se establece una tutela diferenciada entre la libertad personal y otros derechos como aquellos que son susceptibles más bien de ser protegidos por el amparo, en razón de la importancia que adquiere la libertad para el ejercicio de otros derechos, el respeto de los valores sociales y porque su violación se convierte, en múltiples ocasiones, en irreparable⁽¹⁰⁾.

Ponemos en esta ocasión el término privado entre comillas en virtud de que, siguiendo lo establecido por el maestro Carlos Fernández Sessarego, somos partidarios de asumir que la libertad, considerada como aquella condición del ser humano que le distingue de los demás seres vivos y que comprende una perspectiva ontológica y otra fenomenológica, es sólo susceptible de verse privada con la muerte. Véase sobre el particular: Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho y Persona. Introducción a la Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, abril 2001, págs. 164 y ss; y «Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho». Este último ensayo del mismo autor se ha reproducido en diversas revistas nacionales e internacionales, véase: *Gaceta Jurídica*, T. 21, Lima, setiembre, 1995, pág. 39-A; *La Ley*, LX, N° 67, 3 de abril de 1996. Buenos Aires, 1996; *Scribas*, Año I, N° 1, Arequipa, 1996; *Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses* Año II, N° 4, Lima, diciembre 1995; *Némesis* Año I, N° 1. Trujillo, 1996 y *Anuario de Derecho* N° 20. Mérida: Universidad de los Andes, 1998.

No obstante esta precisión, no debe perderse de vista, como también señalaremos en este trabajo, que incluso la vida es susceptible de ser protegida a través del Hábeas Corpus. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples casos, como el caso «Castillo Páez» con sentencia de fecha 3 de noviembre de 1997, por citar sólo un ejemplo; y el mismo Código Procesal Constitucional que ha previsto el denominado Hábeas Corpus instructivo que procede ante desapariciones forzadas, figura delictiva que comprende en la gran mayoría de casos la ejecución de la víctima, tema sobre el cual volveremos más adelante.

⁽¹⁰⁾ Soriano, Ramón: *El derecho de Hábeas Corpus*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Monografías 6, Madrid, pág. 22. Citado por: Castañeda Otsu, Susana. «Hábeas Corpus: Normativa y aspectos procesales». En: Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora), *Dere-*

Entre los derechos que se han reconocido como aquellos cuya tutela es exigible a través del proceso de Hábeas Corpus encontramos el derecho a la vida. Así lo ha puesto de relieve la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples pronunciamientos como el recaído en el caso «Castillo Páez» con fecha 3 de noviembre de 1997. Y ello adquiere además sentido, como veremos más adelante, al comprobar que el Código Procesal Constitucional ha recogido el Hábeas Corpus instructivo, que procede ante la desaparición forzada de personas, figura delictiva que lamentablemente trae consigo en la gran mayoría de casos la ejecución extrajudicial de la persona desaparecida, tema sobre el cual volveremos en líneas posteriores.

El derecho a la integridad personal, tanto en su dimensión física, psíquica como moral es también susceptible de ser protegido a través del Hábeas Corpus. Así lo ha previsto el propio Código Procesal Constitucional en el inciso 1 del artículo 25° y esto nos aproxima a la figura del Hábeas Corpus correctivo, que también será materia de estudio posteriormente.

El derecho a no autoincriminarse, que comprende además el derecho a no declarar o reconocer culpabilidad contra su cónyuge o parientes del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad está también previsto en el Código como derecho cuya tutela es exigible por medio del Hábeas Corpus, entre otros.

Sin duda llama la atención que el Código Procesal Constitucional haya previsto el derecho a la inviolabilidad de domicilio dentro del margen de protección del Hábeas Corpus⁽¹¹⁾. El Tribunal Constitucional peruano había sostenido no hace mucho en el caso «René Agustín Escalante Zúñiga (Expediente N° 3172-2003-HC/TC)⁽¹²⁾ que: «...el derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, no pertenece al ámbito de protección que es propia de la acción de Hábeas Corpus, esto es, la libertad individual y los derechos constitucionales conexos previstos en el artículo 12° de la Ley N° 23506».

Sin embargo, para los promotores del Código que venimos comentando: «...el derecho a la inviolabilidad de domicilio se convierte en un «derecho a la libertad en el domicilio» que protege a la persona en dicho ámbito contra cualquier injerencia exterior que impide o dificulte su libertad de movimiento. Si bien el objeto de protección de este derecho estaba vinculado a la propiedad en la época del

cho Procesal Constitucional. 1ª. edición, Jurista Editores, Lima, marzo de 2003, pág. 273. Existe una segunda edición de esta obra, es en Tomo II de esta nueva edición que encontramos el trabajo aquí citado (págs. 585 y ss).

(11) Véase el inciso 17 *in fine* del artículo 25° del Código Procesal Constitucional.

(12) Sentencia de fecha 7 de mayo de 2004.

constitucionalismo primigenio, en la actualidad, el domicilio hace referencia a todo lugar en que se despliega la vida privada»⁽¹³⁾.

En el inciso 8 del artículo 25° del Código se refleja la actual situación del servicio militar en nuestro país. Al haberse optado por un servicio militar voluntario, nadie puede ser obligado a prestar tal servicio. Así lo ha establecido además con anterioridad la propia Ley N° 27178, que regula la materia en el Perú, en su artículo 6°, cuando señala: «*Queda prohibido el reclutamiento forzoso como procedimiento de captación de personal para ser incorporado al servicio en el activo*».

El derecho a no ser detenido sino es por mandato motivado por el Juez o en caso de mediar flagrancia delictiva por la Policía Nacional constituye tal vez el derecho emblemático, por decirlo de alguna manera, susceptible de ser protegido a través del Hábeas Corpus, pero sobre él volveremos cuando hagamos referencia al Hábeas Corpus reparador. Por el momento, tan sólo dejaremos sentado que es identificado como aquel derecho que conocemos como derecho a la seguridad personal. Es cierto que no tiene un significado independiente a la libertad personal, por lo que mantiene un carácter ambiguo. Para la Comisión Europea de Derechos Humanos este derecho a la seguridad personal comprendería la garantía de que los individuos serán arrestados y detenidos solamente por las razones establecidas por la ley y de acuerdo con el procedimiento establecido en ella. Así lo estableció dicho órgano europeo de protección de los derechos humanos en el caso «*Arrowsmith v. United Kingdom*»⁽¹⁴⁾.

Otro derecho que se ha previsto en el Código Procesal Constitucional como susceptible de exigirse su tutela por medio del Hábeas Corpus es el derecho a no ser detenido por deudas. A este respecto, es importante tener presente que a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, es más bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que contempla la proscripción de la prisión por deudas. Ello encierra una distinción sustancial, y es que mientras que con el Pacto sería posible encarcelar a una persona por deudas de índole tributaria, ello no sería posible en el marco de la Convención Americana, en tanto alude a deudas en general y no a obligaciones contractuales. No obstante, es importante tener presente que tal limitación no puede ser considerada como un obstáculo para que las autoridades judiciales ordenen la detención de aquellas personas que, por ejemplo, incumplen sus deberes alimentarios⁽¹⁵⁾.

(13) AA. VV. «*Código Procesal...*», *op. cit.*, pág. 53.

(14) Faúndez Ledesma, Héctor: «*El derecho a la libertad personal...*», *op. cit.*, pág. 151.

(15) *Ibid.*, pág. 160.

No pretendemos con lo señalado agotar los derechos que son susceptibles de ser protegidos a través del Hábeas Corpus, ni tampoco es ese el objetivo del presente trabajo. En todo caso, con la descripción de los tipos de Hábeas Corpus el escenario puede quedar tal vez más completo.

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional ha ampliado el margen de protección del proceso que venimos comentado. Así, en su sentencia recaída en el caso «Demetrio Castro Motta» (Expediente N° 318-96-HC/TC)⁽¹⁶⁾ dispuso lo siguiente:

«Que el artículo duodécimo de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo señala enunciativamente los casos en que procede incoar la Acción de Hábeas Corpus, sin que tal precepto constituya “numerus clausus”, por lo que cabe interponer dicha acción en defensa de los otros derechos reconocidos por la Constitución o por la ley, tal como debió ocurrir desde el dieciocho de marzo de mil novecientos cuarenta, fecha de vigencia del indicado Código de Procedimientos Penales, promulgado por Ley número nueve mil veinticuatro, cuyo artículo trescientos cuarenta y nueve, en su segunda parte, preveía que, adicionalmente al caso de detención arbitraria, daba también lugar al ejercicio de la Acción de Hábeas Corpus la violación de los derechos individuales y sociales garantizados por la Constitución; sin que corresponda en tales casos reclamar la Acción declarándola unas veces inadmisibles y otras improcedente, máxime si existen ya reconocidos en la legislación comparada y en los Tratados Internacionales no sólo derechos humanos básicos, como la vida y la salud, sino también los denominados de “tercera generación”, distintos a los individuales, políticos, sociales, económicos y culturales, lo que impide al Juez realizar una interpretación a la vez errónea y restrictiva del duodécimo artículo de la precitada Ley veinticinco mil quinientos seis, ya que los elementales derechos a la vida y a la salud por su naturaleza están protegidos en casos de amenaza o violación por la acción fulminante y excepcional de la garantía constitucional del Hábeas Corpus, debiendo en este caso seguirse el procedimiento establecido en el décimo octavo artículo de la aco-

(16) Sentencia con fecha 6 de agosto de 1996 y publicada el 12 de noviembre del mismo año.

tada Ley, no obstante encontrarse el beneficiario de la Acción -que habría perdido cerca de treinta kilos de peso corporal- restringido en su libertad individual».

3. Algunas de las características más importantes del procedimiento establecido para el Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional

Partimos del hecho que se ha previsto, como suele ocurrir con este proceso constitucional, una legitimación procesal amplia. Tal legitimación se debe, entre otras razones, en primer lugar, a las dificultades en las que puede encontrarse la persona que se encuentra detenida para interponer una demanda de esta naturaleza o designar a un representante para tal efecto, y, en segundo término, a que existe un interés general en evitar que una persona se vea privada de forma ilícita de su libertad personal.

La demanda de Hábeas Corpus, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Constitucional, puede ser presentada tanto por escrito como en forma verbal. En este último caso se levantará un acta ante el Juez o Secretario, sin más exigencia que la de relatar en forma breve los hechos que son materia de denuncia. No se requerirá la firma de letrado, tasa o alguna otra formalidad. La Defensoría del Pueblo, según lo establecido en el artículo 26° del Código, también podrá interponer la correspondiente demanda de Hábeas Corpus.

Ajustándose a los avances de la informática y la tecnología, el Código Procesal Constitucional permite la utilización del correo, medios electrónicos de comunicación u otro idóneo, a fin de facilitar y hacer más accesible al público la posibilidad de iniciar un proceso de Hábeas Corpus.

En cuanto a la competencia, se ha previsto que cualquier Juez Penal podrá admitir las demandas de Hábeas Corpus, sin observar turnos. Los promotores del Código que venimos comentando han puesto de relieve que no necesariamente el Juez competente es aquel en donde se encuentra el detenido o del lugar en donde se haya ejecutado la medida o el lugar en donde se haya dictado⁽¹⁷⁾.

En lo que concierne a este tema de la competencia, se genera una particularidad que es menester no perder de vista. Y es que bien puede presentarse el caso de que un Juez de primer grado conozca de una demanda de Hábeas Corpus interpuesta contra algún acto de un órgano judicial de segundo grado que se considera amenaza o viola alguno de los derechos justamente susceptibles de ser protegidos

(17) AA. VV. «Código Procesal...», *op. cit.*, pág. 62.

a través de este proceso constitucional. Ello, como bien ha dejado establecido el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el caso «Pedro Terrones Casas» (Expediente N° 942-96-HC/TC)⁽¹⁸⁾: «...no puede interpretarse como un desacato al orden establecido al interior del Órgano Judicial cuando lo que está de por medio es la reafirmación cotidiana del respeto por los derechos constitucionales y particularmente del debido proceso, pues de lo contrario nadie podría intentar una garantía contra las más altas jerarquías de la judicatura, lo que evidentemente entrañaría una interpretación absolutamente inconstitucional».

El Código Procesal Constitucional hace una distinción en lo que al trámite se refiere si es que nos encontramos ante un supuesto de detención arbitraria o afectación de la integridad personal y si estamos ante otros actos amenazantes o lesivos del derecho a la libertad personal y demás derechos conexos. De encontrarnos en el primero de los casos señalados, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, y, verificada la detención indebida, ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado. Para ello, deberá dejar tan sólo constancia en el acta correspondiente y no será necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que dé cumplimiento de la resolución judicial respectiva.

De encontrarnos más bien en el segundo de los casos enunciados, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos o citará a quien o quienes ejecutaron la violación, exigiéndoles expliquen las razones que motivaron el acto. Una vez escuchadas dichas razones, el Juez resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad. La resolución respectiva en este caso podrá ser notificada al agraviado, aún así se encuentre privado de su libertad, así como a la persona que interpuso la demanda de Hábeas Corpus o al abogado correspondiente, si lo hubiere.

Existe en el Código también un trámite especial para los supuestos de desaparición forzada de personas. Y es que en estos casos, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporciona los elementos de juicio satisfactorios sobre el paradero o destino de la persona o personas desaparecidas, el Juez adoptará todas las medidas que conlleven a su hallazgo. Ello lo habilita incluso para comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume que la persona puede estar detenida para que practiquen tales medidas. El Juez además deberá dar aviso al Ministerio Público para que realice las investigaciones que correspondan.

Si la figura delictiva de la desaparición forzada es imputada a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el Juez deberá solicitar, además de las acciones antes señaladas, a la autoridad superior del presunto agresor de la

(18) Sentencia de fecha 14 de julio de 1997 publicada el 20 de agosto del mismo año.

zona en la cual ocurrió la desaparición forzada, que informe dentro de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

Ahora bien, como se ha podido apreciar, se ha previsto un proceso de tutela urgente, libre de muchas formalidades (no se requiere firma de letrado, papel sellado, pago, entre otros), buscando que se convierta en un medio de protección efectivo para tutelar un derecho tan relevante como la libertad personal y demás derechos constitucionales conexos. Dentro de las normas especiales de procedimiento contempladas en el artículo 33° se ha previsto también que no cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre; no cabe excusas de los jueces ni de los secretarios; los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales; no interviene el Ministerio Público; se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el Juez en cualquier estado del proceso; el Juez o la Sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera; y las actuaciones procesales son improrrogables.

Una vez efectuada, pues, esta muy breve reseña de lo que comprende en líneas generales la regulación del Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional, pasaremos de lleno a la tarea que nos hemos propuesto, es decir, el desarrollo de los diversos tipos de Hábeas Corpus, su tratamiento primero a nivel jurisprudencial y luego su reconocimiento en el Código Procesal Constitucional peruano.

III. LOS TIPOS DE HÁBEAS CORPUS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Son en buena cuenta nueve los tipos de Hábeas Corpus identificados por la doctrina y recogidos a nivel jurisprudencial: el Hábeas Corpus preventivo, el Hábeas Corpus restringido, el Hábeas Corpus reparador, el Hábeas Corpus traslativo, el Hábeas Corpus correctivo, el Hábeas Corpus innovativo, el Hábeas Corpus instructivo, el Hábeas Corpus excepcional y el Hábeas Corpus conexo. Todos ellos serán materia de análisis de inmediato.

1. El Hábeas Corpus preventivo

El Hábeas Corpus preventivo procede ante la amenaza del derecho a la libertad personal. Dicha amenaza debe ser cierta y de inminente realización, esto es, que no deje margen de dubitación respecto de la ejecución o propósito de la medida que culminará finalmente en una afectación al derecho antes indicado. Como bien puede deducir el lector, estamos ante un supuesto en que la privación de la libertad del sujeto aún no se ha hecho efectiva, sin embargo, existe la amenaza

cierta e inminente de que ello llegará a producirse y de forma contraria a la Constitución y las leyes.

En el Perú esta modalidad de Hábeas Corpus se encuentra regulada tanto en el texto constitucional vigente como en la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y la Ley N° 25398, Ley que complementa a la anterior, normas que mantendrá su vigencia hasta que el Código Procesal Constitucional entre en vigor, es decir, hasta el mes de diciembre del 2004.

El inciso 1 del artículo 200° de la Carta Magna de 1993 señala, pues, que el Hábeas Corpus procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o *amenaza* la libertad personal o los derechos constitucionales conexos. Por su parte, la Ley N° 23506 en su artículo 12° establece que si se vulnera o *amenaza* la libertad personal procederá iniciar un proceso de Hábeas Corpus, siempre que se presente alguno de los supuestos allí señalados de forma enunciativa.

El artículo 4° de la Ley N° 25398 se encargaría además de precisar que: «*Las acciones de garantía, en el caso de amenaza de violación de un derecho constitucional, proceden cuando ésta es cierta y de inminente realización*».

Este tipo de Hábeas Corpus tiene como antecedente lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República en el célebre caso «Alberto Borea Odría» (Expediente HC N° 14-94)⁽¹⁹⁾. A tenor de dicha sentencia:

«...según lo preceptuado en el numeral ochenta de la tantas veces citada ley, en estos casos el Fiscal Provincial sólo tiene dos alternativas: o formaliza la denuncia o abre investigación policial, lo que no hizo en el caso de autos, sino que inició por su cuenta una investigación que no tenía cuando concluir, que, como consecuencia de esta investigación ilegal la puesta en peligro de la libertad del accionante se pone de manifiesto cuando no se quiere dar por concluida una investigación mientras no se presente el investigado a prestar su declaración indagatoria a sabiendas de que se encontraba fuera del Perú, dando a entender que la investigación tenía que prolongarse

(19) Sentencia de fecha 24 de febrero de 1994 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 4 de mayo del mismo año. Sobre este caso en particular y demás implicancias véase: Valle-Riestra, Javier, «Borea, el *leading case*». En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, Lima, junio 1994, págs. 184-191.

mientras dure la ausencia, como si no hubieran otros elementos de juicio en los actuados, que no sólo permitían sino que la obligaban a un pronunciamiento definitivo, como lo había hecho respecto a otros implicados, prolongando una situación de indefensión procesal y la consiguiente estigmatización que conlleva el simple hecho de estar investigado por presunto delito; que evidentemente esta actitud no tiene justificación ninguna, tanto más, si se tiene en cuenta que los hechos ya había sido materia de una sentencia en el fuero respectivo, por lo que tenemos que admitir que existe, pues, amenaza de violación a la libertad personal del actor...».

El Tribunal Constitucional, por su parte, también en múltiples ocasiones ha tenido oportunidad de conocer procesos de Hábeas Corpus de índole más bien preventiva. Así, por ejemplo, en el caso «Julio Muñoz Pérez» (Expediente N° 1091-2002-HC/TC)⁽²⁰⁾ declaró infundada la demanda interpuesta. Y es que: «...ca-
reciendo de certeza e inminencia la supuesta amenaza al derecho constitucional invocado en la demanda, no resulta de aplicación el artículo 4° de la Ley N° 25398». En igual sentido y bajo argumentos similares se pronunció en el caso «Raúl Áyvar Cevallos» (Expediente N° 2028-2002-HC/TC)⁽²¹⁾ y en el caso «Asociación de Familiares de Presos Políticos y Desaparecidos del Perú» (Expediente N° 1835-2002-HC/TC)⁽²²⁾.

En el caso «Patricia Andrea Garrido Arcentales y otro» (Expediente N° 399-96-HC/TC)⁽²³⁾ el Tribunal Constitucional estableció: «*Que, en cuanto a las llamadas telefónicas a través de las cuales se amenazaría con detener a los recurrentes, según afirman, este Tribunal considera que no se han dado los supuestos para que se configure una situación que constituya amenaza a la libertad personal que haga procedente la Acción de Hábeas Corpus, es decir, tal y como lo consagra el artículo 4° de la Ley N° 25398 se necesita que ésta sea cierta y de inminente realización; se requiere que la amenaza sea conocida como verdadera, segura e indubitable, que se manifieste con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito e inminente y posible, esto es, que no deje duda sobre su ejecución en un plazo inmediato y previsible...».*

(20) Sentencia con fecha 10 de setiembre de 2002 y publicada el 8 de abril de 2003.

(21) Sentencia con fecha 30 de setiembre de 2002 y publicada el 8 de abril de 2003.

(22) Sentencia con fecha 21 de agosto de 2002 y publicada el 25 de abril de 2003.

(23) Sentencia con fecha 4 de noviembre de 1996 y publicada el 27 de abril de 1997.

En el caso «Alfredo Arnaiz Ambrosiani» (Expediente N° 2175-2002-HC/TC)⁽²⁴⁾ el Tribunal Constitucional precisó que: «...habida cuenta de que: a) el recurrente plantea esta acción de garantía sobre la base de una nota periodística que da cuenta de los resultados de ciertas investigaciones seguidas ante una Subcomisión Investigadora del Congreso de la República; b) La circunstancia de que una Comisión del Congreso investigue ciertos hechos por delegación del Pleno, no constituye amenaza ilegítima a la libertad, pues no se aprecia arbitrariedad ni violación al debido proceso en tal investigación, y el hecho que un medio de comunicación informe acerca de los resultados de una investigación parlamentaria no significa, de ninguna forma, amenaza que pueda considerarse cierta e inminente contra la libertad individual del recurrente, pues ni el Congreso puede encontrarse impedido de investigar asuntos de interés público, cuando es la propia Constitución del Estado la que lo faculta plenamente para ello, ni, por otro lado, el que las investigaciones concluyan incriminando al actor no quiere decir que su libertad corra peligro, pues en este último supuesto será el propio Ministerio Público y el Poder Judicial quienes, en pleno ejercicio de su autonomía y libertad de criterio, determinen la situación jurídica del investigado, no teniendo el Congreso capacidad de decisión al respecto».

El Tribunal Constitucional en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽²⁵⁾ definió el Hábeas Corpus preventivo como aquel que: «...podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia. Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta».

En el Código Procesal Constitucional peruano, próximo a entrar en vigencia, el Hábeas Corpus preventivo es recogido en el artículo 2° cuando señala expresamente que: «Los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data **proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización...**» (el resaltado es nuestro). Como bien podrá haber observado el lector, el Código hace especial incidencia en el

(24) Sentencia con fecha 14 de octubre de 2002 y publicada el 15 de mayo de 2003.

(25) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

carácter cierto e inminente de la amenaza a efectos de evitar que las amenazas conjeturales, presuntas o remotas pasen también a ser objeto de examen a través del Hábeas Corpus.

2. El Hábeas Corpus restringido

A diferencia de lo que sucede con el Hábeas Corpus preventivo o el reparador, que procede ante la privación arbitraria de la libertad personal, tal como veremos luego, el Hábeas Corpus restringido se presenta más bien cuando se está ante actos que no constituyen una privación de la libertad personal, pero sí molestias o perturbaciones en su libre ejercicio, es decir, se tratan de restricciones irrazonables a este derecho que en sentido estricto no se presentan como una detención o prisión, pero indudablemente lo limitan u obstaculizan.

Ejemplos de este tipo de actos son las vigilancias constantes a un ciudadano por más que se encuentra libremente transitando por la ciudad, los impedimentos de salida del país o de concurrencia a determinados lugares, entre otros. Para Héctor Faúndez⁽²⁶⁾, siguiendo lo establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el arresto domiciliario y la negativa a otorgar salvoconducto para salir del país a personas asiladas en misiones diplomáticas constituyen restricciones a la libertad personal que, eventualmente, pueden ser contrarias a la libertad personal. De allí que, como dijimos, el Código Procesal Constitucional también las haya previsto como conductas susceptibles de ser cuestionadas a través del Hábeas Corpus.

Ejemplo de esta modalidad de Hábeas Corpus es el caso «Asociación de Familiares de Presos Políticos y Desaparecidos del Perú» (Expediente N° 1835-2002-HC/TC)⁽²⁷⁾ sometido al Tribunal Constitucional, y en el que la señora Julia Chumpitaz Arias: «...interpone acción de Hábeas Corpus contra el Ministro del Interior, don Fernando Rospigliosi Capurro, y el Director de la DIRCOTE, don Marco Enrique Miyashiro Arashiro, pues considera que los emplazados vienen realizando actos de acoso, persecución y seguimiento contra los miembros de la asociación. Señala que los demandados han entregado unas separatas a diversos medios de comunicación que incluyen nombres y fotos de miembros de la asociación, y en donde se les acusa falsamente de cometer acciones violentas y perseguir propósitos ilícitos».

(26) Faúnez Ledesma, Héctor: «El derecho a la libertad personal...», *op. cit.*, págs. 144-147.

(27) Véase la sentencia con fecha 21 de agosto de 2002 y publicada el 25 de abril de 2003.

Asimismo, en el fundamento 2 de su sentencia recaída en el caso «José Aguilar Santiesteban» (Expediente N° 2455-2002-HC/TC)⁽²⁸⁾ el Tribunal Constitucional reconoció el Hábeas Corpus restringido al señalar que: *«el Hábeas Corpus, históricamente, surge como remedio frente a una detención; sin embargo, la doctrina reconoce el denominado «Hábeas Corpus restringido», también llamado accesorio o limitado, siendo una modalidad del Hábeas Corpus reparador, que tiene por finalidad según Néstor Pedro Sagiús «...evitar perturbaciones o molestias menores a la libertad individual que no configuren una detención o prisión».*

En el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽²⁹⁾ el Tribunal Constitucional definió el Hábeas Corpus restringido como aquel que: *«Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se le limita en menor grado. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.»*

El Código Procesal Constitucional peruano ha pasado a reconocer el Hábeas Corpus restringido cuando señala en el inciso 13 del artículo 25° que este proceso constitucional procedería a efectos de exigir el respeto del: *«...derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados»*, así como en el inciso 6 del mismo artículo 25° que consagra: *«el derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad»*. Evidentemente, los supuestos comprendidos en dichos preceptos no se refieren a actos que configuren propiamente una detención o prisión indebida, sino más bien a conductas que puede conducir a restringir y/o perturbar de forma irrazonable el ejercicio del derecho a la libertad personal.

3. El Hábeas Corpus reparador

El Hábeas Corpus reparador ha sido recogido tanto en la legislación vigente de la materia como en la misma Constitución de 1993. Considerado el tipo clásico

(28) Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2002 y publicada el 28 del mismo mes y año.

(29) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

del Hábeas Corpus, procede ante las privaciones arbitrarias del derecho a la libertad personal. El acto lesivo más común ante el cual se inicia un proceso de este tipo es la detención arbitraria. Sin embargo, existen otros actos que de ser practicados de forma indebida, resultan también lesivos de la libertad del individuo. De esta forma, es menester distinguir entre la detención y figuras como el arresto, aprehensión, retención o prisión, así como establecer la distinción entre lo que podría considerarse una detención ilegal y una detención arbitraria.

La detención se encuentra vinculada a la privación de la libertad de una persona, en tanto se encuentra vinculada a la comisión de un acto delictivo, a fin de asegurar su presencia en el transcurso del proceso y los efectos jurídicos de la sentencia que se emita sobre el particular. Se trata de una medida cautelar personal que es dictada siempre y cuando se cumplan con determinados requisitos, tal como veremos posteriormente. Como se puede observar entonces, la detención guarda estrecha relación con la existencia de un proceso penal de por medio.

La prisión, por su parte, constituye la situación en la cual se encuentra el sujeto que fue condenado por una sentencia emanada de un órgano judicial, luego de que se le siguiera el proceso penal correspondiente. Como tendremos ocasión de ver con posterioridad, va a ser el Hábeas Corpus traslativo el que se podrá interponer cuando el sujeto en prisión haya cumplido ya el tiempo establecido en su condena o cuando el plazo de la detención haya vencido y aún así se encuentre privado de su libertad personal.

Por otro lado, la figura del arresto constituye una forma de privación de la libertad personal ordenada por la autoridad competente como medida apremio, para obligar a que el sujeto adopte una determinada conducta en un supuesto específico o como medida sancionadora. El Código Procesal Constitucional peruano ha previsto en su artículo 22° una serie de medidas que puede adoptar el Juez constitucional a fin de hacer efectivas sus sentencias. Así, ha contemplado la posibilidad de que el Juez establezca multas fijas o acumulativas e incluso disponga la destitución del responsable.

Sin embargo, va a ser en el Congreso de la República que se va a eliminar la fórmula contemplada en el Anteproyecto de Código Procesal Constitucional y que habilitaba al Juez a ordenar la detención del responsable en virtud del incumplimiento de su sentencia, medida sin duda mucho más efectiva que las antes señaladas. Pues bien, justamente esta forma de detención constituye propiamente un arresto que dispone el Juez competente como medida de apremio para asegurar la efectividad de sus decisiones⁽³⁰⁾. Héctor Faúndez⁽³¹⁾ distingue además el arresto de la detención en razón de que mientras la primera de las figuras mencionadas puede implicar una sanción o medida disciplinaria por un tiempo preciso, para él la segunda, en cambio, sugiere una privación temporal de la libertad, por

un paso indefinido durante el transcurso de las investigaciones o se ejecuta alguna orden judicial.

La aprehensión, por su parte, constituye en sentido estricto un acto de colaboración con la justicia por parte de los particulares, en virtud del cual detienen a una persona en una situación de flagrancia delictiva. Producida la aprehensión bien pueden retener al delincuente en el lugar de los hechos hasta que las autoridades policiales se constituyan allí o, caso contrario, trasladar al sujeto ante la dependencia policial más cercana⁽³²⁾.

Las notas distintivas de la aprehensión son a saber las siguientes: en primer lugar, se trata de una autorización y no de una potestad, propia de la autoridad pública. De allí que los particulares no están obligados a detener a una persona que vean que está cometiendo un delito o lo ha cometido momentos antes. No estamos ante una obligación legal que les sea exigible como sí ocurre con las autoridades policiales. En segundo término, es necesario que estemos ante una situación de flagrancia delictiva, figura esta última que será explicada con detalle en líneas posteriores. Finalmente, lo que busca esta forma de detención es que el sujeto aprehendido sea puesto a disposición de las autoridades policiales, no rigiendo para este caso los plazos de veinticuatro horas o quince días consagrados constitucionalmente⁽³³⁾.

La retención, por su parte, es el acto por el cual una autoridad, que no es necesariamente policial, impide a una determinada persona continuar con el libre ejercicio de su derecho a la libertad personal. El ejemplo más ilustrativo de esta figura lo constituyen las retenciones que efectúan las autoridades en los aeropuer-

(30) En el caso «Esmaro Eduardo Costilla Dávila» (Expediente N° 1729-2002-HC/TC) el Tribunal Constitucional justamente entró a conocer un asunto en el cual lo que se discutía era una medida de apremio (arresto) dispuesta por un Juez en aplicación de lo dispuesto por los artículos 52° y 53° del Código Procesal Civil. Nuestro supremo intérprete de la Constitución resolvió declarando infundada la demanda de Hábeas Corpus interpuesta con sentencia de fecha 8 de agosto de 2002 y publicada el 18 de marzo de 2003.

(31) *Ibid.*, pág. 165.

(32) Eguiguren Praeli, Francisco: «Libertad personal, detención arbitraria y Hábeas Corpus: las novedades en la Constitución de 1993». En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, p. 17.

(33) San Martín Castro, César: *Derecho Procesal Penal*, Volumen II. 1ª. edición, Grijley, Lima, 2000, pág. 815. Si bien la Constitución de 1993 no recoge expresamente la figura de la aprehensión, se admite como legítima en tanto se trata de una medida necesaria y socialmente útil de colaboración con la justicia.

tos cuando una persona contra la cual se ha dictado impedimento de salida del país u orden de detención, pretende precisamente huir del país y evadir de esa forma la acción de la justicia.

Ahora bien, como dijimos, si bien algunas de las figuras descritas pueden constituirse en actos privativos de la libertad de una persona de forma arbitraria, es sin lugar a dudas la detención la figura más recurrente en estos casos y ante la cual opera el Hábeas Corpus reparador.

Según lo previsto en el literal «f» del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993, nadie puede ser detenido sino es por mandato escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

La detención policial o conocida también como detención preliminar, procede cuando media situación de flagrancia delictiva. En este caso, la Constitución de 1993 ha establecido un plazo de veinticuatro horas para los supuestos generales y uno de quince días para los supuestos excepcionales de espionaje, tráfico ilícito de drogas y terrorismo⁽³⁴⁾. Durante ese lapso se deben realizar los actos de investigación destinados al reconocimiento de la identidad, la declaración del detenido y demás diligencias de carácter urgente a efectos de descubrir a los delincuentes y recoger el material probatorio del delito para ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente.

Estamos ante una situación flagrancia delictiva cuando concurren los requisitos de inmediatez temporal (que se esté cometiendo un delito o se haya cometido momentos antes), inmediatez personal (que el delincuente se encuentre en situación tal con relación al objeto o los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho) y necesidad urgente (que las autoridades policiales se vean compelidas a actuar para evitar la continuación o propagación del delito y detener al autor de los hechos)⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ A pesar de que han existido algunas normas que han intentado prorrogar estos plazos, a nuestro juicio, tales intentos adolecen de serios vicios de inconstitucionalidad, por cuanto la Constitución no habilita ningún tipo de prórroga. En consecuencia, los jueces deberán aplicar en estos casos el denominado control difuso y disponer, una vez vencido el plazo correspondiente, las acciones a las que hubiere lugar en favor del detenido.

El Decreto Ley N° 25744 en su artículo 2° había previsto justamente en su literal a) que la Policía Nacional pueda disponer que el plazo de detención se extienda por un término mayor de quince días, con la posibilidad incluso de prorrogarlo por un periodo igual a solicitud de la misma Policía.

⁽³⁵⁾ Aquí hemos hecho nuestros, en líneas generales, los requisitos desarrollados con más detalle por Sara Aragonese Martínez y recogidos por César San Martín en: *Ibid.*, pág. 807.

La detención judicial procede, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135° del Código Procesal Penal vigente, siempre que se presenten las siguientes condiciones:

«El Juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:

- 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo, asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.*
- 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad⁽³⁶⁾; y,*
- 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia⁽³⁷⁾ o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. En todo caso, el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida».*

Si bien, doctrinariamente se ha debatido y aún se debate en torno a los fines de la detención judicial, particularmente por el hecho de que el artículo citado hace referencia a la posibilidad de dictar esta medida si se comprueba que el impu-

(36) Esto se explica por el hecho de que es posible imponer una pena de ejecución suspendida condicionalmente hasta los cuatro años de pena privativa de la libertad.

(37) Para determinar cuando existe peligro de fuga, se entra a evaluar elemento tales como el arraigo en el país del imputado, su moralidad, profesión, domicilio, recursos, lazos familiares, entre otros. La gravedad de la pena no es un elemento suficiente que permita deducir la eventual voluntad del sujeto de pretender eludir a la justicia, por lo que debe entrarse a examinar en forma concurrente con criterios como los antes enunciados.

tado busca perturbar la actividad probatoria⁽³⁸⁾, existe consenso en reconocer que esta medida cautelar personal pretende mantener la presencia del imputado para evitar la suspensión del proceso por razones de rebeldía y así asegurar que al momento que se dicte la sentencia, esta decisión pueda efectivamente ejecutarse⁽³⁹⁾.

El Tribunal Constitucional peruano al momento de evaluar la detención judicial preventiva ha establecido en el caso «Grace Mary Riggs Brousseau» (Expe-

⁽³⁸⁾ César San Martín señala, por ejemplo, que la finalidad de la detención judicial no puede ser evitar la perturbación de la actividad probatoria por parte del imputado. Para sostener esta opinión da una serie de argumentos, entre los cuales muy sucintamente pasamos a reseñar los siguientes: en primer lugar, recogiendo lo señalado por autores como Pisapia y Asencio Mellado, aduce que ello podría traer consigo consecuencias dañinas para el ejercicio del derecho de defensa del detenido, puesto que si bien así se pueden conseguir pruebas en contra del acusado, a su vez se le priva a éste de utilizar todas las pruebas que considere oportunas para formular sus descargos, como quiera que encontrándose privado de la libertad no está en una situación que le permita obtener todas ellas.

En segundo término, sostiene que si esa fuera la finalidad de la detención judicial, no existiría óbice alguno para extender esta medida cautelar personal a otras personas distintas del imputado, ya que al igual que éste, e incluso con más posibilidades que él, pueden en efecto ocultar o adulterar fuentes de prueba.

Agrega el mismo autor que el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado y que es difícil concebir la posibilidad de que éste puede producir por sí mismo daño a la investigación. Véase sobre el particular: *Ibid.*, págs. 820-821.

No obstante estos reparos existen sentencias del Tribunal Constitucional peruano que se han apoyado, entre otras razones, en la perturbación de la actividad probatoria a fin de justificar la razonabilidad de la aplicación de una detención judicial. Así, por ejemplo, en el caso «Vicente Silva Checa» el Alto Tribunal sostuvo que: *«En el presente caso, conforme se desprende de la resolución cuestionada, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, especialmente de sus fundamentos N.os 3 al 5, al mantenerse el mandato de detención contra el actor, la emplazada no sólo ha considerado relevante que en el proceso penal existen suficientes elementos de prueba que lo incriminan por los delitos por los cuales viene siendo juzgado y que la pena será superior a los cuatro años, sino también al hecho de haber querido perturbar la actividad probatoria, al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal, como son no informar que, por asesoramiento en materia de comunicaciones, recibía la suma de ocho mil dólares americanos; que sumados al importe por gastos de mantenimiento, hacían un aproximado entre veinte a veinticinco mil dólares mensuales y que recibió cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10 de televisión. Tales hechos constituyen causas objetivas y razonables para entender que en la compulsación sobre el peligro procesal del actor como causa para mantener el mandato de detención, no hay indicios de arbitrariedad del juzgador»*. Sentencia recaída en el Expediente N° 1091-2002-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2002.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, pág. 819.

diente N° 197-2002-HC/TC)⁽⁴⁰⁾ que: «...*tal medida restrictiva de la libertad no es una sanción punitiva, por lo que no cabe mecánicamente decretarse atendiendo sólo a la circunstancia de que existan suficientes elementos probatorios de la comisión del delito que incrimine a la actora o que la sanción a imponérsele sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, porque, de sólo fundarse en tales criterios, se afectaría su naturaleza cautelar. Es preciso observarse, juntamente con tales factores, fundamentalmente si el ejercicio de la libertad locomotora por la procesada pondrá en serio riesgo el éxito del proceso. Para ello, es necesario considerar, juntamente con el peligro procesal, la magnitud de la pena correspondiente a los delitos por los que se juzga a la actora, el carácter de los hechos que se le atribuyen y que estén basados en suficientes elementos de prueba, las repercusiones sociales del hecho considerado injusto y la complejidad de la investigación judicial, cuando exista una pluralidad de individuos comprendidos y se observe, de su comportamiento procesal, la voluntad de evitar que la investigación judicial pueda terminar óptimamente*».

Según el Tribunal Constitucional peruano, el legislador puede introducir otras razones para decretar la detención judicial preventiva. Estas razones serían, por un lado, la comisión de nuevos delitos y, por otro lado, la necesidad de preservar el orden público. En el primero de los casos mencionados el supremo intérprete de nuestra Constitución ha señalado en su sentencia recaída en el caso «Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos» (Expediente N° 010-2002-AI/TC)⁽⁴¹⁾ que: «...*no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad» (Informe N° 02/97, párrafo 32).*

Para el segundo de los casos mencionados, es decir, la necesidad de preservar el orden público, ha destacado el Tribunal Constitucional peruano en la misma sentencia citada que: «...*no perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales «en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar*

(40) Sentencia recaída en fecha 21 de junio de 2002.

(41) Sentencia de fecha 3 de enero de 2003 (Fundamento 142).

la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar» (Informe N° 02/97, párrafo 36).

Ahora bien, si es ese en líneas generales el escenario o el marco jurídico de la detención en el Perú es necesario determinar entonces cuándo podemos encontrarnos ante una detención que pueda ser impugnada en sede constitucional a través de un Hábeas Corpus reparador. Como ya habíamos adelantado, ello será posible siempre que estemos ante una detención arbitraria, figura más amplia que una mera detención ilegal.

Si bien se admite que el Estado puede privar a alguien de su libertad personal, ello será posible siempre que se cumplan con las exigencias de que sea el mismo Estado el que establezca de forma clara y precisa a través de la ley el procedimiento, los plazos y las circunstancias que lo habilitarían a actuar en ese sentido⁽⁴²⁾, y además que no sean contrarios al fin último de todo Estado Constitucional que se precie de serlo, es decir, el respeto, reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales.

De esta forma, una detención será ilegal si el Estado en su accionar incumple con la primera de las exigencias aquí mencionadas, esto es, si se produce la detención sin respetar lo establecido en la ley para tal efecto, mientras que una detención será arbitraria si es que no obstante que el Estado se ciñe a lo establecido en la ley para efectuar la detención, lo comprendido en dicha norma legal resulta carente de razonabilidad y no respeta siquiera parámetros mínimos de justicia. Como efectivamente podrá deducir el lector, incluso una detención legal bien puede devenir en arbitraria⁽⁴³⁾.

(42) Como bien pone de relieve Héctor Faúndez, el hecho de que toda privación de la libertad así como el procedimiento correspondiente, esté amparada en una ley, busca garantizar, en lo que a la persona detenida se refiere, el sometimiento a instancias judiciales de dicho acto y de esa forma un mecanismo de control a fin de determinar la legalidad de la detención. Véase: Faúndez Ledesma, Héctor: «*El derecho a la libertad personal...*», *op. cit.*, pág. 157.

(43) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por ejemplo, que es necesaria la exhibición de la orden de privación de la libertad para evitar que el acto de detención pase a ser considerado un secuestro. En consecuencia, no es suficiente con que las autoridades correspondientes comuniquen al detenido de forma verbal la existencia de una orden de detención en su contra, sino que es necesario el muestreo respectivo. Sobre el particular: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, párr. 100. Citado por: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Protección de los Derechos Humanos: Definiciones Operativas*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997, págs. 108-109.

La detención judicial, por ejemplo, debe estar debidamente motivada. Para el Tribunal Constitucional ello supone el cumplimiento de dos características en particular. Así, según lo dispuesto por él en su sentencia de fecha 12 de agosto de 2002 recaída en el caso «Vicente Ignacio Silva Checa» (Expediente N° 1091-2002-HC/TC)⁽⁴⁴⁾: *«En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser «razonada», en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada».*

Toda persona que se encuentre privada de su libertad tiene, entre otros derechos, derecho a ser informada de las razones de la detención⁽⁴⁵⁾, a un recurso legal y efectivo que se pronuncie sobre la legalidad de la detención⁽⁴⁶⁾ y el derecho a obtener a obtener una «reparación» en el caso de que la privación de la libertad haya sido arbitraria. El Hábeas Corpus constituye uno de aquellos mecanismos de protección que se encuentran a disposición de los ciudadanos para evitar que actos arbitrarios lesionen su libertad personal, mientras que para la indemnización a que haya lugar tendrá a su disposición las vías correspondientes.

Siendo el Hábeas Corpus reparador la modalidad clásica de este proceso constitucional es bastante recurrente su interposición ante supuestos en los que se alega detención arbitraria o ilegal. Así, por ejemplo, en el caso «Miguel Tapara Pérez» (Expediente N° 1883-2002-HC/TC)⁽⁴⁷⁾ el Tribunal Constitucional estableció que:

(44) Sentencia de fecha 12 de agosto de 2002.

(45) Es menester tener presente la distinción entre lo que puede ser el derecho a ser informado de las razones de la detención del derecho a ser notificado de la acusación que puede existir en su contra. El primero de los derechos mencionados comprende los motivos por los cuales la persona es privada de su libertad personal, lo que supone conocer de la evaluación hecha por el Juez de los requisitos contemplados en el artículo 135° del Código Procesal Penal que ya hemos citado o la constatación de la situación de flagrancia delictiva por la Policía Nacional, mientras que el segundo sólo a las razones por las cuales se le ha abierto un proceso, esto es, su vinculación con la comisión de un delito.

(46) En el Perú, además del proceso de Hábeas Corpus, sobre el cual justamente versa el presente trabajo, se han previsto los recursos de queja y apelación a fin de hacer frente a un mandato de detención. El primero procede ante órdenes de detención inmotivadas, es decir, cuando el Juez no ha expresado las razones de hecho y de derecho que lo conducen a adoptar tal medida cautelar personal. El recurso de apelación procede más bien cuando el mandato de detención sí se encuentra motivado, pero el recurrente considera que dicha motivación es injusta. Ambos recursos se tramitan ante la autoridad que dictó la detención.

(47) Sentencia con fecha 14 de octubre de 2002 y publicada el 8 de abril de 2003.

«Como consta del Acta de Solicitud de Allanamiento, existió una orden judicial dictada con el objeto de evitar la fuga de don Miguel Tapara Pérez, así como el ocultamiento del material probatorio y la perturbación de la actividad fiscal, esto es, ante el peligro de fuga y la desaparición de pruebas elementales según lo expuesto por el Quinto Juzgado Penal de Huancayo en la resolución de allanamiento, por lo que la cuestionada actuación policial de los demandados que procedieron a la detención de los recurrentes, no resultó arbitraria ni atentatoria al derecho constitucional a la libertad individual que se invoca en la demanda».

Finalmente, en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁴⁸⁾ el Tribunal Constitucional definió el Hábeas Corpus reparador como aquella modalidad del Hábeas Corpus que: *«...se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato –Juez penal, civil, militar–; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc. En puridad, el Hábeas Corpus reparador representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida».*

El Código Procesal Constitucional peruano ha recogido también de forma expresa el Hábeas Corpus reparador al consagrar en el inciso 7 del artículo 25° que este proceso constitucional procede para exigir la tutela del: *«...derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite «f» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan».* De declararse fundada una demanda de Hábeas Corpus de este tipo, se dispondrá la libertad de la persona que fue privada arbitrariamente de ella.

4. El Hábeas Corpus traslativo

Estaremos ante un Hábeas Corpus de tipo traslativo cuando lo que se pretende es la libertad de aquella persona que se encuentra detenida o condenada, pero

(48) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

ya transcurrió el plazo previsto legalmente para la detención o el tiempo de su condena expiró, o cuya libertad ya fue declarada por el Juez. En consecuencia, en este último caso estamos ante una decisión judicial que ha dispuesto la libertad del procesado o condenado, es decir, un mandato de excarcelación, pero a pesar de él se mantiene la situación privativa de la libertad.

Comprendería entonces, según lo señalado por los mismos promotores del Código Procesal Constitucional: «...los casos en que existe exceso de detención al continuar el procesado detenido más allá del plazo fijado por la ley, o si el condenado no obstante haber cumplido su condena continúa en prisión»⁽⁴⁹⁾. Esto nos llevará al tema del plazo razonable que debe durar una situación de detención o el proceso mismo.

Toda persona tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable, máxime si es que permanece detenida durante el transcurso del proceso. Esta noción del plazo razonable comprende no sólo el derecho de que los procesos se desarrollen sin dilaciones indebidas, y que por ello evitar que sean excesivamente largos, sino que a su vez comprende el derecho del justiciable a ser sometido a un proceso que no sea excesivamente corto, a tal extremo que no le permita, por ejemplo, formular su defensa en forma debida. Así Nicolo Trocker⁽⁵⁰⁾ señala: «Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria».

Sin embargo, a través del Hábeas Corpus traslativo se podrá exigir la tutela sólo del derecho del detenido a ser juzgado dentro de un plazo razonable cuando el proceso que puede encontrarse de por medio demore innecesariamente, es decir, cuando dure más allá de los plazos previstos legalmente y que no se disponga su libertad por exceso de detención, mas no en el caso de que el proceso sea demasiado breve.

Sin lugar a dudas el determinar cuándo estamos ante un plazo razonable supone el examen de diversos elementos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: en primer lugar, la duración efectiva de la detención. En segundo término, la duración de la detención en comparación con la naturaleza del delito y la pena que podría imponerse al acusado.

(49) AA.VV. «Código Procesal...», *op. cit.*, pág. 57.

(50) Trocker, Nicolo: «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 2, 2001. Citado en sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC del caso «Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos» con fecha 3 de enero de 2003.

Los efectos morales o materiales de la detención en la persona detenida y la conducta del acusado son elementos también que hay que entrar a evaluar. Y es que muchas veces, es por la conducta del propio imputado que el proceso o las investigaciones se dilatan innecesariamente. A propósito de las investigaciones, también deberán examinarse las dificultades a las cuales pueden enfrentarse las autoridades a efectos de esclarecer los hechos, dificultades que pueden deberse al número de testigos o personas acusadas por el delito, a la necesidad de cooperación internacional, entre otros. No obstante ello, la conducta de las mismas autoridades será otro elemento que deberá tomarse en consideración, a fin de evitar que sean ellas las que prolonguen de forma irrazonable la duración del proceso mismo⁽⁵¹⁾.

El Tribunal Constitucional en el caso «Pablo Wigberto Timaná Solis» (Expediente N° 902-99-HC/TC)⁽⁵²⁾ conoció justamente de un Hábeas Corpus de tipo traslativo bajo los términos que aquí hemos definido. Así, en dicho caso señaló como principio de observancia obligatoria que: «...una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye el hecho de omitir el cumplimiento obligatorio de normas procesales que disponen la libertad inmediata de un detenido, como es el caso del beneficio procesal de excarcelación por exceso de detención, previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal». De esta forma, declaró fundada la demanda interpuesta, por cuanto la detención había excedido el plazo legal establecido.

Similar a la anterior, fue la decisión del Tribunal Constitucional en el caso «José Antonio Sandoval Peláez» (Expediente N° 662-2000-HC/TC)⁽⁵³⁾. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional sostuvo que: «...en efecto, si el artículo 137° del Código Procesal Penal establece como reglas generales a) que para casos como los del accionante el plazo ordinario de detención no durará más de quince meses, b) excepcionalmente, dicho plazo podrá ser prorrogado por igual periodo, mediante auto debidamente motivado, a solicitud del fiscal y con audiencia del interesado, y c) que producida la prórroga sin que exista la correspondiente sentencia, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado; resulta inobjetable que a) el hecho de haberse producido detención por encima de los periodos anteriormente referidos, b) el hecho de no existir auto motivado de

(51) Como bien señala Héctor Faúndez, sin duda se trata de elementos que pueden resultar útiles, sin embargo, ello no los libra de estar sujetos a ciertas subjetividades que dificultarán su análisis de forma precisa y absoluta. Faúndez Ledesma, Héctor: «El derecho a la libertad personal...», *op. cit.*, págs. 171-172.

(52) Sentencia con fecha 11 de noviembre de 1999.

(53) Sentencia de fecha 19 de enero de 2001.

prórroga por encima de los quince primeros meses y ni siquiera solicitud del fiscal al respecto como tampoco y muchos menos audiencia del inculpado, y c) el hecho de no haberse decretado la libertad inmediata del accionante de la presente causa tras la culminación de los treinta meses de detención, obligándole por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal; sólo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación, ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente pero a la par consustanciales a los principios del Estado Democrático de Derecho y la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3° de la Constitución Política del Estado, como lo es sin duda, el derecho a un plazo razonable en la administración de justicia».

En el caso «Ernesto Fuentes Corro» (Expediente N° 110-99-HC/TC)⁽⁵⁴⁾ el Tribunal Constitucional dispuso que: «...el tercer párrafo del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N.° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137° del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura».

En el caso «José Aguilar Santiesteban» (Expediente N° 2455-2002-HC/TC)⁽⁵⁵⁾ según el Tribunal Constitucional: «...el recurrente –a la fecha de interposición de su pedido de rehabilitación– había cumplido en exceso el plazo de la condena y las reglas de conducta, por lo que desde el momento de su última firma en el respectivo cuaderno del Juzgado estaba apto para el ejercicio de su derechos suspendidos».

Por otro lado, en el caso «José Luis Áybar Cancho» (Expediente N° 0506-2003-HC/TC)⁽⁵⁶⁾ el accionante solicitaba se ordene su libertad por exceso en el plazo de la detención, sin embargo, el Tribunal Constitucional señaló que: «Conforme se desprende de autos, el mandato de detención dictado contra el accionante

(54) Sentencia de fecha 22 de junio de 1999.

(55) Sentencia con fecha 11 de noviembre de 2002 y publicada el 28 del mismo mes y año.

(56) Sentencia con fecha 27 de marzo de 2003 y publicada el 8 de julio del mismo año.

es de fecha 12 de setiembre de 2000; por otro lado, al 14 de noviembre de 2001, fecha en la que se modificó el artículo 137° del Código Procesal Penal por la Ley N.º 27553, el recurrente no había cumplido los 15 meses de detención; por lo tanto, es de aplicación el nuevo plazo, es decir, de 36 meses, toda vez que se encuentra inmerso en un proceso calificado de naturaleza compleja. En consecuencia, no se ha afectado derecho constitucional alguno».

El supremo intérprete de nuestra Constitución tendrá ocasión de declarar fundada una demanda de Hábeas Corpus por exceso en el plazo de la detención en el caso «Carlos Arnulfo Vega Ardila» (Expediente N° 798-2002-HC/TC)⁽⁵⁷⁾, considerando que: «...la reclamación de libertad por exceso de detención que alega el actor debe ser estimada, por haber superado esta medida el plazo máximo de detención de quince meses que prevé el artículo 137° del Código Procesal, modificado por el Decreto Ley N° 25824, y más aún, si no está acreditado en autos que se haya efectuado en su caso la prórroga de detención; antes bien, el actor solicitó en sede penal su excarcelación, petición que fue declarada improcedente por el Juzgado emplazado. Tal situación sólo puede significar que, efectivamente, se ha transgredido su derecho a la libertad personal, por cuanto la Judicatura penal, una vez verificado el cumplimiento del plazo, debió disponer la inmediata excarcelación del recurrente, por mandato imperativo de la acotada disposición legal que resulta aplicable al caso del actor, en virtud del principio de ultractividad benigna en la aplicación temporal de la ley penal».

El Tribunal Constitucional en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁵⁸⁾ estableció que el Hábeas Corpus en su modalidad traslativa: «Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido».

El Código Procesal Constitucional ha recogido esta modalidad de Hábeas Corpus en el inciso 14 del artículo 25° al establecer que podrá iniciarse este proceso constitucional para exigir la tutela del: «...derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el Juez».

5. El Hábeas Corpus correctivo

El Hábeas Corpus correctivo procederá ante la amenaza o violación del derecho a la vida o la integridad de las personas que se encuentran privadas de su

⁽⁵⁷⁾ Sentencia con fecha 21 de junio de 2002.

⁽⁵⁸⁾ Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

libertad. De esta forma, constituye una importante herramienta a disposición de los detenidos, reclusos u otras personas que se encuentra en una relación de especial sujeción en establecimientos públicos o privados y que no deben ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a la integridad personal, como es de conocimiento general, comprende una perspectiva física, una psíquica y otra moral. La integridad física supone la preservación de los órganos, partes y tejidos del cuerpo humano, así como el estado de salud de las personas. La integridad psíquica comprende la conservación de las habilidades emocionales, intelectuales y motrices. Y la integridad moral, el derecho de toda persona de desenvolverse de conformidad con sus convicciones. Abarca también la prohibición de ser sometido a torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁽⁵⁹⁾.

Existen, pues, una serie de medidas que si bien pueden adoptarse contra una persona que se encuentra privada de su libertad, también pueden devenir en figuras calificables como de tortura. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el confinamiento solitario prolongado de una persona privada de su libertad puede ser equivalente a una tortura o trato inhumano⁽⁶⁰⁾.

La incomunicación de una persona podrá ser dispuesta siempre que exista la necesidad de esclarecer un delito o como parte de una medida penal. Sin embargo, no debe confundirse con el aislamiento absoluto del imputado con el exterior. En ese sentido, cuando no se le permite la recepción de toda señal del exterior, se presume que hay un exceso en la aplicación de la medida, por lo que bien puede calificarse el acto como una forma de tortura⁽⁶¹⁾. Para el Comité de Derechos Humanos, una persona que se encontraba detenida en condición de incomunicada y en un lugar secreto por más de tres años estaba siendo víctima de tortura y tratos crueles e inhumanos⁽⁶²⁾.

El Tribunal Constitucional peruano ha establecido, por ejemplo, en el ya antes citado caso «Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos» (Expediente N° 010-2002-AI/TC)⁽⁶³⁾ sobre el aislamiento e incomunicación que: «Dicho

(59) Esta prohibición, como bien ha puesto de relieve el propio Comité de Derechos Humanos, tiene un carácter absoluto. Sobre el particular léase la Observación General N° 20 referida al artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(60) Comisión Andina de Juristas: «*Protección de los derechos...*», *op. cit.*, pág. 94.

(61) *Ibid.*, pág. 92.

(62) Comunicación N° 440199, Youssef El-Megreisi c. La Jamahiriya Arabe Libia, párr. 5.4. Citado por: *Ibid.*, pág. 93.

(63) Sentencia de fecha 3 de enero de 2003.

trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional».

De declararse fundado un Hábeas Corpus correctivo, la situación de privación de libertad continuará, pero lo que se modificará serán las condiciones de la reclusión o detención en función de su afectación a la integridad y la salud de la persona agraviada.

En el caso «Alejandro Rodríguez Medrano» (Expediente N° 0726-2002-HC/TC)⁽⁶⁴⁾ el Tribunal Constitucional reconoció que: «...mediante este remedio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente». Es más, agregó en el mismo caso que: «ese ha sido el criterio con el que este Tribunal ha venido considerando los alcances del Hábeas Corpus (Cf. las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs 0318-1996-HC/TC y 0590-2001-HC/TC): en efecto, está dentro del ámbito de su protección evaluar la constitucionalidad de las condiciones en que se desarrolla la detención preventiva ordenada por el Juez, pues en estos casos debe observarse que la medida cautelar en cuestión se realice de conformidad con los principios y valores constitucionales y, muy singularmente, con el derecho de dignidad de la persona, y los principios de razonabilidad y proporcionalidad».

Si bien a través de esta modalidad de Hábeas Corpus puede cautelarse el derecho de toda persona recluida de no ser objeto de traslado de centro penitenciario de forma arbitraria y que implica una eventual afectación de su derecho a la integridad personal, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el caso «Javier Iberico Suárez Moncada y otros» (Expediente N° 1731-2002-HC/TC)⁽⁶⁵⁾ ha declarado infundada la demanda de Hábeas Corpus por considerar que: «el artículo 110° del Código de Ejecución Penal establece que son funciones del Consejo Técnico Penitenciario, entre otras, el proponer el cambio de régimen o el traslado de los internos a otro establecimiento penitenciario en los casos de progresión o regresión en el tratamiento del interno, por lo que la autoridad administrativa

⁽⁶⁴⁾ Sentencia con fecha 21 de junio de 2002 y publicada el 29 de agosto del mismo año.

⁽⁶⁵⁾ Sentencia con fecha 8 de agosto de 2002 y publicada el 18 de marzo de 2003.

ha tomado dicha medida conforme a sus facultades, lo que no implica la afectación de derecho alguno de los beneficiarios».

En el célebre caso «Abimael Guzmán Reynoso y Elena Iparraguirre Revoredo» (Expediente N° 935-2002-HC/TC)⁽⁶⁶⁾ también se planteó un Hábeas Corpus de tipo correctivo, sin embargo el Tribunal Constitucional dispuso que: «*Del análisis de la investigación sumaria realizada para constatar in situ las reales condiciones de reclusión de los beneficiarios, así como del examen integral de las declaraciones y los recaudos aportados por las partes, se desprende que las gravosas condiciones de reclusión que se denuncian no han sido comprobadas. Antes bien, se ha verificado que los beneficiarios cumplen reclusión en condiciones permisivas de comunicación, salubridad e higiene, y que cuentan con atención médica periódica, acceso a servicios de recreación, estudio y trabajo y prestación diaria de alimentos*».

El mismo Tribunal Constitucional agregó luego en el fundamento 3 de su sentencia recaída en el mismo caso citado que: «*De acuerdo con lo ha señalado por este Tribunal Constitucional en su resolución de fecha veintidós de junio de dos mil uno (Expediente N.º 590-2001-HC/TC), teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión formulada por los promotores de la acción, el asunto de autos configuraba un caso típico de Hábeas Corpus correctivo, en la medida en que los hechos denunciados se referían a una supuesta amenaza o acto lesivo a la vida, la integridad física y psicológica o al derecho a la salud de los beneficiarios, internos en el Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, hechos que no han sido comprobados, sino, por el contrario, se ha demostrado la falsedad de lo alegado conforme a la situación descrita en los fundamentos anteriores, por lo que esta acción de garantía debe ser desestimada*».

Por último, en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁶⁷⁾ el Tribunal Constitucional estableció que la modalidad de Hábeas Corpus correctivo: «*...es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena*». En el mismo caso agregó que: «*Es también admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por*

(66) Sentencia con fecha 20 de junio de 2002 y publicada el 12 de setiembre del mismo año.

(67) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados».

Este tipo de Hábeas Corpus ha sido recogido por el Código Procesal Constitucional peruano en el inciso 1 del artículo 25° que reconoce el derecho a la integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones como derechos susceptibles de ser protegidos por este proceso constitucional, así como en el inciso 17 del mismo artículo del Código que consagra: «*el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena*».

6. El Hábeas Corpus innovativo

El Hábeas Corpus de tipo innovativo procederá cuando a pesar de haber cesado o convertirse en irreparable la conducta lesiva del derecho a la libertad personal⁽⁶⁸⁾, es menester que el Juez Constitucional actúe a fin de evitar que conductas de esa naturaleza se repitan a futuro contra el accionante. En consecuencia, de declararse fundado el proceso de Hábeas Corpus innovativo, el Juez ordenará al responsable del agravio que no vuelva a incurrir en aquellas acciones u omisiones que dieron origen a la interposición de la demanda.

Actualmente, la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, establece en el inciso 1 del artículo 6° que no proceden tales procesos constitucionales en caso de haber cesado la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable. Una mala lectura de esta disposición por parte de algunos jueces condujo a una situación de desprotección de los agraviados, por cuanto muchos de ellos declaraban la improcedencia sin más de la demanda interpuesta sin tomar en consideración que el acto lesivo o amenazante se había producido al momento que se dio inicio al proceso, por lo que el agravio existió.

Por su parte, el artículo 11° de la misma Ley N° 23506 estableció que en caso de haberse identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente. Asimismo, señala que en caso de que él sea autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. De igual forma se condenará al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado.

⁽⁶⁸⁾ García Belaunde, Domingo: *Constitución y Política*, Eddili, Lima, 1991, pág. 148.

Si bien se trata de una disposición que busca justamente evitar la comisión de actos lesivos, en este caso de la libertad personal, o, en todo caso, que no se vuelvan a cometer, lo cierto es que son muy pocas las ocasiones en que los jueces constitucionales se han servido de ella para sancionar a los responsables.

Si ese es el escenario hoy en día, qué duda cabe entonces que el Hábeas Corpus innovativo resulta sumamente útil a este respecto. Y es que muchos son los casos en los que los jueces constitucionales alegando sencillamente sustracción de la materia, esto es, el cese del acto o la omisión lesiva a la libertad personal, o la irreparabilidad del daño, evitaban entrar a determinar responsabilidades en perjuicio de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 11° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que hacíamos referencia fue de aplicación por el Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, en el caso «Carlos Arnulfo Vega Ardila» (Expediente N° 798-2002-HC/TC)⁽⁶⁹⁾. Así, en el fundamento seis de su sentencia recaída en dicho caso dispuso que: *«...es aplicable el artículo 11° de la Ley N° 23506, por las circunstancias especiales que han mediado en el proceso penal; debiéndose oficiar al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus atribuciones»*.

En el caso «Jorge Rosales Martel» (Expediente N° 204-95-HC/TC)⁽⁷⁰⁾ el Tribunal Constitucional sostuvo que: *«...este Colegiado ha tomado conocimiento, mediante Oficio N° 3269, remitido por el Primer Juzgado Penal de Huánuco, con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis, que el demandante fue dado de alta en el Hospital Hemilio Valdizán de Huánuco, con fecha treintiuno de enero de mil novecientos noventa y seis, y que posteriormente, fue puesto a disposición del Juez Especializado en lo Penal de Tocache, ordenándose su traslado al Penal del mismo lugar, concluye que en éste caso se ha producido la sustracción de la materia al haber cesado la situación violatoria del derecho que invoca en su demanda»*.

Por tal consideración, en su fallo establece que: *«...carece de objeto pronunciarse sobre el petitorio del demandante, por haber operado sustracción de la materia»*. En este caso, el Tribunal Constitucional debió más bien declarar fundada la demanda interpuesta, como quiera que al momento de que se inicia el proceso, es decir, se interpone la demanda de Hábeas Corpus, efectivamente se estaba produciendo una situación de lesión de la libertad personal. Es justamente en estos casos que opera el Hábeas Corpus innovativo.

⁽⁶⁹⁾ Sentencia con fecha 21 de junio de 2002.

⁽⁷⁰⁾ Sentencia de fecha 7 de mayo de 1998.

Situación distinta es, sin embargo, la que se presentó en el caso «Corina Huansi Fasabi» (Expediente N° 1085-97-HC/TC)⁽⁷¹⁾. Allí, el Tribunal Constitucional dispuso que: *«...debe señalarse que la principal finalidad de las acciones de garantía es restablecer las cosas al estado anterior; y estando a que en el caso sub judice la libertad del actor fue restituida, según se colige de fojas cuatro y siete del expediente, con fecha diecisiete de abril de mil novecientos noventa y siete, esto es contemporáneamente a la fecha de interposición de esta acción de garantía, dicha situación ha generado en el caso bajo examen la sustracción de la materia de acuerdo al artículo 1°, de la Ley N° 23506»*, por lo que en su fallo declaró que carece de objeto pronunciarse sobre el asunto controvertido. Como puede observarse, en esta oportunidad la fecha en que se dispone la libertad del accionante coincide con la fecha en la cual se interpuso la demanda de Hábeas Corpus.

Lo que habría que determinar, en todo caso, es cuál de las dos situaciones ocurrió primero. De haberse interpuesto la demanda cuando aún la persona se encontraba privada de su libertad, el Tribunal Constitucional debería declarar fundada la demanda de Hábeas Corpus. Sin embargo, si antes de que se da inicio al proceso la persona agraviada fue dejada en libertad, allí la demanda sería declarada improcedente por carecer los elementos necesarios para aludir a una relación procesal válida.

El Tribunal Constitucional en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquiuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁷²⁾ tuvo oportunidad de precisar que el Hábeas Corpus innovativo: *«Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante»*.

En el Código Procesal Constitucional próximo a entrar en vigencia se ha recogido también el Hábeas Corpus innovativo al establecer en el artículo 1° que: *«Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas correctivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda»*.

(71) Sentencia de fecha 11 de junio de 1998.

(72) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

Es menester tener presente que el supuesto recogido en el artículo 1° que hemos acabado de citar es muy diferente a la causal de improcedencia contemplada en el inciso 5) del artículo 5° del mismo Código Procesal Constitucional. Este último supuesto se refiere al hecho de que al momento de que fue presentada la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable. Sin embargo, el caso en el que opera el Hábeas Corpus innovativo es cuando al momento de que se interpone la demanda sí existía amenaza o violación de un derecho constitucional como la libertad personal, y luego de dicho momento recién ha cesado el acto o la omisión lesiva o amenazante o, en todo caso, se ha convertido en irreparable⁽⁷³⁾.

7. El Hábeas Corpus instructivo

A través de esta modalidad de Hábeas Corpus se busca proteger el derecho de toda persona a no ser objeto de desaparición forzada. En estos casos, entonces, el Juez pretenderá identificar a los responsables de dicha conducta delictiva a fin de que sean procesados y sancionados penalmente por la vía ordinaria.

Según la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, se considerará como tal la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En el caso «Genaro Villegas Namuche» (Expediente N° 2488-2002-HC/TC)⁽⁷⁴⁾ el Tribunal Constitucional reconoció que: «*En el caso de autos, estamos ante lo que doctrinariamente se ha definido como Hábeas Corpus instructivo, en el cual, el Juez Constitucional «a partir de sus indagaciones sobre el paradero del detenido-desaparecido, busca identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria, en base al artículo 11° de la Ley 23506» [Landa Arroyo, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional, p. 117]. Esa deberá ser la labor que realice el Juez del Hábeas Corpus al llevar a cabo la investigación sumaria que dispone la Ley N.° 23506, cuando se trate de un caso de desaparición forzada».*

⁽⁷³⁾ Así lo precisa también Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*, Palestra Editores, Lima, 2004, págs. 130-134.

⁽⁷⁴⁾ Sentencia con fecha 18 de marzo de 2004 y publicada el 22 de marzo del mismo año.

No obstante lo señalado en esta última sentencia, el Alto Tribunal reconoció en el mismo caso las limitaciones que parecen presentar los procesos constitucionales en general y el Hábeas Corpus de tipo instructivo en particular para los efectos para los que fue pensado, así señaló en el fundamento 25 de dicha sentencia que *«no obstante, dada la carencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales, el que se tramita será poco eficaz para lograr la identificación de los responsables y la consiguiente ubicación de la víctima o sus restos, por lo que no se podrá dispensar en esta vía una tutela en los términos en los que se ha solicitado; sin embargo, sí cabe disponer que el o los órganos competentes inicien y culminen las investigaciones necesarias destinadas a brindar la imperiosa información requerida»*.

El Tribunal Constitucional en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁷⁵⁾ estableció que el Hábeas Corpus de tipo instructivo podría ser utilizado: *«...cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de cultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición»*.

El Código Procesal Constitucional recoge este tipo de Hábeas Corpus en el inciso 16 del artículo 25° cuando prevé expresamente que a través de este proceso constitucional se puede exigir la tutela del: *«...derecho a no ser objeto de una desaparición forzada»*.

8. El Hábeas Corpus excepcional

A diferencia de lo previsto en su momento por la Constitución de 1979⁽⁷⁶⁾, la Carta de 1993 es clara en reconocer la posibilidad de interponer procesos constitucionales durante la vigencia de un estado de excepción. Así, el artículo 200° es

(75) Sentencia con fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

(76) Según el artículo 231° de la Constitución de 1979: *«El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, decreta, por plazo determinado, en todo o parte del territorio y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contempla:*

a) Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación. En esa eventualidad, puede suspender las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio...» (el resaltado es nuestro).

enfático al establecer que: «*El ejercicio de las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al Juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio*».

En lo que se refiere a la legislación de la materia, en un principio la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, estableció en su artículo 38° que: «*No proceden las acciones de Hábeas Corpus y Amparo respecto de las garantías y derechos señalados en el artículo 231° de la Constitución Política, durante el tiempo de su suspensión*».

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había dispuesto en sendas opiniones consultivas que el ejercicio derecho a un recurso sencillo, efectivo y rápido no podía ser objeto de suspensión. Así, en la Opinión Consultiva ocho, con fecha 30 de enero de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso por unanimidad: «*...que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición*»⁽⁷⁷⁾.

Con posterioridad, a través de la Opinión Consultiva nueve, de fecha 6 de octubre de 1987, la Corte Interamericana precisó también por unanimidad: «*Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el Hábeas Corpus (artículo 7.6), el Amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención*»⁽⁷⁸⁾.

(77) El texto de la Opinión Consultiva a la que hacemos referencia puede encontrarse en: Bidart Campos, Germán y Pizzolo, Calogero (Coordinadores): *Derechos Humanos-Corte Interamericana. Comentarios a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, abril 2000, p. 505 y ss. Sobre el particular recomendamos revisar además el comentario de Manili, Pablo Luis: «El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías». En: *Ibid.*, págs. 521 y ss.

(78) El texto de la Opinión Consultiva citada puede encontrarse también en: *Ibid.* Tomo II, p. 547 y ss. Recomendamos revisar además el comentario de Gil Domínguez, Andrés: «Derechos Humanos: garantías judiciales en estados de emergencia». En: *Ibid.*, págs. 561 y ss.

El Comité de Derechos Humanos en la Observación General 29 también se encargó de precisar que constituye obligación de todo Estado Parte el garantizar un recurso efectivo durante la vigencia de un estado de excepción.

Sin embargo, un precepto como el antes citado artículo 38° de la Ley N° 23506, amparado por lo equívocamente dispuesto en la Constitución de 1979 sobre el particular, va traer consigo que múltiples procesos constitucionales interpuestos durante un régimen de excepción sean finalmente declarados improcedentes. Así, por ejemplo, en sentencia del Trigésimo Primer Juzgado de Instrucción de Lima con fecha 5 de julio de 1983, en el caso «Juan Santiago Bautista contra la Dirección de Inteligencia de la P.I.P» se resolvió el proceso de Hábeas Corpus de la siguiente manera:

«[...] CONSIDERANDO: Que, la Constitución Política del Estado, en Capítulo Séptimo, Artículo doscientos treintinueve, Inc. «a» y «b» faculta la suspensión de las garantías constitucionales, por plazo determinado, en casos de requerirlo la salvaguarda de la paz pública y el orden interno de la Nación; dispositivo constitucional que ha sido a su vez recogido por el legislador de la Ley veintitrés mil quinientos seis; y en armonía con los dispositivos citados, el Supremo Gobierno ha procedido a expedir el Decreto Supremo cero veintidós-ochentitrés-IN, de fecha treinta de mayo del año pasado, debidamente publicado en el Diario Oficial «El Peruano» del día treintauno del mismo mes, por el que se dispone la declaración del Estado de Emergencia en todo el territorio de la República, y suspendiéndose por sesenta días las Garantías Constitucionales, por lo que en aplicación del artículo trigésimo octavo de la Ley veintitrés mil quinientos seis, se declara: IMPROCEDENTE, la Acción de Hábeas Corpus [...].».

La Ley N° 25398, Ley que complementa las disposiciones de la Ley N° 23506 en materia de Hábeas Corpus y Amparo, se encargará de consagrar en su artículo 29° lo siguiente:

«Decretados cualesquiera de los regímenes de excepción establecidos en el artículo 231 de la Constitución Política los jueces tramitarán las acciones de garantía sólo en los casos:

- a) *Si se interpone la acción en defensa de derechos constitucionales que no han sido suspendidos; y,*
- b) *Si tratándose de derechos suspendidos, éstos no tienen relación directa con la conducta del agraviado o afectado».*

De esta forma, entonces, no fue necesario esperar a la Constitución de 1993, que zanja claramente este tema tal como ya tuvimos oportunidad de comprobar con lo dispuesto en el artículo 200º, para que procesos constitucionales como el Hábeas Corpus procedan durante la vigencia de un estado de excepción.

La importancia de contar con mecanismos de esta naturaleza ante situaciones como la de un estado de emergencia o estado de sitio radica en que permiten, en el caso peruano en la lógica de un contralor judicial parcial⁽⁷⁹⁾, un control por parte de los órganos judiciales del accionar de las autoridades a quienes se confía la tutela del orden interno durante su vigencia. Se conoce entonces, bajo el nombre de Hábeas Corpus excepcional justamente a aquel Hábeas Corpus que es interpuesto durante la vigencia de un estado de excepción.

En el Código Procesal Constitucional va a ser el artículo 23º el que va recoger claramente la posibilidad de interponer, en este caso una demanda de Hábeas Corpus, durante un estado de excepción. Dicho precepto reza de la siguiente forma:

«Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. Cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, atendiendo a los siguientes criterios:

(79) En un esquema de contralor judicial parcial, el Juez se limitará a evaluar la necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad de los actos u omisiones de autoridad que tienen lugar durante la vigencia de un estado de excepción y que pueden estar amenazando o lesionando derechos fundamentales. Mientras que en una lógica más bien de contralor judicial amplio, el Juez podrá incluso entrar a examinar la decisión misma que declara el estado de excepción bajo las pautas antes señaladas. Sobre el particular: Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: *«Jurisdicción Constitucional...»*, op. cit., págs. 169 y ss, y en especial págs. 187-191; Donayre Montesinos, Christian: «Del control jurisdiccional y la posibilidad de un control político del estado de emergencia en el Perú: nuevas alternativas frente a viejos retos». En: *Revista Jurídica del Perú*, Año LIII, N° 48, Editorial Normas Legales, Trujillo, julio 2003, págs. 75 y ss, y en especial págs. 87-89; trabajo también recogido en nuestro libro intitulado *La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, Jurista Editores, Lima, mayo 2004, págs. 279-310, sobre todo págs. 301-305; entre otros.

- 1) *Si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos;*
- 2) *Si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o,*
- 3) *Si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el Juez.*

La suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción».

9. El Hábeas Corpus conexo

De no encontrarnos en alguno de los tipos de Hábeas Corpus antes descritos, a excepción del Hábeas Corpus excepcional, bien podríamos encontrarnos ante un Hábeas Corpus de tipo más bien conexo. Este último es aquel que procede en protección de aquellos derechos constitucionalmente protegidos considerados justamente conexos al derecho a la libertad personal.

En esa línea de pensamiento, como bien ha tenido oportunidad de precisar el propio Tribunal Constitucional peruano en el caso «Eleobina Mabel Aponte Chuquiuanca» (Expediente N° 2663-2003-HC/TC)⁽⁸⁰⁾, el Hábeas Corpus conexo: «Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados».

En el Código Procesal Constitucional encontramos algunos de los derechos que serían protegidos más bien por medio de un Hábeas Corpus conexo en

⁽⁸⁰⁾ Sentencia de fecha 23 de marzo de 2004 y publicada el 12 de abril del mismo año.

el inciso 12 del artículo 25° que reconoce el derecho de toda persona a ser asistida por un abogado defensor libremente elegido desde que es citada o detenida por la autoridad policial u otra, sin excepción; o también en el caso del inciso 2 del mismo artículo que consagra el derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuatro grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

IV. REFLEXIONES FINALES

Como hemos podido observar, a diferencia de lo que ocurre con la legislación hoy vigente, el Código Procesal Constitucional recoge todas las modalidades de Hábeas Corpus, lo cual es muy saludable en términos de una regulación proclive a la tutela de los derechos fundamentales, fin último de todo Estado Constitucional que se precie de serlo. Asimismo, ha ampliado el abanico de derechos susceptibles de ser protegidos a través de este proceso constitucional y ha previsto un procedimiento destinado justamente a una tutela urgente de cada uno de ellos.

Son sin duda muchos los aportes que trae consigo el Código Procesal Constitucional, sin embargo, en esta ocasión nos hemos ocupado tan sólo de un proceso constitucional en específico, el cual por cierto en lo que se refiere a sus modalidades ya viene acompañado de una línea jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional.

Aún serán muchos los estudios que se efectúen en torno al Código, y en ellos se pondrán de relieve sus demás virtudes. En todo caso, debe tenerse presente que, como señalamos líneas arriba, constituye un importante paso para lograr la consolidación del Estado Constitucional en esta parte del orbe y por ello estamos seguros que será, de cara al futuro, pauta a seguir por otros países del mundo que se sientan comprometidos con los principios que lo inspiran.

Es con estas breves líneas que culminamos este trabajo. No obstante, no quisiéramos dejar de agradecer al profesor José F. Palomino Manchego por la gentil invitación y hacernos partícipes de este merecido homenaje al maestro Domingo García Belaunde.

V. BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Código Procesal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, agosto del 2004.

Abad Yupanqui, Samuel. *Código Procesal Constitucional. Un paso inicial para el cambio*. En: El Portal del Derecho, N° 6, Ayacucho, julio 2004.

- Belda Pérez-Pedrero, Enrique. «El derecho a la libertad y a la seguridad personal». En: Anuario Parlamento y Constitución N° 3. Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, 1999.
- Bidart Campos, Germán J. y Pizzolo, Calogero (Coordinadores). *Derechos Humanos-Corte Interamericana. Comentarios a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, abril 2000.
- Castañeda Otsu, Susana. «Hábeas Corpus: Normativa y aspectos procesales». En: Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo de 2003.
- Comisión Andina de Juristas. *Protección de los Derechos Humanos: Definiciones Operativas*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997.
- Díaz Ricci, Sergio. «El primer Código Procesal Constitucional en Latinoamérica». En: Revista Peruana de Derecho Público. Año 1, N° 1, Editorial Jurídica Grijley, Lima, diciembre 2000.
- Díaz Ricci, Sergio. «Necesidad de un Código Procesal Constitucional». En: Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (Coordinadores). *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002.
- Donayre Montesinos, Christian. «Del control jurisdiccional y la posibilidad de un control política del estado de emergencia en el Perú: nuevas alternativas frente a viejos retos». En: Revista Jurídica del Perú. Año LIII, N° 48, Editorial Normas Legales, Trujillo, julio 2003.
- Donayre Montesinos, Christian. *La Reforma de la Justicia Militar. Estudios críticos de la experiencia peruana y comparada*, Jurista Editores, Lima, mayo 2004.
- Eguiguren Praeli, Francisco. «Libertad personal, detención arbitraria y Hábeas Corpus: las novedades en la Constitución de 1993». En: AA. VV. *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara Editores, Lima, 2003.
- Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. *Código Procesal Constitucional, Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*. Palestra Editores, Lima, 2004.
- Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho y Persona. Introducción a la Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, abril 2001, págs. 164 y ss.; «Algu-

nas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la Teoría del Derecho». Este último ensayo del mismo autor se ha reproducido en diversas revistas nacionales e internacionales, véase: Gaceta Jurídica. T. 21, Lima, setiembre, 1995, pág. 39-A; La Ley, LX, N° 67, 3 de abril de 1996. Buenos Aires, 1996; Scribas, Año I, N° 1. Arequipa, 1996; Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses Año II, N° 4. Lima, diciembre 1995; Némesis Año I, N° 1. Trujillo, 1996 y Anuario de Derecho N° 20. Mérida: Universidad de los Andes, 1998.

- Faúndez Ledesma, Héctor. «El derecho a la libertad y seguridad personal». En: *Lecturas Constitucionales Andinas N° 1*. Comisión Andina de Juristas, Lima.
- García Belaunde, Domingo. *El Hábeas Corpus en el Perú*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979.
- García Belaunde, Domingo. *Constitución y Política*. Eddili, Lima, 1991.
- García Belaunde, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Marsol Editores, Trujillo, julio 1998.
- Gil Domínguez, Andrés. «Derechos Humanos: garantías judiciales en estados de emergencia». En: Bidart Campos, Germán J. y Pizzolo, Calogero (Coordinadores). *Derechos Humanos-Corte Interamericana. Comentarios a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, abril 2000.
- Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2003.
- Manili, Pablo Luis. «El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías». En: Bidart Campos, Germán J. y Pizzolo, Calogero (Coordinadores). *Derechos Humanos-Corte Interamericana. Comentarios a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, abril 2000.
- Palomino Manchego, José F. «Control y Magistratura Constitucional». En: Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora). *Derecho Procesal Constitucional*. 1ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo 2003.
- Sagiús, Néstor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional: Hábeas Corpus*. Tomo 4, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- Sagiús, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Sagiús, Néstor Pedro. «La codificación del Derecho Procesal Constitucional». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. 1ª edición, Editorial Porrúa, México, junio 2001.

San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 1ª. edición, Grijley, Lima, 2000.

Valle-Riestra, Javier. «Borea, el *leading case*». En: *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 8, Lima, junio 1994.

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COMO OBJETO DE PROTECCIÓN DEL PROCESO DE AMPARO

LUIS CASTILLO CÓRDOVA (*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Definición general de la garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales. **III.** La garantía en la Constitución española y en el Tribunal Constitucional español. **IV.** Definición de la garantía en la doctrina. **V.** Hacia una nueva formulación de la garantía. **VI.** Desarrollo de la reformulación de la garantía. **VII.** La garantía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. **VIII.** Crítica a la concepción del Tribunal Constitucional sobre la garantía del contenido esencial. **IX.** A modo de conclusión ¿Una cuestión de lenguaje? **X.** A modo de colofón: contenido constitucional, contenido legal y contenido jurisprudencial del derecho fundamental.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional (CPC) estipula que “[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. Más adelante, cuando se hace referencia exclusiva al Amparo, se ha dispuesto en el artículo 38 CPC que “[n]o procede el Amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, de Protección Jurídica de Derechos Humanos y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Piura (Perú).

Se habla, entonces, de *contenido constitucionalmente protegido* o de *aspectos constitucionalmente protegidos* como objeto de protección por parte del Amparo. Esta afirmación, inédita en la legislación peruana, necesariamente abre al menos los dos siguientes campos de investigación y debate. Uno, constituido por la figura conocida como “la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales”, cuya denominación se mantendrá en este trabajo sólo en lo estrictamente necesario, debido a que –como se argumentará en su momento– la expresión que mejor acomoda a esta figura es el de “la garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales”. Y el otro, complemento necesario del primero, es la indagación si los derechos constitucionales además de un *contenido constitucional* pueden tener un contenido distinto, por ejemplo, un *contenido legal* o un *contenido jurisprudencial*, y de existir, qué relación tienen estos con el contenido constitucional.

Este trabajo se va a destinar al estudio de las cuestiones que se plantean en el primero de los campos mencionados. Del segundo, sólo se dirá al final algo general y breve como inicio de estudio e investigación. En uno y otro caso, en este trabajo se empleará indistintamente las expresiones *derechos constitucionales* y *derechos fundamentales* para hacer referencia a los derechos recogidos en el texto de la Constitución. Y si bien es cierto a lo largo de este trabajo se hará referencia al proceso constitucional de Amparo, que no quepa duda alguna que todos los juicios que del contenido constitucional de los derechos fundamentales se predicen no sólo de los derechos protegidos por el Amparo, sino igualmente de los demás derechos protegidos por el Hábeas Corpus y por el Hábeas Data. De esta manera, las afirmaciones que del Amparo lleguen a formularse, pueden igualmente ser predicados de los otros dos procesos constitucionales directamente destinados a proteger derechos constitucionales: el Hábeas Corpus y el Hábeas Data.

II. DEFINICIÓN GENERAL DE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La consideración de la Constitución peruana (CP) como norma jurídica fundamental lleva a preguntar por el valor normativo de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos. Los derechos reconocidos en la Constitución, valen y significan lo que vale y significa su contenido jurídico y constitucional. Cuando nos preguntamos, por ejemplo, por el derecho a la libertad de información o por el derecho a la salud o por el derecho al voto, nos debemos preguntar por su contenido constitucional. De ahí que no se pierda razón cuando se afirma que la correcta determinación del contenido y alcance de un derecho fundamental es la principal cuestión a la que debe enfrentarse el operador jurídico

que tiene a su cargo la solución de cuestiones que involucran los derechos reconocidos constitucionalmente⁽¹⁾.

En la medida que los derechos fundamentales o derechos constitucionales⁽²⁾ vienen recogidos en normas constitucionales generales, abiertas y algunas veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una adecuada actividad interpretativa⁽³⁾. Esta actividad interpretativa de la norma constitucional, que no es exactamente la misma que la actividad interpretativa de la norma legal⁽⁴⁾, viene influida –entre otros elementos– por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se le atribuya a los derechos del hombre, pues son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una perspectiva positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista; y segundo, la formulación de la norma constitucional en la que haya sido reconocido el derecho, formulación que es el punto de partida para la determinación de lo constitucionalmente permitido por un derecho⁽⁵⁾.

Sobre estos factores no se abundará en este trabajo. En lo que a ellos respecta, simplemente se debe afirmar que las reflexiones que a continuación se presen-

(1) Cfr. Müller, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, 2º Auflage, Duncker & Humblot, Berlín 1990, p. 40 y ss.

(2) Las razones para el uso indistinto de una expresión y otra pueden verse en Castillo Córdova, Luis. *Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico*, en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, nº 50, III-XXXII.

(3) Hesse ha escrito sobre la interpretación constitucional que hay casos que “para su solución la Constitución no contiene un criterio claro; es decir, en todos los casos de interpretación constitucional, la Constitución o el Constituyente en verdad aún no han decidido, sino sólo han dado más o menos numerosos e incompletos puntos de apoyo para la decisión”. Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C. F. Müller, Heidelberg 1995, 20 Auflage, p. 22, Rn 56. También Pérez Luño cuando afirma que “[d]e ahí, que la interpretación constitucional tenga por objeto la atribución de significado a manifestaciones del lenguaje normativo abierto a diferentes sentidos posibles, pero no la ejecución de mandatos unívocos y concluyentes. Pérez Luño, Antonio. *La interpretación de la Constitución*, en “Revista de las Cortes Generales”, nº 1, Madrid, 1984, p. 93.

(4) En la doctrina alemana se ha resaltado con acierto la imposibilidad de equiparar la interpretación del texto constitucional con la del texto legal. Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandaufnahme und Kritik*, en “Neue Juristische Wochenschrift” 46, 1976, p. 2091; y Stern, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I. C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 125 y ss.

(5) El fundamento y el reconocimiento de los derechos fundamentales, no es que no sean problemas, sino que de algún modo ya han sido superados, de modo que el principal problema que queda ahora por afrontar, como ya se dijo, es el de la eficacia de los derechos fundamentales.

tan, parten de los siguientes dos presupuestos. Primero, la existencia de una realidad cognoscible (determinable) y anterior a la formulación normativa de los derechos: la naturaleza humana, la misma que es mencionada constitucionalmente cuando se proclama en la Constitución la dignidad humana como principio ordenador de todo el sistema jurídico peruano, y con ella toda una serie de derechos que son referidos del hombre en cuanto portador de la mencionada dignidad (artículos 1, 2 y 3 CP)⁽⁶⁾. Consecuentemente, y segundo, que los medios interpretativos para determinar los alcances del contenido de los derechos fundamentales, no se reducen exclusivamente a lo establecido en la norma, sino que abarca elementos extrajurídicos: la formulación normativa es simplemente el punto de inicio⁽⁷⁾.

Sobre lo que sí se va a abundar en este trabajo es acerca de la determinación de criterios que permitan, en cada caso concreto, establecer cuál es el contenido y alcance de lo constitucionalmente protegido y, consecuentemente, de lo que ha de ser objeto de protección –constitucional y legal– a través de una garantía constitucional como el Amparo. Es decir, se estudiará acerca de la llamada por la doctrina –y se verá que también por el Tribunal Constitucional– como *garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales*.

Esta garantía puede formularse de modo general de la siguiente manera: *todo derecho constitucional o fundamental cuenta con un contenido jurídico constitucional, el cual es jurídicamente determinable y exigible al poder político y a los particulares*. Y se trata de una garantía –“normativa” en la clasificación de Pérez Luño⁽⁸⁾ en la medida que al reconocerse la existencia y exigibilidad de ese contenido, ayuda a garantizar que el derecho no llegue a desnaturalizarse.

Definida de esta manera la garantía, no puede generar más que un inmediato y completo acuerdo, más aún cuando así lo exige el principio de normatividad de la Constitución, por el cual todas las disposiciones contenidas en el texto constitucional no son simples declaraciones retóricas o enunciados de principios sin

(6) Así por ejemplo, en el caso español se lee en el artículo 10.1 CE: [l]a dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad (...) son fundamento del orden político y de la paz social”.

(7) Parece llevar razón Santamaría cuando afirma que “[l]a propia inaprensibilidad de la norma escrita, perdida en el bosque inextricable del sistema normativo, ha llevado a una creciente desconfianza en la legislación formal, haciendo volver los ojos hacia una vida jurídica basada en grandes y sencillos principios, en la justicia del caso concreto”. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, V. I, Madrid, 1988, p. 304.

(8) Pérez Luño, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*, 7ª. edición, Tecnos, Madrid 1998, ps. 77-79.

vinculación ni materialización alguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios. Si no existe un determinado contenido de un derecho constitucional que vincule y obligue no sólo como una frontera infranqueable, sino a la vez como directriz de actuación al poder público en general y al legislador en particular (y según las circunstancias, también a los particulares), entonces ocurrirá que en la realidad ese derecho constitucional sólo tendrá vigencia “formal” pero no material.

Los problemas y eventuales desacuerdos se presentan justamente al momento de determinar lo que debe entenderse por “contenido esencial” del derecho, y el grado de “vinculación” del poder público a ese contenido. A continuación, se intentará establecer los elementos para definir el alcance tanto del “contenido” como de la “vinculación”. Y se hará teniendo en cuenta también lo que sobre el “contenido esencial” ha dispuesto la Constitución española (CE) y el Tribunal Constitucional español, debido a que la Constitución española de 1978 inspiró varios preceptos sobre derechos de la Constitución peruana, y porque en muchas figuras constitucionales —como la que es objeto de estudio ahora— el Tribunal Constitucional peruano sigue los criterios hermenéuticos formulados por el Tribunal Constitucional español⁽⁹⁾. La referencia, en todo caso, será al legislador en particular, sin olvidar que esta garantía es exigible a todos los órganos estatales y a los particulares.

III. LA GARANTÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales encuentra su formulación y asentamiento en el ordenamiento constitucional alemán. Esta garantía se encuentra recogida en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn (LF), en cuyo inciso 1 se establece que “cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse [eingeschränkt werden kann] por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular”. Mientras que en su inciso 2 se recoge la llamada *Wesengehaltsgarantie* (garantía del contenido esencial) cuando se dispone que “en ningún caso puede un derecho fundamental ser

⁽⁹⁾ Tan es así que, como se dirá más adelante, el Tribunal Constitucional peruano cita al Tribunal Constitucional español cuando debe hacer referencia a algunos puntos concernientes al “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Además, el Proyecto de reforma de la Constitución de 1993, tiene un artículo referido al “contenido esencial” de los derechos fundamentales que parece haber sido tomado del artículo 53.1 CE. Complementariamente se acudirá también a la doctrina alemana en cuanto ésta ha influido notablemente en la formulación y desenvolvimiento de la Constitución española.

afectado en su esencia”. Bien rápido se traslada esta figura a otros ordenamientos constitucionales del Viejo Mundo. Como bien se ha apuntado, “[l]a garantía del contenido esencial del artículo 19.2 de la Ley Fundamental [de Bonn] ha hecho fortuna en una serie de constituciones nacidas con posterioridad a 1945. Cláusulas semejantes están contenidas en las constituciones española, portuguesa y de algunos cantones suizos”⁽¹⁰⁾.

Así, en la Constitución española se ha establecido que “[l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades” (artículo 53.1 CE). Desde muy temprano, el Tribunal Constitucional español sentó su doctrina sobre esta figura. La primera sentencia del mencionado Alto tribunal en la que se trató sobre esta cuestión, fue la STC 11/1981. En ella el Tribunal Constitucional español declaró que existen dos caminos complementarios para “tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’ ”⁽¹¹⁾ de un derecho fundamental.

El primero de los mencionados caminos, ha dicho el Tribunal Constitucional español, consiste en “tratar de acudir a lo que se suele llamar *la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho (...). Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo *aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así* ”⁽¹²⁾.

Mientras que el segundo posible camino a seguir en el intento de determinar el contenido esencial de un derecho constitucional, “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del

⁽¹⁰⁾ Häberle, Peter. *El legislador de los derechos fundamentales*, en López Pina, Antonio, “La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia”, Universidad Complutense-Civitas, Madrid, 1991, p. 119.

⁽¹¹⁾ STC 11/1981, de 8 de abril, f. j. 8, primer párrafo.

⁽¹²⁾ *Ibidem*. La letra cursiva es añadida.

contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, *se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*⁽¹³⁾.

Son dos, por tanto, los mecanismos que propone el Tribunal Constitucional español para la determinación del “contenido esencial” de un derecho fundamental: la determinación de la naturaleza jurídica del derecho y la determinación de los intereses que éste derecho está destinado a proteger. Una definición completa del mencionado contenido exige que estos dos mecanismos sean actuados necesariamente de modo complementario. Por lo demás, se trata de una línea jurisprudencial plenamente asentada y que llega hasta nuestros días⁽¹⁴⁾.

IV. DEFINICIÓN DE LA GARANTÍA EN LA DOCTRINA

1. Referencia general

La formulación del artículo 19.2 LF justifica que en la doctrina alemana se haya configurado la *Wesengehaltsgarantie* como un *Schranken-Schranken*, es decir, como un “límite a los límites” o como una “restricción a las restricciones” de los derechos fundamentales⁽¹⁵⁾. El constituyente alemán ha previsto la posibilidad de que un derecho fundamental pueda ser “limitado”, “restringido” por una ley de manera constitucional siempre que la ley se adecue a determinadas exigencias, entre ellas y, según el artículo 19.2 LF, que la ley no afecte el “contenido esencial” del derecho fundamental que limita⁽¹⁶⁾.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la Constitución alemana en la que se habla de “limitación” del derecho fundamental, el constituyente español ha

(13) *Idem*, segundo párrafo. La cursiva de la letra es añadida. Para Pérez Luño “[l]a postura de nuestra jurisdicción constitucional refleja, en gran medida, lo que ha sido la evolución de esta categoría en la doctrina y jurisprudencia alemanas, a partir de posturas estrechamente ligadas a las distintas teorías sobre los derechos fundamentales”. Pérez Luño, Antonio. *Los derechos...*, ob. cit., p. 78.

(14) Así por ejemplo, en referencia al contenido esencial de derechos concretos, se tiene la libertad de asociación (STC 104/1999, del 14 de junio), del derecho a la intimidad (STC 186/2000, del 10 de julio), de la libertad sindical (STC 173/2001, del 26 de julio), y del derecho de presunción de inocencia (STC 209/2001, del 22 de octubre).

(15) Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*, 16. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 65, Rn 278.

(16) Sobre el estudio de la garantía del “contenido esencial” en el ordenamiento constitucional alemán puede consultarse Häberle, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs.*

hecho referencia a “regulación del ejercicio” del derecho fundamental (artículo 53.1 CE). En este dispositivo constitucional no se alude a posibilidad alguna de *limitar* el derecho. Esta diferencia en el precepto constitucional, supone una consecuencia de primer orden: no se puede trasladar directa y plenamente la doctrina alemana para interpretar el caso español⁽¹⁷⁾, pues “regular” no significa “limitar”⁽¹⁸⁾.

En alguna parte de la doctrina española se ha cometido el error de trasladar directamente la doctrina alemana sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales para interpretar el artículo 53.1 CE. Esto ha generado, entre otros desatinos, considerar que el mencionado artículo constituye (tal como lo hace el artículo 19.1 LF) una “cláusula de habilitación genérica para toda actividad limitadora de los derechos fundamentales”⁽¹⁹⁾; y consecuentemente, entender que cuando alguna norma de derecho fundamental contiene referencia a algún “límite del derecho”, se trata de una limitación o restricción al contenido del derecho creada e impuesta por el legislador⁽²⁰⁾.

2 *Grundgesetz*, 3ª. Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983. En castellano, un estudio sobre esta misma garantía en el ordenamiento alemán se sugiere Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. Más recientemente véase Brage Camazano, Joaquín. *Los límites de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, en particular el Capítulo II, ps. 111-239.

(17) En este sentido De Otto rechaza una “recepción excesivamente mimética de la doctrina alemana acerca del artículo 19.2 de la Grundgesetz”. De Otto, Ignacio. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en Martín-Retortillo, Lorenzo y De Otto, Ignacio, “Derechos fundamentales y Constitución”, Civitas, Madrid, 1988, reimpresión 1992, ps. 125-127.

(18) Así lo ha advertido Martínez-Pujalte. Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 20.

(19) Como lo propone Prieto Sanchís al afirmar que “en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional”. Prieto Sanchís, Luis. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*, en “Derecho y Libertades” 8, Madrid, 2000, ps. 437-438.

(20) Según el artículo 51 del Proyecto de Reforma de la Constitución Peruana, “[s]ólo por ley orgánica, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales”. Se trata de un texto que es copia fiel del artículo 53 CE. De llegarse a aprobar esta propuesta de reforma constitucional, deberá tenerse muy en cuenta que lo que dispone es *regular el ejercicio*, para evitar el error de trasladar en bloque la doctrina alemana sobre la garantía del contenido esencial.

2. Teorías subjetiva y objetiva

Al margen de que algún autor haya discutido la necesidad del reconocimiento constitucional de la garantía del respeto al “contenido esencial” de los derechos fundamentales⁽²¹⁾, en la doctrina se han planteado distintas teorías para intentar definirla. Según se tenga en cuenta el objeto protegido por esta garantía, se puede estar ante la llamada “teoría subjetiva” o ante la “teoría objetiva” de la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales. Ambas teorías parten del hecho de reconocer en todo derecho fundamental tanto una dimensión subjetiva o individual, como otra objetiva o institucional. La primera de las mencionadas teorías propone que el objeto de protección de la garantía es sólo su ámbito individual o de libertad, es decir, el derecho fundamental subjetivo de cada persona en concreto, con las consiguientes facultades de actuación que ello conlleve.

Por su parte la teoría objetiva propone como objeto de protección sólo la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales, es decir, que no habrá inconstitucionalidad en una actuación del legislador (del poder público en general, habrá que agregar), si ésta deja a salvo el derecho fundamental considerado como institución, aunque suponga el desconocimiento total del derecho fundamental individual como, por ejemplo, ocurre con el derecho de libertad de desplazamiento en el caso de la condena a cadena perpetua.

Más allá de las críticas individualizadas que merecen estas dos teorías⁽²²⁾, lo cierto es que si –como lo he argumentado en otro trabajo⁽²³⁾– se reconoce que todo derecho fundamental está conformado en su contenido tanto por una dimensión objetiva como por otra subjetiva, entonces no sólo no se entiende sino que además constituye un grave error proponer que la garantía que se estudia ahora sólo esté destinada a proteger uno de los ámbitos en detrimento del otro. Si real-

(21) Ha escrito Prieto que “esto no hacía falta recordarlo; si la discrecionalidad política de la ley limita el derecho fundamental hasta el punto de hacerlo irreconocible, debe sin duda declararse nula, aún cuando el artículo 53.1.º no aludiese al necesario respeto del contenido esencial”. Prieto Sanchís, Luis. *El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española*, en “Anuario de Derechos Humanos” 2, Universidad Complutense, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1983, p. 399. En sentido contrario se ha manifestado Martínez-Pujalte, para quien “[e]n la medida que refuerza la protección de los derechos fundamentales, no es en absoluto una cláusula superflua”. Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., p. 48.

(22) Sobre una crítica a ambas teorías puede leerse Cianciardo, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona, 2000, ps. 253-257.

(23) Castillo Córdova, Luis. *Elementos de una teoría general de los Derechos Constitucionales*, Universidad de Piura - ARA editores, Lima 2003, ps. 157-197.

mente es una garantía no puede proteger sólo “una parte” del contenido, sino que debe estar dirigida a la protección tanto del ámbito subjetivo como del objetivo del contenido de un derecho fundamental.

Como bien se ha escrito, “[l]a garantía del contenido esencial es la expresión, pues, de un imperativo incondicionado dirigido a los poderes públicos, del que resultan para estos deberes positivos –hacer efectivos los derechos fundamentales– y negativos –no lesionar los derechos fundamentales–”⁽²⁴⁾.

3. Teorías absoluta y relativa

Mientras que si lo que se tiene en cuenta es la propia naturaleza de la garantía, se puede estar frente a la llamada “teoría absoluta” o frente a la “teoría relativa” del contenido esencial de los derechos fundamentales, ambas formuladas especialmente con respecto al legislador. La primera de estas teorías establece que el contenido de un derecho fundamental se encuentra distribuido como en dos círculos concéntricos. El primero de ellos, el más reducido, sería el núcleo duro del derecho y vincularía de modo absoluto al legislador, de manera que en ningún supuesto ni bajo ninguna circunstancia éste podría afectarlo o restringirlo. El segundo de los círculos, sería un contenido que en forma de círculo alrededor del núcleo duro, no vincularía al legislador más que de modo débil y relativo, al punto que esa parte del contenido del derecho podría quedar a disposición del legislador, aunque no sería una disposición absoluta ni discrecional, sino sólo posible en la medida que la intervención legislativa superase el juicio de proporcionalidad ⁽²⁵⁾. Esto significará que el derecho podrá ser limitado, restringido, sacrificado en su contenido (no esencial), siempre y cuando exista una justificación para el sacrificio⁽²⁶⁾, que muchas veces se reduce más que a un juicio económico entre beneficios y perjuicios.

(24) Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *La garantía de...*, ob. cit., p. 48.

(25) Sobre el juicio de razonabilidad o proporcionalidad véase en Cianciardo, Juan. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004.

(26) Así, por ejemplo, Prieto Sanchís se muestra partidario de la existencia de restricciones al contenido de un derecho siempre que se cumplan cuatro juicios (que es la prueba de la proporcionalidad). El primero de esos juicios o elementos es la existencia de “un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos”. Prieto Sanchís, Luis. *La limitación de...*, ob. cit., p. 445. A esta afirmación cabría contraponerle la siguiente pregunta ¿cómo puede ser constitucional un fin cuya consecución exige de “interferencia en la esfera de los derechos”? En efecto, y como se argumentará más adelante, no parece ser constitucional aquel fin cuya consecución en buena cuenta demanda *interferir* sobre la Constitución misma.

La teoría relativa, por su lado, considera que el contenido de un derecho fundamental está formado por un único contenido, y no en dos partes como lo proponía la anterior teoría. El contenido de un derecho fundamental es un contenido homogéneo y, por tanto, todo él vincula de una misma forma al legislador, pero no de modo fuerte y por tanto absoluto, sino de forma débil y por tanto relativa. En este caso, la garantía del “contenido esencial” significará que no existe ningún reducto en el contenido del derecho fundamental que pueda ser indisponible por legislador, de modo que éste podrá afectar, intervenir y sacrificar el contenido del derecho fundamental siempre y cuando haya una justificación razonable. En esta teoría, finalmente contenido esencial y principio de proporcionalidad vienen a ser la misma cosa⁽²⁷⁾.

Son estas dos teorías las que encajan mejor en el ordenamiento constitucional alemán en el que, como se ha estudiado, el Constituyente ha previsto la posibilidad de “limitar” los derechos fundamentales siempre que la Ley Fundamental así lo haya previsto mediante una reserva de ley (*Gesetzsvorbehalt*)⁽²⁸⁾. Debido a que se parte de la posibilidad de que el derecho fundamental admite limitaciones, se ha construido las doctrinas mencionadas, ambas permiten que los derechos fundamentales sean limitados, una (la absoluta) sólo en la parte no esencial del contenido constitucional, la otra (la relativa) en cualquier parte del contenido. En uno y otro caso, la limitación deberá ser justificada (razonada y proporcionada), justificación que vendrá definida según la limitación sea necesaria para salvar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional⁽²⁹⁾.

Al margen de los comentarios y críticas que puedan merecer cada una de estas dos teorías⁽³⁰⁾, debe ponerse de manifiesto –como se argumentará inmediatamente– que todo derecho fundamental cuenta con un contenido que todo él debe vincular de manera fuerte al legislador (y con él a todo el poder político). El principal error que se advierte en ambas teorías es pensar que el derecho fundamental pueda estar constituido por un contenido (total o parcial, según qué teoría) que pueda ser dispuesto por el legislador. Y es un error porque con ello se abre las

(27) Sobre esta teoría ha escrito Alexy que “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (trad. Ernesto Garzón Valdés), p. 288. Es traducción de *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp, 3. Auflage, Frankfurt, 1996.

(28) Bleckmann, Albert. *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 4., neubearbeitete Auflage, Karl Heymanns Verlag KG - Köln - Berlin - Bonn - München, 1997, p. 411.

(29) Maurer, Hartmut. *Staatsrecht*. C. H. Beck'sche, München, 1999, p. 286, Rn 50.

(30) Sobre las teorías relativa y absoluta, véase Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., ps. 19-33.

puertas a la posibilidad de que el derecho fundamental pueda ser desnaturalizado y vaciado de contenido pues, en definitiva, queda su contenido (total o parcial) a disposición del legislador, a quien nunca le faltará una justificación para restringir derechos fundamentales.

V. HACIA UNA NUEVA FORMULACIÓN DE LA GARANTÍA

1. Necesidad de una nueva formulación

La teoría absoluta y la relativa son las que mejor suerte han corrido y de ellas dos, es la absoluta la que ha alcanzado una mayor aceptación, consciente o inconscientemente. Sin embargo, ninguna de estas doctrinas parecen ser formulaciones correctas –al menos desde una dogmática constitucional clásica– de lo que se ha de entender por el contenido constitucional de un derecho fundamental. Efectivamente, formulan –estas doctrinas– una serie de postulados que chocan frontalmente contra algunos principios constitucionales.

A) *El limitado limitador*

Para empezar, no se entiende muy bien como es que se puede habilitar al legislador (y en general al poder político) a *limitar* los derechos fundamentales precisamente cuando los derechos fundamentales, como parte esencial de una Constitución, han sido formulados para limitar el ejercicio del poder político (del legislador, por ejemplo).

La Constitución tiene por finalidad limitar el poder. Bien ha dicho Loewenstein cuando ha afirmado que “[h]an pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder (...). Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas –la ‘Constitución’– destinada a limitar el ejercicio del poder político. La Constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”⁽³¹⁾.

La manera que ha encontrado el “hombre político” –al que se refiere Loewenstein– de limitar el poder a través de la Constitución, ha sido tanto reconociendo y garantizando unos derechos al hombre, derechos que el poder no podrá desconocer; como “dividiendo” el poder mismo. Pues bien, si esta es la fina-

⁽³¹⁾ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª. edición, 4ª. reimpression, Ariel, Barcelona, 1986, p. 149.

lidad de la Norma suprema del ordenamiento jurídico, no se entiende que se le de al poder (Legislativo, Ejecutivo o Judicial) la facultad de limitar aquello que es un límite para él.

B) El principio de unidad de la Constitución

No se entiende tampoco, y en segundo lugar, cómo puede quedar el principio de unidad de la Constitución si se permitiese –como lo propone la teoría absoluta o la relativa– al legislador *limitar* un derecho fundamental para salvar otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucional. Si un derecho necesita ser limitado para permitir el ejercicio de otro derecho también constitucional, sencillamente significa que el contenido constitucional de uno de ellos se contrapone al contenido constitucional del otro. En buena cuenta, se debe admitir entonces, que la Constitución ha dispuesto contenidos contradictorios e irreconciliables entre sí. Es decir, debe admitirse que la Constitución no puede ser interpretada de modo unitario, como si de una unidad sistemática y coherente se tratase.

Si se parte del hecho que una norma dispone cosas contradictorias, entonces, sencillamente debe admitirse también la inviabilidad de esa norma, la cual no podrá tener vigencia efectiva en la práctica. Ninguna norma con una mínima vocación de eficacia puede admitir que se la interprete como si dispusiese cosas contradictorias e irreconciliables entre sí. Mucho menos la Constitución porque de todas las normas la que en ningún caso debe ser concebida como ineficaz es la Constitución por ser la norma suprema, fundamentadora del entero ordenamiento jurídico de una comunidad estatal. Precisamente por esta razón es que se ha planteado un criterio hermenéutico fundamental: las distintas disposiciones constitucionales deben ser interpretadas como conformantes de una sola unidad, de un mismo sistema unitario y coherente.

C) El principio de normatividad de la Constitución

Finalmente, la propuesta que formula la teoría absoluta o la teoría relativa acerca de lo que se ha de entender por la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, no parece entenderse con el principio de normatividad de la Constitución. Como ya se estudió anteriormente, por el principio de normatividad la Constitución no debe ser considerada como simple declaración retórica sin efecto jurídico alguno. Por el contrario, por el principio de normatividad la Constitución (los distintos dispositivos que conforman la Constitución) vincula de modo efectivo a sus destinatarios, en particular al poder político. Esto significa que el poder político debe cumplir con lo que la Constitución ha dispuesto. A ella está vinculada y se sancionan los actos (normativos y no normativos) del poder como actos nulos por inconstitucionales.

Pues bien, este principio es dejado a un lado cuando desde la teoría absoluta o desde la relativa, se propone la posibilidad de limitar el contenido constitucional de un derecho fundamental. Si se permite limitar el contenido constitucional de un derecho fundamental –aún en su supuesta parte no esencial–, se está limitando la Constitución. La Constitución sería normativa sólo en una parte (en el supuesto núcleo duro), y habría dejado de ser normativa en la parte no esencial. La Constitución habría dejado de ser normativa porque lejos de proponer la vinculación de sus contenidos normativos al legislador (al poder político en general), se permite que éste limite el contenido constitucional del derecho y, por tanto, limite la Constitución misma.

2. Formulación general de la reformulación

Por lo dicho hasta aquí se hace necesario preguntarse si es posible un nuevo entendimiento de lo que es el “contenido esencial” de los derechos fundamentales, porque los que nos ha dado –por ejemplo– las teorías absoluta y relativa no sólo se muestran insuficientes, sino también contradictorias con el significado mismo de la Constitución. Ese nuevo entendimiento sí es posible y se formulará –al menos en sus elementos fundamentales– en lo que sigue de este capítulo.

Este nuevo entendimiento puede formularse de modo general de la siguiente manera: los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su definición y delimitación en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental.

VI. DESARROLLO DE LA REFORMULACIÓN DE LA GARANTÍA

1. El contenido del derecho fundamental es un único contenido que vincula de modo fuerte al poder político

Como primera consideración en este nuevo entendimiento y formulación de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, debe rechazarse la existencia de un “contenido esencial” si con ello se entiende que existe a su vez un “contenido no esencial” el cual no vincularía a sus destinatarios. El contenido de los derechos constitucionales es uno sólo –no dos– y todo ese contenido es plenamente normativo y, por tanto, vincula la actuación del poder político (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y a los particulares, pues a ellos vincula la Constitución y, por tanto, también las disposiciones de ésta que reconocen derechos.

La pregunta nunca será cuál parte del contenido constitucional del derecho es exigible por normativo (el contenido constitucional *esencial* del derecho), y

cuál no (el supuesto contenido constitucional *no esencial* del derecho); sino que la pregunta siempre deberá ser cuál es el contenido constitucional del derecho para determinar si una concreta pretensión es amparable o no por ese contenido constitucional.

El contenido de un derecho fundamental no puede ser dividido en dos partes, de modo que una de ellas pueda ser “no respetada” (ser limitada, restringida o sencillamente lesionada, aunque se exija el cumplimiento del juicio de proporcionalidad) por el legislador en su labor de “regulador del ejercicio” de los derechos fundamentales. Existe un “único contenido” en cada derecho fundamental, y ese es el “contenido sin más”⁽³²⁾. Y es precisamente todo este contenido el que “se erige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los derechos”⁽³³⁾. Los principios de razonabilidad o proporcionalidad⁽³⁴⁾ no se deberían emplear para saber hasta donde debe llegar “la afectación al contenido del derecho constitucional”, sino que deberá ser empleado más bien para –valorando las circunstancias concretas– definir los contornos jurídicos del contenido constitucional del derecho en el caso concreto.

Así, deben ser rechazadas propuestas como, por ejemplo, la que formula Prieto Sanchís cuando afirma que “[u]na ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, *cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable* para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo”⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ De Otto, Ignacio. *La regulación del...*, ob. cit., p. 161. También Serna, Pedro y Toller, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 47.

⁽³³⁾ Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales*, en “Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol”, n° 32, Valencia, 2000, p. 127.

⁽³⁴⁾ Para el Tribunal Constitucional razonabilidad o proporcionalidad es un mismo principio. Ha dicho el Supremo intérprete de la Constitución peruana que “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”. Exp. 2192-2004-AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 15.

⁽³⁵⁾ Prieto Sanchís, Luis. *Limitación de los...*, ob. cit., p. 442. La cursiva es añadida.

Pero, ¿cómo puede ocurrir que la protección de un derecho o bien constitucional exija la *lesión* de otro derecho igualmente constitucional? ¿Es acaso la Constitución un conjunto de disposiciones contradictorias entre sí? No existe justificación constitucional que habilite al legislador (y en general al poder público) para establecer lesión alguna a un derecho fundamental. Ni el legislador, ni nadie, está habilitado para restringir o lesionar derechos fundamentales. Puede regular su ejercicio, puede –por ejemplo a través de normas o sentencias judiciales– ir concretando ese contenido abstracto y genérico que puede desprenderse (pocas veces sin dificultad) de las disposiciones de la Constitución. Pero jamás podrá “lesionarlos” o “sacrificarlos” para conseguir la satisfacción de otro derecho o bien constitucional.

Si se acepta lo contrario se estaría admitiendo la ineficacia de al menos dos de los principios de interpretación constitucional: el de unidad y el de normatividad de la Constitución⁽³⁶⁾. Se estaría quebrantando el principio de unidad de la Constitución porque si el legislador invoca la salvación de un bien fundamental para justificar la lesión de un derecho fundamental, sería tanto como admitir que la propia Constitución se contradice al recoger realidades contradictorias e irreconciliables entre sí, en este caso, al recoger y proteger un bien o derecho fundamental cuyo contenido constitucional exige la restricción o lesión de otro derecho o bien fundamental.

De igual manera, se estaría quebrantando el principio de normatividad de la Constitución porque admitir que un derecho fundamental pueda ser lesionado o sacrificado significa tanto como admitir que la Constitución no vincula –al menos no de modo efectivo– en aquella parte que recoge y garantiza el derecho lesionado o sacrificado, es decir, en aquella parte del contenido constitucional considerado como *no esencial*. Habría, por tanto, partes de la Constitución que sí vincularían y partes que no.

Si la totalidad o una parte del contenido del derecho fundamental queda en definitiva a disposición del poder político en general y, en particular del legislador, entonces se está desconociendo no sólo la primigenia (aunque no exclusiva) función de la Constitución –especialmente de los derechos fundamentales– consistente en establecer un límite al ejercicio del poder, sino que además se estaría desconociendo la posición central que los derechos fundamentales juegan dentro de todo ordenamiento constitucional.

En efecto, la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular, tienen por finalidad evitar que el poder político sea ejercido de modo contrario a lo que demanda el pleno desarrollo de todas y cada una de las personas que

⁽³⁶⁾ Maurer, Hartmut. *Staatsrecht...*, ob. cit., ps. 25-27.

conforman la comunidad estatal. El ejercicio del poder está limitado por los derechos fundamentales en tanto estos le generan deberes (unos de abstención y otros de actuación) de protección y promoción de todos los derechos fundamentales.

En cualquier caso, el calificativo de “esencial” que se podría atribuir al contenido de un derecho, se permitiría siempre y cuando con ello no se quiera hacer significar que el derecho tiene un contenido no-esencial, sino que se emplease para significar que el derecho tiene un solo contenido y todo él es “esencial” en cuanto atañe a la esencia misma del derecho, a su naturaleza, a su ontología, sobre el cual el poder político nada que no sea favorecer el pleno ejercicio de ese contenido puede hacer. O todo el contenido del derecho fundamental es considerado como esencial y, por tanto, todo él vincula al poder político, o se deja de lado el adjetivo “esencial”, porque –se debe insistir una vez más– no existe un contenido constitucional no esencial.

No existe contenido alguno de los derechos fundamentales que pueda quedar a merced del legislador. Si esto ocurriese, entonces –que no quepa duda– la garantía no sólo dejaría de ser tal en la medida que se permitiría vulneraciones del contenido del derecho (de la parte llamada “no esencial”, pero contenido constitucional al final), sino que además se volvería un instrumento pernicioso por permisivo y *consolidador* de tales vulneraciones. Y es que nada justifica aceptar afectaciones o sacrificios o restricciones a un supuesto contenido no esencial del derecho, si afectar o sacrificar o restringir incluso el contenido no esencial del derecho –en el supuesto que lo hubiese–, no deja de ser una afectación o sacrificio o restricción del contenido del derecho mismo.

Por tanto, no debe distinguirse entre contenido “esencial” y “no esencial” de un derecho, son más los perjuicios que las ayudas que de esta distinción se puedan lograr. Todos los derechos –se debe insistir una vez más–, tienen un solo contenido constitucional, y todo él debe ser respetado tanto por el poder político, como por los particulares. Especial referencia hay que hacer al primero de los nombrados y reafirmar que el poder público, en cualesquiera de sus manifestaciones –ni siquiera la que tiene una mayor legitimidad democrática: la legislativa– no puede desconocer ni atentar contra ninguna parte del contenido constitucional de un derecho fundamental.

De esta manera, los caminos propuestos por el Tribunal Constitucional español y ya mencionados anteriormente para la determinación del “contenido esencial”, son de total recibo siempre y cuando la expresión “contenido esencial” se entienda como “contenido sin más”.

2. El contenido del derecho fundamental se delimita, no se limita

En una segunda consideración, como ya se adelantó, la labor del legislador dentro de la garantía del llamado “contenido esencial” es –empleando la termino-

logía del constituyente español– *regular el ejercicio* de los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE).

A los derechos fundamentales, mejor dicho a su contenido constitucional, *no se les puede limitar, pero sin que esto signifique que sean ilimitados*. Los derechos fundamentales son y nacen limitados, sólo abarcan una limitada esfera jurídica, de manera que el derecho –su contenido constitucional– faculta a su titular a la realización sólo de determinadas acciones, no a todas. La labor en particular del operador jurídico es ir perfilando las fronteras del contenido que define al derecho como tal, es decir, ir definiendo los contornos del contenido limitado del derecho. Una vez definidas esas fronteras o contornos internos, ningún órgano estatal –entre ellos el legislador– está habilitado a “limitar” ese contenido “delimitado”. Los derechos fundamentales tienen un contenido limitado “pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable”⁽³⁷⁾.

Con acierto ha dicho Häberle que, “si el legislador en el ámbito de los derechos fundamentales actúa de manera que él o determina los límites de los derechos fundamentales según su esencia o conforma (ejecuta) los derechos fundamentales, si siempre actúa como *determinador* de los derechos fundamentales (...) significa que ni ‘limita’, ‘restringe’ ni ‘interviene’ en los derechos fundamentales. Siendo consecuente hasta el final, significa por el contrario, que *son prohibidas al legislador ‘intervenciones’, ‘restricciones’ y ‘limitaciones’ de los derechos fundamentales, ellas serían vulneración de los derechos fundamentales y de su contenido esencial. No existe ninguna restricción conforme a derecho*”⁽³⁸⁾.

Por tanto, el contenido de los derechos fundamentales se delimita. Justamente por tener existencia previa e independiente del acto de positivación (en cuanto empiezan a definirse en función de la naturaleza humana), y justamente por tener un contenido esencialmente limitado (el ser *limitado* el contenido pertenece a la esencia del derecho), pueden y deben ser delimitados, es decir, deben ser determinados los contornos de su ámbito de protección, delimitada su frontera interna, deben ser definidos en su alcance, en definitiva, debe ser determinado o delimitado el contenido constitucional del derecho.

En todo caso, la expresión *límites* es de recibo si con ella se quiere advertir que los derechos tienen una fronteras o contornos propios que definen al derecho como tal derecho, y no como restricciones que sobre un supuesto contenido no esencial sufre el derecho. Igualmente la expresión *limitación* del derecho podrá

(37) Cianciardo, Juan. *El conflictivismo en...*, ob. cit., p. 250.

(38) Häberle, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie...*, ob. cit., ps. 222-223. La cursiva de la letra es añadida.

ser admitida sólo si con ella se pretende significar una actividad delimitadora del contenido constitucional del derecho, es decir, una actividad que no restringe (ninguna parte de) el contenido constitucional del derecho, sino como una actividad que precisa los contornos propios o immanentes del derecho.

3. El contenido del derecho fundamental empieza a delimitarse desde la norma constitucional

Una tercera consideración o pauta hermenéutica a tener en consideración es que el contenido constitucional de un derecho fundamental empieza a formularse desde la norma constitucional misma. Es decir, que quien se enfrente a la labor de delimitar el contenido del derecho en un caso concreto deberá partir de la Constitución, como no podía ser de otra manera. Es necesario acudir a la norma constitucional no sólo porque “un derecho fundamental o una libertad pública en un Estado democrático de Derecho no pueden tener una naturaleza jurídica extra ni anticonstitucional, como tampoco proteger unos intereses al margen o en contra del texto fundamental”⁽³⁹⁾; sino también porque ayudará a identificar el ámbito de la realidad aludida y que es objeto de protección por la norma constitucional, para “diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger”⁽⁴⁰⁾.

Partir de la Constitución tiene una triple significación. Significa, en primer lugar, que hay que fijarse en el concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar (interpretación literal). Así mismo, y en segundo lugar, significa también que el operador jurídico deberá tomar en consideración todas las demás disposiciones constitucionales relacionadas con el precepto que recoge el derecho examinado (interpretación sistemática). Y complementariamente, y en tercer lugar, significa que se ha de acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú (interpretación internacional).

En efecto, el análisis no debe limitarse solamente al texto del precepto constitucional que recoge el derecho en cuestión, sino que es necesario tener en cuenta toda la normatividad constitucional e interpretarla coherentemente en virtud del principio de unidad y sistematicidad de la Constitución. Este principio exige que todos los preceptos constitucionales sean interpretados de modo armónico como componentes de una unidad o sistema, en la consideración que la Constitución es

⁽³⁹⁾ Torres del Moral, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional español*. 2ª. edición, Átomo ediciones, Madrid, 1991, p. 224.

⁽⁴⁰⁾ De Otto, Ignacio. *La regulación...*, ob. cit., p. 142.

una unidad coherente y sistemática, de la que es ajena cualquier tipo de contradicción interna⁽⁴¹⁾; lo que obligará al intérprete constitucional a ir más allá del sólo texto constitucional. Sólo teniendo en cuenta toda la normatividad constitucional los demás derechos o bienes reconocidos en el texto de la Constitución ayudarán a moldear el preciso contenido del derecho en cuestión.

Por poner un ejemplo, si se está ante un caso concreto en el que una de las partes ha invocado el ejercicio de su libertad de información y el operador jurídico –por ejemplo el Juez– se encuentra frente a la tarea de delimitar el contenido constitucional de la mencionada libertad en ese caso concreto, no se podrá acudir solamente a lo que dispone el artículo 2.4 CP. Si se acude sólo a este precepto constitucional puede llegarse a incluir como contenido constitucional de la libertad de información, por ejemplo, publicaciones con un contenido injurioso. Efectivamente, si se lee que toda persona tiene derecho a “las libertades de información (...), sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos” (artículo 2.4 CP), se podría interpretar –erróneamente– que esta libertad da cobertura constitucional a cualquier tipo de publicación.

Pero si además del artículo 2.4 CP se toma en consideración otros dispositivos constitucionales, como por ejemplo, aquel otro que establece que todas las personas tenemos derecho al “honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar” (artículo 2.7 CP), entonces se concluirá –acertadamente– que no puede formar parte del contenido constitucional de la libertad de información las publicaciones que den cuenta de hechos que pertenecen a la esfera íntima de las personas o, sin pertenecer a esta esfera, presentarlos a través de un lenguaje injurioso.

Complementariamente a esta interpretación literal y sistemática, en el caso peruano es especialmente relevante tomar en consideración lo dispuesto en la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución peruana. Según esta disposición constitucional, cada vez que intentemos interpretar alguna norma relativa a algún derecho o libertad recogida en el texto constitucional, se ha de acudir a la norma internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú⁽⁴²⁾. Y,

(41) Este principio reclama la interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, incluso aunque en la realidad no haya sido redactada de manera unitaria y coherente, pues –no debemos engañarnos– los textos constitucionales más bien son textos pactados por las distintas fuerzas mayoritarias presentes en una Asamblea constituyente. Cfr. Serna, Pedro. *Derechos Fundamentales: El mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, en *Humana Iura* 4, 1994, p. 224.

(42) Carpio, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima 2004, ps. 21-25.

complementariamente, a lo que los Tribunales internacionales hayan interpretado sobre la norma internacional.

Esto quiere decir que, para el caso peruano, el contenido constitucional de los derechos constitucionales se configura también según lo que la norma internacional sobre derechos humanos haya dispuesto del derecho o libertad cuyo contenido se intenta delimitar. No se puede formular el contenido constitucional de ningún derecho constitucional al margen de lo que las normas internacionales o resoluciones de Tribunales internacionales vinculantes para el Perú hayan dispuesto⁽⁴³⁾.

Así, es posible encontrar afirmaciones del Tribunal Constitucional como aquella en la que estableció que “en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no solo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional”⁽⁴⁴⁾.

Inclusive, según estas disposiciones constitucionales, los derechos humanos son tan derechos constitucionales que es perfectamente posible la aplicación directa e inmediata de las disposiciones que sobre derechos humanos se dispongan en los distintos tratados o convenios internacionales de los cuales el Perú forme parte. El Tribunal Constitucional luego de recordar lo dispuesto en el artículo 55 CP y en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CP, afirmó que “[e]n este orden de consideraciones, debe precisarse que el Tribunal Constitucional entiende que, en nuestro ordenamiento jurídico, el denominado *derecho internacional de los derechos humanos* posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, en tanto los tratados que lo componen, como cualquier otro, ‘forman parte del derecho nacional’ (artículo 55.º, Constitución); así como fuerza interpretativa, en cuanto los derechos reconocidos por la Constitución deben interpretarse ‘de conformidad’ o ‘dentro del contexto general’ (artículo 15.º de la Ley N.º 25398) de dichas fuentes internacionales. Desde luego, en el presente caso, el Tribunal Constitucional aplica la citada disposición de la Convención Americana de manera directa, a título de derecho directamente aplicable”⁽⁴⁵⁾.

(43) Un ejemplo claro del papel de la norma internacional en la determinación del contenido constitucional de un derecho, es el papel que juega el Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto *cfr.* Castillo Córdova, Luis. *El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de Amparo*, en “Asesoría Laboral” 167, Noviembre 2004, ps. 9-14.

(44) Exp. 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 8.

(45) Exp. 1268-2001-HC/TC, de 08 de abril de 2002, f. j. 2.

4. Debe acudir a elementos extra-normativos

A) *El elemento teleológico*

Pero no sólo una interpretación con base a un criterio formal y a un criterio sistemático son necesarios para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales, sino que se hace necesario apelar también al criterio teleológico. Es imprescindible tomar en consideración qué es lo que se pretende proteger o a qué ámbito de la realidad jurídica se pretende dar cobertura constitucional cuando el Constituyente ha recogido un derecho fundamental determinado. Como se tiene dicho, “los datos que la Constitución ofrece pueden no bastar –y no bastarán normalmente– para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica; será preciso, entonces, acudir a criterios externos a la propia Constitución, preguntándose cuál es el significado del derecho fundamental recogido en cada precepto constitucional”⁽⁴⁶⁾.

A este elemento hacía referencia el Tribunal Constitucional español con el primero de los dos caminos que ha establecido para la definición del contenido esencial del derecho fundamental. Como se recordará, el Alto Tribunal ha mencionado que la definición del contenido esencial de un derecho constitucional, “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”⁽⁴⁷⁾.

Así, y para seguir con el ejemplo de la libertad de información, si se toma en consideración el elemento teleológico en este derecho fundamental, se caerá en la cuenta que no tienen cobertura constitucional aquellas publicaciones que no tengan relevancia pública. Si, como es generalmente admitido, el reconocimiento de la libertad de información ayuda a la generación de una opinión pública libre, elemento fundamental para hablar de un Estado democrático, entonces, no puede formar parte del contenido constitucional de la libertad de información las publicaciones sin ninguna trascendencia pública⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., p. 69.

⁽⁴⁷⁾ STC 11/1981, citada, f. j. 8, primer párrafo.

⁽⁴⁸⁾ Así, para el Tribunal Constitucional, las “libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de

Por tanto, como bien se ha escrito, el contenido constitucional de un derecho “debe establecerse no desde un concepto de cada derecho puramente semántico o formal (...), sino desde una noción teleológica de los derechos, es decir, atendiendo a la finalidad para la que han sido formulados históricamente y a las otras que han ido agregándosele razonablemente con el devenir del tiempo”⁽⁴⁹⁾. Y es que el contenido constitucional de un derecho “viene dado no tanto por lo que significan las palabras acuñadas para referirse a un determinado derecho (...) cuanto por los bienes humanos que se intentan proteger con la libertad de que se trata”⁽⁵⁰⁾.

B) Las concretas circunstancias de cada caso

La delimitación del contenido constitucional de un derecho fundamental no puede formularse al margen de las circunstancias que definen el caso concreto litigioso. No es posible formular un *contenido esencial* de la categoría “derechos fundamentales” o, al menos, no resulta jurídicamente operativo. Tampoco es posible formular en términos generales y abstractos, válido de una vez para siempre, el contenido de cada derecho en particular, como quien encuentra una fórmula química, por la sencilla razón que el Derecho no es una ciencia exacta, ya que sus *variables* no son números, sino personas libres.

A ese nivel abstracto será posible la formulación general de algunos elementos que conforman el contenido del derecho, pero de ninguna manera podrá formularse el completo contenido del mismo. La delimitación del contenido debe efectuarse “a la luz de los casos concretos, tratando de huir en lo posible de definiciones excesivamente generales y abstractas que podrían entorpecer la exigencia de una interpretación dinámica”⁽⁵¹⁾.

Esto quiere decir que el contenido de un derecho no puede quedar definido de antemano y para siempre; sino –y como debe ser– el contenido terminará de definirse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto,

libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”. Exp. 0905-2001-AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 13. Igualmente tiene declarado que “en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social”. Exp. 2465-2004-AA/TC, de 11 de octubre de 2004, f. j. 16.

(49) Serna, Pedro. *Derechos Fundamentales: El mito...*, ob. cit., p. 225.

(50) *Ibidem*.

(51) Martínez-Pujalte, Antonio Luis. *La garantía del...*, ob. cit., p. 73.

más aún cuando su finalidad es regir efectiva y plenamente en la realidad⁽⁵²⁾. El principio de proporcionalidad o razonabilidad (la exigencia ponderativa, en definitiva) jugará un rol especialmente importante para definir los alcances del derecho constitucional en las referidas circunstancias concretas: hay que ponderar las circunstancias para según cada caso definir lo protegido y lo no protegido por el derecho.

De esta manera, el llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales “no es la última valla, que defiende un pequeño reducto inexpugnable para que aún pueda decirse que existe el derecho, sino que implica el amplio ámbito de ejercicio razonable de un derecho que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas, es absoluto, inexcusable, y no puede ser dejado de lado por razones utilitarias”⁽⁵³⁾.

Es verdad que en la medida que el Tribunal Constitucional vaya pronunciándose más veces sobre casos concretos definidos a partir de circunstancias distintas, se puede ir teniendo más criterios y pautas de interpretación de modo que se haga más sencillo determinar si la concreta pretensión que trae una de las partes en un caso, tiene cobertura constitucional porque cae dentro del contenido constitucional del derecho. Pero siempre se necesita conocer de las concretas circunstancias del caso para definir, en ese caso –que puede ser igual o no a otro caso sobre el cual ya hubo pronunciamiento del Tribunal Constitucional– si la cuestión planteada cae dentro o no del contenido constitucional porque –debe insistirse una vez más– se trata de un contenido que no puede formularse en abstracto de una vez para siempre, sino que la respuesta siempre se formulará y valdrá en principio sólo para el caso concreto que se examina. Habrán elementos que por reiteraciones jurisprudenciales definen el contenido constitucional con más facilidad, pero en ningún caso lo han definido totalmente y para siempre.

De alguna manera, a esto se refiere Muñoz cuando escribe que “[e]s verdad que el contenido esencial puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho. Pero no es menos cierto que el tipo abstracto no es una categoría *estable, fija*, de alguna manera anquilosada, sino

(52) Es contundente Hesse cuando afirma que “no existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos”. Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts...*, ob. cit., p. 25, Rn 64.

(53) Serna, Pedro; Toller, Fernando. *La interpretación constitucional...*, ob. cit., p. 47.

que el modelo puede, debe ser, enriquecido históricamente siempre en favor de la dignidad humana”⁽⁵⁴⁾.

VII. LA GARANTÍA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

A) Las primeras declaraciones

La Constitución peruana no ha recogido la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, no al menos de manera expresa como ocurre en la Ley Fundamental de Bonn o en la Constitución española. Esto, sin embargo, no ha sido un impedimento para que el Tribunal Constitucional introdujese la garantía por vía jurisprudencial. La primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional hace alusión al *contenido esencial*, aunque a través del voto singular de dos de sus magistrados que fallan en el mismo sentido que la mayoría, es en la sentencia que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad⁽⁵⁵⁾ interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26592, que reformando la Ley 26300, disponía que para la procedencia del referéndum, se requería de una iniciativa legislativa popular que habiendo sido rechazada por el Congreso, hubiese obtenido al menos 48 votos a favor. La cuestión a dilucidar consistió en si la exigencia previa de intervención del Parlamento con 48 votos suponía o no “la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habersele desnaturalizado, y en consecuencia –aunque no se diga expresamente así– haberse afectado su *contenido esencial*”⁽⁵⁶⁾.

La respuesta que el voto singular formula a la cuestión planteada fue que “el referéndum en cuanto tal no ha sido desvirtuado ni mucho menos afectado en su *núcleo intangible*”⁽⁵⁷⁾. Este núcleo intangible, se alcanza a decir también en minoría,

(54) Muñoz Arnau, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 93.

(55) Exp. 0003-1996-I/TC, de 20 de diciembre de 1996. El voto singular fue emitido por los entonces magistrados del Tribunal Constitucional, Francisco Acosta Sánchez, y José García Marcelo.

(56) *Idem.*, f. j. 10. La cursiva es añadida.

(57) *Ibidem.* La cursiva es añadida. Llega a esta respuesta sobre la base del siguiente razonamiento: El inciso 17 del artículo 2º de la Constitución al disponer que “[l]os ciudadanos tienen, *conforme a ley*, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”, está facultando al legislador ordinario a desarrollar el derecho de referéndum “bien sea con el objeto de precisar sus contornos, bien para fijar sus alcances, bien para limitarlos en su ejercicio” (*Idem*, f. j. 3). Como la interpretación de una norma constitucional debe efectuarse en conexión y armonía con todas y cada una de las cláusulas que integran la Constitución, el artículo 31 CP vuelve a recoger el derecho de referéndum,

vincula al legislador en su actividad de aprobar normas de desarrollo constitucional, al cual debe respetarlo a fin de no desnaturalizar el derecho. Refiriéndose siempre al derecho constitucional a participar en la vida política vía referéndum (artículo 31 CP), se manifestó en el mencionado voto singular que “el límite al que se encuentra sometido el legislador en relación con dichos derechos [políticos reconocidos en el artículo 31° de la Constitución] (y en general, con cualesquiera otros derechos), precisamente lo constituye el que se respete su *contenido esencial*, esto es, aquel *núcleo indisponible para el legislador, cuya existencia lo hace reconocible*”⁽⁵⁸⁾.

La primera vez que esta figura es recogida, ya no como parte de algún voto singular, sino en los fundamentos votados por la mayoría en una sentencia del Tribunal Constitucional, fue en el caso que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26637 que modifica la administración del programa municipal del vaso de leche⁽⁵⁹⁾. La referencia al contenido esencial se formula al dilucidar la cuestión de si la impugnada ley “vulnera [por un lado] el *contenido esencial* de la asociación en cuanto institución protegida, y de otro, el derecho de asociación de las personas que libremente quisieran constituir clubes de madres o comités del vaso de leche”⁽⁶⁰⁾.

Haciendo referencia al derecho constitucional de asociación por el cual “[t]oda persona tiene derecho a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley” (artículo 2.13 CP), manifestó el Tribunal Constitucional que “[s]e trata pues,

disponiendo en su parte final que “[e]s nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”, sólo puede ser interpretado en el sentido que “la eventual limitación que de ellos [los derechos constitucionales], no puede impedir (“prohibir” dice la Carta) o restringir desproporcionadamente su ejercicio; amén de no poder suprimirlos, pues el límite al que se encuentra sometido el legislador en relación con dichos derechos [políticos reconocidos en el artículo 31° de la Constitución] (y en general, con cualesquiera otros derechos), precisamente lo constituye el que se respete su *contenido esencial*, esto es, aquel *núcleo indisponible para el legislador, cuya existencia lo hace reconocible*” (*Idem.*, f. j. 4). Dado que el contenido del artículo 206° de la Constitución prevé la intervención del Parlamento antes de convocarse al referéndum para el caso concreto de la modificación de la norma constitucional, supone que “los términos concretos en los que la Constitución entiende el referéndum no son exclusivamente, los que la aproximan a lo que la doctrina entiende como un mecanismo de ‘democracia directa’, en el sentido puro de la expresión” (*Idem.*, f. j. 10). Por tanto, se concluyó, es no sólo constitucional la ley 26592, sino que el requisito que ahí se dispone para la convocatoria a un referéndum, no vulnera el contenido esencial de este derecho.

(58) *Idem.*, f. j. 4. La cursiva de la letra es añadida.

(59) Exp. 0004-1996-I/TC, de 03 de enero de 1997.

(60) *Idem.*, f. j. 3.1.b. La cursiva de la letra es añadida.

de una organización protegida por la Constitución que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella, se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del *núcleo esencial* de la institución que la Constitución garantiza”⁽⁶¹⁾.

B) Definición de la garantía según el Tribunal Constitucional

Si se toma en consideración que la Constitución de 1993 se concibe como una norma jurídica fundamental que vincula de modo efectivo a sus destinatarios⁽⁶²⁾, entonces no es de sorprender que el Tribunal Constitucional acogiera la doctrina del “contenido esencial” de los derechos fundamentales: el legislador –en general todo el poder político– está vinculado al contenido constitucional de los derechos fundamentales. Si esto es posible por tratarse –la Constitución– de una norma vinculante, entonces la garantía fácilmente puede considerarse como una consecuencia necesaria del carácter normativo de la Constitución, al punto que puede ser asumida como una garantía implícita.

Tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “[a]unque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, *es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa*”⁽⁶³⁾.

Jurisprudencialmente, la garantía del “contenido esencial” de los derechos constitucionales ha sido definida por el Tribunal Constitucional. Ha dicho este Alto Tribunal que “cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos

⁽⁶¹⁾ *Idem*, f. j. 3.1.a. La cursiva de la letra es añadida. Concluye el Tribunal Constitucional que la ley impugnada no vulnera el contenido básico del derecho de asociación porque “cuando el segundo párrafo del artículo 4º [de la Ley 26637] atribuye a las municipalidades provinciales o distritales la facultad de ‘organizar o determinar’ los clubes de madres o comités del vaso de leche que se encargarán de la atención al programa, no está confiriéndole la atribución de sustituirse a la iniciativa individual en la constitución de dichos clubes de madres o comités del vaso de leche (...) que impondría un mandato legal constitucionalmente inválido”. *Idem*, f. j. 3.1.c.

⁽⁶²⁾ *Cfr.* artículos 38, 45, 102.2, 118.1, y 138 todos de la Constitución peruana.

⁽⁶³⁾ Exp. 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2002, f. j. 93. La cursiva es añadida.

éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, *el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia*⁽⁶⁴⁾.

Ese núcleo mínimo e irreductible hace recordar los postulados de la teoría absoluta sobre el “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Como se recordará, esta teoría propone diferenciar dos tipos de contenidos en el derecho constitucional, uno esencial y otro no-esencial. El primero de ellos sería indisponible para el legislador, mientras que el segundo quedaría a su disposición para ser *limitado* o *sacrificado* siempre que exista una justificación para ello.

Que el Tribunal Constitucional peruano se ha decantado por los postulados propios de la teoría absoluta de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, queda demostrado claramente cuando expresa que “conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse: *a)* cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, *b)* cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”⁽⁶⁵⁾.

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida la posibilidad de que las *restricciones* al contenido de un derecho constitucional son no sólo posibles sino constitucionalmente permitidas. Aunque eso sí, deben ser aplicadas de modo restrictivo: “[e]s una regla elemental que en materia de interpretación de normas concernientes a la restricción de derechos fundamentales, ninguna opción extensiva resulta legítima”⁽⁶⁶⁾.

Ese es su concepto de derechos constitucionales no absolutos: que los derechos constitucionales no son realidades absolutas significa que sus respectivos contenidos son pasibles de ser *restringidos*. Pero esta restricción será posible sólo en la parte “no esencial” del derecho, pues si se afecta la parte “esencial” se habrá

(64) Exp. 1100-2000-AA/TC, de 30 de noviembre de 2000, f. j. 2. La letra cursiva añadida. Definición que se repite exactamente igual más adelante en el Exp. 1122-2000-AA/TC, de 14 de marzo de 2001, f. j. 2. Repárese en el hecho que esta definición ya se contenía en el voto singular de los entonces magistrados Francisco Acosta Sánchez, y José García Marcelo, al Exp. 0003-1996-I/TC ya citado anteriormente.

(65) Exp. 0004-2004-AI/TC y otros acumulados, de 21 de septiembre de 2004, f. j. 7.

(66) Exp. 0216-2003-AA/TC, de 24 de enero de 2003, f. j. 4.e.

suprimido el derecho debido a que la parte esencial del derecho es indisponible para el legislador y para el poder político en general.

Dentro de este contexto se entiende la afirmación del Tribunal Constitucional por la cual “con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo”⁽⁶⁷⁾.

IX. CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL

1. Los derechos constitucionales tienen un contenido limitado y ese contenido limitado es todo él esencial

Pero a esta concepción del Tribunal Constitucional, pueden formularse al menos dos preguntas. En primer lugar, si el derecho fundamental tiene un contenido constitucional que es una parte esencial y otra parte no esencial, ¿por qué sería posible que el legislador *restrinja* el contenido constitucional del derecho fundamental, que aunque no esencial, es contenido constitucional al fin de cuentas? Con otras palabras ¿qué habilita al legislador a restringir el contenido constitucional de un derecho fundamental, si eso significa restringir la Constitución misma?

La respuesta se puede encontrar en la concepción que se tenga de los derechos fundamentales. Aunque no lo manifiesta de manera expresa, la concepción que subyace en la doctrina del Tribunal Constitucional es que los derechos fundamentales o constitucionales tienden a expandirse ilimitadamente en su contenido. Es como si existiese una cláusula general de libertad que habilitaría a que todos los derechos tendiesen a expandirse en su contenido de forma ilimitada.

Sin embargo, con una concepción así de los derechos se haría prácticamente inviable la convivencia social, y los conflictos de derechos –con los consiguientes conflictos sociales– serían una constante que no permitiría la vida en comunidad. Por ello, quienes parten de esta concepción del Derecho –como es el caso del Tribunal Constitucional– se encuentran en la necesidad de reconocer que se puede *limitar* o *restringir* los derechos. Porque el hombre vive y se desarrolla en sociedad es que no se puede admitir que los derechos son absolutos, es decir, que tengan un contenido ilimitado que permita un ejercicio ilimitado del derecho. Y los derechos –según el Alto Tribunal de la Constitución– se *limitan* con la finalidad de “proteger”, “salvar” otros derechos o bienes jurídicos cons-

⁽⁶⁷⁾ Exp. 0905-2001-AA/TC, de 14 de agosto de 2002, f. j. 14.

titucionales⁽⁶⁸⁾, ya que los derechos habilitarían situaciones contradictorias e irreconciliables que exigirían la *limitación* de uno para el ejercicio del otro (de ahí que el Tribunal llegue a reconocer y admitir la existencia de conflictos entre derechos constitucionales); y los derechos se *restringen* por la actuación del legislador que a través de una norma comprime desde fuera el derecho.

Sólo en esta situación encuentra sentido y justificación la intervención del poder político, en particular del legislador. El legislador deberá –en primer lugar– impedir la expansión ilimitada del derecho; y en un segundo momento deberá comprimir –es decir, deberá *restringir*– el contenido del derecho hasta hacer posible su ejercicio conjunto con otros derechos constitucionales. Esto porque los derechos constitucionales no son absolutos, en la medida que deben ser ejercitados conjuntamente con otros derechos, el ejercicio no puede ser ilimitado, sino que necesita de limitaciones. En este sentido, para el Tribunal Constitucional, *absoluto* significa *ilimitado*.

No otra cosa puede concluirse de declaraciones de este Alto Tribunal como aquella en la que manifiesta que “no [se] admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos (...) no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos (...), toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado”⁽⁶⁹⁾. O aquella otra en la que afirmó que los derechos constitucionales “no son derechos absolutos e irrestrictos sino que deben ejercerse dentro de los límites y condiciones fijados por la norma constitucional y las leyes”⁽⁷⁰⁾. O, en fin, aquella en la que declaró que “el ejercicio de los diversos derechos constitucionales que la Constitución Política del Estado enuncia, no tienen el carácter de absolutos, sino que, (...), del hecho que su ejercicio se realice en el marco de diversas relaciones intersubjetivas (...), se desprenden una serie de límites, cuya observancia, en la medida que no afectan el contenido esencial de los derechos involucrados, no suponen *per se*, violaciones a los derechos constitucionales”⁽⁷¹⁾.

Pero como dar la opción al legislador a que comprima –*restringa*– el contenido de un derecho constitucional resulta peligroso debido a que el legislador podría restringir más allá de lo necesario para permitir la convivencia, o podría res-

(68) Ha manifestado el Tribunal Constitucional que la justificación de determinados límites “debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita”. Exp. 0010-2002-AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 127.

(69) Exp. 2465-2004-AA/TC, citado, f. j. 16.

(70) Exp. 2676-2004-AA/TC, de 01 de octubre de 2004, f. j. 8.

(71) Exp. 1060-1997-AA/TC, de 16 de abril de 1998, f. j. 5.

tringirlo sin que ello sea necesario para la convivencia, entonces el Tribunal Constitucional apela a la garantía del “contenido esencial”, entendida como aquella garantía que impide que el derecho sea restringido más allá de su “contenido esencial”, es decir, aquella que impide que la restricción desnaturalice o vacíe de contenido al derecho; y que impide que el derecho sea injustificadamente restringido en su “contenido no esencial”. Para restringir el contenido no esencial es necesario que se cumpla con el principio de proporcionalidad; mientras que en ningún caso es posible restringir el contenido esencial del derecho.

Se entiende perfectamente, entonces, que el Tribunal Constitucional haya dicho que no debe aceptarse que “no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad [para su contenido no esencial]”⁽⁷²⁾.

Sin embargo, todo este razonamiento que subyace a la doctrina del Tribunal Constitucional no es acertado. Y no lo es porque los derechos constitucionales no son realidades que tiendan a expandirse ilimitadamente. Los derechos constitucionales tienen un contenido que en sí mismo es *limitado*. Los derechos constitucionales nacen limitados y ajustados unos a otros, y todos ellos definen su contenido y ejercicio por el principal criterio hermenéutico de la Constitución: favorecer el más pleno desarrollo de la persona humana, individual y socialmente considerada. Los derechos constitucionales otorgan sólo unas concretas facultades a sus titulares. No otorgan la facultad de un *hacer ilimitado*. El contenido constitucional de los derechos es un contenido que tiene unos contornos propios, inmanentes, que dibujan un ámbito limitado y determinable. Es un contenido indeterminado –en el sentido que no viene dado de una vez para siempre– pero determinable, y se determina precisamente delimitando esos contornos propios.

Y este contenido limitado del derecho fundamental es uno sólo. No existe un contenido esencial que vincula al poder político y otro contenido no esencial que no vincula y que por ello puede ser *restringido*. El contenido constitucional del derecho fundamental es un contenido unitario y homogéneo en cuanto a su vinculatoriedad: todo él vincula en un mismo grado a todos sus destinatarios, de modo que éstos no podrán afectarlo.

Por tanto, debe reiterarse una vez más que la expresión “contenido esencial” es una expresión equívoca, en la medida que alude a la existencia de un contenido no esencial que está a disposición del poder político y que hace del

(72) Exp. 0010-2002-AI/TC, citado, f. j. 127.

contenido del derecho constitucional, un contenido restringible (aun en su su-puesta parte no esencial).

En cualquier caso, debe reiterarse también que podría admitirse el empleo de la expresión “contenido esencial” si es que se deja claramente establecido que ello no supone el reconocimiento de un “contenido no esencial”, sino que se emplea para significar que el contenido del derecho constitucional –que es uno sólo– es todo él esencial en la medida que se desprende de la esencia o naturaleza del derecho constitucional que se trate.

2. El contenido limitado de los derechos constitucionales es ilimitable

Así mismo, la concepción que el Tribunal Constitucional tiene de la garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, puede ser objeto de una segunda pregunta: ¿qué es lo que puede *restringirse*? Según la declaración arriba transcrita, podrá *restringirse* cualquier cosa que no sea el contenido esencial. Es decir, podrá restringirse el contenido *no esencial* del derecho constitucional. Pero –según el Tribunal Constitucional– esta *restricción* no siempre será posible, sino solamente cuando exista una justificación razonable para ello basada en la necesidad de salvación de otro derecho o bien jurídico constitucional. Esta respuesta, sin embargo, no está exenta de críticas.

En primer lugar, si la Constitución es una realidad normativa y que, por tanto, vincula efectivamente a sus destinatarios ¿cómo se puede restringir el contenido de un derecho constitucional? Si se admite que una parte del derecho puede ser restringida, entonces significará que la Constitución no es normativa en aquella parte del derecho que puede ser restringida. Es decir, deberá admitirse que la Constitución no es una realidad normativa o, en el mejor de los casos, que hay partes que sí lo son y otras que no. Pero mucho daño se hace a la vida constitucional de un Estado –como el peruano, tan precario en cultura y tradición constitucional–, si se parte del hecho que la Constitución no obliga, al menos no plenamente. Si se proyecta que la Constitución no es una realidad normativa efectivamente vinculante y que algunos de sus contenidos pueden ser restringidos, se termina alentando comportamientos contrarios a los mandatos constitucionales.

En segundo lugar, ¿cómo puede haber una justificación razonable (que se ajuste al principio de proporcionalidad) para restringir un derecho constitucional? Si todos tenemos el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución (artículo 38 CP), y quienes ejercen el poder político deben hacerlo según las limitaciones que la Constitución establece (artículo 43 CP), y –en referencia al legislador– el Poder Legislativo tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la Constitución (artículo 102.2 CP), ¿qué justificación *razonable* es esa que permite res-

tringir y lesionar el contenido de un derecho por el poder político cuando los derechos constitucionales y la Constitución en general nacen con vocación de limitar el ejercicio del poder? Y se vuelve a lo mismo: no existe razón alguna para *restringir* el contenido constitucional de un derecho porque el contenido de un derecho es limitado e ilimitable. La aplicación de principios como el de proporcionalidad no puede dar por resultado la *restricción* de un derecho fundamental, es decir, no podrá dar por resultado la *restricción* de la Constitución.

En tercer lugar, admitir que esa justificación razonable tiene como base la salvación de otro derechos constitucional ¿no crea situaciones inconstitucionales y de verdadera injusticia? Partir del hecho que un derecho fundamental debe ser restringido (en su parte no esencial) para permitir la vigencia de otro derecho o bien jurídico constitucional, no sólo supone una situación inconstitucional al romper los principios de unidad y normatividad de la Constitución, sino que además se estarán promoviendo situaciones de verdadera injusticia. En efecto, afirmar que un derecho debe ser restringido o sacrificado en su contenido constitucional para permitir la vigencia de otro derecho constitucional exige jerarquizar derechos (obviamente, el derecho sacrificado o restringido se colocará fácticamente en una posición inferior al derecho salvado). Al no estar prevista la jerarquía de derechos en la norma constitucional, el operador jurídico que deba decidir cuál derecho pesa más sobre el otro, lo hará con base a razonamientos de simple conveniencia social o política. La arbitrariedad en la toma de este tipo de decisiones supondrá una situación de verdadera injusticia para los titulares de los derechos constitucionales restringidos o sacrificados⁽⁷³⁾.

En cuarto lugar ¿cómo se distingue la parte esencial de la parte no esencial en el contenido de un derecho constitucional? ¿Cómo sabremos por donde trazar esa línea divisoria que separa la realidad constitucional fuertemente vinculante de la débilmente vinculante o sencillamente no vinculante en un derecho fundamental? No sólo no parece ser sencillo trazar esa línea que separe un contenido esencial de otro que no lo es, de hecho, las dificultades que ello conlleva supondría muchos riesgos para la integridad del derecho constitucional mismo; sino que además es inútil trazarla porque no es posible pensar en un contenido de un derecho constitucional que tenga un doble nivel de vinculación: o todo el contenido del derecho vincula de manera fuerte y absoluta, o no vincula de ninguna manera.

(73) Buena muestra de lo que se ha dicho lo ha dado el Tribunal Constitucional con su teoría de la posición prevalente de las libertades de expresión e información sobre derechos como el honor o la intimidad. *Cfr.* Castillo Córdova, Luis. *Algunas cuestiones que genera la vigencia conjunta de las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad*, en "Revista Peruana de Jurisprudencia", n° 40, ps. CXX-CXXV.

3. Los derechos constitucionales son derechos absolutos

Como se ha podido argumentar, el razonamiento que emplea el Tribunal Constitucional es deficiente porque contradice el carácter normativo de la Constitución peruana. El poder político no puede *restringir* la Constitución, el poder político debe sujetarse a los mandatos constitucionales y, entre ellos, a los que reconocen los derechos de las personas. El contenido de un derecho constitucional no puede *limitarse* ni *restringirse*. El contenido de un derecho constitucional es –como se argumentó antes– un contenido *limitado en sí mismo* por lo que no permite ninguna limitación, sino que lo que permite y requiere es de *delimitación*. Y ese contenido limitado, que –como ya se estudió– se delimita en cada caso concreto, vincula plena y efectivamente al poder político. Este no lo podrá alterar ni comprimir. En este sentido el contenido constitucional de los derechos constitucionales es absoluto.

El poder político no sólo no podrá contravenir el contenido constitucional de los derechos fundamentales porque está fuertemente (absolutamente) vinculado a los mandatos constitucionales, sino que además –como en el caso peruano– tiene el deber primordial de favorecer que ese contenido constitucional pueda ser ejercido plenamente por los titulares del derecho (artículo 44 CP). Dentro de este entendimiento, el principio de proporcionalidad no es que sirva para justificar una *restricción* al contenido constitucional de los derechos fundamentales, pues esa *restricción* es inconstitucional; sino que sirve para *delimitar* los contornos que definen el contenido constitucional de los referidos derechos.

Pero no sólo el argumento que emplea el Tribunal Constitucional para definir la garantía constitucional de los derechos es deficiente. Sino que además las consecuencias que de ahí se desatan son nefastas para el orden constitucional. A partir de la concepción del derecho constitucional como una realidad que tiende a expandirse ilimitadamente, llega a concebir los derechos como realidades que pueden entrar en conflicto. Y si los derechos pueden entrar en conflicto, la solución pasa por crear jerarquías de derechos o simplemente por sacrificar derechos constitucionales. El tema del llamado conflicto de derechos fundamentales ya lo he tratado en otro trabajo⁽⁷⁴⁾. Aquí sólo se ha de recordar que los llamados conflictos de derechos no son sólo aparentes, que en los casos concretos lo que realmente entran en conflicto son sólo las pretensiones de las partes en el proceso judicial.

(74) Castillo Córdova, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos constitucionales?*, en “Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, n° 12, ps. 100-129.

4. El contenido constitucional vincula al poder político y a los particulares

Todo el contenido constitucional de los derechos fundamentales –que es un contenido único– vincula de una misma manera e intensidad a todos sus destinatarios. Es decir, los destinatarios de las normas que recogen los derechos constitucionales no pueden actuar de una manera contraria a lo que disponga el contenido constitucional del derecho: no lo pueden contradecir, no lo pueden restringir, no lo pueden limitar. En este sentido, se dijo antes, los derechos constitucionales son absolutos.

Pero, ¿de quien se predica este carácter absoluto del contenido constitucional de los derechos fundamentales? En otras palabras ¿quiénes son los destinatarios de las normas constitucionales que recogen derechos? La cuestión se plantea porque la garantía del “contenido esencial” ha sido siempre referida del legislador para limitar su actividad legislativa: la actividad legislativa, ha dicho tanto el constituyente alemán como el español, no puede vulnerar el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

La respuesta a la cuestión planteada es bastante sencilla: los destinatarios de los derechos constitucionales son los destinatarios de la Constitución. Los derechos constitucionales vinculan a los mismos sujetos a los que está llamada la Constitución a vincular. Y, como ya se tuvo oportunidad de argumentar, la Constitución vincula de modo efectivo al poder político, entendido como Poder Judicial, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, así como a los particulares.

En lo que respecta al Poder Judicial, por ejemplo, el Tribunal Constitucional tiene declarado que “el que el Amparo no proceda contra resoluciones judiciales, se encuentra inexorablemente condicionado a que éstas sean expedidas en franco y absoluto respeto del *contenido esencial del derecho al debido proceso*, característica que permite identificar cuándo se está o no frente a un proceso regular”⁽⁷⁵⁾. O cuando afirmó que “en ese orden de consideraciones el Tribunal Constitucional no puede pasar por inadvertido que, en el caso de autos, al condenarse al actor por los órganos de la jurisdicción militar, cuando de los juzgados y tribunales pertenecientes al Poder Judicial el juzgamiento de los mismos hechos ameritó la expedición de una resolución de sobreseimiento, se vulnerara el *contenido esencial del derecho constitucional al debido proceso penal*”⁽⁷⁶⁾.

Según estas citas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, el contenido constitucional de los derechos fundamentales o derechos constitucionales vincula

(75) Exp. 0611-1997-AA/TC, de 02 de septiembre de 1997, f. j. 9. La letra cursiva es añadida.

(76) Exp. 0109-1998-HC/TC, de 02 de julio de 1998, f. j. 7. La letra cursiva es añadida.

al Poder Judicial. Para los casos citados, se trata del contenido constitucional del derecho al debido proceso. Pero el Órgano judicial no sólo está vinculado al contenido constitucional del debido proceso cuando resuelve las distintas *litis* que se le presentan, sino que además está obligado a sentenciar según el contenido constitucional del derecho o derechos fundamentales que hayan sido invocados para sustentar las pretensiones contrapuestas en el litigio concreto. Así, tiene declarado el Tribunal Constitucional que “el operador judicial no pueda sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos”⁽⁷⁷⁾.

Del mismo modo, exige que la actuación del Ejecutivo, en particular de la Administración pública, se sujete también al respeto del contenido constitucional de los derechos constitucionales. Así por ejemplo, al tratarse del derecho al debido proceso llevado a cabo por el IPSS en la emisión de una resolución de destitución de uno de sus médicos, ha dicho el Tribunal Constitucional que “sin que éste Colegiado tenga por qué señalar si el demandante es culpable o inocente de los cargos que se le imputan, ya que no es ése su cometido, se encuentra en la inexorable obligación de amparar la pretensión reclamada, principalmente, por el lado de la tutela al derecho de defensa, ya que si fue insuficientemente investigado y por ende mal procesado es justo y de Derecho rescatar el *contenido esencial del Debido Proceso Administrativo*”⁽⁷⁸⁾.

O en una resolución de destitución de uno de sus miembros emitida por la PNP, caso en el que el Tribunal Constitucional declaró que “de autos se ha acreditado que la expedición de la Resolución Suprema N° 0248-96-IN/INP, a través de la cual se dispone su pase a la situación de disponibilidad, no se realizó de manera arbitraria, sino como consecuencia de que al actor se le haya seguido un previo proceso administrativo disciplinario, en el que se respetó su jerarquía como miembro de la institución tutelar del orden interno, así como sus derechos constitucionales a la defensa y a ofrecer medios de prueba, ambos componentes del *contenido esencial del derecho al debido proceso*”⁽⁷⁹⁾.

(77) Exp. 2209-2002-AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 5.

(78) Exp. 0543-1996-AA/TC, de 02 de julio de 1998, f. j. 6. La cursiva de la letra es añadida.

(79) Exp. 0561-1997-AA/TC, de 11 de diciembre de 1997, f. j. 3. La letra cursiva es añadida.

De estas declaraciones del Tribunal Constitucional, se concluye que el Ejecutivo en general y la Administración pública en particular, se obligan al respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales o derechos constitucionales. Así por ejemplo, de las citas hechas, el Ejecutivo se obliga al respeto del “contenido esencial” del derecho al debido proceso. Obviamente, así como el Ejecutivo está vinculado al contenido constitucional del derecho al debido proceso, también lo está del contenido constitucional de los demás derechos constitucionales.

Mientras que para el Legislativo, se tiene algunas declaraciones ya manifestadas anteriormente, como aquella en la que dispuso el Tribunal Constitucional su “obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, *indisponible para el legislador*, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”⁽⁸⁰⁾. O aquella otra en la que estableció que “en todo caso las limitaciones o restricciones que a su ejercicio practicase el legislador no podía afectar su contenido esencial [del derecho constitucional]”⁽⁸¹⁾. O, en fin, aquella en la que ha dispuesto que “todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo”⁽⁸²⁾.

Para cuando se trata de particulares, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de predicar la vigencia y vinculación de ellos al contenido esencial del derecho constitucional. Así por ejemplo, el caso en el que un trabajador fue despedido por una empresa privada, el Alto tribunal declaró que “la entidad demandada cumplió con realizar el procedimiento previsto por el Decreto Legislativo 728°, para el caso de comisión de faltas graves del trabajador, respetándose el contenido esencial del derecho al debido proceso”⁽⁸³⁾. O, de manera general, cuando ha manifestado que “para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean planteados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un mero abuso del derecho o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que ello repercuta directamente en un derecho cuyo contenido sea constitucionalmente protegido”⁽⁸⁴⁾.

(80) Exp. 1100-2000-AA/TC, citado, f. j. 2.

(81) *Idem*, f. j. 3. b.

(82) Exp. 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2002, f. j. 12.c.

(83) Exp. 0957-1997-AA/TC, de 03 de abril de 1998, f. j. 2.

(84) Exp. 0410-2002-AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 8.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿UNA CUESTIÓN DE LENGUAJE?

1. Hay diferencias de fondo, no sólo de forma

Se podría pensar que lo que propone la teoría absoluta recogida por el Tribunal Constitucional es básicamente lo mismo de lo que se propone con la reformulación de la garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales aquí presentada, de manera que las diferencias se salvarían con el sólo hecho de ponerse de acuerdo en el significado que se le den a términos como *limitar* o *restringir* el contenido de los derechos constitucionales. Sin negar que existe un punto en común entre ambas propuestas, a saber la existencia de un contenido constitucional que no puede ser dispuesto por el poder político en general, ni por el legislador en particular, de manera que la aceptación de cualquier afectación de este contenido supondría la desaparición del derecho, no se puede dejar de resaltar y recordar una serie de conceptos que hace que las diferencias entre una y otra doctrina no sean simplemente formales y salvables con una simple puesta de acuerdo en la significación de los términos.

En efecto, las diferencias entre una y otra postura son más que formales o lingüísticas. Es distinto el concepto que de derecho subyace en cada una de las posturas: un contenido que tiende a expandirse ilimitadamente, según la teoría absoluta; frente a un contenido en sí mismo limitado, como se ha defendido en este trabajo.

Es distinta la consideración de la Constitución. En primer lugar, es diferente la asunción del carácter normativo de la Constitución y, por tanto, de las normas constitucionales que recogen derechos: normatividad parcial en el caso de la teoría absoluta en la medida que permite la afectación del contenido constitucional que aunque calificado de “no esencial” es contenido constitucional a fin de cuentas; normatividad plena en la propuesta de reformulación que se hace en este trabajo, en tanto no admite la existencia de ninguna parte del contenido del derecho que pueda a disposición del poder político para que pueda limitarla.

En segundo lugar, es distinta la consideración de la Constitución en cuanto a su contenido. Para la teoría absoluta la Constitución puede contener realidades reguladas de modo contradictorio (de ahí que se haga necesario limitar, restringir o sacrificar unas partes para la salvación de otras); mientras que para la reformulación aquí propuesta, la Constitución es una realidad plenamente normativa que es pasible de ser interpretada unitaria, coherente y sistemáticamente.

Es distinta también la significación que de los derechos constitucionales una y otra propuesta doctrinaria formulan: como realidades de contenido prescindible en el caso de la teoría absoluta, y como realidades absolutamente necesarias para la existencia de la Constitución y de la persona humana, en el caso de la reformulación.

Y en fin, son distintas las consecuencias que de una u otra opción doctrinaria se producen: la existencia de conflicto entre derechos fundamentales y su solución a través de la prevalencia, jerarquía y sacrificio de derechos fundamentales en la teoría absoluta, y la vigencia conjunta y armoniosa de los derechos constitucionales en la propuesta del nuevo entendimiento de la garantía del contenido esencial.

Por tanto, y de manera general, no puede considerarse simplemente una cuestión formal las diferencias existentes entre la teoría absoluta y la reformulación de la garantía aquí planteada. Sin negar la coincidencia en la existencia de un contenido constitucional que no puede ser disponible ni restringible por nadie y en ningún caso, debe igualmente resaltarse que las diferencias no son sólo meramente formales, aun en el supuesto que se llegue a una misma solución de un mismo problema *ius* fundamental a través del camino que marca la teoría absoluta y a través del camino propuesto por la reformulación.

Por eso es que aunque en el Tribunal Constitucional pueda leerse declaraciones en las que se hace referencia al “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos –en las que parece relajar bastante su concepto de restricción de los derechos constitucionales–, no podrá afirmarse que el Alto Tribunal esté realmente transitando el camino de la coherencia constitucional. Y no se podrá mientras siga proponiendo la existencia de una parte del contenido constitucional del derecho –la parte “no esencial”– como restringible o limitable por el poder político; o mientras no abandone por completo la concepción tácita de los derechos como realidades que tienden a expandirse ilimitadamente que le lleva a considerar unos derechos por encima de otros, como si hubiesen categorías de derechos con valor distinto⁽⁸⁵⁾.

2. ¿Un acercamiento lingüístico?

Por las manifestadas diferencias de fondo entre la teoría absoluta que es la que recoge el Tribunal Constitucional y la reformulación de la garantía que aquí se ha propuesto, no puede ni tan siquiera considerarse que es un problema lingüístico las permitidas por el Tribunal Constitucional *limitaciones* o *restricciones* del contenido (no esencial) del derecho constitucional.

Tiene manifestado el Tribunal Constitucional que “todos ellos [los derechos constitucionales] son susceptibles de ser regulados y limitados; sin embargo, ello

⁽⁸⁵⁾ Lo que le llevan a hablar de prevalencia de derechos constitucionales, o de jerarquía de derechos o de sacrificio de derechos constitucionales, como se tendrá ocasión de constatar más adelante.

no autoriza a que el legislador los pueda vaciar de contenido, suprimir o disminuirlos. Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción”⁽⁸⁶⁾.

En esta oportunidad el Tribunal Constitucional está haciendo alusión a la parte que él califica como *esencial* del contenido del derecho. Esta declaración no está referida en ningún momento al contenido *no esencial* del derecho. No significa que esta parte del contenido no exista para el Tribunal Constitucional. Esa parte existe y esa es una de las críticas que aquí se ha formulado al Alto Tribunal. Como se recordará, el Tribunal Constitucional ha dicho que los derechos fundamentales pueden restringirse “a) cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento ‘no esencial’ del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”⁽⁸⁷⁾.

Para el Tribunal Constitucional el no respeto o afectación del contenido *esencial* supondrá la desnaturalización o el vaciamiento del contenido del derecho. Esta desnaturalización o vaciamiento no ocurrirá si lo que se afecta es el contenido no esencial, que es la parte del derecho que puede ser disponible por el legislador. Así dijo el Alto Tribunal: “todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. (...) Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles”⁽⁸⁸⁾.

(86) Exp. 0014-2002-AI/TC, citado, f. j. 92.c.1.

(87) Exp. 0004-2004-AI/TC y otros acumulados, citado, f. j. 7.

(88) Exp. 1124-2001-AA/TC, citado, f. j. 12.

Si el Tribunal reconoce la existencia de dos partes en el contenido de los derechos constitucionales, no cabe duda que en la primera de estas tres declaraciones transcritas está haciendo referencia a la parte considerada como *esencial* al no poder ser dispuesta por el legislador. Si se limita o restringe el contenido esencial del derecho se está disminuyéndolo o suprimiéndolo y esto no lo permite el Tribunal Constitucional. Sin embargo, si se limita o restringe el contenido no esencial del derecho, se estaría estableciendo las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse el ejercicio del derecho, lo cual sí está permitido para el Tribunal Constitucional.

Es decir, este Alto Tribunal permite *limitar* y *restringir* el contenido considerado *no esencial* del derecho, y no permite *limitar* y *restringir* el contenido *esencial* del mismo. Pero he aquí lo criticable: nada habilita a considerar que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene dos partes, una que no es disponible por el legislador y otra que sí lo es. ¿Qué extraña razón es esa que permite afirmar que *limitar* o *restringir* una parte del derecho es desnaturalizar el derecho, y que *limitar* o *restringir* la otra parte es establecer las condiciones de ejercicio del derecho? Ya fue objeto de crítica la consideración de un contenido no esencial en los derechos constitucionales. Aquí solo queda reafirmar lo que ya fue materia de argumentación: que los derechos constitucionales tienen un solo contenido que es limitado, ilimitable y delimitable.

Sin embargo, se ha de admitir que es posible un acercamiento de posturas en este supuesto. Las limitaciones o restricciones a las que hace referencia el Tribunal Constitucional pueden ser consideradas constitucionalmente válidas si es que son entendidas como actividades dirigidas a perfilar el contenido constitucional del derecho. En este caso la única expresión válida sería “limitaciones”, pero para ser entendida sólo como la determinación de los límites propios o inmanentes que definen el perímetro de todo el contenido constitucional del derecho. Hablar de límites en los derechos constitucionales es admisible siempre y cuando con ello se esté aludiendo a los límites propios del derecho; y –por tanto– la expresión *limitar* un derecho es también de recibo si es que con ella se alude a una *actividad delimitadora* del derecho, a una actividad de exteriorización de los límites internos.

Sin embargo, este acercamiento no será posible si es que no hay también un acercamiento en las cuestiones sustantivas ya mencionadas anteriormente, como son el concepto de derecho o de la Constitución misma. El acercamiento sólo será aparente o, en el mejor de los casos sólo parcial, si no existe un acercamiento en los mencionados elementos de fondo. En todo caso, debe advertirse que esto que se ha estudiado acerca de la doctrina absoluta del contenido de los derechos constitucionales es lo que ha declarado el Tribunal Constitucional.

XI. A MODO DE COLOFÓN: CONTENIDO CONSTITUCIONAL, CONTENIDO LEGAL Y CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Finalmente, se aludirá al segundo de los frentes de investigación y debate que abre los artículos 5.1 y 38 CPC que se indicó al inicio de este trabajo. Se hará sólo brevemente y con la única intención de mostrar el criterio que puede ser el adecuado para distinguir entre contenido constitucional y no constitucional de un derecho fundamental. Y se empezará partiendo de un ejemplo: el contenido constitucional del derecho al trabajo. En este caso, ha dispuesto la Constitución que el legislador es quien dará adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario (artículo 27 CP). Con base a este mandato constitucional, el legislador ha optado por definir la *adecuada* protección como la indemnización en los términos del artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁽⁸⁹⁾.

La indemnización como respuesta al despido arbitrario es constitucional en el caso peruano, porque es una de las respuestas posibles al despido arbitrario, al haberse así considerado en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁽⁹⁰⁾, más conocido como el “Protocolo de San Salvador”⁽⁹¹⁾, y al que se ha de acudir para definir el contenido del derecho al trabajo porque así lo exige la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana.

Pues bien, esta decisión del legislador no puede ser considerada como un contenido legal distinto del contenido constitucional. La justificación es que el contenido prácticamente le viene dado por el mismo texto constitucional que remite la cuestión al texto internacional sobre derechos humanos y en el que se ha previsto también la indemnización como una de las respuestas válidas frente a un

⁽⁸⁹⁾ En el segundo párrafo del artículo 34 del D. S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el legislador ha dispuesto que “[s]i el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”. Y en el artículo 38 de la mencionada normatividad se ha dispuesto que “[l]a indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

⁽⁹⁰⁾ En él se ha establecido que “[e]n casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional” (artículo 7.d).

⁽⁹¹⁾ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

despido arbitrario. La actividad legislativa del legislador, Ejecutivo en este caso, ha consistido en ir perfilando el contenido constitucional del derecho, es decir, en ir sacando a la luz los contornos internos, inmanentes del derecho al trabajo. Y lo ha hecho bien, no ha violado el derecho constitucional, sino que ha pasado precisamente sobre la frontera o límite interno al momento en que ha optado por la indemnización como respuesta ante el despido arbitrario al permitirlo así la norma internacional.

Esto permite afirmar que no toda actividad legislativa sobre derechos fundamentales significará un *contenido legal* del derecho. Es posible también que algún pronunciamiento legislativo sobre el contenido del derecho fundamental deba ser considerada como *contenido constitucional* del derecho y no como simple *contenido legal*. Ello ocurrirá cuando la actividad legislativa se haya dirigido a agregar como contenido del derecho una facultad o una pretensión que brote directamente (expresa o tácitamente) del texto constitucional (de sus normas, principios o valores). Si el legislador le ha agregado como contenido del derecho una pretensión o facultad que no se desprende de la Constitución, en estricto, ese contenido será simplemente un *contenido legal* y no será pasible de protección a través de un proceso constitucional. Este debe ser el principal criterio que ayudará a distinguir el contenido constitucional de un derecho, del contenido simplemente legal del mismo.

Dicho esto, se debe dar un paso más y preguntarse si acaso es posible distinguir entre *contenido constitucional* y *contenido jurisprudencial*, así como se diferenciaba del *contenido legal*. Empleando el mismo criterio utilizado para el caso anterior, se debe afirmar que si la jurisprudencia lo que hace es sacar a la luz un contenido constitucional que no estaba expreso, es decir, si lo que hace es perfilar los contornos constitucionales inmanentes de un derecho fundamental, ese contenido, aunque venga determinado en una sentencia que configure jurisprudencia, no es simplemente un contenido jurisprudencial, sino que se trata de un contenido constitucional.

Y es que tanto el legislador como el Juez no sólo cumplen una labor de protección y defensa de los derechos fundamentales, sino que además cumplen con una especialísima función: ir delimitando (a través de leyes o de la jurisprudencia) el contenido constitucional del derecho fundamental, un contenido que brota de la Constitución y de la propia naturaleza del derecho que se trate. Esto conlleva a afirmar que si bien hay que diferenciar entre contenido constitucional y contenido legal, y entre contenido constitucional y contenido jurisprudencial, también hay que buscar el contenido constitucional de un derecho fundamental en la legislación de desarrollo constitucional y en la Jurisprudencia, en particular, en la del Tribunal Constitucional, porque habrá algunas leyes o algunas sentencias que perfilarán el contenido constitucional del derecho fundamental.

OSCAR R. PUCCINELLI

EL HÁBEAS DATA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL RÉGIMEN ARGENTINO

OSCAR R. PUCCINELLI (*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Reglas emergentes del Título Preliminar y de las disposiciones finales. **III.** Reglas contenidas en el Título I (Disposiciones Generales de los procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento): 1. Disposiciones comunes. 1.1. Finalidad. 1.2. Improcedencia. 1.3. Procedencia durante los regímenes de excepción. 1.4. Reglas de trámite. 1.5. Sentencia. 1.6. Recursos ante el Tribunal Constitucional. Trámite. 2. Disposiciones específicas. 2.1. Procedencia. 2.2. Medidas cautelares. **IV.** Reglas contenidas en el Título IV (Proceso de Hábeas Data): 1. Derechos protegidos. 2. Vía previa. Eximición. 3. Derecho de acceso. 4. Acumulación de pretensiones. 5. Procedimiento. **V.** Reglas contenidas en el Título III (Proceso de Amparo): 1. Legitimación. 2. Caducidad de la acción. 3. Agotamiento de las vías previas. 4. Competencia. 5. Impedimentos. 6. Requisitos de la demanda. 7. Acumulación de procesos. 8. Acumulación subjetiva de oficio. 9. Litisconsorcio. 10. Inadmisibilidad. Improcedencia manifiesta. Rechazo liminar. 11. Reconvención, abandono y desistimiento. 12. Trámite hasta la sentencia. 13. Sentencia. 14. Apelación. 15. Trámite en segunda instancia. 16. Sentencia. 17. Ejecución. Sanciones. **VI.** Esquema procesal abreviado. **VII.** Análisis comparativo con el Hábeas Data argentino. **VIII.** Balance conclusivo.

(*) Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional y Transnacional, Universidad Nacional de Rosario (Argentina).

I. INTRODUCCIÓN

El flamante Código Procesal Constitucional del Perú (Ley 28637) regula desde 2004 y de una manera integral los procesos por los cuales se tramitan las acciones previstas en los arts. 200 y 202 inc. 3 de la Constitución (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, Inconstitucionalidad, Acción Popular y Conflictos de Competencia⁽¹⁾), razón por la cual deroga, desde la entrada en vigencia de sus normas –prevista a los seis meses de su publicación⁽²⁾ (disposición transitoria segunda), y para todos los procesos en trámite⁽³⁾ (disposición final segunda)–, el mosaico de leyes que los regularon hasta su sanción (disposición derogatoria primera)⁽⁴⁾.

En lo que a este trabajo interesa, analizaremos a continuación exclusivamente las normas aplicables al Hábeas Data emanadas de dicho cuerpo, se refieran exclusivamente a él o sean comunes con los demás procesos constitucionales articulados en el Código en cuestión. En concreto, analizaremos las contenidas en el «Título Preliminar» en los títulos I («Disposiciones generales de los procesos de

(1) Curiosamente, la disposición transitoria primera aclara que a los efectos del Código se denominará «proceso» (de Hábeas Corpus, de Amparo, de Hábeas Data, de Inconstitucionalidad, de Acción Popular y de cumplimiento) a la «acción» que le da el nombre (además dice que se denominará «proceso Competencial», a los «conflictos de competencias o atribuciones»), cuando en realidad debió decir que adoptaba tal denominación para las vías judiciales que se diseñaban para el trámite de las respectivas acciones, pues resulta obvio que la «acción» sólo constituye el presupuesto de inicio del proceso.

(2) La publicación fue realizada el 31/5/04 en el Diario Oficial «El Peruano».

(3) Dispone sin embargo que continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado a correr.

(4) Así, la regla dispone que quedan derogadas: 1) La Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. 2) La Ley N° 25398, Ley complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo. 3) La Ley N° 24968, Ley Procesal de la Acción Popular. 4) La Ley N° 25011, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 5) La Ley N° 25315, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 6) El Decreto Ley N° 25433, que modifica la Ley N° 23506 y la Ley N° 24968. 7) La Ley N° 26248, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 8) La Ley N° 26301, Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento. 9) Los artículos 20 al 63, con excepción del artículo 58, así como la primera y segunda disposición general de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 10) La Ley N° 26545, que modifica parcialmente los procesos de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento. 11) El Decreto Legislativo N° 824, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 12) La Ley N° 27053, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 13) La Ley N° 27235, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 14) La Ley N° 27959, que modifica parcialmente la Ley N° 23506. 15) y todas las disposiciones que se opongan al presente Código.

Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento»), III («Proceso de Amparo») y IV («Proceso de Hábeas Data»), y en las disposiciones finales y derogatorias.

II. REGLAS EMERGENTES DEL TÍTULO PRELIMINAR Y DE LAS DISPOSICIONES FINALES

En el Título preliminar se aclara inicialmente que el código regula los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, Inconstitucionalidad, Acción Popular y los Conflictos de Competencia (art. I).

Al referirse a todos ellos, destaca que cumplen la finalidad esencial de «garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales» (art. II), en tren de lo cual:

- a) reconoce expresamente los principios de: gratuidad en la actuación del demandante (sin perjuicio de la condena en costas y costos); dirección judicial del proceso; economía; intermediación y socialización procesales (art. III);
- b) dispone que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (art. V);
- c) ordena al órgano jurisdiccional competente aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente (art. VIII), y
- d) indica que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen, y que aún cuando el propio Tribunal decida apartarse del precedente, debe fundarlo (art. VII).

En lo relativo a la competencia, dispone que el conocimiento de estos procesos es una atribución del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el propio Código (art. IV).

Por último, con relación al trámite, expresa que son de aplicación supletoria las normas contenidas en los Códigos procesales afines a la materia discutida (siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo), y en ausencia de ellas, autoriza al Juez a recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina (art. IX).

En las disposiciones finales, se estipula que:

- a) los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de Hábeas Corpus que podrá iniciarse ante cualquier Juez Penal (disposición tercera);
- b) los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales (disposición quinta);
- c) tanto las sentencias finales como las resoluciones aclaratorias de las mismas recaídas en los procesos constitucionales deben remitirse, dentro de las cuarentiocho horas siguientes a la fecha de su expedición, al Diario Oficial «El Peruano» para su publicación dentro de los diez días siguientes a su remisión, la que será gratuita y deberá contener «la sentencia y las piezas del expediente que sean necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para conceder o denegar la pretensión» (disposición cuarta), y
- d) con independencia de la publicación que efectúe el Diario Oficial «El Peruano»; de otras compilaciones oficiales y de la publicación electrónica de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional publicará periódicamente en la «Gaceta Constitucional» (entre otros documentos e informaciones), las resoluciones finales de los procesos constitucionales de su competencia (disposición séptima).

III. REGLAS CONTENIDAS EN EL TÍTULO I (DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO)

En este título se establecen reglas generales que resultan de aplicación para los procesos de regulados en los títulos II a V (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento), aunque en algunos casos sólo se les aplica parcialmente.

Las analizaremos a continuación, separadamente, limitándonos, en las que son específicas de determinados procesos, sólo a las que se refieren al Hábeas Data.

1. Disposiciones comunes

Entre las reglas que son de aplicación a todos los procesos referidos en este título, se abordan los tópicos que a continuación se refieren.

1.1. Finalidad

La regla declara que la finalidad de los procesos mencionados en el título es la de proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado ante-

rior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Aclara luego que, en caso de cesar la agresión o devenir irreparable, deberá declararse fundada la demanda, disponiéndose que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán medidas coercitivas previstas en el propio Código (art. 1).

1.2. Improcedencia

La norma expresa que ninguno de los procesos mencionados en el título procede cuando:

- a) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
- b) existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (salvo cuando se trate del proceso de Hábeas Corpus);
- c) el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
- d) no se hayan agotado las vías previas (salvo las excepciones previstas por el propio Código y en el proceso de Hábeas Corpus);
- e) al momento de presentación de la demanda hubiera cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se hubiese convertido en irreparable;
- f) se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;
- g) se cuestionen resoluciones definitivas, motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado, del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales;
- h) se cuestionen resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, de naturaleza jurisdiccional o violatorias de la tutela procesal efectiva;
- i) se cuestionen resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones;
- j) se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno;
- k) hubiere vencido el plazo para interponer la demanda (con excepción del proceso de Hábeas Corpus) (art. 5).

1.3. Procedencia durante los regímenes de excepción

Los procesos constitucionales no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción, ocasiones en que la suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción.

Consecuentemente, la demanda debe ser atendida siempre que se refiera a derechos constitucionales que no han sido suspendidos, y, cuando se interponga en relación con derechos suspendidos, siempre que, luego de realizar un examen de la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo del derecho, el órgano jurisdiccional encuentre que:

- a) las razones que lo sustentan no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; o,
- b) el acto resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el Juez.(art. 23).

1.4. Reglas de trámite

Este título contiene algunas reglas comunes a los procesos a los que refiere, concretamente relativas al trámite, las que mencionaremos a continuación.

1.4.1. Competencia por turno

El inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno en cada Distrito Judicial, salvo en los procesos de Hábeas Corpus en donde es competente cualquier Juez Penal de la localidad (art. 12).

1.4.2. Tramitación preferencial

Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales, y serán responsables por la defectuosa o tardía tramitación de estos, que será exigida y sancionada por los órganos competentes (art. 13).

1.4.3. Excepciones y defensas previas

Tanto las excepciones como las defensas previas (que no proceden en el proceso de Hábeas Corpus) se resuelven, previo traslado, en la sentencia (art. 10).

1.4.4. Reglas probatorias

No existe etapa probatoria y sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación (lo que no impide la realización de las actuaciones proba-

torias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso, supuesto en el que no se requerirá notificación previa) (art. 9).

Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, siempre que no requieran actuación, pueden ser admitidos por el Juez (tanto con relación a la controversia principal como a la cautelar), quien lo pondrá en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado (art. 21).

1.4.5. Notificaciones

Todas las resoluciones serán notificadas oportunamente a las partes, con excepción de las actuaciones probatorias dispuestas por el Juez de conformidad con el art. 9 (art. 14)

1.5. Sentencia

El título trae varias especificaciones relacionadas con aspectos formales y sustanciales de las sentencias que recaigan en los procesos referidas en el título, que merecen un tratamiento aparte.

1.5.1. Contenido

La sentencia deberá contener, según sea el caso:

- a) La identificación del demandante;
- b) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
- c) La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
- d) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada, y
- e) La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto (art. 17).

1.5.2. Integración de omisiones

Los jueces superiores integrarán las decisiones cuando adviertan alguna omisión en la sentencia, siempre que en ella aparezcan los fundamentos que permitan integrar tal omisión (art. 11).

1.5.3. Cosa juzgada

Ostenta el carácter de cosa juzgada sólo la decisión final que se pronuncie sobre el fondo (art. 6).

1.5.4. Cumplimiento de la sentencia. Sanciones coercitivas

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el Juez de la demanda.

Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad. La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata.

Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente. El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial. El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular (art. 22).

1.6. Recursos ante el Tribunal Constitucional. Trámite

La regla se ocupa de regular los recursos de agravio constitucional y de queja por su denegación, así como el contenido y efectos de la decisión que adopte el Tribunal Constitucional.

1.6.1. Agravio Constitucional

Procede contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, el que deberá interponerse dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente

dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad (art. 18).

1.6.2. Queja

Procede contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional, el que se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Al escrito que contiene el recurso y su fundamentación, se anexa copias de la resolución recurrida y de la denegatoria, certificadas por abogado, salvo el caso del proceso de Hábeas Corpus. El recurso será resuelto dentro de los diez días de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al Juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad (art.19).

1.6.3. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre el recurso interpuesto dentro de un plazo máximo de veinte días (resoluciones denegatorias de los procesos de Hábeas Corpus) o treinta (procesos de Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento). Si considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo (art. 20).

1.6.4. Agotamiento de la jurisdicción nacional

La resolución del Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el fondo agota la jurisdicción nacional (art. 24).

2. Disposiciones específicas

Como se anticipó, algunas disposiciones de este título no se aplican a todos los procesos a los que refiere, sino sólo a parte de ellos.

2.1. Procedencia

La norma dispone que los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data (se excluye el de Cumplimiento) proceden cuando:

- a) se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, y

- b) se invoque la amenaza de violación, supuesto en el que debe ser cierta y de inminente realización (respecto del proceso de Cumplimiento, se expresa que procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo (art. 2).

De otro lado, si bien se declara procedente a los procesos de Hábeas Corpus y Amparo frente a resoluciones judiciales firmes (art. 4), no se incluye tal posibilidad para las acciones de Hábeas Data y de Cumplimiento.

2.2. Medidas cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de Amparo, Hábeas Data y de Cumplimiento (se excluye el Hábeas Corpus), con las características que se mencionan a continuación.

2.2.1. Medidas cautelares en general

- a) Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión.
- b) Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo.
- c) Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.
- d) El Juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma (art. 15).

2.2.2. Cesación de efectos de actos administrativos municipales o regionales

- a) Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.
- b) De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público.
- c) Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.

- d) La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.
- e) En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672 (art. 15).

2.2.3. Medidas cautelares y sentencia. Costas

- a) La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.
- b) Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva.
- c) Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el Juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.
- d) Si la resolución última no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar.
- e) El sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.
- f) La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.
- g) En lo que respecta al pago de costas y costos se estará a lo dispuesto por el art. 56⁽⁵⁾ (art. 16).

(5) Dispone el art. 56: Si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el Amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos. En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

IV. REGLAS CONTENIDAS EN EL TÍTULO IV (PROCESO DE HÁBEAS DATA)

1. Derechos protegidos

El Hábeas Data se encuentra previsto en los dos únicos supuestos que sobrevivieron de la versión original del art. 200 de la Constitución de 1993, esto es: en defensa de los derechos de acceso a la información pública (cualquiera sea la entidad pública que la posea, y con independencia del soporte en que lo posea⁽⁶⁾), y a la protección de los datos de carácter personal⁽⁷⁾ (art. 61).

2. Vía previa. Eximición

Para la procedencia del Hábeas Data se requerirá que:

- a) el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo anterior, y
- b) el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de un breve plazo que expresa⁽⁸⁾.

Se excusa del deber de formular el requerimiento previo y de agotar la vía administrativa que pudiera existir cuando el demandante acredite que cumplir con tal exigencia generaría el inminente peligro de sufrir un daño irreparable (art. 62).

3. Derecho de acceso

Hasta el momento de dictado de sentencia, de oficio o a pedido de la parte reclamante, el Juez podrá requerir al demandado que posee, administra o maneja

(6) Incluye toda la información 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.

(7) En concreto, se refiere al derecho a «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 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».

(8) En el caso del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, el requerimiento debe ser contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud, y cuando se trata del supuesto de tutela de los datos de carácter personal, el plazo se reduce a dos días útiles.

el archivo, registro o banco de datos, la remisión, dentro del plazo máximo de tres días útiles, de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente (art. 63).

4. Acumulación de pretensiones

Podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones (art. 64).

5. Procedimiento

En los aspectos no regulados específicamente, se remite al procedimiento previsto por el Código para el proceso de Amparo –salvo por la exigencia del patrocinio de abogado que declara facultativa en el Hábeas Data–, autorizando expresamente al Juez para adaptarlo de acuerdo a las circunstancias del caso (art. 65).

Por tal motivo, nos referiremos específica y brevemente a las reglas establecidas en el Capítulo II («Procedimiento») del Título III («Proceso de Amparo»).

V. REGLAS CONTENIDAS EN EL TÍTULO III (PROCESO DE AMPARO)

1. Legitimación

Están legitimados «el afectado» (art. 39), quien puede comparecer por medio de representante procesal (art. 40), o por procuración oficiosa (art. 41⁽⁹⁾), pero la exigencia de patrocinio es facultativa en el Hábeas Data (art. 65).

En principio, no estarían legitimadas podrían ni las asociaciones sectoriales ni la Defensoría del pueblo, cuando se accione en defensa de los datos de carácter personal (art. 40⁽¹⁰⁾).

⁽⁹⁾ Expresa la norma que cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

⁽¹⁰⁾ Dice la regla que puede interponer demanda de Amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen

2. Caducidad de la acción

El plazo para interponer la demanda de Amparo *prescribe* a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de Amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas: 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad. 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento. 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución. 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo, el que comenzará a correr sólo si la afectación se produce y desde ese momento. 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista. 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda (art. 44).

3. Agotamiento de las vías previas

El Amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo (art. 45).

No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) El agotamiento de la vía previa pudiera convertir en irreparable a la lesión; 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución (art. 46).

de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos, y que la Defensoría del Pueblo puede interponerla en ejercicio de sus competencias constitucionales.

4. Competencia

Son competentes para conocer del proceso de Amparo, a elección del demandante, el Juez Civil del lugar donde: *a)* se afectó el derecho, *b)* tiene su domicilio el afectado, o *c)* se domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio. La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda (art. 51).

5. Impedimentos

El Juez deberá abstenerse cuando concurran las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la recusación (art. 52).

6. Requisitos de la demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación del Juez ante quien se interpone;
- 2) El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
- 3) El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo dispuesto para la representación procesal del Estado⁽¹¹⁾;
- 4) La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;

⁽¹¹⁾ El art. 7 del propio Código dispone al respecto: «La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso. Las instituciones públicas con rango constitucional actuarán directamente, sin la intervención del Procurador Público. Del mismo modo, actuarán directamente las entidades que tengan personería jurídica propia. El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado. Si el demandante conoce, antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien dirige la demanda ya no ocupa tal cargo, puede solicitar al Juez que este no sea emplazado con la demanda».

- 5) Los derechos que se consideran violados o amenazados;
- 6) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- 7) La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado (art. 42).

7. Acumulación de procesos

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de Amparo. La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable (art. 50).

8. Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el Juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar (art. 43).

9. Litisconsorcio

Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez Superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable (art. 54).

10. Inadmisibilidad. Improcedencia manifiesta. Rechazo liminar

Si al calificar la demanda de Amparo, el Juez considera que resulta manifiestamente improcedente, lo declarará de manera fundada.

Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código. También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto (art. 47).

Si el Juez declara inadmisibles las demandas, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente. Esta resolución es apelable (art. 48).

En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente (art. 42).

11. Reconvenición, abandono y desistimiento

En el Amparo no procede la reconvenición ni el abandono del proceso, aunque sí el desistimiento (art. 49).

12. Trámite hasta la sentencia

En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste.

Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización.

Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días.

Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expedidos para ser sentenciados.

Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios (art. 53).

13. Sentencia

El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.

Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarará improcedente la demanda en la sentencia.

En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito (art. 53).

13.1. Contenido

La sentencia que declara fundada la demanda de Amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado; 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto (art. 55).

13.2. Costas y costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se interpondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada.

Si el Amparo fuere desestimado por el Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil (art. 56).

13.3. Sanciones procesales por inconducta procesal dilatoria

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal.

Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto (art. 53).

14. Apelación

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación.

El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso (art. 57).

15. Trámite en segunda instancia

El Superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa (art. 58).

16. Sentencia

El Superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad (art. 58).

17. Ejecución. Sanciones

Sin perjuicio de lo establecido en el art. 22 del Código que se refiere a la actuación de sentencias⁽¹²⁾, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado. Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo

(12) Art. 22. Actuación de Sentencias: La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el Juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular.

contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo. Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el art. 22 del Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo (art. 59).

17.1. Represión de actos homogéneos

Si sobreviniera un acto sustancialmente homogéneo al declarado lesivo en un proceso de Amparo, podrá ser denunciado por la parte interesada ante el Juez de Ejecución. Efectuado el reclamo, el Juez resolverá éste con previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La decisión que declara la homogeneidad amplía el ámbito de protección del Amparo, incorporando y ordenando la represión del acto lesivo sobreviniente (art. 60).

VI. ESQUEMA PROCESAL ABREVIADO

De las reglas previamente analizadas puede trazarse el siguiente esquema, en el cual analizamos tanto aspectos de la acción como del proceso de Hábeas Data, siguiendo para ello un criterio de orden cronológico de su desarrollo.

- 1) Los legitimados para interponer la acción surgen de los arts. 40 y 41.
- 2) Los derechos por los que éstos pueden accionar emanan del art. 61.
- 3) La finalidad del proceso deriva de los arts. II y 1.
- 4) Las reglas de competencia surgen del juego de los arts. IV, 12, 51 y de la disposición final tercera.

- 5) El trámite debe regirse por lo dispuesto en los arts. III, IX, 13 y 53.
- 6) El principio de gratuidad para el demandante surge del art. III y de la disposición final quinta.
- 7) La demanda debe cumplir con los requisitos enumerados en el art. 42, pudiendo acumularse las pretensiones a las que refiere el art. 64.
- 8) Los supuestos de procedencia se encuentran en los arts. 2 y 23.
- 9) La improcedencia se regula en el art. 5.
- 10) La inadmisibilidad se refiere en los arts. 42, 47 y 48.
- 11) Los supuestos de caducidad de la acción (que también lo son de inadmisibilidad) se regulan en el art. 44.
- 12) La necesidad de agotar las vías previas (también constituye un supuesto de inadmisibilidad) y la excepción a esta regla, se refiere en los arts. 45, 46 y 62.
- 13) La posibilidad de rechazar la acción *in limine* se regula en los arts. 47 y 48.
- 14) La facultad judicial de acceder a los datos y a los sistemas de información es reconocida en el art. 63.
- 15) Lo referido a las excepciones y defensas previas, en concreto a la posibilidad de su interposición y el momento de su resolución, se regula en el art. 10.
- 16) La reconvencción y el abandono del proceso se prohíben en el art. 49.
- 17) El desistimiento se admite en el art. 49.
- 18) Lo relativo a la acumulación de los procesos se regula en el art. 50.
- 19) La posibilidad de la acumulación subjetiva de oficio se permite en el art. 43.
- 20) Las reglas relativas al litisconsorcio se prevén en el art. 54.
- 21) Lo referente a las medidas cautelares se regula en los arts. 15 y 16.
- 22) El régimen de notificaciones se menciona en el art. 14.
- 23) Lo relativo a la prueba se prevé en los arts. 9 y 21.
- 24) Lo referente a la sentencia de primera instancia se desprende de los arts. 1, 17, 53, 55.
- 25) El régimen apelatorio de la sentencia se regula en el art. 57.
- 26) El trámite en segunda instancia se encuentra desarrollado en el art. 58.
- 27) Lo relativo a la sentencia de segunda instancia surge de lo normado en los arts. 58 y 11.
- 28) El recurso de agravio constitucional ante la sentencia de segunda instancia y el de queja por denegación de éste se contemplan en los arts. 18 y 19.

- 29) Lo referente al pronunciamiento del Tribunal Constitucional; a los supuestos en que tal decisión constituye un precedente vinculante y al agotamiento con éste de la jurisdicción nacional se expresa en los arts. 20, VII y 24.
- 30) Lo atinente a la cosa juzgada se prevé en el art. 6.
- 31) Lo relativo a las costas y costos surge de lo dispuesto en los arts. III y 56
- 32) Los medios de publicación de las sentencias finales y aclaratorias dictadas en las instancias inferiores y a la de las emanadas del Tribunal Constitucional se regulan en las disposiciones finales cuarta y séptima.
- 33) Lo referido a la ejecución de las sentencias y a la represión de actos homogéneos posteriores a su dictado, se regula en los arts. 22, 59 y 60.

VII. ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL HÁBEAS DATA FEDERAL ARGENTINO

El proceso de Hábeas Data peruano exhibe ciertas similitudes y diferencias con el hábeas data federal argentino (regulado en el capítulo VII de la Ley 25.326⁽¹³⁾), a saber:

En cuanto a la legitimación activa, el peruano es aparentemente más restringido, pues sólo prevé la legitimación del «afectado», mientras que en la ley argentina se faculta también expresamente a los sucesores universales de las personas fallecidas⁽¹⁴⁾.

(13) Para un análisis exhaustivo de esta norma, véase nuestra obra *Protección de datos de carácter personal*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

(14) Ley 25.326, art. 14.- (Derecho de acceso). 1. El titular de los datos, previa acreditación de su identidad, tiene derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales incluidos en los bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes. 2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente.

Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de Hábeas Data prevista en esta ley.

3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

4. El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales.

Ley 25.326, art. 34.- (Legitimación activa). La acción de protección de los datos personales o de Hábeas Data podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores

Respecto de la legitimación pasiva, el régimen peruano es —en lo expreso— más amplio, pues la legislación argentina sólo prevé que pueda articularse respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes⁽¹⁵⁾.

Con relación a los derechos por cuya tutela que se puede accionar, aparece más amplia la regulación peruana, pues, por un lado, incluye la posibilidad de utilizar la vía para acceder a la información pública (no prevista en la legislación argentina), y por el otro, en el art. 61 se prevén más derechos por los que se puede accionar para tutelar el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

En lo atinente a las reglas de competencia, ambas presentan diferencias propias de sus distintos sistemas constitucionales y de control de constitucionalidad (mixto y difuso, respectivamente). En la Argentina, la competencia para el trámite de estas acciones corresponde predominantemente a la justicia federal, y en cuanto a la competencia *ratione loci*, mientras en el Perú entiende el Juez del lugar donde: *a*) se afectó el derecho, *b*) tiene su domicilio el afectado, o *c*) se domicilia el autor de la infracción, en la Argentina se adjudica competencia al Juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor⁽¹⁶⁾.

En cuanto al trámite, ambos países realizan una regulación específica (en el caso argentino es más extensa) pero las dos coinciden en remitir supletoriamente a las reglas del Amparo⁽¹⁷⁾.

de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado.

Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que éstas designen al efecto.

En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del Pueblo.

(15) Ley 25.326, art. 35.- (Legitimación pasiva). La acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes.

(16) Ley 25.326, art. 36.- (Competencia). Será competente para entender en esta acción el Juez del domicilio del actor; el del domicilio del demandado; el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Procederá la competencia federal: *a*) cuando se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y *b*) cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdicciones, nacionales o internacionales.

(17) Ley 25.326, art. 37.- (Procedimiento aplicable). La Acción de Hábeas Data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la Acción de Amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo.

Respecto de la gratuidad para el demandante establecida en la legislación peruana, ésta no luce en el caso argentino, salvo para el ejercicio de los derechos fuera del proceso⁽¹⁸⁾.

Los requisitos de la demanda son similares en ambos países, aunque en la legislación argentina aparece una regulación más detallada, fundamentalmente debido a que se refiere específica y únicamente a la acción incoada en tutela del derecho a la protección de los datos de carácter personal⁽¹⁹⁾.

La acumulación de pretensiones de acceso a los datos y de operación sobre los mismos se admite en ambos ordenamientos, solo que en el caso argentino puede hacerse no sólo en un mismo acto (al demandar), sino también en una etapa posterior del proceso, ya que se puede ampliar la demanda y ofrecer la prueba que fuera necesaria una vez que la demandada contestó el informe y el actor tomó conocimiento de los datos⁽²⁰⁾.

En cuanto a los supuestos de procedencia de la acción, aparecen más claros en la legislación argentina⁽²¹⁾, mientras que los supuestos de improcedencia son

(18) Ley 25.326, art. 14.- (Derecho de acceso). [...] 3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos no inferiores a seis meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto.

(19) Ley 25.326, art. 38.- (Requisitos de la demanda). 1. La demanda deberá interponerse por escrito, individualizando con la mayor precisión posible el nombre y domicilio del archivo, registro o banco de datos y, en su caso, el nombre del responsable o usuario del mismo. En el caso de los archivos, registros o bancos públicos, se procurará establecer el organismo estatal del cual dependen. 2. El accionante deberá alegar las razones por las cuales entiende que en el archivo, registro o banco de datos individualizado obra información referida a su persona; los motivos por los cuales considera que la información que le atañe resulta discriminatoria, falsa o inexacta y justificar que se han cumplido los recaudos que hacen al ejercicio de los derechos que le reconoce la presente ley. 3. El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial. 4. El Juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate. 5. A los efectos de requerir información al archivo, registro o banco de datos involucrado, el criterio judicial de apreciación de las circunstancias requeridas en los puntos 1 y 2 debe ser amplio.

(20) Ley 25.326, art. 42.- (Ampliación de la demanda). Contestado el informe, el actor podrá, en el término de tres días, ampliar el objeto de la demanda solicitando la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de sus datos personales, en los casos que resulte procedente a tenor de la presente ley, ofreciendo en el mismo acto la prueba pertinente. De esta presentación se dará traslado al demandado por el término de tres días.

(21) Ley 25.326, art. 33.- (Procedencia). 1. La acción de protección de los datos personales o de Hábeas Data procederá:

sólo regulados expresamente por la legislación peruana (en la argentina se encuentran implícitos).

Respecto de los supuestos de inadmisibilidad, mientras la legislación peruana lo formula de manera expresa y también específica para las dos versiones de Hábeas Data, en la argentina se debe recurrir a las reglas supletorias del Amparo, varias de cuyas normas han sido derogadas por superación normativa por la reforma constitucional de 1994⁽²²⁾.

La legislación peruana admite la caducidad de la Acción de Hábeas Data, pero la argentina no la trata expresamente y en su jurisprudencia no se registran antecedentes de aplicación para el Hábeas Data del plazo de caducidad previsto para el Amparo⁽²³⁾.

La necesidad de agotar la vía previa está prevista en ambas legislaciones, mientras la legislación peruana prevé expresamente que ello es dispensable (art. 46), en la argentina ello no está normado⁽²⁴⁾.

a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos;

b) en los casos en que se presume la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

(22) Ley 16.986, art. 2.- La Acción de Amparo no será admisible cuando:

a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;

b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley n° 16.970;

c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;

d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;

e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

(23) Ley 16.986, art. 2.- La Acción de Amparo no será admisible cuando: [...] *e)* La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

(24) Ley 25.326, art. 14.- (Derecho de acceso). [...] 2. El responsable o usuario debe proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimado fehacientemente.

La posibilidad de rechazar la acción *in limine* se reconoce en ambas legislaciones, pero en la legislación argentina se infiere del art. 39 de la Ley 25.326, por lo que debe complementarse con la legislación supletoria⁽²⁵⁾.

La facultad judicial de acceder a los datos y a los sistemas de información es reconocida en ambas legislaciones⁽²⁶⁾.

Lo relativo a las excepciones y defensas previas se regula en ambas legislaciones, solo que en la argentina se encuentra en la legislación supletoria⁽²⁷⁾.

La prohibición de reconvencción y de abandono del proceso se trata solamente de manera expresa en la legislación peruana.

Vencido el plazo sin que se satisfaga el pedido, o si evacuado el informe, éste se estimara insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de Hábeas Data prevista en esta ley.

Ley 25.326, art. 16.- (Derecho de rectificación, actualización o supresión). [...] 2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad. 3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley.

(25) Ley 25.326, art. 39.- (Trámite). 1. Admitida la acción el Juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante [...].

Ley 16.986, Art. 3.- Si la acción fuese manifiestamente inadmisibles, el Juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones.

(26) Ley 25.326, art. 39.- (Trámite). 1. Admitida la acción el Juez requerirá al archivo, registro o banco de datos la remisión de la información concerniente al accionante. Podrá asimismo solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime procedente. 2. El plazo para contestar el informe no podrá ser mayor de cinco días hábiles, el que podrá ser ampliado prudencialmente por el Juez.

Ley 25.326, art. 40.- (Confidencialidad de la información). 1. Los registros, archivos o bancos de datos privados no podrán alegar la confidencialidad de la información que se les requiere salvo el caso en que se afecten las fuentes de información periodística. 2. Cuando un archivo, registro o banco de datos público se oponga a la remisión del informe solicitado con invocación de las excepciones al derecho de acceso, rectificación o supresión, autorizadas por la presente ley o por una ley específica; deberá acreditar los extremos que hacen aplicable la excepción legal. En tales casos, el Juez podrá tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados asegurando el mantenimiento de su confidencialidad.

(27) Ley 16.986, art. 16.- Es improcedente la recusación sin causa y no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas, ni incidentes.

El desistimiento se admite expresamente sólo en la legislación peruana, pero no está prohibido en el régimen argentino.

La posibilidad de acumulación de los procesos no está prevista en la ley argentina de protección de datos, y nos parece encontrar la razón de la diferencia en que ello aparece *prima facie* sólo factible que ocurra en el caso de ejercicio del Hábeas Data para acceder a información pública.

La acumulación subjetiva de oficio se permite expresamente en la legislación peruana, pero no en la argentina, aunque nos parece que bien podría darse en el caso argentino cuando se tratare del ejercicio de la acción por los sucesores universales de personas fallecidas.

Las reglas relativas al litisconsorcio previstas en la legislación peruana no se observan en la ley de protección de datos argentina ni en la de Amparo de manera expresa, pero surge de la aplicación de la legislación supletoria, en concreto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Lo referente a las medidas cautelares es sustancialmente diferente en la legislación argentina, pues se prevén dos tipos de medidas específicas para la Acción de Hábeas Data: la anotación de controversia o litis y el bloqueo provisional del dato⁽²⁸⁾.

El régimen de notificaciones difiere en ambos casos, pues mientras la ley peruana lo prevé de manera expresa, en el caso argentino no se encuentra ni en la Ley de protección de datos ni en la Ley de Amparo, por lo que se debe recurrir al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Lo relativo al trámite probatorio también es diferente, aunque en la legislación argentina tampoco se prevé la apertura de la causa a prueba⁽²⁹⁾.

Lo referente al contenido de la sentencia es regulado en ambas legislaciones, solo que en la legislación argentina ello se realiza de modo más específico⁽³⁰⁾, aunque no se refiere a la represión de actos homogéneos posteriores a su dictado ni se diseña un régimen de publicación de las sentencias recaídas en estos procesos como lo hace la legislación peruana, sino que sólo se establece la obligación

(28) Ley 25.326, art. 38.- (Requisitos de la demanda). [...] 3. El afectado podrá solicitar que mientras dure el procedimiento, el registro o banco de datos asiente que la información cuestionada está sometida a un proceso judicial. 4. El Juez podrá disponer el bloqueo provisional del archivo en lo referente al dato personal motivo del juicio cuando sea manifiesto el carácter discriminatorio, falso o inexacto de la información de que se trate.

(29) Ley 25.326, art. 43.- (Sentencia). 1. Vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y en el supuesto del artículo 42, luego de contestada la ampliación, y habiendo sido producida en su caso la prueba, el Juez dictará sentencia.

(30) Ley 25.326, art. 43.- (Sentencia). 1. Vencido el plazo para la contestación del informe o contestado el mismo, y en el supuesto del artículo 42, luego de contestada la ampliación, y

de comunicarla al órgano de control instituido por la Ley 25.326 (la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales) ⁽³¹⁾.

Todos los trámites posteriores a la sentencia de primera instancia no están contemplados expresamente en la ley argentina y deben extraerse de la ley de Amparo ⁽³²⁾ y de la restante legislación supletoria, mientras que en la peruana se realiza de manera exhaustiva.

En la legislación peruana se definen los alcances de la cosa juzgada, mientras que en la argentina nada se dice al respecto, aunque se establece que la sentencia desestimatoria no implicará presunción en contra del reclamante ⁽³³⁾.

Con respecto a las costas y costos, la ley argentina nada dice, pero se aplican supletoriamente las reglas del Amparo ⁽³⁴⁾ y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

VIII. BALANCE CONCLUSIVO

Como primera reflexión cabe celebrar la entrada en vigencia de un nuevo Código Procesal Constitucional en América Latina, ya que constituye una añoranza de larga data de tantos especialistas, que finalmente encuentra su concreción en la comunidad peruana.

habiendo sido producida en su caso la prueba, el Juez dictará sentencia. 2. En el caso de estimarse procedente la acción, se especificará si la información debe ser suprimida, rectificadora, actualizada o declarada confidencial, estableciendo un plazo para su cumplimiento. 3. El rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

⁽³¹⁾ Ley 25.326, art. 43.- (Sentencia). [...] 4. En cualquier caso, la sentencia deberá ser comunicada al organismo de control, que deberá llevar un registro al efecto.

⁽³²⁾ Ley 16.986, art. 15.- Sólo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3º y las que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido.

En caso de que fuera denegado, entenderá dicho Tribunal en el recurso directo que deberá articularse dentro de las 24 horas de ser notificada la denegatoria, debiendo dictarse sentencia dentro del tercer día.

⁽³³⁾ Ley 25.326, art. 43.- (Sentencia). [...] 3. El rechazo de la acción no constituye presunción respecto de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el demandante.

⁽³⁴⁾ Ley 16.986, art. 14.- Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe a que se refiere el artículo 8, cesara el acto u omisión en que se fundó el Amparo.

Y nos alegra particularmente que ello ocurra en el Perú, donde se viene luchando desde hace tanto tiempo para la instauración de una justicia realmente independiente y dotada de herramientas eficaces para la defensa de los derechos humanos. Desde luego, no desconocemos que esta herramienta es perfectible y que seguramente traerá dificultades a la hora de su aplicación, pero ciertamente significa un avance.

En lo que hace específicamente a la regulación del Hábeas Data, sin desconocer las dificultades con que se encontró la figura desde su mismo origen en el Perú y coincidiendo con Espinosa Saldaña en que las reglas previstas en el nuevo ordenamiento exhiben varias imprecisiones que debieron ser evitadas (v.gr., los plazos previstos para las incidencias dentro del proceso, el inapropiado elenco cautelar)⁽³⁵⁾, el nuevo Código tiene sin duda algunas innovaciones de gran valor que pueden –y esperamos que así sea– contrapesar de algún modo tales males (v.gr., entre muchas otras, la posibilidad de adaptación del proceso por parte del Juez de la causa).

Desde luego, tal vez hubiera sido preferible realizar una regulación más prolija y detallada del Hábeas Data, pero contra ello obvia y seguramente conspiró el doble objetivo tutelar de la acción de garantía en el Perú. Esto ciertamente no ocurrió en la Argentina –pese a que la técnica legislativa de la Ley 25.326 es sumamente defectuosa y también trae muchas dificultades–, debido a que al Hábeas Data sólo se lo reconoce, como se anticipó, para la defensa del derecho a la protección de datos de carácter personal.

De todos modos, más allá de las precisiones y sugerencias que realizamos en este trabajo, el balance nos parece positivo, y esperamos que la judicatura peruana, al aplicar las previsiones del nuevo Código, lo haga con un espíritu netamente tuitivo y aperturista, y pueda darle el mayor despliegue posible a la figura en tren de afianzar, como se dijo, la vigencia de los derechos emergentes de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que constituye, en suma, el objetivo primordial de los derechos procesal constitucional y procesal transnacional.

(35) Ver al respecto a Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del administrado*, Palestra, Serie Derechos y Garantías, n° 13, 2004, ps. 64 a 68, y «El hábeas data en el derecho comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país», en Susana Castañeda Otsu (Coordinadora), *Derecho Procesal Constitucional*, Grupo editorial Kipus, 2004, ps. 373 a 422.

OSCAR R. PUCCINELLI

PROCESOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN

CARLOS RUIZ MIGUEL ^(*)

SUMARIO: **I.** Justificación y propósito de este trabajo. **II.** Preliminar: los derechos de la comunicación. **III.** Crítica del concepto de los derechos de la comunicación del Código Procesal Constitucional. **IV.** Crítica de los procesos constitucionales sobre derechos de la comunicación. **V.** Conclusión.

I. JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO

El Código Procesal Constitucional Peruano (en adelante CPC) constituye una innovación importante al regular separadamente el Derecho Procesal Constitucional del Derecho Orgánico Constitucional. Muchas disposiciones del Código son audaces e inteligentes. Pero también hay aspectos que en mi opinión hubieran merecido un trato más adecuado. En este breve trabajo parto de la idea de que el fenómeno de la comunicación es complejo y ello se traduce en un reconocimiento diverso de derechos fundamentales que, distintos entre sí, guardan una conexión de sentido. Sobre esa base defiendo que la idea sustantiva sobre los derechos de la comunicación que late en el CPC y en la Constitución peruana no toma en cuenta la verdadera esencia de esos derechos. Así, pretendo concluir que ello tiene consecuencias procesales pues se configuran procesos que, bien pudieran haber sido absorbidos en otros ya existentes, bien omiten algunos aspectos que hubieran contribuido a una más eficaz tutela procesal de los derechos.

(*) Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela (España).

II. PRELIMINAR: LOS DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN

Antes de analizar los problemas planteados en la regulación de los derechos de la información en el nuevo Código Procesal Constitucional, convendría aclarar lo que aquí se entiende por «derechos de la comunicación». La «comunicación» es un proceso complejo de importancia trascendental en la vida humana. El Derecho regula múltiples aspectos de la misma. Ahora bien, dentro del ordenamiento existe una serie de derechos fundamentales que giran en torno a la comunicación. Estos derechos fundamentales pueden ser contemplados desde diferentes perspectivas.

1. La primera perspectiva es la de la *licitud de la obtención o transmisión de información*. Por un lado, se puede hablar de la libertad de información como el derecho a obtener o transmitir una información sin consentimiento del productor de esa información. Pero, por otro lado, se puede hablar del derecho a la intimidad en sentido amplio (o a la protección de la vida privada) como el derecho a impedir que una información sea obtenida o transmitida sin consentimiento del productor de esa información. El derecho a la intimidad, en este sentido, siguiendo la idea fundacional de Warren y Brandeis en la que vengo insistiendo en varios trabajos, se puede definir como el derecho a la autodeterminación informativa. En consecuencia, no puede hablarse de un supuesto «derecho a la autodeterminación informativa» como algo distinto del derecho a la intimidad. De acuerdo con esta perspectiva, el «derecho a la intimidad» se configura como un macro-derecho o derecho-matriz del que traen causa diversos derechos fundamentales que pueden tener una regulación «autónoma», a saber, la libertad de conciencia, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la intimidad informática (llamada «Hábeas Data» en el CPC y en la Constitución peruana), la intimidad genética o el secreto profesional.

2. La segunda perspectiva es *qué sentido puede tomar la dirección de la corriente comunicacional*. Por un lado, la comunicación puede ser transmitida; pero, por otro lado, la comunicación puede ser recibida. Tradicionalmente, el Derecho ha protegido la transmisión de información (la «libertad de información» se entendía como derecho a transmitir información). Ahora bien, la profundización en la democracia y la prevención del riesgo que para la misma tiene la creación de oligopolios informativos cada vez más poderosos ha llevado a insistir en la importancia del derecho a recibir información.

3. La tercera perspectiva es la relativa al *contenido de la comunicación*. A partir de esta idea se puede hablar, por un lado, de una comunicación que tenga por objeto hechos o informaciones y, por otro lado, de una comunicación que verse sobre ideas u opiniones. La comunicación que tiene por objeto hechos o informaciones puede ser regulada, por una parte, por la libertad de información

(que protege el interés de quien no genera la información sino que la obtiene, transmite o recibe), pero también puede normarse mediante el derecho a la intimidad (que protege el interés de quien contiene o genera la información a que ésta no se divulgue) o el derecho al honor (que atiende al interés de que la información que se divulgue no contenga inexactitudes que provoquen perjuicios). Por su parte, la comunicación que tiene por objeto ideas u opiniones, por un lado, se tutela mediante la libertad de expresión (derecho a transmitir ideas) y, por otro, mediante el derecho al honor (derecho del sujeto a no ser aludido con expresiones o ideas que generen un descrédito en su consideración por los demás miembros de la sociedad). La distinción es importante porque el distinto contenido comunicacional conlleva distintos límites y problemas: no son iguales los límites a la libertad de información que a la libertad de expresión.

III. CRÍTICA DEL CONCEPTO DE LOS DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Ciertos derechos fundamentales no parecen ser igualmente concebidos por el Código Procesal Constitucional (CPC) y por la Constitución Peruana de 1993 (CP). A mi juicio, esto se puede constatar, especialmente, en dos ámbitos: *a*) por un lado, el de la vida privada con la conexión entre el derecho «clásico» a la intimidad y el derecho a la intimidad informática; *b*) por otro lado, el de la información con la relación entre el derecho a transmitir información y el derecho a recibirla. En el primer caso, entiendo que el cambio ha ido más allá de lo que la Constitución permite y en ambos casos creo que ha sido un cambio técnicamente errado.

1.1. En primer lugar, me he referido al derecho a la intimidad «clásica» y a la intimidad informática. La Constitución de 1993, a mi juicio con buen criterio, reconoció estos derechos de forma correlativa (art. 2.6 y 2.7 CP) poniendo de manifiesto en el caso de la informática la conexión con el derecho a la intimidad. El Código Procesal Constitucional, sin embargo, rompe esa conexión al consagrar el Amparo «común» para el derecho a la intimidad (art. 37.8 CPC) y un Amparo especial, el llamado «Hábeas Data»⁽¹⁾ (art. 61 CPC). Pero, a mi juicio, lo más llamativo es que el CPC ha producido una auténtica mutación constitucional al modificar el sentido de la Constitución sin alterar su texto.

En efecto, el art. 2.6 CP se está refiriendo a la intimidad informática: «A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar».

(1) Desconozco si la expresión «Hábeas Data» ha sido hispanizada.

Sin embargo, el art. 61.2 CPC está consagrando un derecho a la protección de datos personales: «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 servicio o acceso a terceros (...)».

El cambio creo que es de gran envergadura porque no es lo mismo un derecho que otro. Así, por una parte, mientras la CP se refiere a servicios «informáticos», el CPC alude a registros o procedimientos de almacenamiento «manual, mecánico o informático». Por otra parte, mientras la CP protege únicamente frente al uso que se haga de informaciones que afecten a la «intimidad», el CPC regula los «datos referidos a (la) persona».

No creo que este cambio tan trascendental se pueda justificar aludiendo al art. 2.5 CP, pues este precepto consagra lo que se denomina «derecho de acceso a los documentos administrativos», que es un derecho bien distinto de lo que se conoce como «Hábeas Data». El propio precepto da una señal de ello: mientras la intimidad informática (art. 2.6 CP) se refiere a archivos «públicos o privados» el de acceso a los documentos administrativos alude únicamente a los que se contengan por «cualquier entidad pública»; mientras la intimidad informática pretende proteger informaciones sobre el reclamante, el derecho de acceso a los documentos administrativos opera fundamentalmente sobre informaciones que no tienen por qué versar sobre el reclamante y, de hecho, la CP indica que el acceso a esos documentos se puede negar cuando los documentos contengan «informaciones que afectan a la intimidad personal» *de otro*.

Por lo demás, deben ponerse de relieve los tremendos inconvenientes a los que puede llevar la idea de «protección de datos personales», frente a lo razonable del derecho a la «intimidad informática». Un derecho a la protección de «datos personales» como tal llevaría a las absurdas consecuencias de que un listado de aprobados de un examen relacionados nominalmente no pudiera hacerse pública ... o que los individuos pudieran exigir a los buscadores de Internet que retiraran de sus registros páginas que están disponibles en la red...

En definitiva, considero que el nuevo CPC se basa sobre una idea de derecho a la «protección de datos» confusa, inconveniente y que no es acorde con la Constitución Peruana de 1993.

1.2. Un segundo ámbito en el que se aprecia un cambio entre la idea que late en la CP y la que expresa el CPC es el que se refiere a los derechos que protegen la transmisión y la recepción de información.

La CP, al enumerarlos correlativamente, puso en relación el derecho a transmitir información (art. 2.4 CP: «libertad de información, ... mediante la palabra

oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social») y un primer reconocimiento del derecho a recibir información (art. 2.5 CP: derecho a «solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública»). Si fuera cierto que la CP reproduce conjuntamente el 2.4 y el 2.5 para relacionarlos entre sí, tendríamos que deducir que la Constitución está regulando las dos caras de un mismo fenómeno. El derecho a transmitir información quedaría enriquecido por cuanto se podría (fundamentalmente por periodistas) recibir información de las administraciones públicas.

El CPC, sin embargo, ha roto esa relación y ha separado la libertad de información (art. 37.3 CPC) del derecho de acceso a los documentos administrativos (art. 61.1 CPC). En su lugar, lo ha conectado con el nuevo derecho a la protección de datos que configura el CPC (art. 61.2 CPC) en lugar del derecho a la intimidad informática. El cambio de perspectiva ha supuesto la desnaturalización del derecho de acceso a los documentos administrativos, pues éste queda subsumido en una categoría alejada de su sustancia, la de «Hábeas Data». Quiero recordar aquí que, al menos en el Derecho español y europeo, acceso a los documentos y protección de datos personales son derechos claramente distintos que nunca se subsumen en un derecho común.

2. Si el Código ha podido modificar, no la enumeración de derechos consagrada constitucionalmente, sino la relación de estos entre sí, hubiese sido deseable que esa nueva concepción de los derechos bien hubiera distinguido derechos que la Constitución equivocadamente agrupa, bien hubiera acercado derechos, a mi entender emparentados, y que la Constitución parece reflejar desconectados. En algún supuesto se aprecia ese esfuerzo, pero de modo insuficiente.

En primer lugar, estimo que el CPC hubiese sido la ocasión idónea de separar derechos que son claramente distintos entre sí y que la CP agrupa en su art. 2.7 CP: los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. También la Constitución española de 1978 agrupó esos tres derechos como si fueran uno, pero muy pronto la jurisprudencia precisó que se trataba de derechos distintos en su concepto y en sus límites. Como dijimos más arriba, mientras el derecho a la intimidad garantiza que no se puedan emitir informaciones sobre aspectos no públicos del propio sujeto, el derecho al honor garantiza que ni se puedan emitir informaciones públicas sobre el sujeto de que sean inexactas ni se puedan verter expresiones que le hagan perder el crédito de la comunidad. El art. 37.8 CPC vuelve a agrupar esos tres derechos perdiendo una ocasión preciosa de distinguirlos.

En segundo lugar, creo que hubiese sido deseable la agrupación de los derechos que giran en torno a la vida privada y que la CP ha consagrado de forma claramente separada: la intimidad (art. 2.7 CP), la inviolabilidad de domicilio (art. 2.9 CP), el secreto de las comunicaciones art. 2.10 CP) y al secreto profesio-

nal (art. 2.18 CP). El CPC también ha desaprovechado la ocasión de poner de manifiesto la conexión sustancial de todos esos derechos. El CPC ha tenido el acierto de agrupar dos derechos derivados de la protección de la vida privada, como son la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones (art. 37.6 CPC). Sin embargo, este derecho queda separado del derecho a la intimidad (art. 37.8 CPC) y del secreto profesional que no es citado expresamente y queda sólo implícitamente protegido mediante la cláusula del art. 37.25 CPC.

IV. CRÍTICA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS DE LA COMUNICACIÓN

Las críticas anteriores, de carácter teórico-constitucional, proyectan ciertas consecuencias en el plano procesal-constitucional. A mi entender, esto se puede constatar en dos cuestiones: por un lado, la falta de coherencia entre la regulación del derecho al honor y la de la intimidad informática; por otro, el vaciamiento del derecho al acceso a los documentos administrativos.

1. El primer problema es el derivado de la distorsión entre el procedimiento previsto para la protección del derecho al honor y el establecido para la intimidad informática.

1.1. El derecho al honor, como derecho distinto de la intimidad, garantiza que no se puedan transmitir informaciones sobre aspectos públicos del individuo que sean inexactas. Una garantía específica del derecho al honor (que, por su propia naturaleza, no tiene razón de ser en el derecho a la intimidad o en el derecho a la propia imagen) es el derecho de rectificación.

La CP garantiza la rectificación (art. 2.7 segundo inciso) con estas palabras:

«Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley».

El CPC, destinado a vertebrar procedimientos de defensa de los derechos fundamentales, establece como procedimiento de defensa del honor el «Amparo ordinario». A este respecto, introduce una cláusula especial en su art. 47, según la cual:

«También podrá (inadmitirse el Amparo) si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto

notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes».

A mi entender, una información «agravante» no puede ser objeto de «rectificación», sino, en su caso, de «retractación».

1.2. Por su parte, el derecho a la intimidad informática reconocido en el art. 2.6 de la Constitución es objeto de un Amparo específico, el «Hábeas Data». Ahora bien, el CPC introduce en su art. 62 un requisito *especial* de la demanda de Hábeas Data:

«Para la procedencia del Hábeas Data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo anterior, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) de la Constitución. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, el que deberá ser acreditado por el demandante. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir».

1.3. El mero cotejo de las garantías procesales de estos dos derechos pone de manifiesto que la exigencia constitucional de que el honor deba ser reparado de forma «gratuita, inmediata y proporcional» queda sin el deseable desarrollo legislativo para determinar no sólo qué se entiende por «inmediato», sino, sobre todo, lo que se comprende con el adjetivo «proporcional».

2. El segundo problema es el relativo a la garantía procesal del derecho de acceso a los documentos. Como se ha dicho, este derecho queda garantizado en el CPC mediante el procedimiento de «Hábeas Data». Ahora bien, este procedimiento, diseñado en beneficio del derecho a la protección de datos personales, quizás no sea adecuado para el derecho de acceso a los documentos administrativos.

De entrada, conviene observar que dos de los preceptos del «Hábeas Data», los arts. 63 («remisión de la información concerniente al reclamante») y 64 («protección de datos personales») CPC son de clara aplicación al derecho a la intimi-

dad informática, pero no parecen susceptibles de ser utilizados en defensa del derecho de acceso a los documentos.

Por su parte, el art. 62 CPC, sin duda, hace un meritorio esfuerzo por dotar de contenido al derecho de acceso a los documentos al fijar un plazo de 10 días útiles siguientes a la presentación de la solicitud para que el demandado «se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado». Sin embargo, esta regulación olvida las peculiaridades de este derecho. Lo habitual en el caso del derecho de acceso es que la Administración *sí conteste*, pero reclame más precisiones sobre los documentos que se solicitan o los archivos que se quieren consultar antes de dar una respuesta. El ciudadano no siempre pide un documento determinado, sino que a veces busca documentos que aún no conoce. ¿Cuando se produce entonces el «incumplimiento»?

V. CONCLUSIÓN

El Derecho Procesal Constitucional ha visto reconocida su importancia con la promulgación de un texto específico dedicado al mismo, pionero en el mundo. Ahora bien, una cosa es que el Derecho Procesal Constitucional sea importante y otra que quede desligado del Derecho Sustantivo Constitucional. En este breve escrito he querido poner de manifiesto la necesaria complementariedad de ambos para conseguir un proceso constitucional más preciso y eficaz en su cometido.

SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y PROCESO DE HÁBEAS DATA: APREHENDIENDO NUEVOS RETOS DESDE EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Aspectos sustantivos. **III.** Aspectos adjetivos. **IV.** Recapitulación y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Conociendo las cualidades que el Prof. Domingo García Belaunde atesora tanto en el aspecto personal como intelectual, resulta un verdadero honor poder participar en un volumen colectivo de trabajos en su honor. Hace ya años que tuve la suerte de conocerlo personalmente en una de sus visitas a Santiago de Compostela. La fortuna, sin duda, me sonrió puesto que a lo largo del tiempo me he reencontrado con él en diversos lugares y circunstancias y he podido mantener un permanente contacto académico que me enriquece de manera continua, al tiempo de haber alcanzado el privilegio de ser presentado por su sagaz pluma en un par de trabajos académicos. Su rica línea de pensamiento, aquilatada a través de sólidas e imprescindibles publicaciones, le sitúa entre los constitucionalistas de referencia a nivel mundial, como lo atestiguan las continuas citas de que son objeto sus investigaciones. Un creador de escuela con un magisterio que la Historia sabrá reconocer.

La sociedad en la que vivimos es la Sociedad de la Información, expresión con la que se quiere retratar una serie de avances que resultaban inconcebibles no

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela (España).

mucho tiempo atrás. La Sociedad de la Información es aquélla en la que la información se presenta como un elemento clave de poder: la información se ve sometida a las reglas del mercado, de la oferta y la demanda, además de consumirse, almacenarse o procesarse. La posibilidad de que la información sea digitalizada (convertida en números o *bits*) facilita todos estos procesos y agiliza de manera sorprendente su transmisión.

Estos vertiginosos cambios que nos han azotado en las últimas décadas han obligado al Derecho a asumir nuevos retos, que se articulan como respuesta a dicha situación. No en vano la finalidad del Derecho es disciplinar correctamente la realidad social a la que está destinada. Si ésta se modifica, el Derecho debe responder ante tal alteración. Pues bien, en semejante tesitura cobran especial relevancia los progresos en el terreno digital. Frente al reduccionismo tecnológico el Derecho, en general, y el Derecho Constitucional, en particular, ofrecen una solución de libertad y de verdadero progreso.

En este orden de cosas, la problemática de la figura conocida como Hábeas Data presenta singular relevancia. Su propio enunciado, construido paralelamente a la clásica figura del Hábeas Corpus, ya aporta una primera significación: como señala García Belaunde: «lo que se quiere proteger no es el cuerpo, como en el clásico instituto sajón, sino el dato»⁽¹⁾. La relevancia de la figura no sólo viene de su conexión con determinados derechos fundamentales, en el sentido que veremos más adelante, sino también de la elevada confusión que anida en ella. En efecto, tanto a nivel legislativo como doctrinal en unas ocasiones se entiende que el Hábeas Data es por sí mismo un derecho fundamental y en otras un mero proceso que garantiza un(os) derecho(s) fundamental(es). Y en este último caso tampoco hay, ni mucho menos, acuerdo porque en algunos supuestos se habla de garantía de un nuevo y autónomo derecho fundamental, en otros de una especificación de la intimidad, e, incluso, en otros de un elenco más amplio de derechos⁽²⁾. Trataremos de aclarar en lo que sigue este confuso panorama, que no hace más que

(1) García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pág. 54.

(2) Gozaíni retrata esta situación afirmando que: «el Hábeas Data, dicen algunos, protege el derecho a la intimidad; pero al mismo tiempo, se afirma que la defensa de la privacidad, o de la dignidad humana, o el derecho a la información; o bien, la tutela del honor, o de la propia imagen o perfil de la persona, o el derecho a la identidad, o simplemente acotado a la autodeterminación informativa» [Gozaíni, Osvaldo Alfredo, «La ley argentina de protección de datos personales y Hábeas Data (núm. 25.326). La defensa de la intimidad, el honor y la imagen», en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, 4ª. ed., Porrúa, México D. F., 2003, pág. 2609].

menguar la eficacia tuitiva de los derechos fundamentales por parte de los mecanismos que los diversos ordenamientos establecen al respecto⁽³⁾, aunque bien es cierto que haremos girar nuestra línea argumental en torno al sistema peruano, que es el que ahora nos concierne, y que en fechas recientes ha visto como se aprobaba el Código Procesal Constitucional (en adelante CPC), a través de la Ley N° 28237. Dicho CPC, como se lee en el artículo I de su Título Preliminar, desarrolla los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento, Inconstitucionalidad, Acción Popular y los conflictos de competencia. Su entrada en vigor, en virtud de la Disposición Transitoria Segunda, se produce en seis meses contados a partir de la fecha de su publicación, que tuvo lugar el 31 de mayo de 2004. El CPC deroga expresamente, entre otras leyes, la Ley N° 26301, de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, y la Ley N° 26545, que modificaba parcialmente los procesos de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.

Sin duda, los temas «frontera» como el presente resultan perfectos para homenajear la figura del Prof. García Belaunde pues su obra científica siempre se ha caracterizado por ubicarse en la primera línea de la innovación y del avance del saber, características que todos debemos saber agradecerle. Espero que este trabajo y el presente volumen no sólo sirvan de homenaje sino también de agradecimiento por sus enseñanzas.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

1. Las exigencias de la intimidad

Las nuevas tecnologías digitales presentan un potencial para agredir a la intimidad sin precedentes, por lo que la situación reclama una atención prioritaria por parte del ordenamiento jurídico. El Estado, indica Álvarez-Cienfuegos, debe asumir una posición beligerante en defensa de los derechos de la persona, y permanecer ajeno a la «tensión dialéctica entre consumo de información y defensa de la personalidad»⁽⁴⁾. En la misma línea se mostraba ya hace años la jurisprudencia constitucional española al afirmar que «el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas han obligado a extender (la

(3) No obstante, ya queremos dejar claro desde este momento que la correcta configuración técnico-jurídica del Hábeas Data es como proceso de defensa de determinados derechos relativos a los datos personales (y no de otros derechos). Por lo tanto, se trata de una institución adjetiva cuya conexión con el Derecho Constitucional sustantivo viene a través de los derechos protegidos.

(4) Álvarez Cienfuegos, José María, *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 14.

protección» de la vida privada (Sentencia del Tribunal Constitucional español 110/1984).

Todo ello es particularmente claro en Internet, tal y como tuvimos ocasión de mostrar en otro lugar, por lo que ahora no vamos a volver sobre esta relevante dimensión que aporta la Red de redes a la cuestión que ahora estamos tratando⁽⁵⁾, aunque semeja conveniente al menos recordar que si bien es cierto que Internet supone nuevas amenazas para la intimidad⁽⁶⁾, al mismo tiempo ofrece nuevas vías de protección. He aquí un ejemplo de las contradicciones en las que se mueve el mundo digital.

Ante las nuevas exigencias el derecho a la intimidad, en palabras de Fernández Segado: «ha asumido una dimensión por virtud de la cual ya no se entiende tan sólo en un sentido puramente negativo, de rechazo de la información de extraños en la vida privada (...); bien al contrario ha pasado a tener un contenido positivo»⁽⁷⁾. Sin duda, la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo, lo que tiene una insoslayable conexión con los temas informáticos. El derecho «to be alone» de la jurisprudencia norteamericana, o sea, el derecho a ser dejado solo, se ha visto superado, aunque no por ello, ni mucho menos, eliminado. El enriquecimiento del contenido y de la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad ha dado lugar a la aparición de una dimensión institucional democrática del mismo, puesta de manifiesto, entre otros, por Schmitt Glaeser, que va más allá de su mera consideración como derecho de defensa. Esta dimensión posibilita el desarrollo de la identidad personal, y, por ende, de la actividad social que configura la comunidad y que caracteriza a una democracia viva⁽⁸⁾.

(5) Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2004, en especial págs. 85 y ss.

(6) Por ejemplo: la entrada en el disco duro de una computadora sin consentimiento, la elaboración de perfiles del navegante, la acumulación o transferencia de datos sin consentimiento, la interceptación de comunicaciones, la suplantación de personalidad, el hostigamiento electrónico, el uso indebido de directorios de correo electrónico o de listas de usuarios, la alteración o destrucción de información, el impedimento para acceder a la información, o el acceso a la cuenta del administrador.

(7) Fernández Segado, Francisco, «El régimen jurídico del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», *Derecho-PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 51, Lima, 1997, pág. 9.

(8) Schmitt Glaeser, Walter, «Schutz der Privatsphäre», en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (coords.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik*, Tomo II, Müller, Heidelberg, 1989, pág. 43.

Así las cosas, se ha defendido la aparición de un nuevo derecho fundamental que tiene por objeto la genérica defensa de la personalidad ante el uso de la informática. Un nuevo derecho fundamental que va más allá de un mero mecanismo de garantía al verse desbordada la intimidad por el bien jurídico protegido. De nuevo nos puede ser útil para basar nuestro hilo argumental la posición del Tribunal Constitucional español, que refiriéndose a la previsión del artículo 18.4 de la Constitución española⁽⁹⁾ indica que: «nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona». A lo que añade: «Estamos ante un instituto de garantía de derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos» (Sentencia 254/1993, fundamento jurídico 6º, reiterada en otras).

Este nuevo derecho ha sido llamado por la doctrina tanto «libertad informática», que sería el contrapunto del «poder informático»⁽¹⁰⁾, como «derecho a la autodeterminación informativa»⁽¹¹⁾, expresión que encuentra su origen en la jurisprudencia constitucional alemana en una sentencia de 15 de diciembre de 1983 («informationelle Selbstbestimmungsrecht»). Un derecho fundamental autónomo a «controlar el flujo de informaciones que conciernen a una persona» (Sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1998). Tal derecho es definido por García Belaunde como la capacidad «que tiene cada cual para determinar por sí y ante sí, qué debe hacer en relación con su persona, y vinculado con el mundo informático»⁽¹²⁾. No obstante, parte de la doctrina discrepa con estas posiciones y entiende que estamos ante meras concreciones del derecho a la intimidad o al respeto a la vida privada en el campo de las nuevas tecnologías. Sin embargo, la tendencia que semeja asentarse en el campo doctrinal y positivo es la que defiende la presencia de un derecho fundamental autónomo.

(9) «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

(10) Un nuevo poder de dominio social sobre el individuo, apunta Frosini (Frosini, Vittorio, *Informática y Derecho*, Temis, Bogotá, pág. 109), un poder «nuevo, admirado y temido», destaca Amaya (Amaya, Jorge Alejandro, «El Hábeas Data: una garantía en dos dimensiones», en VVAA, *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Astrea, Buenos Aires, pág. 772).

(11) Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 27 y ss.

(12) García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pág. 55.

El derecho a la intimidad, por lo tanto, tiene particulares exigencias cuando se enfrenta a la informática y a las redes, llegando incluso a propiciar, como vemos, la configuración de un nuevo derecho fundamental, aunque de existencia discutida. Pérez Luño detecta una: «amenaza latente para el ejercicio de las libertades, que obedece a las condiciones en las que se desarrolla la vida colectiva de nuestra época caracterizada por la revolución tecnológica»⁽¹³⁾. La defensa de la intimidad no sólo debe ser vista desde una postura negativa, como posibilidad de reaccionar frente a una invasión, sino también desde una dimensión positiva que permita al sujeto controlar las informaciones que le afecten. La intimidad, en suma, «garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a su familiar, pudiendo imponer a terceros, sean éstos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida» (Sentencia del Tribunal Constitucional español 134/1999). En opinión de Dalla Vía y de Izascum Basterra: «el desarrollo informático y sus innumerables consecuencias en el plano jurídico se incardinan en una problemática que claramente responde a la denominada tercera generación y de protección colectiva»⁽¹⁴⁾. No hay que olvidar, como apunta Cifuentes Muñoz, que el abuso del poder informático no es un privilegio de las sociedades avanzadas ya que: «también, en las menos desarrolladas, el uso del factor tecnológico, descubre sus facetas negativas y despliega su concierto de peligros y amenazas para la libertad, la identidad y la intimidad de las personas»⁽¹⁵⁾.

En el Derecho Comparado podemos encontrar bastantes ejemplos que, de una u otra forma y sin entrar ahora en precisiones adicionales, se mueven en el marco delineado en los párrafos precedentes. Es el caso del artículo 35.1 de la Constitución de Portugal, que tras la reforma que sufrió en 1982 indica que: «todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a los datos informáticos que les conciernen, pudiendo exigir su rectificación y actualización, así como el derecho a conocer la finalidad a que se destinan, en los términos que establezca la ley»; del artículo 18.4 de la Constitución española, ya citado en la nota a pie de página número 9; del art. 5.LXXII de la Constitución de Brasil, que alude a: «asegurar el

(13) Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 6ª. ed., Madrid, 1999, pág. 345.

(14) Dalla Vía, Alberto e Izascum Basterra, Marcela, *Hábeas Data y otras garantías constitucionales*, Némesis, Buenos Aires, 1999, pág. 15. Por ello estos autores consideran el Hábeas Data como una garantía de tercera generación (*ibidem*, págs. 115 y ss.).

(15) Cifuentes Muñoz, Eduardo, «El Hábeas Data en Colombia», *Derecho-PUC. Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 51, 1997, pág. 118.

conocimiento de informaciones relativas a la persona solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público», y a «la rectificación de datos»; del artículo 15.1 de la Constitución de Colombia, que habla del derecho de todas las personas: «a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas»; del artículo 43 de la Constitución argentina, que se refiere al conocimiento de los datos personales y de su finalidad: «que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación» a la posibilidad de «exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos»; del art. 135 de la Constitución de Paraguay, que preceptúa que: «toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad», y que se podrá solicitar «la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos»; del art. 31 de la Constitución de Guatemala, en donde consta que «toda persona tiene el derecho de conocer lo que en ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización»; de la Constitución de Ecuador, que da a toda persona el: «derecho a acceder a los documentos, bases de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito», además de poder solicitar «la actualización de los datos o su rectificación, eliminación y anulación, si fueren erróneos o afectares legítimamente sus derechos»; o del art. 23 de la Constitución de Bolivia, que establece la posibilidad de toda persona de «conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bases de datos públicas o privadas que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos por esta Constitución». Más abajo, al hablar de los derechos protegidos, haremos cierta sistematización de parte de la normativa acabada de citar.

2. La protección de datos (aproximación en abstracto)

Al margen de la polémica doctrinal en torno a la aparición de un nuevo derecho fundamental, la relevancia que se le suele dar a las cuestiones informáticas en el orden de cosas que estamos analizando se reconduce, como ya habrá percibido el lector por las citas de preceptos constitucionales que se ha hecho, a la problemática de la protección de datos, lo que a veces supone un reduccionismo habida cuenta que la temática de la protección de datos, como ya denunciamos en otro

lugar, es «una de las varias que nacen de la interacción entre informática e intimidad y, por tanto, no agota, ni mucho menos, la misma»⁽¹⁶⁾.

Hagamos alguna reflexión adicional a lo dicho, siempre, en este subapartado, desde un punto de vista abstracto, o sea, desligado de un ordenamiento en concreto. En este orden de cosas, se habla de un derecho a la protección de datos personales que se traduce en la potestad de control que una persona tiene sobre el uso que se hace de sus datos personales. El titular de este derecho dispone de un conjunto de facultades referidas a sus datos personales que le permiten imponer a terceros la realización u omisión de ciertos comportamientos. De esta forma, dispondrá del derecho a ser informado, derecho de acceso, derecho de oposición a que los datos sean puestos en circulación o tratados, derecho de rectificación y derecho de cancelación.

Los datos protegidos son todos los de carácter personal, al margen de su carácter íntimo o privado. Ello le aporta al derecho una autonomía que lo desvincula del derecho a la intimidad. Asimismo, hay que sostener que la protección no sólo debe recaer sobre ficheros digitalizados sino que también se tiene que extender a datos registrados en cualquier soporte físico susceptible de tratamiento, aunque no esté informatizado. Es decir, este derecho a la protección de datos nace por las exigencias que dimanen del mundo digital, pero debe tener un ámbito de cobertura más amplio para no dejar fuera manifestaciones no digitales, o sea, analógicas. Si protege lo más sofisticado debe proteger también lo menos. El razonamiento contrario sería ilógico desde el punto de vista jurídico. En este sentido, puede traerse a colación el considerando número 27 de la Directiva de la Unión Europea 95/46 CE, en donde se lee que «la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento automático de datos como a su tratamiento manual». Del mismo modo, hay que entender de manera amplia el concepto de dato personal para reconducirlo a cualquier información relativa a personas identificadas o identificables registrada en un soporte que permita su tratamiento. No obstante, es oportuno reconocer un subtipo de dato personal para otorgarle mayor protección. Nos referimos a la idea de «datos especialmente protegidos» o de «datos sensibles», que serían los relativos a la ideología, la religión o creencias, la vida sexual, la salud o el origen racial. En cambio hay que dejar fuera, por razones de precisión, los datos o informaciones no personales, o sea, no relativas al interesado en cuestión.

En la misma línea de amplitud deben interpretarse otros conceptos implicados, como el de fichero o registro (mera organización de datos personales, independientemente de su manera de crearse y organizarse) o el de tratamiento de

(16) Fernández Rodríguez, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet...*, op. cit., pág. 95.

datos (una operación sobre los datos personales: recogida, grabación, conservación, bloqueo, cancelación, modificación, cesión, etc.) Esta amplitud interpretativa maximizará la protección otorgada por el derecho en cuestión. No obstante, es razonable que los ficheros de uso exclusivamente personal e individual, como los de fines científicos, estén excluidos de este régimen.

El tratamiento de los datos personales debe responder a una serie de exigencias, que se suelen tildar de principios, a saber: el principio de calidad de los datos (los datos que se recojan deben estar actualizados y ser adecuados, pertinentes y no excesivos para el cumplimiento de las finalidades del fichero, en todo caso finalidades explícitas y legales); el principio de información al afectado en la recogida de sus datos personales (el afectado debe ser informado de manera precisa, expresa e inequívoca, entre otras cosas, de la existencia del fichero, de la finalidad para la que se recogen tales datos, de sus destinatarios, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a facilitarlos, de los derechos que le asisten, y de la identidad y dirección del responsable del fichero); el principio de consentimiento; el principio de seguridad de los datos (el responsable del fichero debe garantizar la seguridad de los datos ubicados en el mismo); y principio de responsabilidad por el uso inadecuado de los datos. La correcta aplicación de estos principios reclama la oportuna utilización de los criterios (o principios) hermenéuticos de la razonabilidad y de la proporcionalidad. De igual forma, el responsable del fichero debe mantener el deber de secreto en el tratamiento de los datos, deber que se extiende a los implicados en las diversas fases que puede presentar un tratamiento de datos.

Muchos son los textos normativos que se preocupan por esta concreta temática de la protección de datos, lo que sucede desde hace bastantes años. Ya en 1970 existía normativa en Alemania que regulaba las bases de datos de la Administración (Ley del *Land* de Hesse de 7 de octubre de 1970) y previsiones en Estados Unidos sobre la recogida y transmisión de datos sobre solvencia económica y derechos de los afectados (la *Fair Credit Reporting Act* de 26 de octubre de 1970), previsiones ampliadas y generalizadas con la *Privacy Act* de 1974. En el continente europeo y en el campo de la normativa supranacional podemos citar el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal; la ya citada Directiva 95/46 CE, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de esos Datos; o la Directiva 2002/58, relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas. A nivel interno todos los Estados de la Unión Europea tienen normativa específica de protección de datos, que ahora no vamos a citar por no ser necesaria. Además, en la parte final del apartado anterior, al reco-

ger diversos ejemplos de artículos constitucionales, la casi totalidad de los mismos aludían directamente a la protección de datos (la excepción de los casos mostrados es España, que presenta una redacción más genérica y, por lo tanto, más plausible en este supuesto). Precisamente por ello más arriba criticamos el reduccionismo que se produce al reconducirse la amplia problemática de la interacción entre intimidad o autodeterminación informativa a la mera protección de datos, que sería sólo una parte de aquélla.

Una cosa más de relevancia antes de pasar a otro apartado. En el Derecho Comparado se detectan dos grandes formas de implementar la protección de datos: un modelo primariamente jurisdiccional y un modelo primariamente administrativo. La tradición norteamericana se inclina por la primera opción (desde la *Freedom of Information Act* de 1966 y la *Privacy Act* de 1974), mientras que la europea continental por la segunda con base en unos entes administrativos independientes de vigilancia.

3. Derechos protegidos

Tras la aproximación de índole abstracta que hemos efectuado en los dos apartados anteriores, volcamos ahora la vista al caso peruano, que es el que nos concierne, con la esperanza de que lo mostrado más arriba haya servido al lector de adecuado enfoque situacional y epistemológico.

El artículo 200.3 de la Constitución peruana de 1993 establece como una garantía constitucional «la acción de Hábeas Data, que 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 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución». Por su parte, el artículo 2.5 de dicho Texto reconoce el derecho de toda persona: «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 añade lo siguiente: «Se exceptúan las informaciones que afectan a 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». A su vez, en el artículo 2.6 de la Constitución se lee: «Toda persona tiene derecho (...) a que los servicios informáticos, computerizados o no, públicos y privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

La previsión constitucional de derechos protegidos es criticable tanto por el exceso que se detecta desde cierto punto de vista, como por la parquedad que presenta desde otro punto de vista, aunque el CPC, como veremos más abajo, ha tratado de paliar tal parquedad. Esta paradoja ha sido detectada por la doctrina:

así, Espinosa Saldaña: ve que «dentro de un ordenamiento jurídico donde se consigna una cobertura amplísima y hasta desproporcionada a determinados alcances del Hábeas Data, se manejaría al mismo tiempo una comprensión bastante restringida del que vendría a ser uno de sus principales espacios tuitivos»⁽¹⁷⁾; y Eguiguren Praeli, afirma que: «la regulación del Hábeas Data en la Constitución peruana peca doblemente, en unos casos por excederse y, en otros, por omisiones o carencias»⁽¹⁸⁾.

Enmarcar dentro del proceso de Hábeas Data al derecho a la información que recoge el artículo 2.5 de la Constitución es desmedido y supone confundir los términos y las categorías. En efecto, el derecho a la información debe ser tratado como una dimensión paralela al derecho de información (la ciudadanía tiene derecho a informar y a recibir información) o como un derecho autónomo de acceso a ficheros públicos⁽¹⁹⁾. En el primer caso estaríamos en el ámbito de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo en el predio de los meros derechos constitucionales. Todo ello, entre otras cosas, se conecta con la necesaria construcción de la opinión pública en un sistema democrático, por lo que presenta un muy marcado institucional u objetivo, al margen de sus connotaciones subjetivas. En este sentido, la ubicación de tal derecho dentro de los que protege un mecanismo como el Hábeas Data, que parte del nuevo entendimiento que se hace de la intimidad, es errónea pues lleva a un instrumento construido y pensado desde una óptica subjetiva al terreno objetivo-institucional. El proceso de Hábeas Data debe servir para proteger los datos personales del accionante, no informaciones ajenas a él. No queremos decir, ni mucho menos, que la intimidad y los nuevos derechos autónomos que han nacido de ella no presenten también una vertiente objetiva, que sí la tienen (el ciudadano que sabe que su intimidad esta protegida participa en la vida pública más y mejor), sino que un proceso como el Hábeas Data construido en el Perú y en el Derecho Comparado como un mecanismo de defensa subjetiva, no se articula técnicamente bien con este derecho que trata de configu-

(17) Espinosa Saldaña, Eloy, «El Hábeas Data en el Derecho Comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, 4ª. ed., Porrúa, México D. F., 2003, pág. 2427.

(18) Eguiguren Praeli, Francisco J., «El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú», *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 51, 1997, pág. 293.

(19) En este sentido se encuentra el artículo 105.b de la Constitución española: «La ley regulará (...) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

rar el artículo 2.5 de la Carta Magna. Y decimos trata de configurar porque estamos ante una configuración defectuosa por la misma razón: el constituyente parte de una dimensión primigeniamente subjetiva para la redacción del 2.5, cuando la vertiente que debería imperar es la objetivo-institucional. El proceso de Amparo es el que tendría que usarse para garantizar la previsión del artículo 2.5 de la Constitución. Esta desmesura también la intuye Eguiguren cuando afirma que cabría preguntarse «si la aplicación del Hábeas Data para la protección de este derechos general de acceso a la información pública resulta compatible con la naturaleza y alcances habituales propios de este instituto»⁽²⁰⁾.

Además del referido exceso, la previsión constitucional en este punto también es criticable, como hemos dicho, por su parquedad. En efecto, el artículo 2.6 de la Constitución es demasiado restrictivo: uno, restringe el control a los «servicios informáticos», lo que deja fuera los ficheros analógicos, o sea, los no digitalizados; dos, se limita a las informaciones relativas a «la intimidad personal y familiar», lo que deja fuera datos personales no íntimos; y tres, al ciudadano solo le otorga el poder de impedir el suministro de información, es decir, el derecho de oposición. Esta regulación choca con la teorización abstracta que hemos hecho en el apartado anterior de este trabajo y que estimamos mucho más garantista y, por ende, más suscribible. La protección de datos debe extenderse a ficheros informatizados o no, a todos los datos personales aunque no sean íntimos y conceder un elenco de derechos (información, acceso, oposición, modificación y cancelación, al menos).

El artículo 61 CPC, bajo el rótulo de «Derechos protegidos», desarrolla la previsión constitucional mostrada, pero de una forma un tanto peculiar porque en lo relativo al artículo 2.6 de la Constitución lleva a cabo una auténtica reinterpretación, seguramente para tratar de subsanar el indicado déficit de su contenido. Respecto al derecho que la Carta Magna consagra en el artículo 2.5, el CPC lo concibe como el derecho «a acceder a 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». Reiteramos lo dicho anteriormente: no creemos correcto que el proceso de Hábeas Data deba usarse para tutelar este

(20) Eguiguren Praeli, Francisco J., «El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú», *op. cit.*, pág. 299.

derecho de acceso a la información sino que su procedencia tendría que limitarse a informaciones relativas a la persona que las solicita, o sea, a datos personales.

Con relación al derecho que la Constitución localiza en su artículo 2.5, el CPC lo reelabora de una manera tan importante que hace dudar de que se trate de un verdadero desarrollo de aquel precepto. En efecto, el artículo 61 CPC habla del derecho a: «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 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». Esta redacción ya incluye todo tipo de ficheros o registros, todo tipo de datos personales y el elenco típico de derechos del titular de los datos (el derecho de información y el de acceso se conecta con «conocer», el derecho de oposición con «impedir», el derecho de rectificación con «rectificar», y del derecho de cancelación con «suprimir»). Vemos que las tres críticas que hacíamos más arriba a la regulación constitucional de este derecho las rectifica el CPC, lo cual es positivo pero no deja de mostrar una mala técnica a la hora de diseñar el conjunto del sistema. La solución, sin duda, pasa por la oportuna reforma constitucional.

Antes de la reforma que la Constitución peruana de 1993 sufrió en 1995 (a través de la Ley N° 26470), otro de los derechos protegidos por la vía del Hábeas Data era el conjunto recogido en el artículo 2.7 (honor, intimidad, propia imagen y voz, derecho de rectificación en los medios). Afortunadamente, dicha reforma suprimió la cobertura del Hábeas Data para tal precepto, lo que nos exime de mayores comentarios, sobre todo cuando tal reforma despertó amplio consenso doctrinal y político-social, que incluyó al propio oficialismo parlamentario de aquella época. Esta previsión generaba dudas diversas, sobre todo referidas al peligro de control sobre los medios de comunicación social cual sucedáneo de censura⁽²¹⁾, aunque bien es verdad que algún autor no lo entendía así⁽²²⁾. Esta reforma la precipitó un Hábeas Data interpuesto en 1994 en vía penal por el

(21) Ortecho Villena hablaba de riesgo de «atentados contra la libertad de prensa» (Ortecho Villena, Víctor Julio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Universidad Antenor Orrego, Trujillo, 1994, págs. 203 y ss.) Por su parte, Espinosa Saldaña considera que «pocas equivocaciones como ésta perjudicaron tanto a la credibilidad del Hábeas Data en nuestro país» [Espinosa Saldaña, Eloy, «El Hábeas Data en el Derecho Comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país», *op. cit.*, pág. 2425].

(22) Es el caso de Sigifredo Orbegoso (*vid. Orbegoso, Sigifredo, Historia y Constitución: temas polémicos*, Ediciones Vallejanas, 1995, págs. 296 y ss.

abogado Vladimir Paz De la Barra contra los periodistas Nicolás Lúcar De la Portilla y Roxana Cueva Mejía, asunto que desató, como es sabido, una elevada crispación política.

En el terreno del Derecho Comparado latinoamericano los derechos protegidos más habitualmente son el derecho de acceso o conocimiento (Brasil, Colombia, Argentina, Paraguay, Guatemala, Ecuador, Bolivia) y el derecho de rectificación o actualización⁽²³⁾ (sirven los mismos siete ejemplos mostrados). Menos previsiones reciben el derecho de supresión, destrucción, eliminación o anulación (Argentina, Paraguay, Ecuador, Bolivia), el derecho a conocer la finalidad o propósito del uso de los datos (Argentina, Paraguay, Guatemala, Ecuador), y el derecho a la confidencialidad (Argentina). En ocasiones ciertos derechos o facultades se condicionan a la naturaleza falsa o discriminatoria de los datos (Argentina, para suprimir, rectificar, actualizar o dotar de confidencialidad a dichos datos) o a su naturaleza errónea o atentatoria contra los derechos de la persona (Paraguay, Ecuador).

Estos derechos protegidos en el ámbito latinoamericano se refieren a datos personales en todos los casos salvo Bolivia, en cuya Constitución, como se ha visto *supra*, se habla de datos que afecten a la intimidad y privacidad personal y familiar, imagen, honra y reputación. Este último supuesto es más restringido que el resto que se enmarca en la idea de datos personales, idea genérica que alude sin más a todas las informaciones relativas a una persona y que ya hemos dicho que resulta la correcta. En Paraguay y Ecuador se especifica que la protección se extiende también a datos sobre los bienes de la persona. A su vez, respecto al lugar en dónde se localizan tales datos, se detectan dos grupos: uno minoritario que se refiere a ficheros o registros públicos (Brasil, Guatemala); y otro mayoritario que alude a ficheros tanto públicos como privados (Colombia, Argentina, Paraguay, Ecuador, Bolivia⁽²⁴⁾).

III. ASPECTOS ADJETIVOS

1. Diversas opciones teóricas

Como acabamos de ver, el progreso ha planteado nuevas exigencias a la intimidad, hasta tal punto que se defiende la existencia de un derecho fundamental

(23) Entendemos que el derecho de rectificación ya incluye el de actualización, pero no al revés. En el supuesto de la Constitución de Guatemala se habla también del derecho de corrección de los datos, lo cual también se incluiría en el derecho de rectificación.

(24) No obstante, los registros privados se someten en Argentina y en Paraguay a una característica (registros privados destinados a proveer informes en el supuesto argentino y registros privados de carácter público en el caso paraguayo).

autónomo que protege a la persona frente al tratamiento de datos, sobre todo en su modalidad digital. Sea ello un verdadero derecho fundamental o sea un aspecto de la intimidad, resulta imprescindible articular los oportunos mecanismos adjetivos que le den eficacia. Una mera declaración teórica de corte sustantivo o material de poco serviría si no se corresponde con una dimensión adjetiva o procesal, que es la que permitirá responder de forma eficaz ante las agresiones y vulneraciones. Ello no es más que consecuencia de la lógica del Derecho y de su ineluctable búsqueda de eficacia. El aforismo «where there es no remedy there is no right» ilustra lo que acabamos de decir. Como afirma Rivera Santiváñez: «al crear el derecho sustantivo debe buscarse o crearse su parte adjetiva que lo proteja, es decir, crear una vía procesal de carácter instrumental para su protección efectiva»⁽²⁵⁾. No obstante, recuerda García Belaunde, las constituciones latinoamericanas calificaron: «como garantías constitucionales a lo que en rigor eran derechos de la persona», lo que provocó la reacción doctrinal para apuntar que tales previsiones no eran en realidad garantías, «pues por sí solas no garantizaban nada». De esta forma, a mediados del siglo XX, se empezó a distinguir entre derechos fundamentales o humanos y garantías constitucionales, que serían los instrumentos de tipo procesal como el Amparo, que en realidad son procesos constitucionales⁽²⁶⁾.

Ante esta tesitura, superados los errores terminológicos señalados, y generalizando, en el tema que ahora nos ocupa dos han sido las respuestas a nivel constitucional adjetivo en América Latina: el uso de los procesos genéricos de defensa de los derechos fundamentales para proteger la problemática de la protección de datos, o la habilitación de un proceso específico para ello. En ambos casos se parte, como recuerda Espinosa Saldaña, de: «una concepción de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos»⁽²⁷⁾. La primera opción lleva a utilizar el proceso de Amparo con esta finalidad y la segunda a implementar el Hábeas Data. Así las cosas, el proceso de Hábeas Data garantiza el poder que ostenta una persona sobre la información relativa a sí misma. Este poder se desdobra en diversos aspectos, como ya hemos visto.

(25) Rivera Santiváñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª. ed., Kipus, Cochabamba, 2004.

(26) García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pág. 56. Estas ideas también se pueden encontrar en su trabajo titulado: «Sobre el Hábeas Data y su tutela», *Derecho-PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, num. 51, diciembre, 1997, págs. 50 y ss.

(27) Espinosa Saldaña, Eloy, «El Hábeas Data en el Derecho Comparado y el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país», op. cit., pág. 2410.

Inclinarse por una u otra opción (proceso genérico o proceso específico) dependerá de cómo se concluya el análisis que gira en torno a la siguiente pregunta: ¿la problemática de la protección de datos o de la autodeterminación informativa tiene las suficientes especificidades como para justificar la existencia de una vía procesal constitucional de defensa *ad hoc*? La respuesta creemos que es negativa pues lo operativo semeja la existencia de un único proceso constitucional de defensa de los derechos fundamentales, del cual conocerá el órgano u órganos de justicia constitucional. Ello resulta claro en algunos supuestos del continente americano donde se percibe que el proceso de Amparo cubre perfectamente los fines del Hábeas Data. García Belaunde ve correcta esta posición desde el punto de vista teórico, en la que, admitida la existencia de un nuevo derecho a la autodeterminación informativa: «era suficiente extenderle un manto tuitivo ya existente, que, como en el caso peruano, es clarísimo»⁽²⁸⁾. Sin duda, y tomando las palabras de Espinosa Saldaña, uno de los principales cuestionamientos del Hábeas Data es: «la pertinencia de mantenerle como una vía procesal distinta al Amparo»⁽²⁹⁾. Como apunta Sagüés, si el Amparo en un país concreto: «cuenta con un trámite expeditivo y útil, en esta misma medida decrece la necesidad de crear un sistema singular para el Hábeas Data»⁽³⁰⁾. En fin, Eguiguren es rotundo respecto al caso peruano: «Considero que su existencia (del Hábeas Data) como garantía o proceso constitucional carece de suficiente justificación, pues no pasa de ser una suerte de «Amparo especializado» para la defensa de ciertos derechos», por lo que conviene «efectuar la supresión del Hábeas Data del elenco de las garantías constitucionales»⁽³¹⁾.

Una opción intermedia ante la polaridad planteada en el párrafo precedente es convertir el Hábeas Data en una especialidad dentro de un proceso ya existente. En este sentido, en Argentina desde 1994 su finalidad la cubre un Amparo especial⁽³²⁾

(28) Sin embargo, dicho autor comprende que en América Latina, ante la pérdida de fe en el legislador, haya surgido el mito de la Constitución, que provoca la incorporación del Hábeas Data en las constituciones a partir el ejemplo de Brasil en 1988 (García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, *op. cit.*, págs. 57-58).

(29) Espinosa-Saldaña, Eloy, «El Hábeas Data en el Derecho Comparado y el Perú...», *op. cit.*, pág. 2416.

(30) Sagüés, Néstor Pedro, «El Hábeas Data argentino», *Derecho-PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 51, 1997, pág. 187.

(31) Eguiguren Praeli, Francisco J., «El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú», *op. cit.*, pág. 308.

(32) Sin embargo, Dalla Vía e Izascum entienden que el motivo de ser un subtipo de Amparo puede deberse a que la regulación «no podía ser introducida de otra manera» dado que

y en Colombia integra la tutela⁽³³⁾. En cambio, proceso de Hábeas Data lo encontramos, por ejemplo, en Brasil (Constitución de 1988), en Bolivia (artículo 23 de la Constitución⁽³⁴⁾), en Paraguay (1992) o en Perú (1993). Como se percibe, es el caso brasileño el que inaugura una previsión constitucional de este tipo tomando como fuente la Ley N° 824 del Estado de Río de Janeiro, ley datada en 1984. Según De Abreu Dallari, el origen del Hábeas Data brasileño está ligado a las circunstancias política establecidas con el golpe militar de 1964 y alteradas con la búsqueda de la restauración democrática a través de una nueva Constitución en los años 1987 y 1988⁽³⁵⁾.

Este desarrollo del Hábeas Data, sea como categoría autónoma o como modalidad de Amparo con finalidades específicas, ha dado lugar ya a aportes doctrinales que tratan de ahondar en sus elementos estructurales. Es el caso de Sagüés que disecciona los diversos subtipos de Hábeas Data, a saber: informativo (exhibitorio, finalista y autoral), aditivo, rectificador o correctivo, reservador, y exclutorio o cancelatorio⁽³⁶⁾. Como se ve esta clasificación se construye con base en las potestades que se conceden al individuo que ejercita el Hábeas Data.

Decíamos que no semeja procedente el proceso de Hábeas Data como proceso constitucional por la conveniencia de que haya un único proceso constitucional de defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, a nivel infraconstitucional si puede ser útil que, si las características del derecho fundamental de que se trata así lo aconsejan, existan varios procesos de defensa, al margen de que también puede ser oportuno la presencia de un genérico proceso

no se encontraba contemplada en el art 3, denominado «núcleo de coincidencias básicas», de la Ley 24309 que declaro la necesidad de reforma (Dalla Vía, Alberto e Izascum Basterra, Marcela, *Hábeas Data y otras garantías constitucionales*, op. cit., pág. 104).

(33) Cifuentes Muñoz asevera que la Acción de Tutela «se caracteriza por su probada eficacia para defender la efectividad de los derechos fundamentales» (Cifuentes Muñoz, Eduardo, «El Hábeas Data en Colombia», op. cit., pág. 128).

(34) Vid. Rivera Santibáñez, José Antonio, *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, op. cit., págs. 441 y ss.

(35) De Abreu Dallari, Dalmo, «O Hábeas-Data no sistema jurídico brasileiro», *Derecho-PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 51, 1997, pág. 95. Un par de páginas más adelante este autor ve como perfectamente comprensible que en el momento en que surgió la posibilidad de restauración de protección judicial de los derechos se imaginara la creación de un instrumento especial para romper el silencio de los datos existentes en manos de las autoridades de «seguridad» y para la corrección de los errores y de las falsedades constantes de cualquier registro público.

(36) Sagüés, Néstor Pedro, «Subtipos de Hábeas Data», *Jurisprudencia argentina*, 20 de diciembre de 1995.

ordinario de defensa, aunque ello estará en función del modelo de justicia constitucional que nos encontremos en el ordenamiento de referencia⁽³⁷⁾. Así las cosas, por ejemplo, la libertad personal y la autodeterminación informativa si ostentan rasgos específicos que hacen pertinente la existencia, respectivamente, de Hábeas Corpus y de Hábeas Data, pero siempre a nivel infraconstitucional, es decir, sin catalogarlo como un verdadero proceso constitucional (aunque este previsto en la Carta Magna, lo cual es otra cuestión). De este modo, el Hábeas Data no tendría que ser un instituto del denominado Derecho Procesal Constitucional.

Al margen de lo reseñado otra opción teórica es, claro está, no prever a nivel jurisdiccional ni mecanismos genéricos (proceso constitucional genérico de defensa de derechos) ni específicos para responder a la problemática que estamos contemplando. Ello no significa renunciar a su tutela ya que podemos estar ante vías administrativas de protección, que en diversos países europeos se han demostrado muy eficaces a través de la actuación de entidades independientes. Esta opción es particularmente interesante desde la perspectiva de un control de tipo preventivo. Sin embargo, y reconociendo la utilidad de estas vías administrativas de protección (que no parecen despertar mucho interés en los poderes públicos de la América hispana), cuando de por medio está la garantía de un derecho fundamental siempre debe existir una vía posterior de índole jurisdiccional, que será de tipo represivo, lo que también sucede en el Viejo Continente. De este modo, el remedio jurisdiccional sería el excepcional quedando para la tutela administrativa el escenario de control principal, en el que se llevarían a cabo tareas de lo más diverso, como el registro de ficheros existentes o la supervisión de su uso.

2. Naturaleza y normativa aplicable

La opción en Perú ha sido establecer un proceso constitucional *ad hoc* denominado Hábeas Data, que presenta en el nivel constitucional una dimensión, por un lado, más amplia respecto a lo que es su configuración típica en el marco doctrinal y de Derecho Comparado, y, por otro, más estrecha, cuestiones ambas a las que ya nos hemos referido al hablar de los derechos protegidos. El fin genérico de los procesos constitucionales del CPC es «garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales» (artículo II del

(37) En un modelo concentrado como el español si es operativa esta opción, pero en uno difuso, mixto o dual no lo será pues se solaparan el proceso constitucional y el proceso ordinario, lo que generara ineficacia en la labor de garantía (por motivos de simplicidad acogemos en este momento la distinción clásica de modelos de justicia constitucional, aunque la entendemos superada, *vid.* Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 32 y ss.)

Título Preliminar CPC). En concreto, el proceso de Hábeas Data, parafraseando al artículo 1 CPC, tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales contenidos en los artículos 2.5 y 2.6 de la Carta Magna, «reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación» de tales derechos.

La Constitución peruana en su artículo 200 tilda el proceso de Hábeas Data de «garantía constitucional», expresión desafortunada pues puede dar lugar a confusión, por lo que hubiera sido mejor que aludiera a procesos. Su naturaleza de *proceso* determina su carácter jurisdiccional y, por lo tanto, la presencia de los rasgos característicos de la jurisdicción (competente un órgano jurisdiccional que, por ello, resuelve a instancia de parte aplicando un razonamiento jurídico, en posición de tercero imparcial, y con base en el principio de contradicción).

La normativa aplicable al proceso de Hábeas Data está conformada por los artículos constitucionales 2.5 y 6, 200.3 y 202.2; el Título IV CPC y otras partes de dicho Código (el Título Preliminar, el Capítulo II del Título III –al que remite el artículo 65- y el Título XI); y el Código Procesal Civil en las medidas cautelares (artículo 15 CPC) y en los costos (artículo 56 CPC).

Esta naturaleza, la de proceso, es la correcta para una figura como el Hábeas Data si atendemos al proceso de su configuración. No es pues un derecho como ha señalado algún autor y cierta jurisprudencia⁽³⁸⁾. Diferenciar con precisión entre lo que son los derechos sustantivos, como los derechos fundamentales, y los diversos mecanismos de garantía, entre los que se encuentran las acciones procesales, redundan positivamente en la eficacia y vigencia de tales derechos fundamentales.

3. Legitimación y procedencia

La *legitimación activa* recaerá en la persona que vea afectado alguno de los derechos protegidos por el Hábeas Corpus. El problema interpretativo se plantea con el alcance de la categoría de persona y la determinación de si incluye tan sólo a las personas físicas o también se extiende a las personas jurídicas. La ausencia de precisiones al respecto en el Derecho Positivo aconseja extender la legitimación también a las personas jurídicas pues donde la legislación no introduce restricciones, éstas no deben incluirse vía interpretativa.

La *legitimación pasiva* le pertenece a quien amenace o viole los derechos protegidos. En el caso del Hábeas Data serán las autoridades, funcionarios o per-

⁽³⁸⁾ Así, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia T-008-93, de 18 de enero, afirma que el Hábeas Data: «no es otra cosa que el derecho que tienen todas las personas a conocer; actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas».

sonas (físicas o jurídicas) titulares, responsables o gestores de los ficheros o registros donde se localice el dato o la información objetada o reclamada por el demandante. El artículo 63 CPC alude a «demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos». Los diversos agentes implicados en la configuración de un fichero pueden violar los derechos protegidos, por lo que contra todos ellos hay que permitir que se accione con el Hábeas Data (productor, gestor o distribuidor).

En cuanto a su procedencia y admisión hay que señalar que este proceso se sustanciará cuando se amenacen o violen los derechos protegidos «por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona» (artículo 2 CPC). La invocación de amenaza de violación supone un plus en la argumentación del demandante ya que deberá probar que «es cierta y de inminente realización» (artículo 2 CPC).

La naturaleza subsidiaria del proceso exige que el titular del derecho reclame antes. Si no obtiene respuesta positiva podrá acudir a la vía del Hábeas Data. En efecto, el artículo 62 CPC establece como requisito «especial de la demanda» y para la procedencia del Hábeas Data que «el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos» protegidos, y que el «demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) de la Constitución». «Excepcionalmente —continúa el artículo 62 CPC— se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, el que deberá ser acreditado por el demandante». No obstante, y al margen de este requisito, no será necesario agotar la vía administrativa.

El Juez puede calificar la demanda de manifiestamente improcedente, lo que necesariamente requerirá fundamentación (artículo 47 CPC). Esta calificación genera el rechazo liminar de dicha demanda. La demanda también puede ser declarada inadmisibile, lo que abre un plazo de tres días al demandante para que subsane la omisión o defecto (artículo 48 CPC). En todo caso, esta resolución es apelable.

La puesta en marcha del proceso puede traer consigo la adopción de *medidas cautelares*, como la suspensión de la distribución del dato objetado, medidas que tienen que ser solicitadas y que admiten apelación. Su previsión expresa para el Hábeas Data se localiza en el artículo 15 CPC, que, entre otras cosas, exige «aparición de buen derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión». Además, «se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo».

Lógicamente, «su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final». Cuando sea necesario completar la regulación del CPC en este punto se acudirá, por previsión del propio artículo 15 CPC, como Derecho supletorio al Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636, y 642 al 672.

La medida cautelar se extinguirá cuando la resolución del proceso adquiera la autoridad de cosa juzgada, teniendo en cuenta que si esta resolución es estimatoria se conservarán los efectos de la medida cautelar, «produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva» (artículo 16 CPC). Los efectos de tal medida ejecutiva permanecerán «hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el Juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución» (*ibidem*).

4. Órgano competente

La competencia sobre los procesos constitucionales la ostenta el *Poder Judicial* y el *Tribunal Constitucional* (artículo IV del Título Preliminar CPC).

La competencia dentro del Poder Judicial le corresponde al Juez Civil. La concreción del mismo vendrá de la elección del demandante entre tres posibilidades: el Juez civil del lugar donde el derecho se vio afectado, o del lugar del domicilio del afectado, o del lugar del domicilio del autor de la infracción (artículo 51 CPC, precepto aplicable tanto al proceso de Amparo como al de Hábeas Data).

El Tribunal Constitucional conocerá, «en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias» de los procesos de Hábeas Data (artículo 202.2 de la Constitución), lo que se reitera en el párrafo cuarto del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301). Esto significa que la primera instancia siempre recalará en el Poder Judicial y que las resoluciones estimatorias no llegan al Tribunal Constitucional. Estamos ante un filtro correcto si de lo que se trata es de evitar la saturación de este último. Otra opción que se podía haber barajado es establecer una especie de *certiorari* y permitir que el Tribunal seleccionase los casos que revisara. La defensa de los derechos fundamentales es, desde el punto de vista teórico, uno de los grandes contenciosos constitucionales. En este sentido se puede afirmar, como ya dijimos en otro lugar, que: «la historia de la protección de los derechos fundamentales se halla ligada a la de la justicia constitucional»⁽³⁹⁾, de ahí la fortuna de la expresión que acuñó Cappelletti:

⁽³⁹⁾ Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, op. cit., pág. 72.

jurisdicción constitucional de la libertad⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, la protección que un Tribunal Constitucional otorga a los derechos fundamentales debe ser indirecta, en tanto en cuanto es aconsejable que intervengan de manera extraordinaria, tan sólo después de que otros entes (por lo general, los jueces ordinarios) han intentado llevar a cabo semejante protección y ésta se ha resuelto de manera infructuosa o sin la satisfacción del afectado. Ello es necesario para asegurar la agilidad de este tipo de tribunales. De ahí lo oportuno que resulta introducir un mecanismo efectivo de filtrado de casos.

5. Desarrollo del procedimiento

Los procesos constitucionales que desarrolla el CPC se ajustan, según consta en el artículo III de su Título Preliminar, a los: «principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales». Asimismo, los órganos competentes, jueces y Tribunal Constitucional, deben impulsar de oficio los mismos y «adecuar la exigencia de las formalidades» para el logro «de los fines de los procesos constitucionales».

El proceso de Hábeas Data, al igual que el resto de procesos constitucionales, se tramitará con preferencia (artículo 13 CPC).

El fin de la agresión o de la amenaza al derecho tutelado antes de la finalización del procedimiento no lo paraliza pues, en ese caso, el Juez, al igual que si la agresión deviene en irreparable, «atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas» en el artículo 22 CPC (artículo 1° CPC).

El procedimiento de Hábeas Data, en virtud del artículo 65 CPC, es el mismo que el previsto para el proceso de Amparo, salvo en lo que concierne a la presencia de abogado, que será facultativa. Esta similitud con el Amparo redundará en lo que decíamos más arriba respecto al poco sentido de mantener una garantía constitucional específica como el Hábeas Data cuando hay Amparo (de lo que se trataría es de hacer un Amparo eficaz y expeditivo). De todos modos, dicho precepto también establece que «el Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso», lo que no resulta muy correcto desde la óptica de la seguridad jurídica habida cuenta la formulación tan genérica de semejante previsión.

(40) Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà (primo studio sul ricorso costituzionale)*, Giuffrè, Milan, 1955.

En virtud de esta remisión al procedimiento de Amparo, la demanda debe presentar un contenido mínimo, que es el siguiente (artículo 42 CPC): designación del Juez ante quien se interpone; nombre, identidad y domicilio procesal del demandante; nombre y domicilio del demandado; la relación numerada de los hechos que se hayan producido o estén en vías de producir la agresión del derecho; los derechos que se consideran violados o amenazados; la determinación clara y concreta de lo que se pide; y la firma del demandante o de su representante o de su apoderado (y la del abogado si es que se opta por su intervención).

El plazo de interposición de la demanda es de sesenta días hábiles desde que se ha producido la afectación del derecho, siempre, eso sí, que: «el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda» (artículo 44 CPC). En otras circunstancias, el plazo se computará «desde el momento de la remoción del impedimento».

La admisión de la demanda por parte del Juez abre el plazo de cinco días para que el demandado conteste. «Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización» (artículo 53 CPC). También hay que tener en cuenta que si: «se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días» (*ibidem*). Como se ve estamos ante plazos cortos que tratan de dar una rápida satisfacción al derecho presuntamente afectado. Asimismo, y respondiendo a idéntica teleología, el Juez puede realizar «las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes» (*ibidem*). Incluso, «puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios» (*ibidem*). En ese caso, el Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo máximo de cinco días desde que concluya esta.

El trámite del recurso de apelación se ubica en el artículo 58 CPC, precepto propio del proceso de Amparo que también es aplicable al Hábeas Data.

Respecto a la cuestión de la acumulación existe, esta vez sí, una previsión específica para el Hábeas Data: «Tratándose de la protección de datos personales podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones» (artículo 64 CPC).

6. Sentencia

La sentencia que resuelve el proceso de Hábeas Corpus debe contener los puntos que señala el artículo 17 CPC: identificación del demandante; identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza o viola-

ción; la determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado; la fundamentación que conduce a la decisión adoptada; y la decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto. Si la sentencia declara fundada la demanda su contenido está más especificado por el artículo 55 CPC, que exige que presente alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado; declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación; y orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia. Al margen de ello, y en consonancia con la búsqueda de una plena satisfacción del derecho fundamental, el Juez tiene margen de maniobra para establecer los demás efectos de la sentencia que reclamen las características del caso concreto.

La sentencia estimatoria implica la imposición de costas y costos al demandado. En cambio, la sentencia desestimatoria puede suponer la condena al demandante al pago de costas y costos si se estima que «incurrió en temeridad manifiesta» (artículo 56 CPC). La sentencia podrá ser apelada dentro del plazo de tres días contados desde su notificación (artículo 57 CPC). La sentencia firme que declara fundada la demanda debe ejecutarse a los dos días de su notificación en virtud del artículo 59 CPC.

Con relación al tema de la ejecución existe una previsión específica para el proceso de Hábeas Data localizada en el artículo 63 CPC, bajo el rótulo de «ejecución anticipada». En virtud del mismo, «de oficio o a pedido de la parte reclamante y en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar sentencia, el Juez está autorizado para requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente». Esta resolución del Juez debe otorgar un plazo máximo de tres días útiles para cumplir el requerimiento.

Las resoluciones denegatorias de Hábeas Data recurridas ante el Tribunal Constitucional tienen un plazo máximo de treinta días para ser resueltas (artículo 20 CPC). Ante un vicio procesal que el Tribunal Constitucional detecte en la resolución impugnada, la respuesta es la anulación de la misma y la retroacción del trámite al momento inmediato anterior a la producción de dicho vicio, salvo que tal vicio solamente alcanzase a la resolución impugnada, en cuyo caso el

Tribunal Constitucional la revocará y se pronunciará sobre el fondo (de nuevo artículo 20 CPC).

Contra la resolución desestimatoria de segundo grado procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, para cuya interposición hay un plazo de diez días contados a partir de la notificación de aquélla (artículo 18 CPC). A su vez, la resolución denegatoria de este recurso de agravio es susceptible de recurrirse en queja. Este recurso de queja, según establece el artículo 19 CPC, se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de aquélla. Para la resolución de este recurso de queja el Tribunal posee diez días.

En virtud del artículo 6 CPC: «en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo». Es este un precepto impreciso, como tantos otros existentes en el Derecho Comparado sobre la cosa juzgada, que no distingue entre cosa juzgada en sentido *material* y *formal*, y entre cosa juzgada en sentido *absoluto* y *relativo*. Semeja que el citado artículo hace referencia a cosa juzgada en sentido absoluto. Cuando la sentencia la dicte el Tribunal Constitucional y esta adquiera la autoridad de cosa juzgada constituirá: «un precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo» (artículo VII del Título Preliminar CPC). El legislador parece haberse excedido con la expresión «efecto normativo», habiendo sido tal vez más oportuno recurrir a la precisión de los efectos *erga omnes* y de vinculatoriedad de la propia decisión.

A la hora de dictar la sentencia el órgano competente debe tener en cuenta la previsión del artículo V del Título Preliminar CPC, en donde se recoge un criterio hermenéutico ya extendido en el Derecho Comparado: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

Aunque la parquedad de la regulación no concreta muchos extremos, es evidente que a la hora de dictar la resolución el Juez o el Tribunal Constitucional deben actuar con precisión y aplicar correctamente el principio de proporcionalidad, con sus elementos de idoneidad, necesidad y ponderación, sobre todo cuando se produzca un conflicto con la Seguridad del Estado. En todo caso hay que tener presente que parte de las razones que llevan a la instauración del Hábeas Data buscan proteger a los ciudadanos precisamente frente a los registros de los organismos de inteligencia y seguridad.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

El CPC, como se ha visto, desarrolla las previsiones de la Constitución de 1933 en lo referente al proceso de Hábeas Data (artículo 200.3), un proceso constitucional *ad hoc* de garantía de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 2.5 y 2.6 de dicha Carta Magna. Las previsiones constitucionales le dan a la figura una configuración, por un lado, desmedida, y, por otro, parca, lo que le hace perder los perfiles que debería presentar desde un punto de vista técnico-jurídico. Esta amplitud viene por la inclusión entre los derechos protegidos del acceso a la información, al tiempo que la estrechez es producto de una protección de datos limitada a ficheros informáticos, restringida a datos íntimos y constreñida por el parco reconocimiento de facultades en favor del ciudadano. Tal situación es claramente insatisfactoria por lo que lo más oportuno sería reformar la Constitución para ampliar el escasísimo 2.6 y para retirar de la órbita del Hábeas Data el 2.5. El CPC ha tratado de mejorar el ámbito de cobertura de los derechos protegidos sometiendo, en el artículo 61 y como ya se ha visto, a una reinterpretación los derechos del precepto constitucional 2.6, lo cual, sin duda, mejora su operatividad. No obstante, la posición más plausible es llevar a cabo la aludida reforma de la Carta Magna, para lo cual se puede seguir la línea que marca el CPC.

A nivel infraconstitucional también mejoraría el tono general de la problemática la aprobación de una ley de protección de datos que abarcase el elevado número de cuestiones que el tema presenta y que en gran parte son independientes del Hábeas Data. Ello ya está sucediendo en algún país de América Latina, como Argentina (Ley N° 25326, Ley de Protección de Datos) o Chile (Ley N° 19628, sobre Protección de la Vida Privada), a los que hay que sumar alguno más en los que se localizan proyectos o propuestas legislativas sobre la materia (Costa Rica, México, Uruguay). Varios de estos textos siguen la legislación española, hoy localizada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Este apartado final reclama una nueva reflexión teórica. La problemática de la interacción entre intimidad/privacidad y la tecnología digital es de amplio calado y necesita una aproximación desde diversas perspectivas. Desde este aspecto teórico, el modelo podría ser el siguiente: a nivel constitucional sustantivo, recoger el derecho a la intimidad y otros derechos hoy ya autónomos y que se han derivado del mismo⁽⁴¹⁾; a nivel constitucional adjetivo, un único proceso de ga-

(41) Aludimos al derecho al secreto de las comunicaciones (las comunicaciones se protegen aunque no sean ni íntimas ni privadas), a la inviolabilidad del domicilio (también debe

rantía (extraordinaria) de derechos fundamentales ante el órgano de justicia constitucional⁽⁴²⁾; a nivel infraconstitucional, pueden preverse diversos procesos de protección de derechos si así lo justifica la especificidad del mismo (Hábeas Corpus, Hábeas Data), pero semeja oportuno que en todo caso exista en este nivel un proceso genérico de defensa (ordinaria) de derechos fundamentales (si estamos, claro esta, en un modelo concentrado de justicia constitucional pues de otra forma podría haber solapamiento entre proceso constitucional y ordinario). Al lado de todo ello es eficaz que haya agencias administrativas independientes para llevar a cabo una labor tuitiva más rápida y pragmática, que no empece la vía jurisdiccional. Es el caso de órganos tan conocidos como la Agencia de Protección de Datos española y el Consejo Nacional de la Informática y de las Libertades (CNIL) francés. Incluso, en España también hay agencias de protección de datos en alguna Comunidad Autónoma (en Madrid y en Cataluña).

Sin embargo, el referido esquema, al ser teórico, desconoce la realidad de cada contexto. En América Latina es explicable que a nivel constitucional adjetivo se recojan como tales distintos procesos de protección de derechos fundamentales ya que el contexto así lo determinó. Nos referimos, por ejemplo, a la salida de las dictaduras. El Derecho no deja de ser producto de su tiempo y de su realidad (y de esta forma, por otra parte, debe ser). No obstante, futuras reformas sí pueden servir para ofrecer una visión más global y racionalizada de la problemática que se acerque al modelo por nosotros propuesto en el párrafo anterior. Sea como fuere, lo importante es que, por un lado, se reconozcan los derechos fundamentales, y, por otro, que se establezcan los oportunos mecanismos para su defensa. Si ello es así, la situación es plenamente satisfactoria, aunque resulte mejorable desde la visión que aporta la arquitectura constitucional.

cubrir el domicilio electrónico), y a la autodeterminación informativa (los datos se protegen aunque no sean íntimos ni privados).

⁽⁴²⁾ La competencia en manos del órgano de justicia constitucional es la que determina el carácter constitucional de ese proceso ya que la previsión a nivel constitucional no le da esa naturaleza constitucional en sentido estricto, sí en sentido laxo, por ello no propio de la técnica del Derecho Constitucional.

LENY PALMA ENCALADA

EL PROCESO DE HÁBEAS DATA EN EL DISEÑO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

LENY PALMA ENCALADA (*)

SUMARIO: I. A modo de introducción. **II.** Trascendencia del Hábeas Data a partir de los derechos constitucionales que tutela. **III.** Cuestionamientos al Hábeas Data como proceso autónomo. **IV.** Tipos de Hábeas Data. Viabilidad de su reforzamiento como proceso autónomo. **V.** Aciertos del Código Procesal Constitucional en la regulación del Hábeas Data. Diferencias con la Ley N° 26301. **VI.** Algunas consideraciones sobre las deficiencias advertidas en la regulación del Hábeas Data en el Código Procesal Constitucional.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo, se orienta a precisar algunas consideraciones sobre el hoy denominado proceso de Hábeas Data, no tanto desde una perspectiva conceptualizadora o meramente descriptiva, sino más bien desde el punto de vista de su importancia, de su eficacia, y de algunos de los problemas que conlleva la regulación de las instituciones implícitas en ella; todo ello enfocado dentro de la lógica que plantea el Código Procesal Constitucional recientemente promulgado y pronto a entrar en vigencia⁽¹⁾.

(*) Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) El Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N° 28237, entrará en vigencia, conforme lo establece su Segunda Disposición Transitoria, a los seis meses de su promulgación.

II. TRASCENDENCIA DEL HÁBEAS DATA A PARTIR DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE TUTELA

Conforme lo establece el Art. 200° inciso 3) de la Constitución Política de 1993, el proceso de 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° incisos 5 y 6 de la Constitución».

Aunque cabe recordar que en el texto original de la citada Constitución, también se establecía que entre los derechos susceptibles de protección, figuraban los reconocidos en el inciso 7), del referido Artículo 2°, bien pronto y como es de conocimiento general, se efectuaría una modificación por conducto de la Ley N° 26470 del 12 de Junio de 1995 (dicho sea de paso, la primera reforma constitucional), la misma que terminaría por excluir del ámbito de protección del Hábeas Data los derechos al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar y el derecho de rectificación, los mismos que ahora forman parte de la enumeración de derechos que tutela el amparo; por lo que a la fecha el Hábeas Data, al menos en nuestro ordenamiento nacional y en perspectiva compartida en la mayor parte de los países latinoamericanos⁽²⁾, se encuentra orientado a la protección de los derechos reconocidos en los incisos constitucionales anteriormente mencionados y que son concretamente, los relativos al derecho de acceso a la información y al derecho a la autodeterminación informativa.

Lo dicho quiere significar que desde su modificación en la Constitución de 1993, y lo que ahora desarrolla de mejor manera el artículo 61° del Código Procesal Constitucional (al que luego nos referiremos) quedan superadas, las deficiencias de concepción en torno de dicho proceso, sobre todo en lo que respecta a la autodeterminación informativa; siendo indiscutible que sólo son dos derechos (los ya mencionados) los que conforman el ámbito de protección tutelado por el hábeas data.

Desde la perspectiva descrita procede delimitar el contenido elemental de ambos derechos y la importancia que le es consustancial a fin de comprender de

(2) Al respecto, el artículo 5°, LXXII de la Constitución de la República Federal del Brasil de 1988 (que, dicho sea de paso, fue la primera en América Latina en establecer la denominación de hábeas data) dispone la procedencia de dicho proceso:

a) Para asegurar el conocimiento de las informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por proceso secreto, judicial o administrativo».

mejor manera la trascendencia y justificación en la existencia de un proceso constitucional como el hábeas data.

El derecho de acceso a la información, en primer término, puede ser entendido como aquella facultad que tiene toda persona de conocer la información considerada disponible, dentro del contexto de lo que se entiende por información pública y fuera de las excepciones razonablemente establecidas (intimidación personal, seguridad nacional, materias sometidas a reserva legal). Su trascendencia radica en que la persona puede tener acceso a toda información que se encuentra en cualquier entidad estatal⁽³⁾ y de este modo intervenir en los asuntos públicos, formarse una opinión y participación informada en la actividad estatal, fiscalizar la gestión pública e incluso participar en la toma de decisiones, eliminando de alguna forma, los elementos generadores de corrupción a la par que fomentando el conocimiento en el adecuado manejo de los recursos públicos y la transparencia de la gestión pública.

El derecho a la autodeterminación informativa⁽⁴⁾ se traduce, por otra parte, en aquella facultad que tiene toda persona para poder preservar y disponer de todo dato directamente concerniente a ella, en resguardo de sus demás derechos constitucionales. Su importancia en lo esencial, reside en que a través del mismo no sólo se garantiza que todo individuo sea capaz de controlar el tipo de datos que

(3) Debemos entender por entidades de la Administración Pública, al menos en lo que respecta a nuestro ordenamiento nacional, aquellas señaladas en el artículo II del T.P. de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; la misma que comprende a:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y organismos públicos.
2. El Poder Legislativo.
3. El Poder Judicial.
4. Los Gobiernos Regionales.
5. Los Gobiernos Locales.
6. Los organismos a los que la CP y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se considera sujetas a las normas comunes de Derecho Público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen.
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

(4) Esta denominación ha sido recogida por nuestro ordenamiento a partir de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y que a su vez han hecho suyo diversos criterios manejados por el Tribunal Constitucional alemán. En ellas se desarrolla el contenido del inciso 6 del artículo 2° de la Constitución, lo que ahora queda reforzado por lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 61° del Código Procesal Constitucional.

sobre él se hayan registrados, sino que se impide que bajo determinadas circunstancias no se vean afectados otros derechos constitucionales.

Advertida esta preliminar constatación, cabría preguntarse ¿si acaso no es necesario la implementación de un mecanismo eficaz que garantice el normal desarrollo del derecho ante una posible violación o agravio del mismo frente a la posibilidad que la administración pública, pretenda reservarse la información de la que dispone como propiedad suya? o ¿si acaso, frente al llamado «poder informático» surgido como resultado de la constante evolución tecnológica e informática en la vida contemporánea, y en virtud del cual se tiene la capacidad de influir en decisiones políticas, económicas, etc. mediante el manejo de información almacenada en registros o bancos de datos, no se hace necesario implementar instrumentos que eviten la lesión de derechos fundamentales tan importantes como la intimidad, el honor o la dignidad de las personas?

Una conclusión de pronto preliminar, es indudablemente la de ratificar la necesidad de contar con un mecanismo que efectivamente garantice éstos derechos. Creemos, en otras palabras, que a través de la implementación de un proceso como el Hábeas Data no sólo se puede colocar un freno a las posibilidades de agravio o a los eventuales excesos, sino contribuir decididamente al robustecimiento de libertades como las aquí señaladas. Y así lo ha entendido el legislador en la mayoría de los ordenamientos que buscan proteger derechos fundamentales, por eso desde sus inicios en el modelo norteamericano con el *Freedom of Information Act* de 1966 y la *Privacy Act* de 1974, pasando por el modelo europeo y llegando al modelo latinoamericano, el Hábeas Data ha ido buscando su propio espacio y posicionándose con carácter autónomo en muchas legislaciones, entre ellas, la peruana, muy a pesar de que dicha autonomía haya sido muchas veces criticada y haya encontrado, como veremos inmediatamente, no pocos detractores.

III. CUESTIONAMIENTOS AL HÁBEAS DATA COMO PROCESO AUTÓNOMO

De los cuestionamientos que se suele hacer con relación al Hábeas Data el más frecuente, como acabamos de anticipar, tiene que ver con la pertinencia de mantener la existencia de este proceso constitucional dentro del ordenamiento nacional, si se le debe mantener o no como proceso autónomo, o si constituye *realmente una opción suficientemente tuitiva del derecho o derechos que se busca proteger, o si por el contrario, el margen de protección que otorga es inferior al proporcionado* ⁽⁵⁾ por otro tipo de procesos.

(5) Cfr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: «El Hábeas Data en el Derecho Comparado y en el Perú, y algunas notas sobre su real viabilidad y la pertinencia en nuestro país», en *Derecho*

Con respecto a la pertinencia de mantener la existencia de este proceso constitucional como un proceso autónomo, se ha generado diversos debates. Así por ejemplo, un sector de la doctrina suele defender la tesis de que los derechos tutelados por el Hábeas Data deberían pasar al ámbito de protección del Amparo, justificado tal razonamiento en el hecho de que el Hábeas Data no resulta siendo otra cosa que un amparo especializado y que sus instituciones cumplen funciones similares a las de este proceso constitucional; entonces se preguntan ¿por qué y para qué crear una vía procesal específica, si por el contrario, se le podría incluir en el Amparo?

Contrario sensu, otro sector de la doctrina, con el que concordamos nosotros, justifica la pertinencia del Hábeas Data en las finalidades específicas que le corresponden a este proceso, el cual evidentemente protege al individuo ante el inmenso y potencial riesgo en la vulneración de sus derechos a raíz del mal uso del llamado «poder informático» o ante la denominada «cultura del secreto» en las actividades públicas.

El caso es que desde la aprobación de la Constitución Brasileña de 1988, la alternativa preferida por la que se ha optado en América latina ha sido la de un progresivo reconocimiento de un medio procesal específico, como lo demuestra su incorporación en las constituciones hoy vigentes de Colombia (1991), Paraguay (1992) y Perú (1993) reforzándose mucho más en nuestro caso, a raíz de lo normado por el Código Procesal Constitucional.

Una muestra más de lo que venimos sosteniendo y que abona en favor de la autonomía del proceso de Hábeas Data, se corrobora en la diversidad de publicaciones que se vienen dado al respecto, ya sea para sistematizar o reforzar dicho instrumento de protección, como en el caso del distinguido jurista argentino Néstor Pedro Sagüés, quien incluso nos proporciona una interesante tipología de modalidades o variantes⁽⁶⁾, estructuradas a partir de los objetivos específicos de este proceso.

IV. TIPOS DE HÁBEAS DATA. VIABILIDAD DE SU REFORZAMIENTO COMO PROCESO AUTÓNOMO

Justamente tomando como referente la clasificación doctrinal mencionada y sobre la base de los alcances que incorpora nuestro Código Procesal Constitucio-

Procesal Constitucional, Susana Ynes Castañeda Otsu (Coordinadora), Jurista Editores E.I.R.L., Lima, 2004, Tomo II, p. 886.

⁽⁶⁾ Dicha clasificación ha sido desarrollada en *Subtipos de Hábeas Data en Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, edición del 20 de diciembre de 1995. (citado por Eloy Espinosa-Saldaña en el ya citado colectivo *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 892).

nal; creemos que la jurisprudencia peruana, tras la entrada en vigencia de dicho instrumento normativo, podría recoger un abanico de opciones como ya ocurrió en otro momento, con la clasificación que se dio al Hábeas Corpus por parte del Tribunal Constitucional⁽⁷⁾ y que ha sido posteriormente corroborada a través de múltiples sentencias.

En tal sentido podría hablarse en primer término del **Hábeas Data Informativo**, que sería aquella variante que tendría por objeto proporcionar la información requerida por el demandante y que en un inicio le fuera denegada; es decir, serviría para la finalidad del inciso 1) del artículo 61° del Código Procesal Constitucional. De acuerdo con el mismo Sagüés, este tipo de Hábeas Data presentaría los siguientes subtipos: *exhibitorio*, previsto para conocer qué se registró; *finalista*, destinado a determinar para qué y para quién se realizó el registro; y *autorial*, para averiguar quién obtuvo los datos incluidos en el registro.

El **Hábeas Data Aditivo**, por su parte, sería aquella variante, que buscaría agregar más datos a aquellos que ya figuran en el registro. Esta adición podría consistir en una *actualización* del dato (subtipo actualizador) o en una *inclusión o incorporación* de alguno que no fue registrado (subtipo inclusivo). En este caso, el Hábeas Data serviría para proteger dos de los aspectos de la autodeterminación informativa (actualización e inclusión de datos), y que en nuestro ordenamiento jurídico están previstos en el inciso 2) del acotado artículo 61° del Código.

El **Hábeas Data Rectificador o Correctivo**, estaría encaminado a proteger otro de los aspectos de la autodeterminación informativa, a saber, la rectificación o corrección de datos inexactos, falsos o erróneos que se registran sobre la persona, y que por su propia naturaleza podrían vulnerar otros derechos constitucionales.

Por otro lado, el **Hábeas Data Reservador**, tendría por finalidad asegurar que un dato sensible⁽⁸⁾ o privado que involucre otros derechos constitucionales, no sea proporcionado a cualquier persona, sino únicamente a quienes estén legalmente autorizados para ello. Como se observa, lo que se estaría protegiendo con este tipo de Hábeas Data sería la confidencialidad de ciertas informaciones.⁽⁹⁾

(7) Cfr. al respecto la sentencia recaída en el Exp. N° 2663-2003-HC/TC.

(8) Dato sensible, a decir de Sagüés, es la información no registrable en bancos de datos o con un área mínimo de ser registrado, son los datos a través de los cuales se puede afectar la intimidad personal y familiar de la persona. En nuestro caso lo extenderíamos a las limitaciones del derecho de acceso a la información que prevé el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, vale decir a las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

(9) La reserva de la información y la confidencialidad de las mismas se tiene que aplicar de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tal como ya lo ha manifestado el Tribunal Constitucional.

Por último, el **Hábeas Data Exclutorio o Cancelatorio** estaría destinado para la eliminación o exclusión de aquellos datos que razonablemente hablando, no debieran estar registrados, por constituir de alguna forma afectaciones a la vigencia y eficacia de otros derechos constitucionales.

V. ACIERTOS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN LA REGULACIÓN DEL HÁBEAS DATA. DIFERENCIAS CON LA LEY N° 26301

Si bien en nuestro medio, el Hábeas Data resulta siendo un mecanismo procesal relativamente nuevo al haber sido recién incorporado con la Constitución de 1993, la primera regulación otorgada sobre tal proceso y que la encontramos en la Ley N° 26301, resultó bastante precaria, poniendo bien pronto de manifiesto, sus notorias insuficiencias y evidentes limitaciones en comparación con modelos semejantes a nivel del Derecho Comparado.

El Código Procesal Constitucional procura llenar el vacío, desarrollando y sistematizando de mejor manera este proceso, sobre todo en lo que respecta a los contenidos de los derechos que protege, proyectándose de esta forma como un instrumento de protección integral de los derechos que resguarda.

En este sentido, una primera mejora que incorpora el Código con respecto a este proceso, es la de desarrollar de mejor manera el inciso 6) del artículo segundo de la Constitución, habida cuenta que si se hiciera una interpretación literal del mismo precepto, pareciera que por autodeterminación informativa pudiera sólo entenderse la posibilidad de que el titular del derecho se oponga a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, suministren informaciones que afecten su intimidad personal y familiar, no considerándose en cambio los de actualizar, rectificar, suprimir o incluir datos.

Justamente para evitar confusiones e integrar el derecho referido, el Tribunal Constitucional ya se había anticipado en similar derrotero mediante su sentencia recaída en el Exp. N° 666-1996-HD/TC. En dicho pronunciamiento ha precisado los alcances de esta norma, extendiendo el derecho referido hacia los aspectos a los que hoy precisamente se refiere el inciso 2) del artículo 61° del Código Procesal Constitucional, vale decir a los de conocer, actualizar, incluir, y suprimir o rectificar la información o datos referidos a la persona, así como suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

Cabe además resaltar, que este dispositivo del Código ya no sólo se refiere a que esos datos puedan afectar la intimidad personal o familiar únicamente, sino que va mucho más allá, y establece que la persona puede acudir a dicho proceso cuando esos datos afecten «derechos constitucionales». Como se observa, el ámbito de protección resulta más amplio, y esto nos parece valedero, por cuanto con

un dato inexacto que se haya registrado sobre una persona, no solo se podría vulnerar su intimidad personal y familiar, sino que también podría contravenirse su derecho al honor, a la imagen, a la no discriminación o en fin, a la igualdad, entre muchos otros.

Otro aspecto sobre el que habría que puntualizar elementos meritorios en el nuevo modelo procesal tiene que ver con los llamados requisitos de procedibilidad. En efecto, a diferencia de la actual legislación (Ley N° 26301) el Código elimina la indebidamente denominada «vía previa» según la cual se exigía que para interponer la demanda de Hábeas Data, la persona que reclamaba el derecho, previamente debía haber cursado carta notarial con una antelación no menor a 15 días. Ahora, el Código, ya no habla de «vía previa», sino de «*requisito especial de la demanda*» (artículo 62°); por otra parte ya no se exige el requerimiento por conducto notarial, sino que únicamente se establece la necesidad de contar con un «documento de fecha cierta» que acredite el reclamo del derecho; por ejemplo, el haber solicitado a una entidad pública determinada información.

Se precisa además, que: «...*excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir daño irreparable...*» caso en el cual el demandante deberá acreditarlo; lo que evidentemente también nos parece positivo, habida cuenta que muchas veces por la urgencia de amparar el derecho no se nos hace posible cumplir con requisitos como éstos, ya que cabe la posibilidad de que ante la reclamación formulada y la tramitación de requisitos preliminares, pueda tornarse ineficaz lo solicitado o generarse irreparabilidad en el derecho invocado. Por otro lado, dice además el Código, que a parte del requisito del documento de fecha cierta: «*no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir*», lo que no hace sino ratificar el temperamento por eliminar el ya conocido argumento del reclamo administrativo preliminar.

Como se observa, la lógica del Código es pues la de facilitar y fomentar el acceso a la justicia en los casos en se vulnera el derecho de acceso a la información o a la autodeterminación informativa, haciendo del Hábeas Data un proceso eficaz e idóneo para los fines con los que fue establecido.

Resulta importante puntualizar, dentro de la lógica planteada por el artículo 62° del Código, que de alguna forma se le estaría dando mayor relevancia al derecho de autodeterminación informativa que al derecho de acceso a la información. Esto último, en tanto se dispone que para la procedencia del Hábeas Data, una vez que el demandante haya reclamado por documento de fecha cierta el respeto de sus derechos, el demandado: «... *no haya contestado dentro de los 10 días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2 inciso 5) de la Constitución, o dentro de los 2 días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2° inciso 6) de la Constitución*».

Como se advierte, el plazo de falta de contestación por parte del demandado ante el reclamo del derecho a la autodeterminación informativa, a fin de que proceda el Hábeas Data, es menor en 8 días que para el de acceso a la información. Y esto responde naturalmente a que cuando se vulnera alguno de los aspectos de la autodeterminación informativa, colateralmente se pone en juego otros derechos fundamentales de la persona como la intimidad por ejemplo, en cuyo caso la demora de la contestación de la solicitud en un plazo mayor, podría convertir en irreparable el derecho. Por consiguiente, creemos que éste también representa un acierto por parte del Código.

Otro aspecto que trae como novedad el Código con respecto a la Ley N° 26301, es el referido al patrocinio facultativo del Abogado. En efecto, la todavía vigente legislación en esta materia, exige como requisito formal de la demanda el necesario patrocinio del Abogado, lo cual generaba muchas veces que el quejoso considerara como obstáculo dicha imposición a los efectos de interponer su demanda correspondiente. El Código elimina en definitiva este requisito y dispone en su artículo 65° el patrocinio de abogado con carácter facultativo.

Como se advierte, los cambios mencionados pretenden eliminar las barreras que pudieran existir para acudir al Hábeas Data en aquellos casos que se estime pertinente, y antes bien, hacer atractivo el proceso en procura del resguardo de derechos constitucionales comprometidos.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DEFICIENCIAS ADVERTIDAS EN LA REGULACIÓN DEL HÁBEAS DATA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Código no sólo ha reflejado virtudes o beneficios en la regulación del proceso de Hábeas Data, que dicho sea de paso seguramente van a contribuir a su mejor sistematización; sino que también ha dejado abiertas algunas interrogantes en torno de específicas deficiencias u omisiones, que aunque desde luego, son en menor proporción que las ventajas, de todos modos vale la pena precisarlas.

En primer lugar, el Código Procesal Constitucional, no contiene reglas de competencia específica respecto de este proceso, por lo que ha estarse a lo dispuesto en la primera parte de su artículo 65°⁽¹⁰⁾.

En efecto, en el citado dispositivo, el Código establece que el procedimiento de Hábeas Data será el mismo que el previsto para el proceso de Amparo, salvo la ya citada eximencia en el patrocinio de Abogado. Dentro de dicho marco, habrá entonces que recurrir a lo dispuesto por los artículos 12° y 51° del

⁽¹⁰⁾ Del mismo modo ocurre con el proceso constitucional de Cumplimiento, por lo que en este caso habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 74° del Código.

Código, conforme a los cuales, son competentes para conocer de este proceso los jueces civiles de turno del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado o donde domicilia el autor de la infracción, a elección del demandante.

Establecer las reglas de competencia en un proceso resulta a nuestro modo de ver de vital importancia, porque sólo así sabemos dónde y ante quién acudir para reclamar un determinado derecho. Si no se tiene definida la competencia de alguna forma se vería enervada la protección del derecho que se pretende reclamar. Un ejemplo de esto, se dio precisamente, cuando el Hábeas Data aún carecía de regulación en la Ley N° 26301.

Aún se recuerda el primer proceso de Hábeas Data promovido en nuestro medio aproximadamente hacia el año 1994. Su propulsor, un distinguido abogado, había acudido al Poder Judicial con el objeto de que el Canal 4 rectificase la información difundida en uno de sus programas noticieros («La Revista Dominical» que conducía el periodista Nicolás Lúcar) donde se le presentaba como asesor de un conocido personaje por entonces cuestionado judicialmente, involucrándosele en la compra de los llamados «bonos alemanes» en perjuicio de los ahorristas de CLAE. Por entonces y ante la incertidumbre legal se optó por presentar la demanda ante el Juez Penal, bajo la consideración que lo más idóneo era asimilar la figura del Hábeas Data a la del Hábeas Corpus. Sin embargo, el Juzgado Penal al cual se acudió declaró inadmisibile la demanda por considerar que la vía idónea para resolver esta controversia era el Amparo, puesto que estos derechos antes eran protegidos por dicho proceso. Recurrida dicha resolución ante las instancias judiciales pertinentes, la Corte Suprema decidió remitir la demanda al Juez especializado en lo Civil de Lima para que continúe con la tramitación del proceso, quien finalmente consideró que mientras no existan las reglas procesales para este proceso, correspondía al Amparo la tutela de los derechos invocados.

Si bien, ahora ya se ha precisado la vía y la competencia orgánica que corresponde a la tramitación de este proceso, no se le ha dado al Hábeas Data, ni tampoco al proceso de Cumplimiento, una regla de competencia específica, lo que como ya se anticipó, hace que su procedimiento supletorio sea del Amparo. Ello de alguna forma proporciona argumentos a favor de quienes cuestionan la autonomía de este proceso y correlativamente postulan su supresión.

Por otro lado y a pesar de que ya ha sido advertido en otras legislaciones (como la argentina por ejemplo) el riesgo en un eventual uso del Hábeas Data como mecanismo para vulnerar el secreto profesional (el que por ejemplo guardan los abogados o los médicos) no ha sido previsto ni contemplado nada sobre el particular por parte de nuestro Código Procesal Constitucional, así como

tampoco se ha previsto lo relativo al secreto de las fuentes de información periodística⁽¹¹⁾.

Creemos que al respecto el Código debió prever normas especiales a fin de evitar tales supuestos, por ejemplo contemplando como causales de improcedencia en la interposición de la demanda, el uso del Hábeas Data como medio para revelar el secreto profesional o las fuentes de información periodística o cualquier otra investigación, que por su propia naturaleza haya sido fruto de la confianza depositada en un profesional o del esfuerzo en buscar nuevas verdades.

Sin embargo, al respecto, el debate queda abierto y será la jurisprudencia quien se encargue de llenar los vacíos o suplir las posibles deficiencias que se generen a consecuencia de la aplicación de este proceso.

Lima, octubre del 2004.

(11) Al respecto, podemos encontrar una anotación en el Artículo VI de los Principios de Lima (del 16 de noviembre de 2000) cuyo texto establece: «ningún periodista puede ser obligado por el Poder Judicial o cualquier otro funcionario o autoridad pública a revelar sus fuentes de información o el contenido de sus apuntes y archivos personales y profesionales».

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA Y PERÚ

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA (*)

SUMARIO: **I.** Justificación del tema: La Acción de Cumplimiento. **II.** Objeto. **III.** Los principios de la Acción. **IV.** Competencia. **V.** La titularidad de la acción.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA: LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Cumplo el encargo de nuestro buen amigo el profesor José F. Palomino Manchego, de realizar un análisis comparativo de la Acción de Cumplimiento en la legislación de Perú y Colombia, aprovechando para hacerlo no sólo con motivo de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional del Perú, sino en razón al onomástico 60° del maestro Domingo García Belaunde.

El maestro García Belaunde, nacido en 1944, es Graduado en Letras y Filosofía y Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de San Marcos de Lima. Auxiliar Instructor de la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1964-67). Profesor ordinario de la Universidad de Lima (1984-2000) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (desde 1968). Profesor distinguido de la Universidad Externado de Colombia en 1992. Profesor distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México en 1987. Fundador y directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (con sede en México). Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Profesor Honorario de la Universidad de San Agustín, Universidad Nacional de Trujillo, Universidad San Luis Gonzaga, Universidad Peruana «Los Andes», entre otras. Miembro de la Acade-

(*) Abogado e Historiador, Especializado en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Canónico, Bioética, Docencia Universitaria, Liderazgo Estratégico Militar e Historia del Derecho. Magíster en Relaciones Internacionales. Ex-Secretario General de la Corte Constitucional de Colombia.

mía Peruana de Derecho, del Colegio de Abogados de Lima, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), entre otras. Procurador General *Ad Hoc* de la República del Perú. Miembro de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores (1985-1992) y de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia (1996-1999) y de diversas Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima. Dentro de sus principales publicaciones están: «*El Hábeas Corpus interpretado*» (1971), «*El Hábeas Corpus en el Perú*» (1979), «*Constitución y política*» (1981), «*Conocimiento y Derecho*» (1982), «*Mar y Constitución*» (1987), «*Teoría y práctica de la Constitución peruana*» (2 tomos, 1989-1993), «*Esquema de la Constitución Peruana*» (1992) «*Las constituciones del Perú*» (1993), «*La Constitución traicionada*» con Pedro Planas (1993), «*La Constitución peruana de 1993*» con Francisco Fernández Segado (1994), «*La Constitución en el péndulo*» (1996) y «*Derecho Procesal Constitucional*» (1998), etc., dentro de los que se destaca una gran producción en los últimos años hasta la fecha y seguramente otros –sin duda– en el futuro, sumados a la activa labor como Presidente Ejecutivo de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, editada en México por la editorial Porrúa desde 2004.

Nos ocupa el tema de la Acción de Cumplimiento, que está consagrada constitucionalmente en Colombia y posee en su redacción un objetivo *sub exámine* que es el de hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, según los siguientes términos:

ARTÍCULO 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Conc.: Arts. 2, 4, 5, 6, 12, 42, 115, 150, 152 (a); 189, 237 (1); 238 y 277.

Entonces, el núcleo esencial de la Acción de Cumplimiento lo constituye la expresión «hacer efectivo», que también se reproduce en la Ley Reglamentaria del artículo 87 Superior y en virtud de ello, ese ha de ser el criterio que guíe la interpretación que se haga, tanto por el accionante como por el accionado.

Según Franky Urrego Ortiz⁽¹⁾:

(1) Urrego Ortiz, Franky: *La Acción de Cumplimiento*, ABC Editores - Librería y Uniagraria, Bogotá, D.C., 2001, págs. 102 y 103.

el núcleo esencial del derecho a incoar acciones de cumplimiento es la materialización del principio constitucional de la efectividad de los derechos, que es inherente al Estado Social de Derecho, por cuanto si un órgano estatal de esta naturaleza busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren la vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y si las decisiones de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, es necesario que toda persona como integrante de dicha colectividad, en ejercicio del derecho político a participar e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tenga un poder activo para que por un medio coercitivo se inste el cumplimiento...

...es obligación tanto de las personas titulares de la acción, como del Juez de la misma, velar porque el proceso de la Acción de Cumplimiento no sea una mera conclusión de etapas para obtener una sentencia cualquiera, sino que siempre se tenga presente, por el Juez y por las partes, que sea cual fuere la determinación adoptada en el fallo lo que se busca es la efectividad del ordenamiento jurídico».

Sobre el tema de la Acción de Cumplimiento, antes de que en Colombia fueran reglamentadas legalmente, existe una primera providencia de la Corte Constitucional, el Auto de diciembre 10 de 1992 de la Sala Plena de la Corporación, en el cual, con ponencia del ex Magistrado Simón Rodríguez Rodríguez, entre otras cosas se dispuso lo siguiente:

«La Acción de Cumplimiento está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir de las autoridades la realización del deber omitido, a través de una facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que les permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose de esta forma uno de los más eficaces principios del Estado de Derecho, como es el de que el mandato de ley o lo ordenado en un acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y tenga en cambio concreción en la realidad».

Más tarde, en otra decisión, la Sentencia C-157 de 1998, la misma Corte dijo:

«...El objeto y finalidad de esta Acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo

y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida Acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tiendan a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo».

La Acción de Cumplimiento se ha constituido como una especie de control de legalidad, sin tener presente que de acuerdo con el artículo 89 Superior, todo el sistema judicial está orientado en el sentido de garantizar el respeto a la ley.

Según Velásquez Turbay⁽²⁾, esta Acción trasladó a nuestra realidad las instituciones de la *Injuction* y del *Mandamus*, mecanismos cuyo alcance en Colombia sería mínimo, pues a diferencia de lo que ocurre en el sistema anglosajón, hay aquí una jurisdicción contencioso administrativa y la posibilidad de accionar a través de distintos procesos contra las entidades públicas.

En la exposición de motivos de la Ley 393 de 1997 se indicó:

«tenemos que concluir por exclusión que la Acción de Cumplimiento tiene como campo de acción la protección de los derechos económicos, sociales y culturales siempre que sus alcances hayan sido definidos por la ley y los actos administrativos».

Esta idea no quedó finalmente plasmada en el texto, pues el artículo 1° de la citada Ley, definió el objeto de la Acción de Cumplimiento en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.

Conc. Sentencias de la Corte Constitucional: C- 575 de 1998, C-158 de 1998 y C-157 de 1998.

De manera que, actualmente la Acción procede para el amparo de los derechos económicos, sociales y también como un instrumento cuya finalidad es la aplicación de la ley por las autoridades públicas. Idea que no fue extraña al Constituyente de 1991:

(2) Velásquez Turbay, Camilo: *Derecho Constitucional*, 2ª. edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2001, pág. 419.

La Acción de Cumplimiento tiene su razón de ser en la falta de aplicación del ordenamiento jurídico y en el desacato cotidiano y recurrente de la ley, tenemos que reconocer que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el legislativo no legisle, en todos sus órdenes, sino también que esa ley, esas ordenanzas, esos acuerdos, muchas veces no lo ejecutan; entonces lo que queremos establecer aquí es una Acción para una vez que la ley que ha cumplido con todo su trámite y ha entrado en vigencia a través de su publicación, o a través del mecanismo mediante el cual la misma norma prevé cuándo entra en vigencia, pues sea puesta en vigencia de verdad, y que las personas por ese interés general que les asiste, tengan un mecanismo a través del cual se puedan hacer efectivas y por eso las hemos denominado Acción de Ejecución y de Cumplimiento.

El primer antecedente de la Acción de Cumplimiento apareció en la Ley 99 de 1993⁽³⁾ para asuntos ambientales, aunque fueron verdaderamente pocos los procesos que se promovieron bajo su amparo. Hoy esa ley ha sido expresamente derogada por la Ley 393 de 1997, en sus aspectos fundamentales.

Posteriormente se dictó la Ley 388 de 1997 que modificó la Ley de reforma urbana, allí se reguló de modo especial la Acción de Cumplimiento, al establecer que: «*La participación ciudadana podrá desarrollarse mediante el derecho de petición, la celebración de audiencias públicas, el ejercicio de la Acción de Cumplimiento...*», que consagra el artículo 3º de esa disposición legal y, el artículo 116 de esa Ley, creó una Acción de Cumplimiento en materia ordinaria, bajo el siguiente texto:

ARTÍCULO 116. PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO. Corregido por el Diario Oficial No. 43.127 del 12 de septiembre de 1997, el texto corregido es el siguiente:

Toda persona, directamente o a través de un apoderado, podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo relacionado con la aplicación de los instrumentos previstos en la Ley 9ª de 1989 y la presente ley.

(3) Ley 99 de 1993, artículo 2º, inciso 3: Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente coordinar el Sistema Nacional Ambiental, SINA, que en esta Ley se organiza, para asegurar la adopción y ejecución de las políticas y de los planes, programas y proyectos respectivos, en orden a garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos del Estado y de los particulares en relación con el medio ambiente y con el patrimonio natural de la Nación.

La Acción de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad administrativa que presuntamente no esté aplicando la ley o el acto administrativo. Si su no aplicación se debe a órdenes o instrucciones impartidas por un superior, la acción se entenderá dirigida contra ambos aunque podrá incoarse directamente contra el jefe o Director de la entidad pública a la que pertenezca el funcionario renuente.

Esta Acción se podrá ejercitar sin perjuicio de las demás acciones que la ley permita y se deberá surtir el siguiente trámite:

1. El interesado o su apoderado presentará la demanda ante el Juez Civil del circuito la cual contendrá, además de los requisitos generales previstos en el Código de Procedimiento Civil, la especificación de la ley o acto administrativo que considera no se ha cumplido o se ha cumplido parcialmente, la identificación de la autoridad que, según el demandante, debe hacer efectivo el cumplimiento de la ley o acto administrativo y la prueba de que el demandante requirió a la autoridad para que diera cumplimiento a la ley o acto administrativo.
2. El Juez a quien le corresponda el conocimiento, verificará que la demanda se ajuste a los requisitos legales y en caso de no ser así, no la admitirá y le indicará al interesado los defectos de que adolece para que los subsane en un término de cinco (5) días hábiles. Si el demandante no los corrigiere, la rechazará.
3. Admitida la demanda, el Juez dispondrá de un término de diez (10) días hábiles para practicar las pruebas que considera necesarias.
4. Vencido el plazo previsto en el numeral anterior, el juzgado dará traslado de lo actuado a las partes para que en un término de cinco (5) días presenten sus alegaciones.
5. Vencido el término para alegar, el Juez dispondrá de diez (10) días hábiles para dictar sentencia. Cuando se compruebe durante el proceso que la autoridad demandada no dio cumplimiento a una ley o acto administrativo, la sentencia ordenará a la autoridad renuente iniciar su cumplimiento en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, término dentro del cual deberá remitir al juzgado copia del acto mediante el cual ejecuta el mandato previsto en la ley o acto administrativo.
6. En caso de que la autoridad requerida para el cumplimiento de su deber, mediante sentencia no cumpla con la orden judicial en el término establecido en el numeral anterior, se incurrirá en la sanción prevista en los artículos 150 y 184 del Código Penal, para lo cual se remitirá copia de lo actuado a la autoridad judicial competente.

7. La sentencia que se dicte como resultado de la Acción de Cumplimiento será susceptible del recurso de apelación, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.
8. Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, cuando se compruebe que el demandante ha actuado con temeridad o mala fe, responderá por los perjuicios que con sus actuaciones cause al demandado, a terceros y a la administración de justicia. Si en el proceso o actuación aparece prueba de tal conducta, el Juez impondrá la correspondiente condena en la sentencia.

PARÁGRAFO. La solicitud de Acción de Cumplimiento substanciará con prelación posponiendo cualquier otro asunto con excepción de las Acciones de Tutela.

Compararemos específicamente la Ley 393 de Julio 29 de 1997, por la cual finalmente se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Nacional, con las disposiciones contenidas en el Código Procesal Constitucional del Perú, Título V, artículos 66 a 74, cuyos nueve artículos se refieren al objeto, legitimación y representación, legitimación pasiva, requisito especial de la demanda, causales de improcedencia, desistimiento de la pretensión, contenido de la sentencia fundada, ejecución de la sentencia y, normas aplicables.

La norma colombiana, por su parte, posee 32 artículos: Objeto, Principios, Competencia, Titulares de la Acción, Autoridad Pública contra quien se dirige, Acción de Cumplimiento contra particulares, Caducidad, Procedibilidad, Improcedibilidad, Contenido de la solicitud, Trámite preferencial, Corrección de la solicitud, contenido del auto admisorio, Notificaciones, Cumplimiento Inmediato, Recursos, Informes, Suspensión del Trámite, Terminación Anticipada, Excepción de Inconstitucionalidad, Contenido del Fallo, Notificación, Alcances del Fallo, Indemnización de Perjuicios, Cumplimiento del Fallo, Impugnación del Fallo, Trámite de la Impugnación, Actuación Temeraria, Desacato, Remisión, Seguimiento y Vigencia.

La estructura de la Ley colombiana, posee similitud con el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la Acción de Tutela, figura con la cual también encuentra coincidencias, por ser ésta una de las acciones públicas consagradas por la Constitución para la protección de los intereses de las personas.

Desglosemos las normas Peruana y Colombiana para su análisis:

II. OBJETO

Cuando se dice que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en la Ley 393 de 1997, para hacer efectivo el cumplimiento de normas apli-

cables con fuerza material de ley o actos administrativos; no hay diferencia entre personas natural o jurídica, nacional o extranjera, para actuar.

En Perú, es objeto del proceso de Cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN

Indican que una vez iniciaba se desarrollará de manera oficiosa, su similitud con la tutela radica en la publicidad, economía, celeridad, eficacia, gratuidad y prevalencia del derecho sustancial, es decir, que siempre debe haber un fallo de mérito.

a) Principio de publicidad: En virtud de este principio, el Juez de la Acción de Cumplimiento debe dar a conocer sus decisiones mediante la notificación de las mismas, tal y como lo disponen los artículos 5, 12, 13, 14 y 22 de la Ley 393 de 1997, con el fin no sólo de que las partes se enteren de su contenido, sino que puedan ejercer el derecho de defensa para impugnar las decisiones en caso de inconformidad, garantizándose así la transparencia e imparcialidad en la actuación procesal. Además, por su propia naturaleza, el trámite de la Acción de Cumplimiento goza de absoluta publicidad y no hay ninguna restricción para conocer su devenir. Indica también el principio de publicidad la motivación de todas las providencias para evitar cualquier arbitrariedad en el trámite de la misma.

b) Principio de Economía: El procedimiento establecido ha de utilizarse para agilizar las decisiones, imponiendo al Juez velar por la rápida solución de la controversia planteada y adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización del mismo, so pena de incurrir en responsabilidad por la mora en que incurra. En síntesis, el trámite ha de darse en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en él.

c) Principio de Celeridad: La justicia ha de ser pronta y cumplida, como lo establece el artículo 4º de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual agrega que los términos son perentorios y de estricto cumplimiento por parte de funcionarios judiciales, siendo su inobservancia causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

d) Principio de Eficacia: Éste es el núcleo esencia de la Acción de Cumplimiento, pues se busca exigir a la administración que sea eficaz en el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo de carácter general, con miras a la efectividad de los deberes que le son impuestos por el mismo orden jurídico.

e) Principio de Gratuidad: En materia de Acción de Cumplimiento, el trámite es gratuito, es decir que el accionante no debe sufragar ningún tipo de emolumen-

tos para que la demanda sea tramitada y se dicte sentencia. Sin embargo, los artículos 19 y 21-7 de la Ley 393, prescriben la posibilidad de la condena en costas cuando se presenta la terminación anticipada o cuando es comprobado el incumplimiento del deber omitido.

f) Principio de Prevalencia del Derecho Sustancial: Su consagración obliga al Juez de la Acción de Cumplimiento a dar prioridad a los contenidos sobre las formas. Sin embargo, esto no quiere decir que los preceptos legales que establecen formalidades no tengan incidencia en el proceso, ni deban exigirse a las partes. Según la Corte Constitucional⁽⁴⁾, lo que en últimas se busca es evitar el excesivo rigorismo formal, es decir, la exigencia de condicionamientos excesivos que no inciden en el hecho considerado.

g) Principio de Informalidad: El profesor Edgardo Villamil Portilla dice que: *«es verdaderamente deplorable que no se haya consagrado el principio de informalidad que ilustra la Acción de Tutela y otras acciones públicas, pero creemos convencidamente que la interpretación de los jueces administrativos dará preeminencia a este principio»*.

IV. COMPETENCIA

La competencia en la Acción de Cumplimiento es restrictiva, la posee la jurisdicción de lo contencioso administrativo: en primera instancia un Juez Administrativo y, en segunda instancia el Tribunal Contencioso Administrativo del Tribunal Departamental al cual pertenezca el Juzgado Administrativo. Sin embargo, estos jueces administrativos fueron creados en 1997 y aún a la fecha no han entrado a funcionar, por tanto, continúa vigente el parágrafo del artículo 3° de la Ley 393 de 1997, que dice así:

PARÁGRAFO. Las Acciones de Cumplimiento de que conozca el Consejo de Estado, serán resueltas por la sección o subsección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la cual haga parte el Consejero a quien corresponda en reparto. Su trámite se hará a través de la correspondiente Secretaría. El reparto se efectuará por el Presidente de la Corporación, entre todos los Magistrados que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo, en forma igualitaria.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras entran en funcionamiento los Jueces Administrativos, la competencia en primera instancia se radica-

(4) Por ejemplo pueden leerse las Sentencias T-006 de 1992, T-597 de 1992, C-586 de 1992; C-605 de 1992; C-007 de 1993; C-026 de 1993, C-231 de 1994, C-029 de 1995, T-299 de 1996, C-383 de 1997, T-323 de 1999, etc.

rá en los Tribunales Contenciosos Administrativos y la segunda en el Consejo de Estado.

(El texto tachado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-157 de 1998. Ver también las Sentencias C-193 y C-575 de 1998).

Como se aprecia, no siempre es clara la definición de competencias y tratándose de asuntos administrativos, el tema de la competencia del órgano es de gran trascendencia. Por lo mismo, según Edgardo Villamil Portilla:

«hubiera sido deseable que como diligencia previa, se hubiera insertado dentro de la Acción de Cumplimiento, un trámite previo de definición de competencias por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, porque puede surgir la dificultad consistente en que se tramiten simultáneamente una Acción de Cumplimiento y una de definición de competencias, con lo cual se correría el peligro de que el Juez Administrativo esté ordenando a una entidad el cumplimiento de un acto administrativo o de la ley, mientras que otro Juez Contencioso Administrativo, del mismo grado o superior jerárquico, esté ordenando mediante decisión judicial que la competencia para producir el acto está radicada en otra autoridad».

El único inconveniente es que la creación de los juzgados administrativos debe ser inmediata pero casi una década después no ha habido interés en ejecutar la Ley; incluso el Consejo de Estado, que tanto se ha quejado por este tipo de procesos, sigue siendo la segunda instancia en los procesos de Acción de Cumplimiento, hasta tanto no se nombre a quienes van a hacer parte de esa jurisdicción como jueces, lo cual será muy difícil, pues según cálculos del Presidente del Consejo de Estado, doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, se requieren 750 jueces en esta modalidad, para descongestionar la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia.

Es importante también señalar que cuando los funcionarios judiciales (jueces y magistrados) tramitan y deciden una Acción de Cumplimiento, cumplen es una función como jueces constitucionales, al tenor de lo preceptuado en la Ley 270 de 1996, artículo 43, inciso 2°.

V. LA TITULARIDAD DE LA ACCIÓN

Para nuestro caso colombiano, es similar a la de Tutela, pues dice que lo es cualquier persona, sin distinguir natural, jurídica, nacional o extranjera y se hace la salvedad que también podrán ejercer la Acción de Cumplimiento de normas

con fuerza de la Ley o Actos Administrativos, cualquier tipo de funcionarios públicos, en especial el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus Delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales; las organizaciones sociales y las ONGs. Cabe indicar que es más amplia aquí la posibilidad de actuar por parte de los servidores públicos, ya que en Tutela, el Ministerio Público podía actuar pero sólo como agente oficioso o cuando se solicitaba al Defensor del Pueblo su mediación para buscar la protección de alguien que se encontrase en estado de subordinación e indefensión.

Según el profesor Franky Urrego Ortiz⁽⁵⁾:

no debe quedar duda alguna, que los menores de edad también son titulares de la Acción de Cumplimiento y ellos pueden formularla verbalmente; también debe hacerse claridad en el sentido de que, para formular la Acción no se requiere la intermediación legal de un abogado, ya que a pesar de que puede otorgarse poder para el efecto, no es necesario hacerlo.

Entonces, prosigue Urrego, cualquier persona puede solicitar directamente el cumplimiento de las obligaciones asignadas a las autoridades, es decir, la Acción de Cumplimiento está al alcance de todos, y es la forma como cada uno de nosotros, sin mayores requerimientos de tipo formal, puede obtener que los diferentes órganos del Estado, incluyendo los particulares que cumplen funciones públicas, hagan lo que tienen que hacer.

Para ejercer la Acción de Cumplimiento no se requiere un interés jurídico especial, es decir, no se exige que el actor demuestre que con la conducta del ente estatal se le está causando un perjuicio, basta simplemente que la obligación contenida en una norma con fuerza material de ley o acto administrativo no se esté acatando por quien tiene el deber jurídico de hacerlo, para que toda persona pueda solicitar que se cumpla.

Se plantea así mismo la discusión sobre si una persona jurídica de Derecho Público o un ente territorial o administrativo puede demandar una Acción de Cumplimiento que tenga como demandado a otra entidad pública. La respuesta es positiva, pues a pesar de que el artículo 113 de la Carta dice que: «*los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la rea-*

(5) Urrego Ortiz, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, op. cit., págs 168-169.

lización de sus fines», puede ser que la falta de armonía, resulte del incumplimiento de una autoridad pública, y que ello origine la necesidad de que otra autoridad pública presente demanda para el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

Además, excepcionalmente, la Ley 393 de 1997 señala tres situaciones en las que se requiere demostrar un interés jurídico legítimo para proponer la Acción de Cumplimiento:

a) Cuando excepcionalmente, según el inciso 2° del artículo 8°, no requiera el accionante previamente a interponer la Acción, constituir en renuencia a la administración, para impedir que se genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, situación que debe sustentarse en la demanda. La norma dice así:

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la Acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda (El texto tachado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1194 de 2001).

b) Cuando si no se tramita la Acción de Cumplimiento por existir otro medio judicial de protección, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante, tal y como lo dispone el artículo 9°, inciso 2°, que dice así: *Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.*

c) De acuerdo con el artículo 15, en el evento del llamado *Cumplimiento Inmediato*, en virtud del cual el Juez que conozca de la solicitud puede ordenar el cumplimiento del deber omitido, prescindiendo de cualquier consideración formal, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave o inminente violación de un derecho por el incumplimiento de un deber contenido en la ley o acto administrativo. La norma dice así:

ARTÍCULO 15. CUMPLIMIENTO INMEDIATO. En desarrollo del principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el Juez que conozca de la solicitud podrá ordenar el cumplimiento del deber omitido, prescindiendo de cualquier consideración

formal, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave o inminente violación de un derecho por el incumplimiento del deber contenido en la Ley o Acto Administrativo, salvo que en el término de traslado el demandado haya hecho uso de su derecho a pedir pruebas.

En Perú, de acuerdo con el artículo 67 del Código Procesal Constitucional, cualquier persona podrá iniciar el proceso de Cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación peruana corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de Cumplimiento.

Legitimación pasiva: Se dirige la Acción contra la autoridad a la que corresponde cumplir la Ley o Acto y si se dirige mal, esa autoridad debe señalar al Juez cuál es la obligada, aunque si hay duda si sigue hasta el final contra la primera, pero, en todo caso se notificará a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico tenga competencia para cumplir con el deber omitido. Tal vez aquí podrían presentarse problemas de carácter constitucional, ya que no hay un demandado preciso y, se podría alegar violación del principio de legítima defensa por parte de las autoridades y de paso la nulidad de la sentencia.

En Perú, según el artículo 68, la demanda de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo. Y, si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el Juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Procedencia de la Acción contra particulares: Esta procede cuando éstos deban cumplir un Acto o una Ley en ejercicio de funciones públicas y es más amplia la disposición, pues se podrá dirigir el proceso contra el particular o contra la autoridad competente para imponerle dicho cumplimiento al particular.

La Ley 393 de 1997 establece que es posible la Acción de Cumplimiento contra particulares, al igual que en la Acción de Tutela, pero siempre a condición, en el caso de la Acción de Cumplimiento, de que el particular esté encar-

gado del ejercicio de funciones públicas y tan sólo para el cumplimiento de las mismas⁽⁶⁾.

Es posible que haya una autoridad administrativa encargada de hacer que el particular cumpla la función, es decir que haya una autoridad que vigile el cumplimiento de la función pública por parte del particular, caso en el cual la acción debe dirigirse en conjunto contra el particular y contra la autoridad encargada de vigilar el cumplimiento.

Caducidad: La Acción de Cumplimiento podrá intentarse en cualquier tiempo salvo dos excepciones: Qué el deber omitido sea de los que se agota con el primer acto o que si puede demandarse simultáneamente ante varias autoridades o en distintas oportunidades en el tiempo, se pueda volver a intentar sin ninguna limitación. Será improcedente cuando ya se haya decidido sobre ese hecho.

Según Urrego Ortiz⁽⁷⁾, *es menester resaltar que las normas que se pretenda hacer cumplir mediante esta acción, han de tener plena vigencia, es decir, no deben haber sido derogadas, ni declaradas inexequibles, ni haberse decretado su nulidad o haber perdido fuerza ejecutoria, ya que no tendría sentido exigir el cumplimiento de una norma que ha salido del ordenamiento jurídico y que no está produciendo efectos jurídicos.*

Procedibilidad: contra acciones u omisiones de las autoridades o de particulares que incumplan o ejecuten actos o hechos que permitan deducir incumplimiento inminente de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos.

Sin embargo, para que proceda, previamente ha de haberse solicitado el cumplimiento (es como agotar en Tutela la vía gubernativa antes de interponerla) y que la autoridad ratifique su incumplimiento o no conteste en el término de diez (10) días desde que se ejerce la solicitud. Se puede por peligro inminente suprimir este requisito. Lo que se discutiría aquí es el término, ya que para la respuesta de un derecho de petición existen quince (15) días hábiles y se tendría que modificar el Código Contencioso Administrativo para unificar términos.

De la norma en comento, hay cuatro casos en los que procede la Acción de Cumplimiento, derivados de la doctrina:

- a) Ante la conducta (toda acción u omisión) de la autoridad que incumpla normas con fuerza de ley o actos administrativos.

(6) Al cumplir funciones públicas el particular adquiere una capacidad reglada y por ende no puede realizar o ejecutar actos diferentes a los que la Constitución, la ley o el reglamento le señalen, por ello, cuando un particular investido de funciones públicas sea renuente a cumplir con un deber que le imponga el ordenamiento jurídico, procede la acción de cumplimiento.

(7) Urrego Ortiz, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, op. cit., pág. 228.

- b) Ante la conducta (toda acción u omisión) de la autoridad que ejecute actos que permitan deducir incumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.
- c) Ante la conducta (toda acción u omisión) de la autoridad que ejecute hechos que permitan deducir incumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.
- d) Ante la conducta (toda acción u omisión) de los particulares que ejerzan funciones públicas cuando de ellas se deduzca incumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos.

El Consejo de Estado, ha creado por vía pretoriana⁽⁸⁾ una serie de subreglas sobre la procedencia de la Acción de Cumplimiento, que resumimos así:

- Procede para que las empresas de servicios públicos de naturaleza privada acaten normas de control fiscal;
- Procede para hacer cumplir los acuerdos entre la administración y los administrados, sin importar la manera como se hallan calificado tales actos. Por ello debe atenderse el contenido de la manifestación de la voluntad de la administración y no a la denominación que se les haya dado.
- Procede para hacer efectivas convenciones colectivas de trabajo, ya consideradas como actos bilaterales, ora como verdaderas leyes en sentido formal.
- Procede para hacer cumplir actos policivos que ordenan el cierre de un establecimiento de comercio.
- Procede para hacer cumplir actos policivos tendientes a recuperar el espacio público.
- Procede para hacer efectivo el acto administrativo que ordena el traslado de docentes amenazados.
- Procede para obligar a la administración a dar cumplimiento al acto administrativo que adjudique un contrato u otorgue una concesión, y concretamente para que celebre el contrato respectivo (obligación de hacer).
- Procede como mecanismo de protección a desplazados.
- Procede para ordenar a un establecimiento educativo asignar carga académica a un docente.

(8) Ver entre otras: ACU-026, ACU-042, ACU-088, ACU-120, ACU-122, ACU-164, ACU-167, ACU-405, ACU-539, ACU-546, ACU-567, ACU-573, ACU-585, ACU-615, ACU-765, ACU-790, ACU-794, ACU-808, ACU-927, ACU-1013, ACU-1045, ACU-1060, ACU-1232, ACU-1309, ACU-1723, ACU-1726, etc.

- Procede para que se reconozcan los efectos del silencio administrativo y para que se cumplan los actos administrativos presuntos o fictos que de él surgen.

En Perú, el artículo 69 del Código de Derecho Procesal Constitucional, fija el requisito especial de la demanda al decir que para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que 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. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

Improcedibilidad: Lógicamente si el proceso debe ser otro, se tramitará así, como el caso de una Tutela e igualmente, no procede si existía otro medio para lograr el cumplimiento de la norma o Acto Administrativo. Se hace la salvedad que la Acción de Cumplimiento no pueda pretender que se cumplan normas que establezcan gastos.

De conformidad con el artículo 151 de la Carta colombiana, el Congreso mediante leyes orgánicas regula las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo. Por ello una ley de rango común no podría ordenar gastos por fuera de las políticas generales de planificación, desarrollo y crecimiento y, si lo hace jamás puede ordenarse su cumplimiento.

De la norma en comento, hay algunos casos en los que no procede la Acción de Cumplimiento, derivados de la doctrina:

- a) Cuando se pretenda proteger derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela;
- b) Cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante;
- c) Para perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

Así mismo, por vía pretoriana el Consejo de Estado, ha establecido otras subreglas sobre la improcedencia de la Acción de Cumplimiento, así:

- No se puede interponer una Acción de Cumplimiento contra actos de trámite por cuanto no constituyen la decisión definitiva sobre la petición, y, por tanto, no conceden ni niegan derecho subjetivo alguno, entonces al no configurarse acto administrativo, no es procedente su formulación.
- No procede para hacer cumplir las obligaciones derivadas de un contrato estatal.
- No procede cuando la administración tiene discrecionalidad respecto del cumplimiento del deber omitido.

- No procede contra la autoridad que mediante un acto administrativo de contenido particular y concreto se niegue a aplicar una ley de carácter general y abstracto, si la orden en tal sentido implica que el Juez de la acción deba anular, reformar o suspender temporalmente los actos administrativos, ya que no está facultado para hacerlo.
- No procede contra actos administrativos que reconocen el pago de prestaciones sociales.
- No procede para imponer sanciones.
- No procede contra actos administrativos sujetos a condición.
- No procede para que se concedan subrogados penales dentro de un proceso.
- No procede cuando los procedimientos judiciales se encuentran en curso, ni contra jueces.

Por su parte, la legislación peruana del Código Procesal Constitucional, establece en su artículo 70 una serie de ocho causales de improcedencia para el proceso de Cumplimiento, que dicen así: No procede el proceso de Cumplimiento:

- a) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;
- b) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;
- c) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus;
- d) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;
- e) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;
- f) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso Competencial;
- g) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y,
- h) Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.

Contenido de la solicitud: En Colombia también es similar al que ha de contener la Tutela, adicionado por la «prueba de la renuencia» (salvo la excepción comentada) y la «solicitud de pruebas».

La solicitud, dirigida ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (reparto) del domicilio del accionante, debe contener:

- a) Nombre, identificación y lugar de residencia de la persona que instaura la Acción.
- b) Determinación de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo incumplido. Si la Acción recae sobre acto administrativo, deberá adjuntarse copia del mismo. Tratándose de acto administrativo verbal, deberá adjuntarse prueba al menos sumaria de su existencia.
- c) Una narración de los hechos constitutivos del incumplimiento.
- d) Determinación de la autoridad o particular incumplido.
- e) Prueba de la constitución en renuencia, salvo el caso excepcional citado.
- f) Solicitud de pruebas y enunciación de las que se pretende hacer valer.
- g) Juramento, expresando que respecto de los mismos hechos o derechos no se ha presentado acción ante ninguna otra autoridad.

En caso de que la Acción de Cumplimiento se eleve verbalmente, según el doctrinante Urrego Ortiz⁽⁹⁾, sólo puede darse esta situación en tres eventos:

- Cuando el solicitante no sepa leer ni escribir.
- Cuando el solicitante sea menor de edad y,
- Cuando el solicitante se encuentre en situación de extrema urgencia, definida ésta como aquella que no da espera por los daños que pueda producir.

Renuencia: De acuerdo con el inciso segundo del artículo 8° de la Ley 393 de 1997, se configura la renuencia al cumplimiento en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido: *i)* expresamente ratifica el incumplimiento o *ii)* si transcurridos 10 días después de la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la Acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado y la segunda circunscribe la competencia del Juez Constitucional en la Acción de Cumplimiento para analizar única y exclusivamente las normas que el demandado es renuente a cumplir. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.

⁽⁹⁾ Urrego Ortiz, Franky, *La Acción de Cumplimiento*, op. cit., pág. 244.

No obstante, cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 393 de 1997, solamente puede prescindirse del requisito de constitución de renuencia en aquellos casos en que el incumplimiento de la norma o acto administrativo cuya observancia se reclama genera el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, situaciones en las cuales debe, de un lado, sustentarse en la demanda y, de otro, demostrarse la inminencia del perjuicio irremediable.

Trámite preferencial: Éste coloca a la Acción de Cumplimiento como desplazante de todo tipo de procesos, salvo esta, la Acción de Tutela y el Hábeas Corpus, que poseen términos constitucionales, inmodificables a no ser que se aplique sobre ellas alguno de los mecanismos para modificar la Constitución (Asamblea Nacional Constituyente, Referendo o Acto Legislativo), de diez días y 36 horas respectivamente.

En la Acción de Cumplimiento, lógicamente si hay varios jueces, ha de someterse a reparto y sus términos son perentorios e improrrogables.

Admisión: La admisión de la Acción de Cumplimiento procederá, si es del caso, dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación. La corrección de la solicitud, como en Tutela, podrá hacerse dentro de los dos (2) días siguientes a la presentación de la Acción de Cumplimiento, siempre que se presente la prueba de la renuencia.

Si la petición es verbal, en el mismo acto se procederá a corregirla, lo cual la distingue de la Tutela, donde luego puede convocarse una audiencia para la corrección de la petición. Puede allegar pruebas dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

También podría darse el rechazo de la Acción de Cumplimiento, el cual sólo se da en los siguientes tres eventos:

- a) Cuando no se aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de constitución en renuencia.
- b) Cuando la Acción fue inadmitida y a pesar de haberse concedido un término de dos (2) días al accionante para que corrigiera, éste no subsana la demanda.
- c) Cuando de lo solicitado en la demanda se advierta por parte del funcionario judicial la violación o amenaza de vulneración de un derecho fundamental, caso en el cual se debe rechazar la Acción de Cumplimiento y tramitarse la solicitud como una Acción de Tutela. Éste es un fenómeno jurídico llamado transmutación.

Traslado: Cuando se admite, el Juez correrá traslado por tres (3) días al demandado y, si no lo logra, deberá recurrir a algún medio que le garantice el derecho de defensa, haciéndole entrega de la copia de la Acción e informándole al

accionado que tiene derecho a hacerse parte en el proceso y allegar pruebas o solicitar su práctica, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto. El término indica que ha de fallarse dentro de los veinte (20) días siguientes a la admisión. El término de Tutela es de diez (10) días improrrogables, lo cual la diferencia de la de Cumplimiento.

Notificaciones: Las notificaciones, han de ser expeditas y eficaces, precediendo el estado y luego la comunicación cablegráfica.

Cumplimiento Inmediato: Por la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el cumplimiento ha de ser rápido cuando se pueda deducir una grave o inminente violación de un derecho por el incumplimiento de una Ley o Acto Administrativo.

Recursos: A excepción de la sentencia, las demás providencias del proceso carecen de recurso, salvo el auto que deniegue la práctica de pruebas, que admite reposición.

Informes: El Juez podrá requerir informes, que se entenderán rendidos bajo juramento, para fallar acertadamente y se concede un término de uno (1) a cinco (5) días, fijados según la índole del asunto. La omisión injustificada para rendir el informe, acarrea responsabilidad disciplinaria.

Suspensión del Trámite: El trámite para buscar hacer cumplir un Acto Administrativo, se puede suspender en el evento que sobre el mismo se haya solicitado la suspensión provisional en un proceso de nulidad.

Terminación Anticipada: Si estando en curso una Acción de Cumplimiento y, antes de dictar sentencia el demandado desarrolla la conducta requerida por la ley o el acto administrativo, el Juez dictará un auto señalando esa circunstancia, condenando al accionado en costas e incluso al pago de indemnización de perjuicios. Esta es una medida fuerte, ya que no habría favorabilidad ni beneficios para poder cumplir anticipadamente y hacer valer el principio de economía procesal.

El artículo 71 del ordenamiento procesal constitucional peruano, dice que el desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular.

Excepciones de Inconstitucionalidad: El Juez, con base en la facultad que se le confiere, puede proponer excepciones de inconstitucionalidad (diferente a la Acción de Inconstitucionalidad). Esto no se expresa en la reglamentación de Tutela, pero si existe en Colombia la posibilidad de que un Juez inaplique para un caso particular una norma por considerarla violatoria del Ordenamiento Superior.

Contenido del Fallo: Concluida la etapa probatoria, si la hubiere, el Juez dictará fallo, el que deberá contener:

- a) La identificación del solicitante.
- b) La determinación de la obligación incumplida.
- c) La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento.
- d) La orden a la autoridad renuente de cumplir el deber omitido.
- e) Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo. En caso de que fuese necesario un término mayor, el Juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva de la sentencia.
- f) Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, *cuando la conducta del incumplido así lo exija.*
- g) Si hubiere lugar, la condena en costas.

En el evento de no prosperar las pretensiones del actor, el fallo negará la petición advirtiendo que no podrá instaurarse nueva Acción con la misma finalidad, en los términos del artículo 7° de la Ley 393 de 1997.

En Perú, el artículo 72 del Código Procesal Constitucional también se refiere a la materia, al decir que la sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:

- a) La determinación de la obligación incumplida;
- b) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;
- c) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;
- d) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.

La notificación, de la sentencia se cumple según las prescripciones del Código de Procedimiento Civil. Esta norma es importante ya que en el proyecto de Acciones Populares no se aplica este principio de analogía. Mientras tanto, en el Perú, según el artículo 73 de la norma en comento, la sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

Responsabilidad: Los alcances de la sentencia no impide que se proceda contra quien inició la Acción, si las acciones u omisiones en que incurrió generan responsabilidad.

Indemnización de Perjuicios: Aunque la Acción de Cumplimiento no posee fines indemnizatorios, si se llegaren a presentar perjuicios por el incumplimiento, se procederá a su cobro a través de las acciones judiciales pertinentes.

Cumplimiento del Fallo: Si no se cumple el fallo de la Acción de Cumplimiento, se puede iniciar un incidente por desacato, adoptando las medidas para el cabal cumplimiento del mismo y, de todas maneras, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que cese el incumplimiento.

Impugnación del Fallo: El fallo puede impugnarse en el efecto suspensivo, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por el solicitante, la autoridad renuente por conducto de su representante legal, o el Defensor del Pueblo. La impugnación se concederá en el efecto suspensivo, salvo que la suspensión de cumplimiento del fallo genere un perjuicio irremediable al demandante.

Trámite de la Impugnación: El fallo se segunda instancia, confirmando o revocando, se proferirá dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción del expediente, término corto si se tiene en cuenta que en Tutela para esta etapa se tienen veinte (20) días.

Actuación Temeraria: Se castiga la actuación temeraria negando las solicitudes cuando se presenta ante varios jueces y, el Abogado que la presente con respecto a los mismos hechos y normas, será suspendido con la suspensión de la tarjeta profesional hasta por dos (2) años y si es reincidente hasta por cinco (5), sin perjuicio de las sanciones penales pertinentes.

Desacato: El desacato se tramitará como un incidente, de conformidad con las normas vigentes, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar. Pero en todo caso, la apelación o consulta se pedirá en efecto suspensivo ante el superior para que decida dentro de los tres (3) días siguientes si se revoca o no la sanción.

Remisión: Cuando existan normas incompatibles se hará la remisión por analogía al Código Contencioso Administrativo colombiano, mientras que en Perú, el artículo 74 del Código Procesal Constitucional, dice que el procedimiento aplicable a este proceso: «será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable» y que el Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

Para una mayor ilustración, presentamos a continuación un cuadro comparativo que permite apreciar las coincidencias normativas entre Perú y Colombia:

COLOMBIA	PERÚ
<p>Artículo 1º. Objeto. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.</p>	<p>Artículo 66.- Objeto. Es objeto del proceso de Cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente: 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.</p>
<p>Artículo 4º. Titulares de la acción. Cualquier persona podrá ejercer la Acción de Cumplimiento frente a normas con fuerza material de Ley o Actos Administrativos. Con Sentencia C 893 de 1999. También podrán ejercitar la Acción de Cumplimiento de normas con fuerza material de Ley o Actos Administrativos: a) Los Servidores Públicos; en especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales. Con Sentencia C 158 de 1998. b) Las Organizaciones Sociales. c) Las Organizaciones No Gubernamentales.</p>	<p>Artículo 67.- Legitimación y representación. Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido. Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de Cumplimiento.</p>
<p>Artículo 5o. Autoridad pública contra quien se dirige. La Acción de Cumplimiento se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de Ley o Acto Administrativo. Inexequible. El texto tachado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 157 de 1998. Con. Sentencias: C 193 de 1998, C 158 de 1998, C 893 de 1999. Si contra quien se dirige la Acción no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al Juez que tramita la Acción, indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará también con las</p>	<p>Artículo 68.- Legitimación pasiva. La demanda de cumplimiento se dirigirá contra la autoridad o funcionario renuente de la administración pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo. Si el demandado no es la autoridad obligada, aquél deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. En caso de duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el juez deberá emplazar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.</p>

<p>autoridades respecto de las cuales se ejercita la Acción hasta su terminación. En todo caso, el Juez de cumplimiento deberá notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.</p>	
<p>Artículo 80. <i>Procedibilidad.</i> La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley. Con. Sentencias: C 010 de 2001, C 893 de 1999. Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la Acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda. Inexequible. El texto tachado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 1194 de 2001. También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.</p>	<p>Artículo 69.- <i>Requisito especial de la demanda.</i> Para la procedencia del proceso de Cumplimiento se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que 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. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.</p>
<p>Artículo 90. <i>Improcedibilidad.</i> La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela. Con. Sentencia C 1194 de 2001. Tampoco</p>	<p>Artículo 70.- <i>Causales de Improcedencia.</i> No procede el proceso de cumplimiento: 1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones; 2) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley; 3) Para la protección</p>

<p>procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante. Con. Sentencia C 1193 de 1998. Parágrafo. La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos. Con. Sentencia C 1193 de 1998, C 157 de 1998.</p>	<p>de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de Amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus; 4) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo; 5) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario; 6) En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial; 7) Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y, 8) Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial.</p>
<p>Artículo 19. Terminación anticipada. Si estando en curso la Acción de Cumplimiento, la persona contra quien se hubiere dirigido la Acción desarrollare la conducta requerida por la Ley o el Acto Administrativo, se dará por terminado el trámite de la Acción dictando auto en el que se declarará tal circunstancia y se condenará en costas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24 de esta Ley.</p>	<p>Artículo 71.- Desistimiento de la pretensión. El desistimiento de la pretensión se admitirá únicamente cuando ésta se refiera a actos administrativos de carácter particular.</p>
<p>Artículo 21. Contenido del fallo. Concluida la etapa probatoria, si la hubiere, el Juez dictará fallo, el que deberá contener: 1. La identificación del solicitante. 2. La determinación de la obligación incumplida. 3. La identificación de la autoridad de quien provenga el incumplimiento. 4. La orden a la autoridad re-nuente de cumplir el deber omitido. 5. Plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que quede ejecutoriado el fallo. En caso de que fuese necesario un término mayor, el Juez lo definirá previa sustentación en la parte motiva de la sentencia. 6. Orden a la autoridad de control pertinente de adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta</p>	<p>Artículo 72.- Contenido de la Sentencia fundada. La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a: 1) La determinación de la obligación incumplida; 2) La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir; 3) El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días; 4) La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.</p>

<p>del incumplido así lo exija. Con. Sentencia C 010 de 2001. 7. Si hubiere lugar, la condena en costas. En el evento de no prosperar las pretensiones del actor, el fallo negará la petición advirtiendo que no podrá instaurarse nueva acción con la misma finalidad, en los términos del artículo 7° de la presente Ley.</p>	
<p>Artículo 23. Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo no impedirá que se proceda contra quien ejerció la Acción de Cumplimiento, si las acciones u omisiones en que incurrió generasen responsabilidad.</p>	<p>Artículo 73.- Ejecución de la Sentencia. La sentencia firme que ordena el cumplimiento del deber omitido, será cumplida de conformidad con lo previsto por el artículo 22 del presente Código.</p>
<p>Artículo 30. Remisión. En los aspectos no contemplados en esta Ley se seguirá el Código Contencioso Administrativo en lo que sea compatible con la naturaleza de las Acciones de Cumplimiento.</p>	<p>Artículo 74.- Normas aplicables. El procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de Amparo, en lo que sea aplicable. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.</p>

LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

ENRIQUE PESTANA URIBE (*)

SUMILLA: **I.** A modo de introducción. **II.** Los antecedentes. **III.** Los avances respecto al control de las resoluciones judiciales en el Código Procesal Constitucional. **IV.** El problema respecto a la aplicación del artículo cuarto del Código Procesal Constitucional. **V.** Respecto a la obtención de una resolución fundada en derecho. **VI.** Las posibilidades de interponer amparos contra amparos y los procesos contra fueros jurisdiccionales especiales. **VII.** Los procesos constitucionales contra decisiones de la justicia militar y arbitral y del Jurado Nacional de Elecciones. **VIII.** A modo de reflexión final.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe que la dación del novísimo Código Procesal Constitucional constituye un enorme avance en el sistema de protección de los derechos constitucionales. Si bien aún se encuentran en vigencia normas de orden procesal constitucional que datan de hace veintidós años atrás, la Constitución de 1993 estable-

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión y de la Universidad Particular Los Ángeles de Chimbote y de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

ció en el artículo 200°, inciso 6, que las acciones de garantía debían ser reguladas mediante una Ley Orgánica, con lo cual queda absolutamente claro que el Constituyente quiso otorgarle a dicha regulación una especie de «reserva de Ley Orgánica» en el entendido –que por cierto nosotros asumimos– de que esta clase de normas gozan de primacía jerárquica frente a las leyes ordinarias; situación que además se infiere de la votación calificada que el artículo 106° de la propia norma suprema exige para su aprobación o modificación.

Es por ello que debe resaltarse la trascendencia que tiene haberse logrado una regulación en un solo cuerpo normativo y orgánico, además de constituir un precepto con mayor fuerza normativa que sus pares, llámense Código Procesal Civil o Código Procesal Penal, algo que es a todas luces inobjetable desde el punto de vista de la supremacía constitucional frente a cualquier otro tipo de norma jurídica infraconstitucional.

Dentro de las muchas novedades que nos trae el recientemente promulgado Código Procesal Constitucional, está el nuevo carácter asignado al Proceso de Amparo, que ha transitado bruscamente de ser –hasta ahora– una vía alternativa, hasta convertirse en adelante en una vía residual con las implicancias que ello habrá de significar en el futuro abordaje de este significativo proceso constitucional por parte de los operadores judiciales.

Pero, acaso no menos importante, es el hecho que el codificador haya decidido introducir nuevos elementos y categorías en lo que concierne a la procedencia de los procesos constitucionales –ya sea de Hábeas Corpus o Amparo– contra resoluciones judiciales. El concepto tiene su origen en el contenido del artículo 200°, inciso 2 de la Constitución vigente, al establecer de forma expresa la improcedencia de interponer Amparos contra resoluciones judiciales «emanadas de procedimiento regular». A partir de una interpretación *contrario sensu* de dicha disposición constitucional, se asumió y se viene asumiendo que en cambio sí es procedente el Amparo contra resoluciones judiciales que provengan de un procedimiento seguido irregularmente.

Mención aparte merece el hecho de que el legislador procesal constitucional ha optado por extender las posibilidades de atacar resoluciones judiciales mediante el proceso de Hábeas Corpus, no obstante que el texto constitucional no lo admite de manera expresa.

II. LOS ANTECEDENTES

Ciertamente, ya desde la vigencia de la Ley N° 23506 de Hábeas Corpus y Acción de Amparo, se estableció que no proceden las acciones de garantía: «...contra resolución emanada de un procedimiento regular» (artículo 6°, inciso 2), pero,

además, el artículo 5° de la indicada Ley señala que: «Las acciones de garantía también son pertinentes si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional». Nótese que las referidas disposiciones utilizan recurrentemente la expresión «judicial», lo que indica la voluntad del legislador de centrar el proceso de Amparo sólo contra resoluciones producidas en sede judicial ordinaria o especial.

Sería sin embargo interesante hacer notar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 178° inciso 4 de la Constitución, también debiera considerarse dentro de las denominadas resoluciones judiciales a las que expide el Jurado Nacional de Elecciones, puesto que éste administra justicia en materia electoral, más aun cuando ahora el propio artículo 5° inciso 8 del novísimo Código Procesal Constitucional permite entablar demandas de Amparo constitucional contra resoluciones de naturaleza jurisdiccional emanadas de dicho órgano autónomo. Sobre ese aspecto trataremos más adelante con mayor detenimiento.

Posteriormente, la Ley N° 25398, complementaria de la Ley de Hábeas Corpus y Acción de Amparo, buscó efectuar algunas precisiones en torno a este tema, prescribiendo en el artículo 10°, que las anomalías que pudiesen cometerse dentro del proceso regular referido en el artículo 6°, inciso 2) de la Ley 23506, debían ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen. En realidad se trataba de impedir que mediante la utilización del Amparo se pretendiera enervar los efectos de las resoluciones judiciales en forma indiscriminada, afectándose con ello la garantía de la cosa juzgada. Sin embargo, lo que podía desprenderse de todo eso, era la diferencia existente entre un proceso irregular cuya tramitación afectara derechos constitucionalmente reconocidos, y otra muy distinta, la posibilidad de que en el decurso del proceso se cometieran vicios de orden procedimental que bien podían subsanarse o enmendarse por medio de los llamados remedios procesales, o a través de los recursos impugnativos usuales. Tal vez en relación a esto valdría la pena hacer notar la distinción entre proceso y procedimiento. A tenor de lo que propugna la moderna Teoría General del Proceso, mientras que el «proceso» sería el género constituido por aquel conjunto de reglas y actos por medio del cual se permite a un órgano de la jurisdicción constitucional (ordinaria o especial) resolver a través de una sentencia una controversia jurídico constitucional; el «procedimiento» sería la especie constituida dentro del proceso constitucional por el orden y la sucesión de la realización de aquél.

Lamentablemente la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional ha sido bastante árida respecto a estos casos en los que se buscaba que el supremo intérprete de la Constitución estableciera de manera clara y estandarizada

en qué casos estábamos frente a un proceso irregular y sobre todo cuáles eran los derechos constitucionalmente protegidos cuya afectación podía dar lugar a un proceso de Amparo frente a un pronunciamiento judicial.

No obstante, en tiempos más recientes, el Tribunal Constitucional peruano ha producido algunas sentencias relacionadas con los procesos ventilados por casos de corrupción en las que ha pretendido fijar algunas pautas en relación al denominado «debido proceso».

Así, por ejemplo, en los casos Vicente Silva Checa (Expediente N° 1091-2002.HC/TC), Luis Bedoya de Vivanco (Expediente N° 1076-2003-HC/TC) y Eduardo Calmell del Solar (Expediente N° 0290-2002-HC/TC) se dejó muy en claro que el Tribunal Constitucional asume la posición de que el proceso constitucional contra resoluciones judiciales debe, en primer lugar, limitarse a identificar la vulneración o afectación evidente y concreta de un derecho constitucionalmente protegido; y en segundo lugar, a que tal vulneración involucre la violación de preceptos que garantizan el debido proceso conforme a la gama de garantías que este recoge. Un problema que sin lugar a dudas en su momento avivó el debate respecto al ámbito de revisión que puede ejercer válidamente el Juez Constitucional, es el de la aplicación del principio de legalidad, habiendo sido entendido éste como un aspecto que sólo puede ser dilucidado por el Juez ordinario en función a los elementos con los que adopta una decisión de tipo penal. Ciertamente el tema es discutible si se toma en cuenta que si bien es efectivamente el Juez ordinario quien debe aplicar la norma procesal correspondiente según los criterios que haya utilizado para determinar la imperiosa necesidad de hacerlo, desde el punto de vista del debido proceso sustantivo, constituye una garantía absolutamente elemental que la decisión del Juez siempre se encuentre ajustada a los parámetros expuestos que señala la ley con el fin de evitar que se caiga en situaciones subjetivas o arbitrarias.

III. LOS AVANCES RESPECTO AL CONTROL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Hoy, nuestro novedoso Código Procesal Constitucional adopta una posición mucho más precisa, pero no por eso menos polémica respecto a este controversial asunto, estableciendo en el artículo 4°, que mediante el Hábeas Corpus se puede atacar resoluciones judiciales firmes que vulneran en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva y que el Amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, la que a su vez comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, pero advirtiendo que será improcedente si el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo. La norma citada se cuida mucho de hacer referencia a

«resoluciones judiciales», con lo cual se abre la posibilidad de atacar cualquier clase de resolución incluidas las sentencias con la única condición de que éstas hayan quedado firmes. Es evidente que se excluyen dentro de ellas a las resoluciones consentidas por el afectado, lo cual guardaría perfecta lógica y congruencia en el sentido de que no se puede ir contra los actos propios. El correlato a la viabilidad de entablar un proceso de Amparo contra una resolución que afecte la tutela procesal efectiva, lo encontramos en el artículo 37°, inciso 16 del Código que la reconoce como derecho protegido.

El tema pasa necesariamente por establecer previamente qué es lo que se entiende por debido proceso y aquello que configura la llamada tutela procesal efectiva. En cuanto a lo primero, podríamos afirmar que el debido proceso tiene dos dimensiones o vertientes que coexisten entre sí y que juntas representan el *sumun* de todo proceso judicial ajustado a derecho. La primera tiene que ver con la parte adjetiva o netamente formal que está primordialmente representada por reglas o principios ciertamente rígidos que garantizan el mecanismo a seguirse para el juzgamiento en cualquier materia del Derecho, sea de orden penal, civil, comercial, laboral, administrativa, tributaria, electoral, etc. Tales principios en realidad constituyen normas de orden público como siempre ocurre con los dispositivos procesales y que por naturaleza son imperativas, de tal suerte que si estos principios se rompen, termina por desconfigurarse todo el esquema jurisdiccional, alterándose así la relación de equilibrio y ponderación necesaria para encontrarnos frente a lo que debería ser siempre un proceso sujeto arreglado a derecho. Nuestra norma suprema nos trae toda una gama de principios y garantías necesarias para mantener ese equilibrio entre los sujetos de la relación procesal. En realidad tales reglas están diseminadas tanto en el capítulo referente a los derechos fundamentales de la persona como en el capítulo referido al Poder Judicial. Pero es en esencia el inciso 3 del artículo 139° el que encierra en sí mismo el llamado principio de observancia del debido proceso y la tutela procesal efectiva. En realidad, las garantías del debido proceso constituyen una pirámide ascendente compuesta por peldaños en los que están asentados los principios y garantías procesales, los cuales deben subsistir hasta llegar a la cima que podríamos graficar como la decisión justa y arreglada a derecho a la que se debe arribar en todo proceso. Si alguno de esos peldaños es fracturado, todo el edificio piramidal cae por sí mismo rompiendo la base del sistema. De ahí que podríamos sostener, con total certeza, que el debido proceso está conformado por un cuerpo vertebrado de principios y garantías que no pueden quebrarse en aras de mantener el valor de la justicia. La articulación de tales preceptos es vital y esencial para la vigencia de un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

No por ello podemos dejar de lado otros principios y reglas fundamentales, tales como la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la publicidad

de los procesos penales, la motivación de las resoluciones judiciales, la pluralidad de instancias, la inaplicabilidad por analogía de la ley penal, la prohibición de ser penado sin proceso judicial previo, el derecho a defensa y a la probanza, entre otros.

Pero por otro lado también está el llamado debido proceso *sustantivo* o *material*, en donde lo que se plantea es que toda decisión jurisdiccional se encuentre acorde con los estándares mínimos del derecho, evitando caer en situaciones arbitrarias o desproporcionadas. Se trata en realidad de la aplicación concreta del derecho sustantivo al caso específico según lo que le corresponda sin desventaja ni detrimento alguno en perjuicio del justiciable.

Por su parte, la tutela procesal efectiva supone el derecho que tiene todo sujeto de acceder a la justicia mediante un procedimiento preestablecido conforme a ley, garantizándosele el derecho de acción en defensa de sus derechos vulnerados. Si alguno de los mecanismos de acceso a la justicia es entorpecido en perjuicio del actor, entonces estaremos frente a la violación del derecho a la tutela procesal efectiva. Esa efectividad se basa fundamentalmente en hacer siempre viable y posible acceder a un órgano jurisdiccional en forma oportuna para que en un tiempo razonable éste se pronuncie respecto a nuestras demandas o peticiones. En realidad se trata de darle viabilidad al derecho constitucional de petición consagrado en el inciso 20 del artículo 2° de la Constitución y que no se restringe al ámbito puramente administrativo como erradamente algunos han venido sosteniendo. Es obvio que el derecho de petición contenido en la norma fundamental comprende a todo tipo de pedido y ante toda clase de autoridades sin distinción alguna.

IV. EL PROBLEMA RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO CUARTO DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Lo controversial de lo dispuesto en el aludido artículo 4° del Código Procesal Constitucional reside en que intenta definir, de manera «enunciativa», aquello que se entiende por *tutela procesal efectiva*, concepto por cierto bastante amplio que incorpora dentro de ella el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional; a probar; a la 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.

Cabe anotar que el carácter enunciativo del párrafo tercero del artículo 4°, lo convierte en un *numerus apertus* en el que jurisprudencialmente podrían habilitarse

otros derechos que se consideren comprendidos dentro de la denominada tutela procesal efectiva.

La gama de derechos referidos en el indicado artículo 4° del Código Procesal Constitucional, han sido recogidos tanto de la Constitución Política del Estado como de los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte. Así, podemos anotar que el derecho de defensa, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, el de acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos y a la observancia del principio de legalidad procesal penal, se encuentran reconocidos en los artículos 139°, incisos 14, 3, 6 y 13; y artículo 2° inciso 24 acápite «d» de la Constitución respectivamente. En cuanto a los derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, de probanza, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso y a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales, están en gran medida contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Consideramos importante anotar que el Juez Constitucional no puede ignorar aquellos derechos que no estando claramente definidos en la legislación interna, sin embargo sí se encuentran debidamente desarrollados en los Tratados internacionales, en cuyo caso estará obligado a aplicar tales disposiciones en virtud atendiendo a las siguientes reglas y principios:

- a) Obligatoriedad de los Tratados conforme al artículo 55° de la Constitución.
- b) Prevalencia de las disposiciones de un Tratado frente a las normas internas de un Estado parte, conforme lo prescribe el artículo 27° de La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.
- c) Principio de interpretación de los derechos constitucionales conforme a los Tratados (Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución).
- d) Aplicación de los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

V. RESPECTO A LA OBTENCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN FUNDADA EN DERECHO

Ciertamente la inclusión de este componente de la tutela procesal efectiva ha generado situaciones de verdadera incertidumbre entre los operadores del Derecho, quienes ven en él un peligro latente que podría minar todo el esquema judicial en donde la cosa juzgada cumple un papel preponderante, no sin dejar de lado el celo natural del Juez ordinario por mantener la indemnidad de sus decisiones, las cuales, a tenor de lo prescrito por nuestro novedoso cuerpo procesal constitucional, podrían ser revisadas invariablemente en sede constitucional, y cuando nos referimos a ella no estamos hablando exclusivamente del Tribunal Constitucional, sino inclusive del propio Poder Judicial. En buena cuenta, para muchos,

con la nueva dimensión que el Código Procesal Constitucional le otorga a la tutela procesal efectiva, ante una decisión adoptada en el ámbito de un proceso penal o civil que se considere lesiva de algún derecho constitucionalmente protegido, el agraviado podrá perfectamente entablar un Hábeas Corpus o un Amparo, según corresponda, en el cual el Juez Constitucional tendrá que examinar si la resolución de sus pares se encuentra o no ajustada a derecho, lo que supone no sólo la observancia del debido proceso formal o adjetivo, sino incluso el debido proceso sustantivo o material. Es decir que se podría revisar lo que es materia de fondo con lo cual el proceso constitucional abre las puertas a una nueva revisión de lo actuado y sobre todo de lo juzgado por el Juez ordinario. Si ese fuese realmente el espíritu de la aludida disposición procesal constitucional, es indudable que entraríamos a una senda sumamente peligrosa en donde toda decisión que incluso pudiese haber llegado a conocimiento de la propia Corte Suprema, pueda ser posteriormente revisada por un Juez vía un proceso constitucional de Hábeas Corpus o de Amparo. Es indudable que no se trata aquí de poner sobre el tapete la ya superada y anacrónica teoría de la «santidad» de la cosa juzgada, sino más bien de impedir una perniciosa deformación del orden jurisdiccional que debe mantener siempre dos principios elementales: *seguridad jurídica* y *coherencia*.

Particularmente somos de la idea que el real sentido que el artículo cuarto del Código Procesal Constitucional ha querido darle a la exigencia de que toda resolución sea fundada en Derecho, está más bien en el ámbito del debido proceso formal, para lo cual el juzgador tendría siempre que aplicar, necesariamente, los siguientes parámetros:

- a) Que, del estudio preliminar de la demanda, el Juez Constitucional llegue a la conclusión de la viabilidad de dilucidar lo demandado mediante un proceso que siempre exige residualidad y es por ende de carácter excepcional.
- b) Que, la violación al debido proceso o a la tutela procesal efectiva alegada por el demandante no haya podido ser superada de modo alguno y pese a haber agotado todo los medios posibles, dentro del proceso ordinario que da origen al proceso constitucional.
- c) Que, la afectación alegada siempre debe sustentarse en la vulneración de un derecho directamente contenido en la Constitución.
- d) Que, la decisión jurisdiccional ordinaria haya afectado gravemente y de manera evidente o manifiesta los principios del debido proceso o de la tutela procesal efectiva pero sólo de aquellos que se encuentren contenidos en la propia Constitución y no de los que puedan estar establecidos en los Códigos adjetivos, incluido el propio Código Procesal Constitucional no obstante que es una norma de desarrollo constitucional.

- e) Que, la decisión judicial ordinaria cuestionada, en el caso de que no se encontrase adecuadamente fundada en Derecho, lo sea de manera directa y flagrante con violación de principios constitucionalmente proclamados y siempre que no implique una distinta valoración de los hechos por parte del Juez Constitucional respecto a lo decidido por el Juez ordinario. En buena cuenta, no sería factible revisar en sede constitucional resoluciones que no configuren decisiones recaídas en asuntos de puro derecho.
- f) Que, de tratarse de una resolución judicial que afecta el derecho a la libertad individual como consecuencia de la indebida o arbitraria aplicación de una norma sustantiva, sólo podrá ser revisada en sede constitucional cuando dicha desviación jurídica violenta una prohibición expresa de la Constitución (ejemplo: si en un proceso penal se condenara a alguien por deudas fuera de la excepción contemplada en la Constitución) o se le condenara imponiéndole una pena no permitida por la ley penal.

Admitir siquiera la posibilidad de que en sede constitucional sería admisible revisar toda las resoluciones que se consideren carentes de fundamento jurídico, sería un despropósito, a menos que dicho acto correctivo se encuentre enmarcado dentro de determinados límites como los que hemos planteado anteriormente. La facultad revisora del Juez en sede constitucional, siempre deberá estar delimitada por el propio derecho constitucional como referente obligatorio, pues no es atribución ni función suya juzgar bajo parámetros infraconstitucionales, labor que sólo le compete de manera exclusiva a la justicia ordinaria.

En consecuencia, la actuación del Juez Constitucional al admitir un Hábeas Corpus o un Amparo contra una resolución judicial que supuestamente no se encuentra fundada en derecho reviste una tarea sumamente delicada, pues la única posibilidad de adoptar una decisión correcta radicará en tener en consideración aquellas reglas que le permitan ejercitar una labor revisora expresamente de contenido constitucional en la cual deberá evitarse a toda costa entrar a dilucidar cuestiones de orden valorativo o de criterio jurisdiccional que el Juez ordinario pudiese haber recogido en su resolución en el ejercicio regular de sus funciones. Después de todo, debe entenderse que si la resolución cuestionada tiene que ver con asuntos valorativos o de aplicación legal al caso concreto y estos han sido objeto de impugnación en el propio proceso ordinario, no cabe que en sede constitucional se revisen tales aspectos, aun cuando se tuviese la certeza de que no fueron adecuadamente adoptados o ponderados. En realidad de lo que se trata es definir los límites del Juez Constitucional en su labor revisora de las decisiones de sus pares que ejercen justicia en materia extra constitucional. Precisamente, esa línea infranqueable que no se debe traspasar reside en que la revisión debe ser siempre de orden exclusivamente constitucional y de ninguna otra índole.

VI. LAS POSIBILIDADES DE INTERPONER AMPAROS CONTRA AMPAROS Y LOS PROCESOS CONTRA FUEROS JURISDICCIONALES ESPECIALES

Sin lugar a dudas, uno de los temas que aún subsiste como generador de mayores discusiones en el medio jurídico especializado, es el relacionado con la posibilidad de instaurar procesos constitucionales contra otro proceso constitucional, sin que ello excluya al Hábeas Corpus, al Hábeas Data al proceso de Cumplimiento o de Acción Popular.

No obstante, hasta la fecha, los únicos procesos constitucionales que han sido atacados mediante otra acción similar han sido los de Amparo, sin que eso signifique –insistimos– que se pudiese intentar contra otro tipo de procesos constitucionales.

Como quiera que la legislación aún vigente en buena cuenta excluía esa posibilidad cuando nos encontrábamos ante una resolución judicial dictada en el proceso regular, en algunas ocasiones, el propio Tribunal Constitucional ha admitido que en la tramitación de un Amparo podrían darse situación de grave afectación al debido proceso y que, de ser así, era inevitable corregir la anomalía reparando el agravio cometido en contra de la víctima. Ello, desde luego, pasaba por tener que superar el concepto de «infalibilidad» del proceso constitucional que precisamente está destinado a corregir desviaciones incurridas por los jueces en sede ordinaria y era en consecuencia inaudito pensar que dentro de un proceso constitucional se terminara vulnerando derechos constitucionales.

Lamentablemente, los hechos nos han demostrado que lo antes aseverado, en efecto, puede ocurrir, y además ha venido ocurrido. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido sumamente exigente al momento de admitir la posibilidad de declarar fundada una demanda de Amparo contra una sentencia recaída en otro proceso similar anterior. Luego de muchas marchas y contramarchas, finalmente concluyó en que sólo sería viable hacerlo cuando la infracción constitucional hubiese sido cometida por los órganos jurisdiccionales ordinarios, de lo cual queda obviamente excluido el Tribunal Constitucional, conforme éste lo ha señalado en su sentencia recaída en el caso del Sindicato Pesquero del Perú S.A. (Expediente N° 612-98-AA/TC) que frente a la disyuntiva de hacer prevalecer el valor de la cosa juzgada o del derecho fundamental a la defensa, el mayor valor material de éste, que en cuanto derecho fundamental reviste en un Estado democrático de Derecho (artículo 3° de la Constitución) como el nuestro, respecto a otros bienes e institutos constitucionalmente tutelados, conduce a que el de la defensa tenga que prevalecer sobre el de la cosa juzgada. En el mismo fallo, el Tribunal ha dejado establecidas las siguientes pautas bajo las cuales sería admisible la procedencia de un Amparo contra otro Amparo:

- a) Puede ser admitido sólo de manera muy excepcional, en especial, en atención a las circunstancias de indefensión que generaría su rechazo.
- b) La pauta fundamental es que sólo procede cuando se trata de sentencias de procesos de Amparo que no han llegado a conocimiento del Tribunal Constitucional a través del Recurso Extraordinario. Esto es así –ha dicho– debido a que resultaría contradictorio, desde el punto de vista lógico, admitir que el propio Tribunal enerve la cosa juzgada que reviste a sus sentencias. Por esto, si bien la presunción de legitimidad constitucional de las sentencias de los procesos de tutela de derechos es *iuris tantum* respecto a las sentencias provenientes del Poder Judicial, ella adquiere el carácter de presunción absoluta, cuando se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional, debido a la naturaleza de supremo custodio de los derechos fundamentales que la doctrina le reconoce y porque, en fin, nuestro propio ordenamiento jurídico ha conferido a él, y no a otro, el control de la constitucionalidad (artículo 201° de la Constitución Política del Estado y artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

En adición a ello, posteriormente en el caso Ministerio de Pesquería (Expediente N° 200-2002-AA/TC), el Tribunal Constitucional ha adicionado otras pautas en relación a la admisión del denominado «Amparo contra Amparo». Así, por ejemplo, sostiene que sólo podrá operar en aquellos supuestos en que la violación al debido proceso resulte manifiestamente evidente; que sólo ha de proceder cuando dentro del proceso de Amparo que se cuestiona, se han agotado la totalidad de recursos que le franquea la ley al justiciable, necesarios como para que la violación a algún derecho constitucional pueda ser evitada, y no obstante ello, el juzgador constitucional ha hecho caso omiso de los mismos; que sólo debe centrarse en aspectos estrictamente formales del debido proceso, excluyendo toda posibilidad de análisis sobre el fondo controvertido en el proceso constitucional cuestionado; que sólo ha de proceder contra sentencias constitucionales definitivas, siempre que ellas no tengan carácter favorable a la parte actora, ya que de lo contrario se contravendría el principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada. Finalmente el Tribunal Constitucional reafirma su postura anterior en el sentido que el Amparo contra otro Amparo sólo ha de proceder contra resoluciones provenientes del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional, toda vez que éste es el intérprete supremo de la Constitución y se pronuncia sobre los procesos constitucionales de defensa de los derechos amenazados o vulnerados, por lo que deviene en imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales.

El nuevo Código, ciertamente estaría excluyendo toda posibilidad de interponer demandas constitucionales contra resoluciones recaídas en otros procesos constitucionales, pues a diferencia de lo que prescribe el artículo 4° de dicho

cuerpo normativo que permite atacar resoluciones judiciales de modo genérico, el artículo 5° inciso 6 establece que es improcedente cuando la demanda está destinada a cuestionar una resolución firme recaída en otro proceso constitucional. Nada dice el Código sobre la posibilidad de hacerlo en el supuesto de que el proceso primigenio no haya sido objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Creemos, sin embargo, que pese al sentido literal del mencionado dispositivo prohibitivo, debería quedar abierto el camino para accionar contra resoluciones firmes recaídas en procesos constitucionales siempre que estos no hayan tenido pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución. En todo caso, sería interesante que mediante una reforma legislativa se pudiese efectuar esa precisión. La razón que podría justificar nuestra propuesta radica básicamente en que lamentablemente nuestra judicatura ordinaria aún no está dotada de elementos suficientemente especializados en materia constitucional como para garantizar o al menos evitar caer en situaciones irregulares que afecten derechos constitucionales en el curso de un proceso constitucional y es ahí en donde la única vía factible de enmendadura recae en el Tribunal Constitucional.

VII. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES CONTRA DECISIONES DE LA JUSTICIA MILITAR Y ARBITRAL Y DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Uno de los temas que no podríamos haber dejado de comentar, es el de la ausencia de toda referencia en el Código Procesal Constitucional respecto a las resoluciones judiciales del fuero militar. Bien sabemos que es en este ámbito donde más de las veces se han venido cometiendo flagrantes y graves violaciones a los derechos fundamentales, principalmente debido al forzado sometimiento de civiles o militares en situación de retiro al Código de Justicia Militar.

Específicamente en el caso Valdemar Demetrio Cabanillas Quispe (Expediente N° 934-98-HC/TC), el Tribunal Constitucional ha dejado en claro que: *«...en efecto, no puede pretenderse, como lo hace la recurrida, que porque la jurisdicción militar es «independiente» tal condición suponga de por sí autarquía funcional y, menos aún, sostener que la regularidad del proceso se determina en dicha sede conforme al Código de Justicia Militar, pues no es este cuerpo normativo el que reconoce el derecho al debido proceso sino la propia Constitución Política del Estado, norma suprema para cualquier autoridad o institución, correspondiendo únicamente a los códigos, y particularmente a los adjetivos, recoger tal atributo conforme a la naturaleza o especialidad de los procesos constitucionales».*

Tampoco escapa a todo ello el hecho de que actos gravísimos contra los derechos humanos perpetrados por militares en contra de civiles, hayan sido cubiertos por un manto de impunidad o en todo caso de injustificada benevolencia al sustraerse de la justicia común.

En ese sentido, hubiese sido de vital importancia dejar claramente establecido en el Código Procesal Constitucional, el sometimiento de los órganos jurisdiccionales militares a la justicia constitucional con el objeto de impedir hechos tan absurdos e intolerables como el ocurrido hace ya varios años contra un conocido *ex broker* de seguros del Ejército, quien pese a haber obtenido a su favor un Hábeas Corpus que ordenaba su libertad inmediata e incondicional, fue inconstitucionalmente retenido en un cuartel militar por orden del Consejo Supremo de Justicia Militar. En ese caso tan singular y por que no decirlo anecdótico, el órgano castrense se negó en redondo a ejecutar la resolución de la Sala de Derecho Público cayendo en una evidente y flagrante resistencia a la autoridad judicial.

En todo caso, ha sido un acierto del codificador y constituye un avance importante el haberse dispuesto que las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad (artículo 22° del Código Procesal Constitucional). Es a partir de este precepto que en adelante podremos hablar del principio de supremacía de la jurisdicción constitucional, pues por su carácter especialísimo y tuitivo de los derechos fundamentales de la persona, siempre habrá de superponerse a las decisiones que adopten los órganos jurisdiccionales ordinarios, incluidas las pronunciadas por los fueros especiales. A todo ello ha contribuido el Tribunal Constitucional, al dejar en claro que ningún órgano jurisdiccional ni ente autónomo está por encima de la Constitución, y que sus actos o resoluciones siempre podrán ser objeto de revisión o control de constitucionalidad.

En cuanto a la jurisdicción arbitral, si bien ésta es independiente del Poder Judicial porque así lo dispone el artículo 139° inciso 1 de la Constitución, sin embargo también se encuentra sometida a los principios del debido proceso adjetivo y sustantivo, pues no olvidemos que cuenta con una Ley General de Arbitraje que regula la actuación de todos los procesos arbitrales, debiéndose respetar en ese ámbito las garantías mínimas establecidas para las partes en conflicto y sobre todo las que tengan una dimensión constitucional. Desde ese punto de vista, es igualmente factible que en el decurso de un proceso arbitral cualquiera pudiese producirse una afectación o violación al debido proceso y en ese caso sería perfectamente viable interponer un proceso constitucional de Amparo con el objeto de impedir una lesión a los derechos constitucionales de las partes. No olvidemos que la normatividad sobre arbitraje vigente estipula que sólo es posible demandar en sede judicial la nulidad del proceso o del laudo arbitral sin que ello implique –en ningún caso– que el Juez ordinario entre a revisar el fondo de la controversia, es decir, que se encuentra habilitada la vía de revisión únicamente sobre aspectos netamente formales del proceso y nada más. Si esa misma regla rigiese para la eventualidad de que se interpusiera un proceso constitucional contra una decisión

arbitral lesiva de un derecho constitucional, se estaría excluyendo la posibilidad de establecer en esta sede si la resolución cuestionada se encuentra debidamente fundada en Derecho.

En cuanto a las decisiones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones, éstas se enmarcan dentro de otro fuero adicional al militar y al arbitral, aun cuando no fue considerada de ese modo en el artículo 139° de la Constitución. Lo cierto es que al habersele dotado al Jurado de funciones jurisdiccionales en materia electoral, en esencia se ha convertido por imperio del artículo 178° inciso 4 de la Carta Magna en un órgano jurisdiccional más, a tal punto que conforme se establece en el artículo 142° de la Constitución, sus resoluciones en materia electoral no son susceptibles de ser revisadas en sede judicial.

Frente a ese hecho, el Tribunal Constitucional ha establecido que si bien la citada norma constitucional excluye a las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones de toda posibilidad de control constitucional, tal prohibición no comprende, en absoluto, al supremo intérprete de la Constitución, es decir al propio Tribunal, pues el dispositivo en mención alude a la sede judicial, entendiéndose que se refiere a aquella que se encuentra dentro del ámbito competencial del Poder Judicial y no de la justicia especial que encarna el Tribunal Constitucional. Al respecto, al resolver los casos de Gonzáles Ríos (Exp. N° 2409-2002-AA/TC) y Juan Espino Espino (Exp. N° 2366-2003-AA/TC), el Tribunal ha determinado que respecto a la posibilidad de ejercer un control jurisdiccional sobre decisiones del Jurado Nacional de Elecciones o del Consejo Nacional de la Magistratura –aunque en este caso no sean de orden jurisdiccional– no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, so pretexto de que la Constitución confiere una suerte de protección especial a determinadas resoluciones emitidas por parte de determinados organismos electorales. Es más, al fundamentar su sentencia en el caso Juan Espino Espino, el Tribunal afirma que aun cuando los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental establecen que no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última y definitiva instancia en materia electoral, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Con dicha posición asumida por el Tribunal Constitucional, ha quedado abierta la posibilidad de recurrir a la vía constitucional contra cualquier decisión jurisdiccional proveniente del ente electoral, a despecho de la prohibición establecida por el artículo 142° de la Constitución. Ciertamente que los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional para regular su propia competencia respecto a la posibilidad de revisar los fallos del Jurado Nacional de Elecciones, responden a un crite-

rio que guarda absoluta coherencia con aquello que hemos venido en llamar el principio de supremacía de la jurisdicción constitucional.

Un aspecto que merece ser tratado, es lo concerniente a la competencia jerárquica de los jueces cuando se trata de procesos instaurados contra resoluciones judiciales. Sobre el particular, habría que advertir que el Código Procesal Constitucional no establece un mecanismo especial cuando se trate de una demanda de Hábeas Corpus contra una resolución judicial, entendiéndose con ello que cualquier Juez penal estará habilitado para tramitarla. En cambio, el artículo 51° del mismo cuerpo legislativo sí establece una regla distinta respecto del Amparo contra resoluciones judiciales, estipulando que en ese caso la demanda deberá interponerse ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros para que se haga cargo de la verificación de los hechos. Si bien el mismo mecanismo tendría que aplicarse a todo tipo de proceso destinado a atacar decisiones judiciales que no afecten estrictamente la libertad individual, es necesario precisar que las demandas de Hábeas Corpus contra resoluciones del fuero militar tendrían que ser de conocimiento de cualquier Juez penal, mientras que si tratase de decisiones jurisdiccionales expedidas por el Jurado Nacional de Elecciones o por un tribunal arbitral la demanda igualmente debería ser de conocimiento, en primera instancia, por la Sala Superior correspondiente, pues aun cuando el Código Procesal Constitucional nada haya establecido al respecto, es obvio que tales resoluciones deben homologarse a las que haya emitido cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria. Es más, debe tenerse en cuenta que ya la propia normatividad que regula los procesos arbitrales establece que las nulidades contra el proceso o el laudo son de conocimiento de las Salas Civiles y no de los jueces especializados. Pensamos por lo tanto que similar regla tendría que seguirse si se tratase de una demanda constitucional de Amparo.

VIII. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Es indudable que las disposiciones contenidas en nuestro novedoso y llamativo Código Procesal Constitucional en lo concerniente al derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva así como la procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, constituyen todo un reto para el juzgador constitucional en tanto aplicador directo de la norma adjetiva, pues será él y nadie más que él quien tendrá la enorme responsabilidad de evitar que los procesos constitucionales se conviertan en un instrumento de revisión perniciosa y ciertamente peligrosa de aquellas resoluciones judiciales que sean objeto de cuestionamiento a través de un proceso de Hábeas Corpus o de Amparo constitucional. Para ello será vital respetar ciertos parámetros y reglas que jueguen un

papel moderador de la actividad contralora del Juez Constitucional, pues la institución de la cosa juzgada aun cuando jamás debe tener ribetes absolutistas, sin embargo debe ser mantenida y respetada en la medida de lo posible como principio elemental de seguridad y estabilidad jurídica. Creemos por eso, que los supuestos en los que la revisión de las decisiones judiciales del Poder Judicial y de demás órganos y fueros independientes, deben ser determinados a través de la jurisprudencia que al respecto edifique el Tribunal Constitucional cuando se inicie la aplicación concreta del nuevo Código Procesal.

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS CASOS DE GUATEMALA Y PERÚ

GERARDO PRADO (*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Cuadro comparativo. **III.** Otros puntos de comparación. **IV.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Me parece oportuno, utilizar en este trabajo el fundamento histórico con el fin de delimitar su contenido. Desde este punto de vista, Guatemala y Perú presentan ciertas similitudes, si tomamos en cuenta que el primero de dichos Estados, encabezó la organización política centroamericana como Capitanía General y el segundo, fue un Virreinato.

Es singular el fenómeno que se dio en Guatemala con su accidentada vida política republicana. Sin embargo, el pensamiento jurídico de la época, que se remonta incluso hasta el año de 1812, mantuvo una posición de apertura con respecto al respeto de los derechos humanos. Esta afirmación la hacemos, en virtud de que el constituyente de ese año habría iniciado su preocupación por la institución del Hábeas Corpus, pues tal como lo apunta el historiador constitucional guatemalteco Jorge Mario García Laguardia: «se dio por primera vez participación a las provincias americanas, eligiéndose cinco diputados, de los cuales dos, el guatemalteco Antonio de Larrazábal y el costarricense Florencio del Castillo, jugaron un impresionante papel llegando a ser Presidentes de las Cortes, llamadas de Cádiz».

(*) Profesor de la Universidad de San Carlos (Guatemala).

En el año de 1837, se promulgó una serie de códigos que contemplaban temas sobre prisiones, delitos, la administración de justicia por jurados, procedimientos criminales y pruebas judiciales. Fue el momento que José Francisco Barrundia, prócer guatemalteco, hacía una vehemente defensa en cuanto a la adopción de la institución denominada Hábeas Corpus, en los siguientes términos: «Seamos los primeros en llenar los deseos del ilustre Livingston –refiriéndose a Eduardo Livingston, autor de los códigos del Estado de Luisiana, Estados Unidos de América– aprovechando sus sabios trabajos y decretando un jurado y una Ley de Hábeas Corpus que causen tanta satisfacción a su autor, como la que él se imagina de su adopción en México y Perú».

En efecto, el Capítulo VI del Código de Procedimientos del Ramo Criminal, dedicaba su atención al Hábeas Corpus bajo el título de «La supresión de los delitos contra la libertad personal», materia contenida minuciosamente en los Artículos del 56 al 115, en la que el primer artículo mencionado contenía la siguiente definición: «El remedio represivo de los delitos de la naturaleza indicada en la materia de este título (contra la libertad personal) es por el auto de exhibición de la persona. La naturaleza de este remedio, y el modo de aplicarlo, están detallados en las siguientes secciones de este capítulo». Y el Artículo 57 expresaba: «Un auto de exhibición de la persona es una orden dada por escrito, expedida en nombre del Estado por Juez o Corte de jurisdicción competente, dirigida a cualquiera que tenga una persona en su custodia, o bajo su restricción, mandándole presentar aquella persona en cierto tiempo y lugar, y haciéndole manifestar la razón por qué es tenido en custodia bajo restricción».

La legislación que contenía la institución a que nos referimos, que había sido utilizada ampliamente y con resultados distintos, fue derogada por el Decreto Legislativo del 13 de marzo de 1838, pero el Artículo 14 del mismo expresaba que: «...se conserva la garantía del Hábeas Corpus tal cual está en los códigos», pues la Asamblea argumentó que: «es importante, sin embargo, conservar vigente la institución en la parte que trata de exhibición personal, por contener una de las principales garantías, cuya práctica no ha sido repugnada y debe mantenerse en su vigor y fuerza por ser en alto grado favorable a la libertad personal de los ciudadanos y restrictiva a la arbitrariedad de los jueces para decretar prisiones...». Con ese cambio legislativo, que coincide con el rompimiento de la República Federal de Centroamérica, se produce también un proyecto de *Ley de Garantías*, que da lugar a la *Declaración de los Derechos del Estado y sus Habitantes*, contenida en el Decreto No. 76 de fecha 14 de diciembre de 1839, que aún mantiene vigentes los Códigos de Livingston, principalmente en la parte que se refiere a la exhibición personal, tanto así que el Artículo 19 establecía: «Ningún habitante del Estado puede ser ilegalmente detenido en prisión, y todos tienen derecho a ser presentados ante el Juez competente, quien en el caso deberá dictar el auto de exhibición

de la persona», pero mientras estuvo vigente se mantuvieron dos limitaciones, una en que no procedía ordenar la libertad por delitos de sedición o rebelión, a menos que se probara la inocencia, y la otra en que no procedía en los casos de servicio militar obligatorio, situación que se mantuvo en el Acta Constitutiva de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 19 de octubre de 1851.

En 1871, tiene lugar el triunfo de los liberales y el 11 de diciembre de 1879, la Asamblea Nacional Constituyente decreta la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, cuyo Artículo 34 recoge, con carácter constitucional, la institución del Hábeas Corpus, al apuntar que: «La Constitución reconoce el derecho de Hábeas Corpus o sea la exhibición personal», que luego, mediante Decreto Legislativo 150 del 22 de mayo de 1886, regula lo *Del auto de exhibición y de las autoridades que deben conocerlo*, y el Decreto Legislativo N° 354 del mes de abril de 1897, desarrolla dicha disposición para proteger a las personas privadas de su libertad o que sufrían vejámenes o gravámenes ilegales, concediendo a cualquier persona el derecho de pedir la liberación de los detenidos de manera injusta.

La Constitución de 1879, sufrió varias reformas. Entre ellas mencionamos las de 1921 y 1927, con las cuales se da la apertura de un movimiento hacia el constitucionalismo social. En la primera de ellas, el Artículo 34 establecía que: «La Constitución reconoce el derecho de Amparo. Una ley constitucional anexa desarrollará esa garantía», y en la segunda reforma, se amplía dicho artículo al dejar abierto el catálogo de los derechos no consignados expresamente y aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Se insistió en el contenido ya expresado de la exhibición personal, cuya conformación definitiva se iba dando pero fijaba líneas para un desarrollo posterior, que se empezaría a dar mediante la primera Ley de Amparo que se aprobó según Decreto Legislativo 1539 de fecha 18 de mayo de 1928, que el Artículo 187 de la Constitución Política de la República de Centroamérica contemplaba como complementaria de la misma. Es de hacer notar que en esta ley se podría interponer el *recurso de exhibición o de Hábeas Corpus*, cuyo tratamiento general se encuentra en el Capítulo IV, en donde se otorga la Acción Popular para interponerlo.

El último decreto mencionado, fue reformado por el Decreto del Congreso de la República N° 478, de fecha 20 de febrero de 1948, año tercero del gobierno de la revolución de 1944, cuyo fin se dio en 1954 por medio de la contrarrevolución dirigida por Carlos Castillo Armas. Se produce un período anárquico y represivo, según nos lo indica Jorge Mario García Laguardia, pues: «se dicta por la Junta Militar que se hace cargo del gobierno, el Decreto 41 del 28 de julio de 1954, que reconoce el Hábeas Corpus pero con fuertes limitaciones, para facilitar la persecución de los partidarios del régimen derrocado, la que se produce en un

ambiente de histeria colectiva generalizada, y deroga también todos los artículos de la Constitución de 1945 que se refieren al Amparo, incluido el Hábeas Corpus».

Finalmente, el Decreto del Congreso de la República de 1948, es derogado por el Decreto N° 8 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1966, que contenía la ley constitucional denominada *Ley de Amparo, Hábeas Corpus* y de *Constitucionalidad*, cuando ya se encontraba vigente la Constitución Política de 1965, que contenía en el Título II lo relativo al rubro general de Garantías Constitucionales e incluía con claridad y técnica jurídica las tres garantías mencionadas. Y ese Decreto, a su vez, fue derogado por el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente elegida popularmente en 1984, el cual entró en vigencia el 14 de enero de 1986, cuya comparación presento en las siguientes páginas con relación al Código Procesal Constitucional de Perú aprobado el 7 de mayo de 2004.

II. CUADRO COMPARATIVO

LEY GUATEMALTECA	LEY PERUANA
Base constitucional:	
El Capítulo VI, Título VI, Artículo 276 de la Constitución Política de Guatemala –Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional–, establece que «Una ley constitucional desarrollará lo relativo al amparo, a la exhibición personal y a la constitucionalidad de las leyes».	El Título V, Artículo 200, 2º. Párrafo, de la Constitución Política de Perú –De las Garantías Constitucionales– establece que: «Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías...» (Habeas Corpus - Amparo - Habeas Data- Inconstitucionalidad- Acción Popular - Acción de Cumplimiento).
Órgano competente:	
El órgano competente para conocer en estas materias, es la Corte de Constitucionalidad, con excepción de la exhibición personal pues, según el Artículo 83 de la ley constitucional, esos casos los conoce la Corte Suprema de Justicia.	El órgano competente para conocer en estas materias, es el Tribunal Constitucional (Art. 202 Constitución) y el Poder Judicial (Art. IV Código Procesal Constitucional).
Integración:	
La Corte de Constitucionalidad, se integra con 5 magistrados titulares, designados así: uno por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; uno por el pleno del Congreso de la República; uno por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; uno por el Consejo Superior	El Tribunal Constitucional, se integra con 7 miembros elegidos por el Congreso de la República, con el voto favorable de 2/3 de sus miembros, según propuestas que recibe una comisión especial designada para el efecto. No hay suplentes. En caso de vacancia, el

<p>Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y uno por la Asamblea del Colegio de Abogados de Guatemala. Cada titular es designado con su correspondiente suplente y duran 5 años en sus funciones.</p>	<p>Congreso elige nuevo Magistrado. Duran 5 años en sus funciones.</p>
<p>Función e independencia:</p>	
<p>La Corte de Constitucionalidad, defiende esencialmente el orden constitucional, es colegiado e independiente de los demás organismos del Estado, sólo sometido a la Constitución y a su ley.</p>	<p>El Tribunal Constitucional, es el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales; se encuentra sometido sólo a la Constitución y su ley orgánica.</p>
<p>Características de las acciones</p>	
<p>AMPARO. Procede en toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de Guatemala reconocen, ya sea que provengan de personas y entidades de derecho público o del derecho privado (Art. 10 LAEPyC). No hay ámbito que no sea susceptible de Amparo (Art. 8º. de la ley y 44 constitucional).</p> <p>Legitimación: toda persona tiene derecho a pedir Amparo, en los casos expresamente enumerados en la ley o cualquiera otro que no esté comprendido en ella (Arts. 265 Constitución y 8º. de la ley). Cabe la representación procesal (Art. 21, b) de la ley). También están legitimados el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos (Art. 25 de la ley).</p> <p>El Amparo se pide por escrito llenando los requisitos de un primer memorial (Art. 21 de la ley). También puede ser en forma verbal en casos de personas pobres o ignorantes, menores e incapacitados, sin auxilio profesional. En este caso, puede intervenir el Procurador de los Derechos Humanos (Art. 26 de la ley).</p> <p>El plazo para interponer la petición de Amparo, es de 30 días siguientes a la notificación. Este plazo se reduce a 5 días durante el proceso electoral (Art. 20 de la ley).</p>	<p>AMPARO. El Art. 37 del CPC, enumera los derechos protegidos: igualdad-religión-opinión-contratación-inviolabilidad de documentos-reunión-asociación-trabajo-propiedad-petición-participación política-seguridad social-salud y otros. No protege aquellos que carezcan de sustento constitucional (Art. 38).</p> <p>Legitimación: ésta le corresponde al afectado para interponer el Amparo (Art. 39). También puede comparecer por medio de representante legal (Art. 40), y el poder ejercido puede estar fuera de registro. Asimismo, cualquier persona interviene si se trata de amenaza del derecho al ambiente o de cualquier derecho difuso con reconocimiento constitucional.</p> <p>El amparo se pide por escrito, anotando datos del Tribunal, quien comparece, a quien se demanda los hechos sucedidos y los derechos violados, el petitorio claro y concreto, firma del presentado y la del abogado (Art. 42).</p> <p>El plazo para interponer la demanda prescribe 60 días hábiles después de producida la violación o amenaza. Si es contra resolución judicial, dicho plazo se inicia al quedar firme la misma, pero concluye 30 días después de la notificación. Aplican ciertas reglas para el cómputo del plazo (Art. 44).</p> <p>El Art. 45 del CPC, indica que el Amparo procede una vez agotadas las vías previas. Si</p>

<p>Para pedir Amparo, salvo excepciones, deben agotarse previamente los recursos ordinarios judiciales y administrativos, con base en el principio del debido proceso (Art. 19).</p> <p>En caso de demanda que omita requisitos o es defectuosa, el Tribunal da trámite al Amparo y ordena la subsanación en un plazo de 3 días (Art. 22 de la ley).</p> <p>La LAEPyC contempla desistimiento (Art. 75) y la acumulación en términos generales de procesos o asuntos idénticos (Art. 182).</p> <p>El trámite del Amparo, tiene lugar el mismo día en que se presenta. Se piden los antecedentes o informe circunstancial dentro del plazo de 48 horas. Si no se cumple con eso, se decreta la suspensión provisional (Art. 33 de la ley).</p> <p>La LAEPyC contempla costas y multas o sanciones. Las costas son obligatorias en los amparos que sean procedentes. Las costas se liquidan a petición de parte, vía incidente (Arts. 44, 45 y 56). Las sanciones y las multas no se aplican al Ministerio Público ni al Procurador de los Derechos Humanos (Art. 48).</p>	<p>hay duda sobre el agotamiento, hay preferencia de darle trámite al Amparo.</p> <p>El Artículo 46 contiene excepciones a la regla del artículo anterior: por ejemplo no es exigible el agotamiento, si la resolución es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida, o si la vía previa no se encuentra regulada.</p> <p>El CPC se refiere a <i>inadmisibilidad</i> en caso de omisión o defecto de la demanda. Tres días para subsanar. Resolución apelable (Art. 48).</p> <p>El CPC mantiene la idea del desistimiento pero prohíbe la reconvencción y el abandono. Permite la acumulación de procesos (Arts. 49 y 50).</p> <p>Admitida la demanda, Juez concede al demandado 5 días para contestar. Contestada la demanda o vencido ese plazo, se dicta sentencia (Art. 53).</p> <p>El Juez declara costas y costos al declarar fundada la demanda, en contra de la autoridad o funcionario. Si el Amparo es desestimado, se puede condenar al demandante. El Estado sólo será condenado al pago de costos (Art. 56).</p>
<p>Apelación:</p>	
<p>La Corte de Constitucionalidad, se convierte en tribunal de apelación y conoce todos los recursos en materia de Amparo (Art. 60). También son apelables las sentencias, los autos relacionados con el Amparo provisional, los que resuelven liquidación de costas y los que pongan fin al proceso. El recurso se interpone dentro de 48 horas (Art. 62). Tienen legitimación para apelar, las partes, el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos (Art. 63). El recurso se interpone indistintamente ante el tribunal conocedor o ante la Corte de Constitucionalidad (Art. 64).</p>	<p>La sentencia es apelable dentro de tercero día siguiente a la notificación (Art. 57). El órgano superior concede tres días al apelante para que exprese agravios y luego da traslado por tres días. El Tribunal Superior dicta sentencia dentro de cinco días posteriores a la vista (Art. 58).</p>
<p>Ejecución de sentencia:</p>	
<p>La LAEPyC no establece ningún plazo en particular. Solamente hace referencia a desobediencia, retardo u oposición a cumplir una resolución de Amparo dentro del plazo que</p>	<p>El CPC establece que la sentencia firme debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Si el obligado no cumple, se dispone la apertura del procedimiento</p>

fije el tribunal, por parte del responsable, quien será separado <i>ipso facto</i> del cargo, amén de otras sanciones legales (Arts. 50 y 78).	administrativo y el Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior jerárquico (Art. 59).
Competencia:	
La LAEPyC, contempla 4 niveles de competencia para conocer Amparos: 1. La Corte de Constitucionalidad (única instancia). 2. La Corte Suprema de Justicia. 3. Las Salas de la Corte de Apelaciones. 4. Los Jueces de Primera Instancia. Cuando no está establecida, la Corte de Constitucionalidad la determina sin formar artículo.	La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que dicho órgano es competente para conocer la inconstitucionalidad, resoluciones denegatorias de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento, así como los Conflictos de Competencia (Art. 2).
EXHIBICION PERSONAL	
La LAEPyC, en el Artículo 82, expresa que la persona ilegalmente presa, detenida o cohibida en el goce de su libertad individual, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición, para la restitución o garantía de su libertad. También ese derecho lo tiene quien, preso o detenido legalmente, sufra vejámenes, para que estos cesen o termine la coacción existente.	El CPC, en el Artículo 25, expresa que este proceso procede por acción o omisión que amenace o vulnere derechos que, enunciativamente conforman la libertad individual. Entre ellos: -no sufrir torturas o tratos inhumanos, no prestar juramento ni declarar culpabilidad contra sí mismo, no ser detenido por deudas, no ser incomunicado, tener asistencia de un abogado defensor, etc.
Legitimación:	
La exhibición personal puede pedirse por escrito, teléfono o verbalmente, por el agraviado o cualquiera otra persona, sin acreditar representación alguna ni llenar formalidades (Art. 85). También, se contempla el inicio y promoción de oficio, a cargo de todo Tribunal que conozca tal situación (Art. 86). Y caso de denuncia obligatoria por parte de aquel que sea responsable del detenido o privado de su libertad: por ejemplo, el Alcalde de la prisión (Art. 87).	La exhibición personal puede pedirla la persona perjudicada o cualquiera otra, sin acreditar representación ni firma de letrado. También puede pedirla el Defensor del Pueblo (Art. 26). La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos u otro idóneo. De la demanda verbal, se levanta acta ante el juez (Art. 27).
Competencia:	
La LAEPyC, en el Artículo 83, establece que son competentes los mismos Tribunales que conocen del Amparo, pero la competencia de la Corte de Constitucionalidad se la atribuye a la Corte Suprema de Justicia. El Art. 91, men-	El Artículo 28 del CPC, atribuye la competencia a los jueces del orden penal, y el 29, indica que es competente el Juez de Paz del lugar distinto y lejano del lugar sede del Tribunal Superior, quien le dicta orden perentoria e

<p>ciona a auxiliares del Tribunal –juez ejecutor u otra autoridad o persona– para cumplir en lugar distinto de la sede del Tribunal principal.</p>	<p>inmediata para verificar lo relativo al Habeas Corpus.</p>
<p>Trámite:</p>	
<p>La LAEPyC, establece inmediata emisión del auto de exhibición y fija plazo de 24 horas máximo para presentar al agraviado (Arts. 88 y 89). Si se trata de personas plagiadas o desaparecidas, el Juez comparece por sí mismo para buscarlas (Art. 95).</p>	<p>El Artículo 30 del CPC, establece que el Juez resolverá de inmediato sobre la detención arbitraria y ordenará la libertad del agraviado mediante el acta correspondiente. Si es caso de desaparición forzada, el Juez adopta medidas necesarias y comisiona a jueces de otro distrito y da aviso al Ministerio Público (Art. 32).</p>
<p>Sentencia:</p>	
<p>La LAEPyC, hace mención de una resolución que declara la procedencia o improcedencia de la exhibición personal (Art. 99). Si se comprueba por el informe y los antecedentes que la detención o prisión es ilegal, se decreta la libertad de la persona y queda libre en el mismo acto y lugar (Art. 97).</p>	<p>El Artículo 34 del CPC, se refiere a la sentencia fundada, y dispone que la persona detenida arbitrariamente quede en libertad o que continúe la privación de libertad, según disposiciones aplicables, o que cese el agravo producido.</p>
<p>INCONSTITUCIONALIDAD</p>	
<p>El Art. 114 de la LAEPyC, establece que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional (principio de jerarquía de las leyes), pero deja a salvo que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados por Guatemala.</p>	<p>El Artículo 75 del CPC, se refiere a la finalidad de este proceso: la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Aquí incluye la Acción Popular.</p>
<p>Procedencia de la Acción Popular:</p>	
<p>El Artículo 134, inciso d) de la LAEPyC se refiere a la Acción Popular, pues cualquier persona tiene legitimación activa para plantear inconstitucionalidad de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, con el auxilio de tres abogados. El Tribunal competente es la Corte de Constitucionalidad (Art. 133). También tienen legitimación, el Colegio de Abogados, el Ministerio Público y el Procurador de los Derechos Humanos (Art. 134, incisos a), b) y c).</p>	<p>La Acción Popular (Art. 76), procede contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, siempre que infrinjan la constitución o la ley, o no se publican según la Constitución. Puede ser interpuesta por cualquier persona (Art. 84). El Poder Judicial es el competente para conocerla. (Art. 85), por medio de las salas correspondientes.</p>

Principio de Interpretación:	
Los Artículos 2 y 42 de la LAEPyC, hacen referencia a que las disposiciones de la ley y de la Constitución, se interpretarán en forma extensiva, para procurar una adecuada protección de los derechos humanos y eficacia de las garantías y defensas del orden constitucional.	El Artículo 79, indica que el Tribunal Constitucional apreciará de mejor manera la validez constitucional, con base en las normas constitucionales y otras dentro de ese mismo marco que determinen la competencia de los órganos estatales o el ejercicio de los derechos fundamentales.
Efectos de la sentencia:	
Si la Corte de Constitucionalidad declara inconstitucionalidad total de ley, reglamento o disposición general, queda sin vigencia; si es parcial, queda sin vigencia la parte respectiva. En ambos casos, los efectos surten desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial (Art. 140).	La sentencia fundada, deja sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncia, carece de efectos retroactivos, se publica en el Diario Oficial y produce efectos al día siguiente de su publicación (Art. 81).
Cosa juzgada:	
En amparos y exhibiciones personales, las resoluciones son de efecto declarativo y no causan excepción de cosa juzgada. En inconstitucionalidades de carácter general, la cosa juzgada se da con respecto al caso concreto (Art. 190).	El Art. 6, se refiere a cosa juzgada por decisión final sobre el fondo, y el 82 a sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad y de acción popular, vinculando a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación.
Prescripción:	
La LAEPyC, no contempla ningún plazo que esté relacionado con prescripción en materia inconstitucional. En casos concretos, la inconstitucionalidad puede plantearse ante el Tribunal que corresponda, en cualquier instancia y hasta en casación, antes de dictarse la sentencia (Arts. 116 y 120).	El Artículo 100 del CPC, establece que la inconstitucionalidad tiene un plazo de 6 años para interponerla contra leyes generales, y de 6 meses cuando se trata de tratados.
Inadmisibilidad:	
La Corte de Constitucionalidad, previo trámite, fija un plazo de 3 días para cumplir con requisitos faltantes. Si no hay cumplimiento, la Corte decide omitir en su análisis los motivos jurídicos, pero resuelve en cuanto a lo demás; y si fuere otro requisito, se suspende el trámite	El Art. 103, indica que el Tribunal resuelve admisión en 10 días, pero la inadmisibilidad tiene lugar si falta algún requisito del Art. 101, o que no se acompañen anexos del Art. 102. Fija plazo de 5 días para subsanar y si no se

(Art. 30 de Acuerdo No. 4-89 de la Corte de Constitucionalidad).	cumple, declara improcedente la demanda y da por concluido el proceso.
Medidas cautelares:	
En la LAEPyC (Art. 138), la Corte debe decretar la suspensión provisional de la ley o reglamento general si la inconstitucionalidad fuere notoria y pueda causar gravámenes irreparables. Tiene efecto general y se publica en el Diario Oficial.	Comparativamente, el Artículo 105 del CPC indica que no se admiten medidas cautelares en el proceso de Inconstitucionalidad.
Plazo para dictar sentencia:	
La LAEPyC, contempla audiencia por 15 días comunes al Ministerio Público y cualquier autoridad pertinente; dentro de 20 días siguientes a ese plazo, 20 días para la vista y la sentencia se pronunciará dentro de 20 días siguientes a la vista. La Corte, en todo caso, debe dictar la sentencia en un plazo máximo de 2 meses a partir de la interposición.	El Código Procesal Constitucional, en el Artículo 108, establece lo siguiente: «El Tribunal dicta sentencia dentro de los treinta días (30) posteriores de producida la vista de la causa.

III. OTROS PUNTOS DE COMPARACIÓN

En las páginas precedentes, hemos hecho el esfuerzo, aunque no exhaustivo por razones de espacio para este trabajo, con respecto a ciertos aspectos en los que la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala y el Código Procesal Constitucional de Perú difieren o coinciden, principalmente en lo que se refiere a la parte adjetiva o procesal. Para ello, utilizamos el sistema de columnas, el cual resulta mucho más didáctico y más accesible para exponer y comprender la comparación realizada con relación a las tres instituciones que están incluidas: el Amparo, la Exhibición Personal y la Constitucionalidad de las leyes.

En el presente apartado, trataremos brevemente lo relacionado con los tres procesos que, de manera específica, incluye el Código Procesal Constitucional de Perú: el de Hábeas Data, el de Cumplimiento y el Competencial, los cuales aborda la Ley guatemalteca de una manera muy general, con excepción del primero, el de Hábeas Data, que no tiene aún una regulación ordinaria concreta, en virtud de que esa materia todavía es objeto de consideraciones y discusiones en el ámbito jurídico nacional.

En efecto, el Código Procesal Constitucional peruano dedica cinco artículos –del 61 al 65– al Hábeas Data o exhibición de datos, como proceso idóneo para

defender los derechos constitucionales que la Carta magna de Perú reconoce en los incisos 5) y 6) del artículo 2: solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, con excepción de aquella que afecte la intimidad personal, la que excluya la ley expresamente o tenga que ver con seguridad nacional; o que los servicios informáticos, públicos o privados, no proporcionen información personal ni familiar.

Por su lado, la LAEPyC de Guatemala, no hace alusión al Hábeas Data, ni existe ley ordinaria que lo trate, pero encontramos dos disposiciones en la Constitución Política del país que tienen relación con esta materia. Se trata de los artículos 30 y 31, que forman parte del Capítulo I –derechos individuales– del Título II –derechos humanos–. El primero reza que: «todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia». Y el segundo, que expresamente permite el acceso a archivos y registros estatales, al declarar que: «Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos». Cualquier negativa a la solicitud planteada, puede ser objeto de Amparo en ambos casos, si nos basamos en el Artículo 10 de la LAEPyC, que señala: «La procedencia del Amparo se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes de la República de Guatemala reconocen, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de Derecho Público o entidades de Derecho Privado. Toda persona tiene derecho a pedir amparo... f) Cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite».

En cuanto al proceso de Cumplimiento, regulado en el CPC de Perú en nueve artículos –66 al 74–, se menciona que su objeto es ordenar al funcionario que dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo, o se pronuncie en forma expresa para emitir una resolución administrativa o dicte un reglamento. La solicitud puede hacerla cualquier persona cuando se trate de normas con rango de ley y reglamentos. También la Defensoría del Pueblo tiene legitimación para tal fin. Como requisito previo, demostrar que hubo reclamo por parte del demandante y ratificación de incumplimiento de la autoridad deman-

dada, o no haya contestado en el plazo legal (10 días). No se requiere agotar la vía administrativa.

La Ley guatemalteca, una de carácter constitucional (la LAEPyC) y otra de carácter ordinario (la Ley de lo Contencioso-Administrativo), resuelven situaciones de cumplimiento o incumplimiento en el ejercicio de la función pública en el ámbito administrativo, a través del Amparo para unos casos (el silencio administrativo, por ejemplo), o por medio de los recursos administrativos ordinarios: revocatoria y reposición y, como medida extrema, en la vía contencioso-administrativa, iniciando el proceso respectivo ante una sala jurisdiccional.

Con respecto al proceso competencial, tratado en el CPC peruano en los artículos del 109 al 113, observamos que tiene por objeto el conocimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de los conflictos que se den entre los órganos del poder público –nacionales, regionales o locales-. El procedimiento aplicable es el que regula el proceso de Inconstitucionalidad.

La LAEPyC, no menciona ningún proceso en particular para tratar los conflictos de competencia y jurisdicción. Sin embargo, ciertas disposiciones constitucionales y de la misma LAEPyC, le permiten a la Corte de Constitucionalidad entrar a conocer y resolver cualquier Conflicto de Competencia o de jurisdicción en materia de constitucionalidad (Arts. 272, inc. f), de la Constitución Política, y 163, inc. f), de la LAEPyC), así como conocer y resolver cuestiones de competencia entre los organismos y entidades autónomas del Estado (Art. 164, inc. c) de la LAEPyC), aplicando el procedimiento de la Inconstitucionalidad. Es así que, como máximo Tribunal, actúa para determinar a qué órgano le corresponde conocer aquel asunto de Amparo cuya competencia no esté establecida, según lo dispuesto en el artículo 15 de la LAEPyC, la cual podrá también modificar en cuanto a los diversos tribunales, mediante auto acordado (Art. 16 de la misma ley) que comunica por oficio circular y, además, publica en el Diario Oficial. Al respecto, el constitucionalista Mynor Pinto Acevedo expone que: «De conformidad con artículos constitucionales y normas de la ley de la materia, la Corte de Constitucionalidad posee amplias facultades para variar la competencia de los tribunales ordinarios en lo que respecta a materia constitucional, así como para dirimir los conflictos que entre éstos surjan, sea en casos concretos o en casos generales».

IV. CONCLUSIONES

1. Una diferencia importante que existe entre la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala y el Código Procesal Constitucional de Perú, es su fuente de origen, pues la primera es producto de la Asamblea Nacional Constituyente, órgano legislativo extraordinario en el

medio guatemalteco, y el segundo es producto del Congreso de la República de Perú, que por cuestiones meramente doctrinarias, es conocido como órgano legislativo ordinario.

2. En ambos documentos, está contemplado que los fines de los procesos constitucionales, consisten en defender la supremacía de la Constitución y la vigencia permanente y efectiva de los derechos que la misma reconoce.
3. Que la Ley guatemalteca, contiene disposiciones sustantivas y adjetivas en un solo cuerpo normativo, mientras que el sistema peruano, divide dichas disposiciones en dos leyes distintas: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1995 (*), y el Código Procesal Constitucional, que entrará en vigencia a fines de noviembre de 2004.
4. Los principios procesales son diferentes en ambas leyes. La guatemalteca, Artículo 5º. del Capítulo Único –Normas Fundamentales y Disposiciones Generales– los refiere a la Justicia Constitucional, y la peruana –Artículo III del Título Preliminar–, a los procesos constitucionales, que en el fondo resultan ser la misma cosa y de la misma trascendencia.
5. En relación con la competencia para conocer de los procesos que se regulan en ambas leyes, es preciso insistir que la guatemalteca reconoce específicamente cuatro grados en materia de Amparo, según la autoridad demandada: 1) la Corte de Constitucionalidad; 2) la Corte Suprema de Justicia; 3) las Salas de la Corte de Apelaciones; y 4) los Juzgados de Primera Instancia. Igual distribución hace en materia de exhibición personal, pero la que corresponde a la Corte de Constitucionalidad, se ejercerá por la Corte Suprema de Justicia.
6. Y en materia de constitucionalidad de las leyes, dispone que ante la Corte de Constitucionalidad se plantean los casos cuando se trate de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, mientras que los casos concretos serán conocidos por los mismos tribunales donde se tramitan los procesos de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, por vía de acción, excepción o incidente.
7. Por su lado, el Código Procesal Constitucional de Perú designa al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que conozcan los procesos constitucionales, de conformidad con lo que disponen la Constitución, sus propias leyes orgánicas y dicho Código, sin entrar en mayores detalles sobre cómo distribuye la referida competencia.

(*) Nota del autor: Luego de terminado el presente ensayo se expidió la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 que deroga a la N° 26435 de 1995.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL HOMÓNIMA EN GUATEMALA

MANUEL DE JESÚS MEJICANOS JIMÉNEZ (*)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Regulación constitucional de Amparo. **III.** Principios procesales cuya observancia determina en ambas legislaciones (la guatemalteca y la peruana) la procedibilidad del Amparo. **IV.** La demanda de Amparo. **V.** Tutela judicial por medio del amparo. **VI.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Escribir este breve ensayo en homenaje al onomástico del profesor Domingo García Belaunde, representa un verdadero placer para quien escribe, por tratarse testimonios a este gran constitucionalista peruano al arribar él a un aniversario más de fructífera existencia, en la que en sus múltiples disertaciones, publicaciones y artículos, nos ha legado valiosos conocimientos a todos aquellos que en Latinoamérica hemos dedicado gran parte de nuestro tiempo al estudio del Derecho Procesal Constitucional.

Personalmente, tuve el gusto de conocer al profesor García Belaunde en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de Sevilla, España, en el mes de diciembre de 2003. De igual manera, estuve

(*) Abogado asesor de la Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

presente en su brillante disertación presentada con ocasión del II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano, celebrado en la ciudad de San José, Costa Rica, en el mes de julio del año en curso. También he estado presente en la presentación de los ejemplares de Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, que es editada con el auspicio del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, en el cual el homenajeado funge actualmente como Presidente Ejecutivo. Desde entonces he sido asiduo lector de sus artículos, publicados tanto en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano como en la citada revista, de los cuales he obtenido valiosos conocimientos que trato de aplicar en mis diarias actividades en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

De manera que una forma sencilla de profesar admiración y demostrar agradecimiento por el conocimiento adquirido de él, es el escribir este breve artículo, en el cual pretendo realizar un breve análisis comparativo entre la institución del Amparo establecida en el actual Código Procesal Constitucional y aquella institución homónima regulada en la legislación constitucional guatemalteca, con el objeto de determinar, de manera somera, las similitudes que existen entre ambos.

Finalmente, también deseo expresar mi agradecimiento al profesor constitucionalista peruano José F. Palomino Manchego, quien durante la realización del II Encuentro antes citado, tuvo la deferencia hacia mi de solicitarme la redacción de este artículo, esperando con el mismo cumplir con sus expectativas.

II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL AMPARO

La tendencia que siguen las legislaciones latinoamericanas, es la de instituir al Amparo como un medio de defensa contra amenaza de violaciones o violaciones propiamente dichas a derechos fundamentales, bien estén estos contenidos en los textos constitucionales, o en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, que por medio de cláusulas constitucionales, son incorporados a los denominados bloques de constitucionalidad, siguiendo así la tendencia de la llamada «constitucionalización» de los derechos humanos, ya de raigambre en las Constituciones de la mayoría de países de América Latina.

Es así como la regulación del Amparo se hace en el contexto del Derecho Procesal Constitucional funcional, como una garantía que la Constitución asegura a las personas (físicas o morales) de cesación de una eventual perturbación en el goce de aquellos derechos objeto de protección fundamentalmente en el texto supremo de un Estado. Parte esta garantía, de la existencia del denominado «conflicto constitucional» que es definido por el profesor chileno Juan Colombo Campbell como aquel que se produce cuando una persona o un órgano público,

con su acción u omisión, genera como resultado la infracción valórica, formal o sustancial de preceptos y principios contenidos en la Constitución Política⁽¹⁾.

Para el caso del Amparo en Guatemala, éste opera en el denominado conflicto constitucional suscitado entre el Estado y un particular, que ocurre cuando el Estado, al usar su autoridad, amenaza con causar violación o efectivamente haya causado afectación a derechos que a los particulares garantiza el texto constitucional⁽²⁾. Esa tendencia, reafirma la tesis sustentada por Carlos Ayala Corao de que el Amparo como instituto establecido constitucionalmente, se ha configurado en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como un mecanismo de protección especial de los derechos consagrados expresa o implícitamente en la Constitución, excepto de aquellos protegidos por otras acciones⁽³⁾ (como el Hábeas Corpus o el Hábeas Data, por citar dos casos), sobre todo frente a arbitrariedades del poder público.

Para la efectividad de lo anterior, el Amparo debe quedar establecido en el texto supremo de un Estado como garantía para la vigencia de derechos fundamentales, pero a su vez, debe ser objeto de desarrollo en leyes (constitucionales u ordinarias) reguladoras de la jurisdicción constitucional, específicamente cuando en éstas se aborda la temática de funcionalidad de garantías constitucionales. Todo ello, con el objeto de determinar los alcances del ámbito de protección de este instituto; flexibilizar el mismo ante los cambios que se suscitan en un orden social determinado, y evitar (que es lo que se pretende alcanzar en el caso guatemalteco) su abuso y desnaturalización.

En el Perú, se establece la Acción de Amparo como una garantía constitucional en el artículo 200, numeral 2), de la Constitución Política del Perú de 1993. Igual tratamiento se le da al Amparo –como garantía para la defensa del orden constitucional– en el artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En ambos casos, su desarrollo como proceso constitucional se deja a una ley especial de jurisdicción constitucional, que, en el caso de Guatemala es una ley de rango constitucional (la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), y en el caso del Perú es el actual Código

(1) Colombo Campbell, Juan. *Funciones del Derecho Procesal Constitucional*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2002. Fundación Konrad Adenauer. Mastergraft, Uruguay, 2002, pág. 154.

(2) *Ibid.*, pág. 155. En ese sentido, cita también el profesor Colombo que puede ser objeto de este conflicto toda violación constitucional susceptible de protección constitucional.

(3) Ayala Corao, Carlos. *Del Amparo Constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José, 1998, pág. 27.

Procesal Constitucional contenido en la Ley No. 28237, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el lunes 31 de mayo de 2004. La distinción entre ambas legislaciones, radica en la jerarquía de las leyes de jurisdicción constitucional, aunque, para el caso particular del Amparo, parten de una génesis común (el texto constitucional).

Como un proceso constitucional, el Amparo si está establecido taxativamente en el actual Código Procesal Constitucional del Perú, en los artículos II, Título Preliminar, y 1,2 y 37 de dicho Código. Al igual que en la legislación guatemalteca en donde se establece que el Amparo procede siempre que actos, resoluciones, disposiciones y leyes de autoridad lleven implícito amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan (artículo 265 constitucional), en el Código Procesal Constitucional se establece al Amparo como un procedimiento constitucional que tiene por finalidad la protección de derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1º). Quizá valga la pena comentar que en Guatemala aún existe la disquisición sobre si el Amparo es un «recurso», o una «acción», como se ha venido discutiendo en la doctrina al referirse a la naturaleza jurídica de este instituto; discusión ya superada, por lo dicho anteriormente, en el Código Procesal Constitucional peruano, en el que expresamente se le denomina proceso de Amparo.

Lo anterior, trae a colación un concepto de un autor guatemalteco sobre el proceso de Amparo, quien afirma que:

«Es un proceso judicial, de rango constitucional, extraordinario y subsidiario, tramitado y resuelto por un órgano especial, temporal o permanente, cuyo objeto es preservar o restaurar, según sea el caso, los derechos fundamentales de los particulares, cuando los mismos sufren amenaza cierta e inminente de vulneración o cuando han sido violados por personas en el ejercicio del poder público».⁽⁴⁾

Del mismo pueden extraerse las siguientes características:

1. El Amparo es un proceso judicial

Lo que, obviamente cae de su peso, pues al estar regulado que del mismo conozca un Juez, con los avances que se precisan en el artículo VIII del Código

⁽⁴⁾ Guzmán Hernández, Martín Ramón. *El amparo fallido*. Publicación de la Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 2001, pág. 21.

Procesal Constitucional –en cuanto a establecer taxativamente la aplicación de la regla *iuria novit curiae*– y lo que para regular la competencia de órganos jurisdiccionales se establece en los artículos del 11 al 14 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, garantiza no solo el acceso a un debido proceso judicial, sino a la resolución del conflicto constitucional por aplicación de la garantía del Juez natural.

2. El Amparo es un proceso constitucional

Para el caso guatemalteco, tal sustentación no merecería mayor análisis, habida cuenta que el desarrollo del proceso de Amparo está contenido en una ley con rango constitucional. Pero para el caso peruano, se dice que el Amparo es un proceso de rango constitucional, no por devenir su regulación de una ley con tal jerarquía, sino porque el mismo se lleva a cabo por medio de un debido proceso constitucional, el cual, siguiendo a Colombo Campbell, lo que permite calificar a un proceso como constitucional, es la norma decisoria *litis* que usa el Juez al resolver⁽⁵⁾; de manera que pretendiéndose la protección de derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de la República (derechos constitucionales⁽⁶⁾), es evidente que esta última es de aplicación directa y prevalente como norma decisoria *litis* en la solución del conflicto constitucional.

3. El Amparo es un proceso especial por razón jurídico-material

En ambos casos (el guatemalteco y el peruano), el Amparo opera de manera extraordinaria y subsidiaria, es decir, cuando instados aquellos procedimientos o recursos idóneos contemplados en leyes ordinarias, éstos han fallado en su misión de proteger o preservar derechos reconocidos en la Constitución. Lo anterior puede colegirse en una correcta hermenéutica de los artículos 5, numerales 1), 2) y 3), y 45 del Código Procesal Constitucional, y 10 y 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

(5) Colombo Campbell, Juan. *El debido proceso constitucional*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2004. Fundación Konrad Adenauer. Mastergraft, Uruguay, 2002, pág. 164.

(6) Sin que el uso de tal acepción pueda implicar que en la misma solo están comprendidos aquellos derechos establecidos taxativamente en los textos constitucionales, pues, la tendencia moderna que sigue el Derecho Constitucional Latinoamericano, lleva a establecer por medio de cláusulas de incorporación al derecho interno, la constitucionalización de derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

4. El Amparo es un medio de protección

El Amparo opera preventivamente cuando existe amenaza cierta y latente de violación de derechos fundamentales, y restaurador, cuando la violación contra esos derechos ocurrió⁽⁷⁾.

Sobre estos aspectos, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha precisado que:

«el Amparo se contrae a dos funciones esenciales: una preventiva y otra restauradora. Para establecer su procedencia, cuando se denuncia amenaza de violación a un derecho garantizado en la Constitución y las leyes, es condición que la amenaza que se quiere evitar sea inminente y provenga de un acto de autoridad para que el Amparo cumpla con prevenirlo o a *contrario sensu*, una vez cometida la violación que debió evitarse, el Amparo cumpla con repararla, reestableciendo al afectado en el goce de sus derechos transgredidos».⁽⁸⁾

Lo relevante de lo antes transcrito es, en nuestra opinión, el hecho de que la determinación de la viabilidad de la pretensión de Amparo instado contra amenaza de violación de derechos fundamentales, requiere de la concurrencia cierta e inminente de tal afectación, aspecto que ha tenido que ser decantado jurisprudencialmente en Guatemala, y que no ocurre así en el caso del artículo 2º. del Código Procesal Constitucional, en el que el legislador ordinario peruano expresamente reguló que cuando se invoque amenaza de violación de derechos en un proceso constitucional, tal amenaza debe ser cierta y de inminente realización. Lo cual, como antes se dijo, no ocurre en el caso de la legislación guatemalteca, en la que tales aspectos (la determinación de que la amenaza debe ser cierta e inminente) tuvieron que ser matizados en la jurisprudencia del supremo Tribunal Constitucional. Un ejemplo de ello también puede advertirse en la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la que dicho Tribunal consideró que no resulta viable el otorgamiento del Amparo que se sustenta en amenaza de derechos, si los hechos o actos que motivan tal denuncia han cesado en sus efectos jurídicos, en el momento en el que se solicita la protección constitucional;⁽⁹⁾ y que deja entrever, como antes se dijo, que ante la

(7) Guzmán Hernández, Martín Ramón, *op. cit.*, pág. 27.

(8) Sentencia de 6 de mayo de 1997; Expediente 1351-96; Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad N° 44, pág. 276.

(9) Sentencia de 12 de noviembre de 2003; Expediente 1543-2003.

ausencia de determinación de dichos aspectos en la legislación de la materia, éstos tuvieron que ser objeto de determinación por la Corte de Constitucionalidad.

Resumiendo lo anterior, he de concluir que, para el caso de amenaza de violación o concurrencia de violación propiamente dicha de derechos constitucionales, quien solicita Amparo debe tomar en cuenta:

1. Que si se trata de una amenaza de violación a un derecho fundamental, debe existir un temor fundado en un particular, de que una autoridad vaya a realizar un acto afectatorio de un derecho fundamental.
2. Que si se trata de una violación a un derecho fundamental propiamente, debe producirse un agravio (daño) de cualquier índole en la esfera jurídica del postulante.
3. Que sí se trata de una restricción a un derecho fundamental, ello implica una privación total o parcial en el ejercicio de un derecho.

III. PRINCIPIOS PROCESALES CUYA OBSERVANCIA DETERMINA EN AMBAS LEGISLACIONES (LA GUATEMALTECA Y LA PERUANA) LA PROCEDIBILIDAD DEL AMPARO

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha considerado que:

«para promover Amparo, como medio extraordinario de protección de aquellos derechos, debe darse cumplimiento a requisitos esenciales que determinan su procedencia y hacen viable la reparación del agravio causado, como lo son: *a*) la legitimación de los sujetos activo y pasivo; *b*) el de oportunidad en el plazo, pues deben interponerse dentro del fijado por la ley específica que lo regula, salvo los casos de excepción que contempla la ley; y *c*) la definitividad, porque previamente a acudir al mismo ha debido procurarse la tutela ordinaria de tales derechos en la jurisdicción correspondiente, y por los procedimientos y recursos establecidos en las leyes. La ausencia de cualquiera de tales elementos imposibilita otorgar la protección solicitada, siendo imperativo para el Tribunal de Amparo, examinar la concurrencia de los mismos»⁽¹⁰⁾.

Tomando como base el criterio jurisprudencial antes expresado, el análisis comparativo propuesto en este artículo tomará en cuenta los aspectos de procedibilidad contemplados en dicho criterio, en función con lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala.

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 15 de marzo de 1989; Expediente 360-88, Gaceta Jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad N° 11, pág. 190.

1. Principio de oportunidad en la presentación de la acción

A este principio también se le denomina de temporaneidad o de presentación en el plazo legalmente establecido. Guzmán Hernández, dice que este principio contiene a su vez un presupuesto que atiende básicamente al plazo que condiciona el ejercicio de una acción (en este caso la de Amparo) o de un derecho,⁽¹¹⁾ y opera sobre la base de los principios de seguridad y certeza jurídicas –también de raigambre constitucional– al atender que para el caso de ejercicio de derechos, debe establecerse un tiempo perentorio para que aquella expectativa se realice, y si ésta se hace dentro del término regulado por la ley, pueda viabilizarse el examen de fondo de la cuestión sometida a conocimiento y resolución del órgano competente.

En la legislación guatemalteca, el plazo para promover la Acción de Amparo es de treinta días, según previsión del artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, salvo en materia electoral cuyo plazo se reduce a cinco días.

Para el caso de la legislación peruana, el artículo 44 del Código Procesal Constitucional dispone también dos tipos de plazos para promover Amparo, siendo éstos, aquel que de manera genérica contempla el primer párrafo del citado artículo (sesenta días hábiles, se entiende, contados a partir de la fecha en la que ocurrió la afectación), y aquel que de manera específica se regula para el caso del Amparo contra resoluciones judiciales, que es de treinta días hábiles a partir de la firmeza de la resolución.

Ambos son plazos fatales, y su inobservancia provoca la declaratoria de improcedencia del Amparo promovido, lo que no está expresamente regulado en la legislación guatemalteca, pero sí en la legislación peruana al establecer el artículo 5º. numeral 10), del Código Procesal Constitucional, que el proceso de Amparo es improcedente, cuando hubiese vencido el plazo para promover la demanda.

En ambas regulaciones, también pueden advertirse ciertas diferencias, siendo éstas:

1. Que en Guatemala, en los procesos de jurisdicción constitucional todos los días y horas son hábiles (artículo 5 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad); de manera que para el plazo de interposición de Amparo se cuentan todos los días, lo que no ocurre en el caso de Perú, en el que únicamente se cuentan los días hábiles.

Ello lleva a colegir que en la legislación peruana existe una mayor amplitud en el lo relativo al plazo de interposición de Amparo, pero con una mejor técnica

⁽¹¹⁾ Guzmán Hernández, Martín Ramón, *op. cit.*, pág. 55.

legislativa, en el Código Procesal Constitucional existen reglas claras para el cómputo del plazo, en el tercer párrafo del artículo 44 del citado Código, lo cual garantiza de igual manera, la seguridad y certeza jurídicas que conlleva la fijación de un plazo para la interposición del Amparo.

2. Que el plazo para solicitar Amparo, en el caso de Guatemala, y en el primer supuesto que contempla el artículo 44 del Código Procesal Constitucional, es un plazo no común, es decir, corre a partir de la fecha de notificación al afectado o de conocido por éste el acto reclamado; y sí es común, en el caso del Amparo contra resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 44 *ibid*.

3. Que puedan darse situaciones de excepción a la observancia del plazo para la interposición del Amparo como:

3.1. Concurrencia de agravio continuo, para lo cual, en el caso de Guatemala no corre el plazo antes indicado según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; pero en el caso del Código Procesal Constitucional peruano debe atenderse lo dispuesto en el artículo 44, numeral 3), del citado Código, respecto de que el plazo para promover la acción deberá contarse «desde la fecha en la que haya cesado totalmente la ejecución», de los actos que conllevan tal agravio;

3.2. Aquella que ocurre en Guatemala cuando el Amparo es promovido contra aplicación de leyes o reglamentos de carácter auto aplicativo, cuya viabilidad autorizan los artículos 10, incisos *b*) y *c*) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; en los cuales, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 20 de la Ley, tampoco corre plazo para solicitar Amparo.

2. Principio de definitividad procesal

Para la correcta intelección de este principio, se toma como base la naturaleza extraordinaria y subsidiaria del Amparo, que, según entiendo, concurre en ambas legislaciones (la guatemalteca y la peruana). A decir de Pedro Aberastury, la vía del Amparo resulta excepcional y solo procede en ausencia de otros remedios que pudieran resultar más idóneos para la protección de garantías que consagra la Constitución ⁽¹²⁾.

(12) Aberastury, Pedro. «Derecho de Amparo». En: *La protección Constitucional del Ciudadano*. Fundación Konrad Adenauer y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. Grancharoff J.A. Buenos Aires, Argentina, página 26. Dice también este autor que la Acción de Amparo da lugar a un procedimiento excepcional, sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por la carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales, pero por su propia excepcionalidad no está destinado a sustituir los medios normalmente instituidos para la decisión de controversias jurídicas.

En el caso de Guatemala, la observancia de dicho principio está contenida en los artículos 10 inciso *h*), y 19 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, lo que supone que de manera previa a acudir en Amparo, el presunto agraviado haya agotado todos los recursos y procedimientos ordinarios que la ley rectora del acto afectatorio de derechos fundamentales establece para atacar este último.

A nuestro criterio, tal principio también está regulado (y como uno de observancia obligatoria) en el Código Procesal Constitucional del Perú, por la previsión que contienen los artículos 5º, numerales 2), 3) y 4); y 45 de dicho Código.

Se dice que la observancia de este principio requiere:

1. Que obviamente se hayan agotado todos aquellos recursos y procedimientos administrativos y judiciales *ordinarios idóneos* por cuyo medio la situación jurídica afectada hubiese podido ser reparada, sin tener la necesidad de acudir al Amparo; pero en el caso del Código Procesal Constitucional del Perú, se contempla una adición interesante no regulada en Guatemala que es la de clarificar que: «*En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, se preferirá dar trámite a la demanda de Amparo*», constituyendo lo anterior un verdadero «*in dubio pro actione*», que por ausencia de regulación expresa en la legislación guatemalteca, ha tenido que ser objeto de matización pero por vía jurisprudencial, en aquellos casos en los que existe dubitación sobre si se tuvo por cumplido el requisito previo del agotamiento de vías procesales previas, sobre todo atendiendo –como se dijo al principio de este apartado– a la idoneidad de las mismas.
2. Que contra el *acto reclamado en Amparo* (acto *definitivo*) ya no sea procedente recurso (*ordinario*) alguno, siendo por tal razón el acto susceptible de ser examinado por medio del Amparo. Esto opera en el caso de Guatemala, en el que el acto impugnado en Amparo debe revestir la condición de *definitivo*, lo que no ocurre así en el caso de Perú, en donde el Código Procesal Penal dispone en su artículo 46 numeral 4), que puede accionarse en Amparo si: «*No se resuelve la vía previa en los casos fijados para su resolución*», lo que según entiendo, salvo el caso del Amparo por omisión de resolver, en Guatemala tendría que declararse prematuro un Amparo planteado conforme los términos indicados en el numeral 4) antes citado, lo que nuevamente constituye un interesante avance en la legislación peruana.
3. Que no se cumple el *principio de definitividad* cuando:
 - 3.1. Se promueven recursos o procedimientos inidoneos, pues tal inidoneidad es la que da lugar al rechazo de éstos, y de esa cuenta, no pueden estimarse como agotados. Esta situación también podría estar contemplada en el Código Procesal Constitucional –artículo 5º, numeral 4)–, entendiéndose no solo

que la acción devendría improcedente no sólo por prematura atendiendo el no agotamiento de vías procesales previas, sino también por el hecho de que aún instadas éstas, las mismas no sean eficaces para lograr la tutela de derechos fundamentales pretendida por medio de éstas de manera previa al Amparo.

- 3.2. Si aún cuando el recurso o procedimiento que se promueve es idóneo, este se promueve de *forma extemporánea*. Tanto la legislación guatemalteca como la peruana no hacen especial referencia a este supuesto, pero se colige de que debe entenderse en los términos antes citados, pues, no entenderlo así implicaría el pretender cumplir con el requisito de agotamiento de vías procesales, sin atender al hecho de que si éstas pueden o no resultar eficaces para la tutela de derechos objeto de afectación.
4. Como excepción al agotamiento de recursos, existen también algunos supuestos que vale la pena mencionarse, siendo éstos:
 - 4.1. Que no exista procedimiento o recurso ordinario alguno que agotar. Lo particular de este supuesto es que en el caso guatemalteco ha tenido que ser así matizado en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, lo que no ocurre en el caso del Código Procesal Constitucional, en el que en el artículo 46, numeral 3), se dispone que no será exigible el agotamiento de vías previas cuando: «*La vía previa no se encuentre regulada*».
 - 4.2. Quien promueve el Amparo, no haya estado en posibilidad de agotar recursos, por *no ser parte* en el procedimiento en el que se emitió el acto reclamado en Amparo; lo que se entiende, para el caso guatemalteco, en el caso del Amparo judicial, y, se entiende, de igual manera para el caso peruano, por disposición del último párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional.
 - 4.3. Cuando la Acción de Amparo se promueva contra la aplicación de leyes o reglamentos de carácter autoaplicativo, para el caso guatemalteco; y,
 - 4.4. Cuando el Amparo se promueva contra omisión en resolver; lo que está así expresamente regulado en el artículo 44, numeral 5), del Código Procesal Constitucional.

3. Principio de agravio personal y directo

Íntimamente relacionado con la legitimación activa del solicitante de Amparo y la legitimación pasiva de la autoridad contra la que se solicita Amparo, requiere:

- 3.1. Quien solicite Amparo, se le haya causado un agravio personal y directo, pues es ello lo que le legitima para ejercer la acción constitucional (*salvo casos contenido en los artículos 23 y 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*); pues en Guatemala, en el planteamiento de Amparo no existe la *Acción Popular*, incluso ni aún en protección de aquellos derechos denomi-

nados *difusos*; cuya protección, por medio del Amparo, está encomendada al Procurador de los Derechos Humanos.

Para una intelección de lo anterior, se parte de que la acepción *agravio* es entendida –siguiendo la orientación del Juicio de Amparo mexicano⁽¹³⁾– como todo menoscabo u ofensa a la persona, sea ésta física o moral; menoscabo que puede ser o no patrimonial, siempre que sea material y apreciablemente objetivo.

Para que un agravio se configure en una actuación gubernativa susceptible de ser impugnada mediante Amparo conforme la legislación guatemalteca, se requiere –y así ha sido decantado por la jurisprudencia constitucional– la configuración de tres elementos, siendo éstos: *a*) el elemento material, que es concretamente la presencia del daño –o perjuicio– ocasionado en el acto; *b*) el elemento jurídico, que atiende a la forma, ocasión o manera en la que la autoridad estatal (impugnada mediante Amparo) causa el daño o perjuicio; y *c*) el elemento subjetivo, que requiere que –acotando que nos estamos refiriendo únicamente al caso guatemalteco– para que el agravio sea una causa generadora del amparo, necesita ser eminentemente personal, o, dicho de otra manera, que recaiga precisamente en una persona determinada, bien sea física o moral.

Refleja en ese sentido un mayor avance el actual Código Procesal Constitucional de Perú, quien al referirse a la legitimación activa, dispone que es el afectado quien está legitimado para promover el proceso de Amparo (artículo 39), pero abre la posibilidad a la Acción Popular cuando establece en el tercer párrafo del artículo 40 que: «*Puede interponer demanda de Amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional*», entendiéndose comprendidos aquí aquellos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, como el Protocolo Facultativo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), por el carácter de *self executing* que en un ordenamiento jurídico interno conlleva el reconocimiento de la vigencia en un Estado de dichos instrumentos normativos.

3.2. Que haya sido la autoridad contra la que se acude en Amparo, sea la que haya causado el agravio cuya reparación solicita quien promueve la acción constitucional, legitimación pasiva, tomando como base que en Guatemala el amparo solamente procede contra personas o entidades que ejercen el poder público, es decir, emiten actos de autoridad; lo que, según entiendo, no ocurre en el Perú, en donde la amplitud de la regulación de Amparo permitiría –por ausencia de prohibición expresa– el planteamiento de Amparo contra personas individuales.

⁽¹³⁾ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Manual del Juicio de Amparo*. Editorial Themis. México D.F., 1988, pág. 27-40

IV. LA DEMANDA DE AMPARO

El proceso de Amparo, como todo proceso judicial, va a dar inicio con la demanda, que en este caso es la demanda de Amparo. En el caso de Guatemala, se hace porque el artículo 6 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, dispone que «*en todo proceso relativo a la justicia constitucional solo la iniciación del trámite es rogada*».

Como situaciones coincidentes en ambas legislaciones, destaco las siguientes, que deben observarse en la demanda de Amparo:

- a) Designación del Juez o Tribunal⁽¹⁴⁾ al que se dirige.
- b) Datos generales del promoviente del Amparo (lo que incluye su nombre y domicilio).
- c) Que si es una persona jurídica la que promueve Amparo, debe acreditar su representante la calidad con que actúa, por medio del título de su representación, el cual para el caso de la legislación peruana, no es necesaria la inscripción previa de la representación otorgada (artículo 40 del Código Procesal Constitucional), la cual si es una exigencia en la legislación guatemalteca.
- d) El caso del gestor judicial, llamado también *procurador oficioso* en el Código Procesal Constitucional, que en la legislación guatemalteca se requiere que deba ser: a) abogado colegiado, o b) pariente en grado de ley del afectado. En ambos casos, considero que la actuación del gestor judicial o procurador oficioso no debe acreditar representación de manera inicial, ya que su actuación es por razones de urgencia; e inicialmente no deberá acreditar su representación, pero si debe hacerlo al momento en que vaya a dictarse la sentencia, (artículo 23 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), y en el caso del Código Procesal Constitucional, debe ser objeto de ratificación de parte del afectado, todo lo actuado por el procurador oficioso (artículo 41).
- e) En el caso de Guatemala, se requiere que se haga un correcto señalamiento (concreto y preciso) del *acto reclamado* en Amparo, observándose que dicho acto debe revestir las características de: a) *unilateralidad*, b) *imperatividad*, y c) *coercibilidad*; y que se haga un correcto señalamiento de la *autoridad contra la que se pide Amparo*, a efecto de establecer la legitimación pasiva de dicha autoridad (véase el artículo 4 del Acuerdo 4-89 de la Corte de

(14) En la legislación guatemalteca, no solamente conocen de procesos de Amparo órganos jurisdiccionales unipersonales, sino también conocen órganos colegiados distintos del Tribunal Constitucional, como lo son las Salas de la Corte de Apelaciones, y la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia.

Constitucionalidad, para los casos de atracción procesal, cuando se trata de dos autoridades impugnadas).

- f) Que en ella se indique de manera concreta y precisa *en qué consiste el agravio*, cuya reparación se pretende; indicación que debe ser posterior a la indicación en cuanto a precisar: a) los derechos fundamentales que se consideran infringidos; b) las disposiciones constitucionales y legales violadas por inobservancia en la emisión del acto reclamado; y c) un breve resumen de los hechos que originaron la emisión del acto reclamado. Ello también está así regulado, solo que de una manera más expresa en el artículo 42, numeral 5), del Código Procesal Constitucional.
- g) Que para el caso del Amparo judicial guatemalteco, no se pretenda por medio de la pretensión de Amparo que la *jurisdicción constitucional sustituya a la jurisdicción ordinaria* en la resolución de aquellos asuntos que compete resolver a esta última, pues, a decir del gran constitucionalista guatemalteco Alejandro Maldonado Aguirre: «*el Juez Constitucional necesita moderación, cuidado y serenidad para no interferir la exacta labor jurisdiccional, porque ésta es una potestad reservada con exclusividad absoluta a los tribunales de justicia, cuya independencia la establece y garantiza la Constitución, y resultaría paradójico que el tribunal llamado a tutelarla, fuese el primero en desvirtuarla*»⁽¹⁵⁾.

Estos rasgos coincidentes –salvo aquel referido en el literal g) precitado– pueden advertirse de la lectura de los artículos 21 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 42 del Código Procesal Constitucional del Perú.

V. TUTELA JUDICIAL POR MEDIO DEL AMPARO

En ambas legislaciones se contempla el Amparo contra resoluciones judiciales, estableciéndose en el caso de Guatemala, que procede el Amparo:

«En los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio pudiese ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan»⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Maldonado Aguirre, Alejandro. *La magistratura de lo constitucional*. Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad. Guatemala, 1989, págs. 16 y 17.

⁽¹⁶⁾ Artículo 10, inciso h), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que es la norma que taxativamente autoriza la promoción del Amparo en materia judicial.

Y, en el Código Procesal Constitucional de Perú, de una manera más expresa que la legislación guatemalteca, se autoriza la promoción del Amparo en materia judicial en el artículo 4º. de dicho Código, en el que se establece que el Amparo procede:

«... respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso».

Como antes se dijo, esa clarificación sobre esos dos casos de procedencia del amparo contra resoluciones judiciales no se tiene en la legislación guatemalteca, lo que muchas veces ha provocado la desnaturalización de la Acción de Amparo, convirtiéndolo en un medio revisor –y muchas veces dilatorio– de los procesos judiciales, pretendiéndose por medio de la interposición del Amparo lograr la revisión instancial de lo actuado en la jurisdicción ordinaria con el objeto de que la jurisdicción constitucional subrogue a la ordinaria en el conocimiento y resolución de asuntos que compete conocer a ella.⁽¹⁷⁾ De ahí que sería saludable, para evitar el abuso del Amparo, clarificar (y qué mejor si es por parte del propio legislador) los eventos en los cuales procede el Amparo en materia judicial, como se hace en el Código Procesal Constitucional peruano.

Refiriéndonos a lo que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha sostenido como aquellos derechos contenidos dentro de una tutela judicial como derecho fundamental, están los siguientes:

1. El respeto del libre acceso a los tribunales de justicia.
2. Derechos de defensa y a un debido proceso.
3. Existencia de una resolución de fondo que decida la controversia, que le impone una debida:
 - 3.1. Fundamentación jurídica⁽¹⁸⁾;

⁽¹⁷⁾ Al referirse a la naturaleza jurídica del Amparo, Aberastury, citando un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, indica que «*la institución del Amparo no es someter a la supervisión judicial la actuación de los órganos del Estado, sino proveer de un remedio contra la arbitrariedad de sus actos, que pueda lesionar derechos y garantías reconocidos por la Constitución*»; en Aberastury, Pedro, *op. cit.*, pág. 29.

⁽¹⁸⁾ Para la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: «Es procedente el Amparo cuando la autoridad reclamada, genera por resolución propia que dicta sin el adecuado fundamento legal, indefensión procesal que afecte a cualquiera de las partes». *Vid.* Sentencia de 18 de marzo de 1998; dictada en el Expediente 697-97.

- 3.2. Respaldo en lo que consta en las actuaciones judiciales; y,
- 3.3. El pertinente razonamiento⁽¹⁹⁾.
4. Derecho de recurrir el fallo.
5. Derecho a la efectividad del fallo; y,
6. Que una resolución sea dictada dentro de un plazo razonable.

Pero en el caso del Código Procesal Constitucional del Perú, muchos de éstos derechos están contenidos en la denominada «tutela procesal efectiva», a que hace referencia el artículo 4º. de dicho cuerpo legal, estando dentro de éstos:

1. Derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional.
2. Derechos de defensa y al juzgamiento conforme un debido proceso (juzgamiento en condiciones de igualdad procesal, y conforme procesos legalmente establecidos)
3. Resolución fundada en derecho.
4. Acceso a los recursos; y,
5. Seguridad y certeza jurídica que conlleva la institución de la cosa juzgada (por imposibilidad de revivir procesos fenecidos, que para el caso guatemalteco está regulado en el artículo 211 de la Constitución Política de la República).

Estimo que independientemente de la nominación que de esos derechos se hace tanto en la jurisprudencia constitucional guatemalteca, como en la legislación de jurisdicción constitucional peruana, el resultado viene siendo el mismo para el caso del Amparo instado contra resoluciones judiciales: el de ser un medio de protección de derechos fundamentales, sobre todo aquellos instados por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de preceptos instrumentales (procesales) que conlleve indefensión contra una de las partes en el proceso judicial en el que se emita el acto agravante de derechos constitucionales.

(19) El constitucionalista guatemalteco Alejandro Maldonado Aguirre, entiende por esto –criterio que compartimos plenamente– que: «*La libertad para el magistrado no puede ser examinada ni mucho menos prepotente. Sus fallos, que concretan el juicio y se convierten en *lex specialis*, no pueden o no deben ser dictados sin explicación, que es la manera de justificar como se valoran los hechos y el criterio jurídico en cada caso. No quiero decir, por supuesto, que la eficacia de la motivación dependa de lo extenso del texto (probablemente una frase apropiada respalde suficientemente la decisión), pero sí que en todo caso la lealtad para con las partes por su confianza de acudir al Tribunal exige que se le relate la fundamentación del fallo que les afecta*», en Maldonado Aguirre, Alejandro: *Convicción de Justicia*. Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. 1997.

VI. CONCLUSIONES

1. El proceso de Amparo instituido en el Código Procesal Constitucional sigue la tendencia del Amparo latinoamericano como un medio de protección de derechos fundamentales ante la amenaza cierta e inminente de violación o ante una violación acaecida de los mismos. Por tratarse de tutela de derechos garantizados constitucionalmente, se dice que el proceso de Amparo contenido en dicho Código se lleva a cabo y se resuelve a través de un debido proceso constitucional.

2. En el Código Procesal Constitucional de Perú, se regula una situación no contemplada en la legislación guatemalteca, como lo es la improcedencia liminar de la demanda de Amparo, de mucha utilidad sobre todo en asuntos en los que se pretenda la impugnación de resoluciones judiciales, pues con ello se logra no desnaturalizar el instituto del Amparo (como contralor de legalidad de actos señalados de violatorios de derechos constitucionales), y desde luego, se frena un eventual abuso que de éste pueda hacerse por parte de los litigantes.

3. En la legislación peruana, el propio legislador ha determinado el caso de procedencia del Amparo contra resoluciones judiciales (agravio manifiesto a la tutela procesal efectiva); lo cual constituye un avance, sobre todo dirigido a aquellos litigantes que tratan por medio de un Amparo, buscar una dilación del proceso judicial ante la ausencia de determinación de casos de procedencia de Amparo en materia judicial, lo que no ocurre así en el caso del artículo 4º. del Código Procesal Constitucional, y que por la amplitud con la que está regulado el Amparo en la legislación guatemalteca, provoca el abuso en el ejercicio de dicha garantía en un proceso judicial, con notorio detrimento a lo que en realidad se pretende proteger con la misma.

**Esta obra se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editorial Iustitia SAC
(mentejuridica@hotmail.com)
en el mes de abril de 2015.**

CONTENIDO

A) FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: Alessandro Pizzorusso: La jurisdicción constitucional (A propósito del nuevo Código Procesal Constitucional del Perú) · Néstor Pedro Sagüés: La codificación procesal constitucional · Osvaldo Alfredo Gozafni: Autonomía científica del derecho procesal constitucional · Sergio Díaz Ricci: Trascendencia y valor del Código Procesal Constitucional del Perú · Eduardo Ferrer Mac-Gregor: El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma · Miguel Revenga Sánchez: Sobre la articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria · Javier Tajadura Tejada: El derecho procesal constitucional y la garantía de los derechos fundamentales · Alfonso Gairaud Brenes: Los mecanismos de interpretación de los derechos humanos: especial referencia a la jurisprudencia peruana · Pablo Luis Manlli: Perfil del derecho procesal constitucional · Carlos Mesa Ramírez: El derecho procesal constitucional y su desarrollo tardío en el Perú · Samuel B. Abad Yupanqui: La intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales · Jorge Luis Cáceres Arce / Jonny Tupayachi Sotomayor: La evolución de los derechos constitucionales y el nuevo Código Procesal Constitucional · Oscar Díaz Muñoz: La jurisprudencia constitucional

B) TÍTULO PRELIMINAR: Gerardo Eto Cruz / José F. Palomino Manchego: En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales · Víctor Bazán: Previsiones del Código Procesal Constitucional respecto de la labor interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional · Ernesto Blume Fortini: Notas preliminares al Código Procesal Constitucional · Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: El nuevo Código Procesal Constitucional: ¿respuesta adecuada frente a las actuales tendencias, desafíos y retos a los cuales debe enfrentar la tutela de la supremacía constitucional? · Rodolfo José Espinoza Zevallos: Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional (Art. III del T.P.) · Luis R. Sáenz Dávalos: Los órganos competentes en el modelo de jurisdicción constitucional desarrollado por el Código Procesal Constitucional · Humberto Uchuva Carrasco: La interpretación constitucional y la interpretación de los derechos humanos.

C) PROCESOS CONSTITUCIONALES: Rubén Hernández Valle: El conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor y a la intimidad · César Landa: El hábeas corpus en el nuevo Código Procesal Constitucional · Jorge M. Meléndez Sáenz: El modelo de hábeas corpus desarrollado en el Código Procesal Constitucional · César Hinostroza Parichí: El hábeas corpus y su regulación en el Código Procesal Constitucional · Christian Donayre Montesinos: El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional: Antecedentes, derechos tutelados, procedimiento y tipos de hábeas corpus · Luis Castillo Córdova: El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo · Oscar R. Pucchañell: El hábeas data en el Código Procesal Constitucional peruano · Carlos Ruiz Miguel: Procesos constitucionales y derechos de la comunicación · José Julio Fernández Rodríguez: Sociedad de la información y proceso de hábeas data en el Código Procesal Constitucional · Leny Palma Encalada: El proceso de hábeas data en el diseño del Código Procesal Constitucional · Hernán Alejandro Olano García: Acción de cumplimiento en Colombia y Perú · Enrique Pestana Uribe: Los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales y las nuevas dimensiones del debido proceso y la tutela procesal efectiva en el Código Procesal Constitucional · Gerardo Prado: La jurisdicción constitucional: Un estudio comparativo de los casos de Guatemala y Perú · Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez: Análisis comparativo de la acción constitucional de amparo en el Código Procesal Constitucional del Perú y la acción constitucional homónima en Guatemala

D) PROCESOS CONSTITUCIONALES: Allan R. Brewer-Carías: La acción de inconstitucionalidad en el Perú y Venezuela · Pablo Pérez Trempes: La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español · Joaquín Brage Camazano: La acción peruana de inconstitucionalidad · Luis Alberto Huerta Guerrero: El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Reflexiones a partir del Código Procesal Constitucional y la experiencia reciente · Edgar Carpio Marcos: Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes · Víctor Julio Ortecho Villena: Control de normas y el Código Procesal Constitucional · María Sofía Sagüés: Recepción normativa del control de inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional peruano · Susana Ynes Castañeda Otaz: El proceso de acción popular: un análisis preliminar · Giancarlo Rolla: Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales · Alfonso Herrera García: La controversia constitucional mexicana y el proceso competencial peruano (Breves notas comparativas sobre sus reglas generales) · Juan Carlos Morón Urbina: El nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional.

E) JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL: Alberto Otárola Peñaranda: La inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional peruano · Carlos Ayala Corao: La sentencia 1942 vs. la protección internacional de la libertad de expresión · Carlos Hakansson Nieto: La posición constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la jurisdicción internacional para su protección en el Código Procesal Constitucional · Joseph Campos: La residualidad del proceso constitucional en el nuevo Código Procesal Constitucional. Una reflexión a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

F) VARIOS: Peter Häberle: Aspectos de una Teoría Constitucional para Europa · Eduardo García de Enterría: Problemas de ejecución de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley en España ¿Responsabilidad patrimonial del Estado? · Lucio Pegoraro / Silvia Bagni: Las resoluciones de la Corte Constitucional en materia procesal ¿son fuentes normativas del proceso constitucional? · Angelo Rinaldi: Opposizione parlamentare e Corte costituzionale nel recente progetto di revisione della Costituzione italiana · Adolfo A. Rivas: Garantías y supragarantías constitucionales.

G) TESTIMONIOS: Valentín Paniagua Corazao: Domingo García Belaunde: Una pasión al servicio del derecho constitucional · Ricardo Haro: Domingo García Belaunde y el derecho procesal constitucional · Gerardo Eto Cruz: Vida y plenitud de un gran maestro · José Francisco del Solar Rojas: Domingo García Belaunde: Algunas notas con ocasión de sus 60 años · Francisco Zúñiga Urbina: Derecho procesal constitucional: El aporte de Domingo García Belaunde a una nueva disciplina · Magdalen González Ojeda: Domingo García Belaunde y su participación decisiva en el desarrollo del derecho procesal constitucional · Ramiro de Valdivia Cano: Domingo García Belaunde (Un testimonio) · José F. Palomino Manchego: Contribuciones de Domingo García Belaunde al derecho procesal constitucional.

H) ENTREVISTAS: El nuevo Código Procesal Constitucional peruano: Alcances, reflexiones y perspectivas (Entrevista a Domingo García Belaunde) · Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el Código Procesal Constitucional (Entrevista de José F. Palomino Manchego).

ISBN 9972-04-074-7



9 789972 040740