



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 II**

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 Gonzáles 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 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**

---

**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 II

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 Manilli • Carlos Mesa Ramírez • Juan Carlos Morón Urbina • Hernán Alejandro Olano García • Víctor Julio Ortecho Villena • Alberto Otaola Peñaranda • Valentín Paniagua Cotazao • 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 Tejadura 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 9972-04-075-5 (Tomo II)**

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: JUAN MANUEL BURGA DÍAZ

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Decano: JUAN PORTOCARRERO HIDALGO

### 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 JURISDICCION 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
---------------------------------	----

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

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 riegos 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

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

f) Hábeas Corpus traslativo	475
g) Hábeas Corpus instructivo	475
h) 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
a) El Hábeas Corpus reparador	480
b) Hábeas Corpus preventivo	481
c) Hábeas Corpus restringido	481
d) Hábeas Corpus traslativo	481
e) Hábeas Corpus excepcional	482
III. Se incorporan nuevos tipos de Hábeas Corpus	482
a) Hábeas Corpus innovativo	483
b) Hábeas Corpus correctivo	483
c) Hábeas Corpus instructivo	484
IV. Ampliación de los derechos protegidos por el Hábeas Corpus	486
a) El derecho a la integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes	487
b) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia (artículo 25°, numeral 8 del CPC)	488
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 25°, numeral 10 del CPC)	489
d) El derecho al debido proceso	489
e) Derecho a la inviolabilidad de domicilio	489
V. Aspectos procesales del Hábeas Corpus	490
a) El Hábeas Corpus frente a resoluciones judiciales	490
b) La responsabilidad del agresor	492
c) 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

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. Reconvencción, 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

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 CONTROVERSIA 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 las 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

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

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

***D)* PROCESOS  
CONSTITUCIONALES  
ORGÁNICOS**





# ASPECTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ Y VENEZUELA

ALLAN R. BREWER-CARÍAS (\*)

**SUMARIO:** **I.** A modo de introducción. **II.** El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos administrativos normativos en un sistema mixto e integral: Perú y Venezuela. **III.** La Acción de Inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales de rango legal. **IV.** La Acción Popular de inconstitucionalidad de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales (normativos). **V.** Los efectos de la sentencia de Inconstitucionalidad.

## **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN**

Nadie en América Latina le ha dado tanto impulso al estudio de la justicia constitucional o en la terminología que él ha impuesto, del Derecho Procesal Constitucional, como lo ha hecho, sistemáticamente y con maestría, mi muy apreciado amigo el profesor Domingo García Belaunde. No sólo sus múltiples y excelentes obras así lo atestiguan, como también lo refleja su infatigable espíritu de convocatoria para tareas académicas, sino que de ello da fe su decisiva contribución a la elaboración del Código Procesal Constitucional del Perú, de mayo de 2004, el cual sin duda, servirá de modelo legislativo para muchos de nuestros países.

Por ello, como contribución a la *Obra Homenaje* que se le ofrece, y a la cual me siento muy honrado de poder contribuir, con gusto he preparado el siguiente

---

(\*) Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

comentario comparativo entre la Acción (Proceso) de Inconstitucionalidad regulada en el Código Procesal Constitucional del Perú, y su equivalente regulada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, del cual se evidencian más semejanzas que diferencias entre los sistemas de control de constitucionalidad de nuestros países.

## II. EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS EN UN SISTEMA MIXTO E INTEGRAL: PERÚ Y VENEZUELA

En efecto, el sistema de justicia constitucional en Venezuela, al igual que en el Perú, puede considerarse que es de carácter mixto o integral, pues combina el denominado método difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, como poder-deber que tienen todos los jueces al decidir casos concretos, de desaplicar leyes que consideren contrarias a la Constitución aplicando preferentemente el texto fundamental; con el denominado método concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos de rango y valor de las mismas, ejercido exclusivamente y con poderes anulatorios por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>(1)</sup>.

Adicionalmente, en ambos países, también se establece el control de constitucionalidad respecto de los actos administrativos normativos (de rango sublegal), atribuyéndose su conocimiento a otros órganos judiciales: en Venezuela, a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el acto administrativo impugnado (nacional, estatal o municipal); y en el Perú, a las Salas correspondientes de la Corte Superior del Distrito respectivo o de la Corte Superior de Lima.

En ambos casos, en Venezuela, la acción para poner en movimiento el control de constitucionalidad de ambos tipos de actos estatales, es una Acción Popular, regulada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de mayo de 2004<sup>(2)</sup>; en cambio en el Perú, la legitimación para poner en movimiento el control de constitucionalidad varía, siendo una Acción Popular sólo cuando se im-

---

(1) Véase Allan R. Brewer-Carías, *El sistema mixto e integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995; *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000; *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989.

(2) *Gaceta Oficial* No. 37.942 de 19-05-2004. Véase en general Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004.

pugnan actos administrativos normativos, conforme al Código Procesal Constitucional (Ley No. 28237) (CPC), también de mayo de 2004.

El método de control concentrado de la constitucionalidad en ambos países, por tanto, tiene dos vertientes:

1. En Venezuela las dos vertientes están atribuidas a dos jurisdicciones precisamente definidas: la Jurisdicción Constitucional que corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que corresponde además de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a otros tribunales de la misma. Esas dos vertientes, son:

- a) Por una parte, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos estatales de rango legal o de valor similar a las leyes, el cual se atribuye sólo y exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se ha configurado definitivamente en la Constitución de 1999 como una Jurisdicción Constitucional (Arts. 266,1; 334 y 336 de la Constitución). Una de las novedades de la Constitución de 1999 fue, precisamente, la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), a la cual ahora se le ha atribuido la Jurisdicción Constitucional (art. 266,1), consistente en la potestad anulatoria de las leyes y demás actos de igual rango y jerarquía o dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución.
- b) Por la otra, el control concentrado de la constitucionalidad (e ilegalidad) de los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales (normativos), y por tanto de rango sublegal, el cual se atribuye a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Arts. 259, 266,5 de la Constitución), formados por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, por las Cortes de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo.

2. En cuanto al método de control concentrado de la constitucionalidad en el Perú, las dos vertientes también están atribuidas a dos Jurisdicciones precisamente definidas: la Jurisdicción Constitucional que corresponde al Tribunal Constitucional; y a la jurisdicción que ejercen las salas correspondientes de las Cortes Superiores de Distrito Judicial y de la Corte Superior de Lima. Esas dos vertientes, son:

- a) Por una parte, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y de otros actos estatales de rango legal el cual se atribuye sólo y exclusivamente al Tribunal Constitucional, configurado como Jurisdicción Constitucional (Arts. 201 de la Constitución y Art. 77 CPC).
- b) Por la otra, el control concentrado de la constitucionalidad de los reglamentos, normas administrativas y en general de toda norma jurídica de rango

inferior a la ley, el cual se atribuye a la Sala correspondiente tanto de la Corte Superior del Distrito Judicial respectivo o de la Corte Superior de Lima (Art. 85 CPC).

En consecuencia, el control de la constitucionalidad de los actos estatales se ejerce en ambos países, tanto respecto de las leyes y demás actos de rango legal; como respecto de los actos normativos de rango sublegal (actos administrativos normativos).

### **III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DEMÁS ACTOS ESTATALES DE RANGO LEGAL**

El primer proceso constitucional que se desarrolla ante la Jurisdicción Constitucional, y que ha sido históricamente el que ha caracterizado los sistemas de ambos países, es el que tiene por objeto que la Jurisdicción Constitucional juzgue con poderes anulatorios, la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales (nacionales, estatales –regionales– o municipales) de igual rango o valor que las leyes. La diferencia fundamental entre los sistemas de ambos países, sin embargo, está en la legitimación para accionar: en el caso de Venezuela, se trata de una Acción Popular de inconstitucionalidad, que por tanto, se puede ser intentada por cualquier persona<sup>(3)</sup>; en cambio, en el Perú, la legitimación para accionar corresponde solo a ciertos funcionarios (art. 203 de la Constitución).

#### **1. El objeto del control de constitucionalidad**

En efecto, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución venezolana, y conforme a una tradición que se remonta a 1858<sup>(4)</sup>, corresponde a la Sala Constitucional conocer de los procesos de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de valor o rango de ley, al disponer que le «corresponde exclusivamente... como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley».

En esta forma, el artículo 336 de la Constitución, atribuye específicamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción Constitucional la potestad de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, con poderes anulatorios, de los siguientes actos estatales:

---

(3) Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Tomo VI, Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, pp. 137 y ss.

(4) *Idem*, pp. 131 y ss.

- a) Declarar la nulidad total o parcial de las *leyes nacionales* y demás actos con *rango de ley* de la Asamblea Nacional que colidan con esta Constitución.
- b) Declarar la nulidad total o parcial de las *Constituciones y leyes estatales*, de las *ordenanzas municipales* y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en *ejecución directa e inmediata* de la Constitución y que colidan con ésta.
- c) Declarar la nulidad total o parcial de los *actos con rango de ley* dictados por el Ejecutivo Nacional que colidan con esta Constitución.
- d) Declarar la nulidad total o parcial de los *actos en ejecución directa e inmediata* de la Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público.

El artículo 5º, párrafo 1º, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 ha precisado estas atribuciones de la Sala Constitucional, al atribuirle poderes para:

- a) Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;
- b) Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados, Municipios y del Distrito Capital, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial Estatal o Municipal que corresponda, determinando expresamente sus efectos en el tiempo;
- c) Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad. La sentencia que declare la nulidad total o parcial deberá publicarse en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela;
- d) Declarar la nulidad total o parcial de los actos dictados por cualquier órgano en ejercicio del Poder Público, en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando colidan con ésta y que no sean reputables como actos de rango legal.

Por tanto, el control de constitucionalidad en Venezuela procede incluso contra las leyes aprobatorias de tratados<sup>(5)</sup>.

En el Perú, conforme al artículo 77 del CPC, el Tribunal Constitucional tiene competencia para anular los siguientes actos estatales:

*Artículo 77.- Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad. La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.*

## **2. El contraste respecto de la legitimación para accionar en los sistemas peruano y venezolano**

En el Perú, la legitimación activa para intentar la Acción de Inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de rango legal, corresponde exclusivamente a determinados órganos y sujetos; en cambio, la Acción de Inconstitucionalidad contra las leyes en Venezuela, es una Acción Popular.

En efecto, en el Perú es el artículo 203 de la Constitución la que restringe el ejercicio de la Acción de Inconstitucionalidad a los siguientes órganos, funcionarios o sujetos:

*Artículo 203°. Están facultados para interponer Acción de Inconstitucionalidad:*

- 1. El Presidente de la República;*
- 2. El Fiscal de la Nación;*
- 3. El Defensor del Pueblo;*
- 4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;*
- 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado*

---

<sup>(5)</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, «El control de la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de Tratados Internacionales y la cuestión constitucional de la integración latinoamericana», *Revista de Derecho Público*, N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, pp. 225 a 229.

*para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.*

6. *Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.*

7. *Los colegios profesionales en materias de su especialidad.*

En cambio, en Venezuela, la Acción de Inconstitucionalidad es una Acción Popular (*actio popularis*), siendo este el aspecto más importante comparativamente hablando del sistema. Por ello, el artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que la legitimación activa para ejercer la Acción de Inconstitucionalidad, corresponde a:

*Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza... emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal.*

Conforme a esta norma, por tanto, todo habitante de la República con capacidad jurídica puede intentar la Acción de Inconstitucionalidad contra las leyes, sin distinción alguno, sean emanadas de la Asamblea Nacional, de los Consejos Legislativos de los Estados de la federación o de los Concejos Municipales (Ordenanzas). La Ley Orgánica acoge, por tanto, la doctrina de la Acción Popular en cuanto a que legitima para intentar el recurso no sólo a los ciudadanos sino a «toda persona natural o jurídica»<sup>(6)</sup>.

Ahora bien en cuanto a la popularidad de la acción debe clarificarse el sentido de la regulación de la Ley Orgánica, cuando exige que el acto impugnado en alguna forma afecte los «derechos o intereses» del recurrente<sup>(7)</sup>. Esta precisión del artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica (equivalente al artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976) podría considerarse que conduce en cierta forma a una reducción de la popularidad de la acción, a

---

(6) Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Justicia Constitucional, Tomo VI, Instituciones Políticas y Constitucionales*, op. cit., pp. 144 y ss.

(7) Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Las garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1976, p. 53.



límites razonables, al exigirse que la lesión de los derechos o intereses del recurrente. En todo caso se trata de un simple interés, aun cuando específico.

Por ejemplo, si se tratase de una ley de un Estado de la federación venezolana, se podría exigir que el recurrente sea residente de dicho Estado o tenga bienes o intereses en el mismo, de manera que la ley impugnada pueda llegar a lesionar los intereses del recurrente, y éste pueda tener un simple interés en la constitucionalidad de la ley. Si por ejemplo, se trata de la impugnación de una Ordenanza Municipal se podría exigir, al menos, que el recurrente fuera residente del Municipio respectivo o, por ejemplo, tuviera bienes en él, de manera que sus derechos o su simple interés pudieran ser lesionados. En estos casos, por supuesto, no se perdería el carácter popular de la acción.

Si se tratase de una ley nacional, en cambio, cualquier habitante del país con capacidad jurídica podría impugnar la ley pues su interés simple en la constitucionalidad estaría lesionado por la ley inconstitucional. Sin embargo, aún en estos casos, algunas precisiones a la legitimación activa podrían surgir: si se tratase, por ejemplo, de la impugnación de una ley que estableciera una discriminación respecto a las mujeres, violatoria de la Constitución por discriminatoria, la acción, en principio, debería ser intentada por una mujer<sup>(8)</sup>. La Ley Orgánica, sin quitarle la popularidad de la acción, puede considerarse que la precisa al grado de que exista una lesión potencial al interés del recurrente, por su residencia, por su condición o por la situación de sus bienes.

En este sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia en Corte Plena, con motivo de la impugnación por vía de Acción Popular del Código Orgánico Tributario, había apreciado la legitimación del accionante en su condición de contribuyente, así:

*Tal como se alega en la demanda, la accionante –persona jurídica constituida– aparece con el interés legítimo que exige el artículo 112 de la Ley de la Corte para demandar la nulidad de disposiciones del Código Orgánico Tributario que es un acto legislativo de efectos generales, por cuanto es contribuyente de impuesto sobre la renta que solicitó reintegro, y por eso le conciernen las normas del Código Orgánico Tributario, en especial las que son objeto de la nulidad demandada en este caso»<sup>(9)</sup>.*

---

(8) Véase en contrario, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de anulación del art. 970 del Código de Comercio, en *Jurisprudencia de Ramírez y Garay*, 1er. semestre, 1964, p. 599, *cit.*, por Humberto J. La Roche, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, 1972, p. 100.

(9) Véase la sentencia de 15-10-85 en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 110.

En todo caso, las dudas acerca de la extensión de la restricción a la popularidad de la acción<sup>(10)</sup> fueron dilucidadas por la antigua Corte Suprema de Justicia, la cual había considerado que la exigencia del artículo 112 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (que se recoge en la Ley de 2004) en el sentido de que la ley impugnada afecte los derechos e intereses del accionante, no significa que la Acción Popular se hubiera eliminado, ni que se hubiese establecido una especial exigencia de legitimación activa para solicitar de la Corte Suprema el ejercicio del control de la constitucionalidad. El objetivo de la Acción Popular, dijo la Corte, es la «defensa objetiva de la majestad de la Constitución y de su supremacía», y si es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema requiere que el accionante sea afectado «en sus derechos e intereses», esta expresión debe interpretarse en forma «rigurosamente restrictiva»<sup>(11)</sup>. Con base en ello, la antigua Corte Suprema de Justicia, llegó a la conclusión de que:

*Cuando una persona ejerce el recurso de inconstitucionalidad en los términos del artículo 112 de su ley (art. 21, párrafo 9, Ley de 2004), debe presumirse, al menos relativamente, que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos o intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano, salvo que del contexto del recurso aparezca manifiestamente lo contrario, o que el mismo fuere declarado inadmisibles conforme al artículo 115 de la ley de la Corte*<sup>(12)</sup>.

Más recientemente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1077 de 22-08-01, ha puntualizado sobre la legitimación activa en la Acción Popular, lo siguiente:

*Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la Acción Popular de inconstitucionalidad, donde cualquier persona capaz procesalmente tiene*

(10) Véase L. H. Farías Mata, «¿Eliminada la Acción Popular del Derecho Positivo Venezolano?», en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 5-18.

(11) Sentencia de la Corte en Pleno de 30-06-82, en *Revista de Derecho Público*, N° 11, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 138.

(12) *Idem*. De acuerdo con este criterio, por tanto, como lo ha dicho la Corte Suprema en Sala Plena, la Acción Popular en definitiva «puede ser ejercida por cualquier ciudadano plenamente capaz». Sentencia de 19-11-85, en *Revista de Derecho Público*, N° 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1986, p. 131.

*interés procesal y jurídico para proponerla, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. Es el actor un tutor de la constitucionalidad y esa tutela le da el interés para actuar, haya sufrido o no un daño proveniente de la inconstitucionalidad de una ley. Este tipo de acciones populares es excepcional<sup>(13)</sup>.*

El artículo 21, párrafo 9° de la Ley Orgánica dispone, además, que el Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, también pueden «solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general». En el caso del Defensor del Pueblo, conforme al artículo 281,3 de la Constitución, tiene competencia para interponer acciones de inconstitucionalidad.

### **3. Lineamientos generales sobre el proceso de constitucionalidad**

Debe señalarse que dada la naturaleza histórica de la Acción Popular de inconstitucionalidad, hasta la ley de 2004, el procedimiento seguido con ocasión de su ejercicio, no respondía a las reglas de un verdadero proceso, como en cambio ha sido la tradición en el Perú, consolidada ahora con el Código procesal Constitucional.

En contraste, en Venezuela, ha sido la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, la cual en materia de control de la constitucionalidad de las leyes, ha establecido la innovación sustancial de regular un verdadero proceso, al disponer que la Acción Popular constituye una «demanda» y prescribir la necesidad de «citar» a quienes se considera como demandados.

En cuanto a la demanda, el artículo 21, párrafo 10° de la Ley Orgánica dispone que en la misma se debe indicar con toda precisión la ley o acto impugnado, las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncie y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinados artículos, a ellos se debe hacer mención expresa en la solicitud, indicándose respecto de cada uno la motivación pertinente. A la demanda se debe acompañar un ejemplar o copia del acto impugnado, el instrumento que acredite el carácter con que actúe el demandante, si no lo hace en nombre propio, y cualesquiera otros documentos que considere necesarios para hacer valer sus derechos.

---

(13) Caso: *Servio Tulio León Briceño*, Sentencia N° 1077 de la Sala Constitucional de 22-09-00. Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 247 y ss.

El Juzgado de Sustanciación de la Sala Constitucional (Art. 19, párrafo 5° LOTSJ), tal como lo dispone el artículo 21, párrafo 12° de la Ley Orgánica, en el auto de admisión debe ordenar «la citación del representante del organismo o del funcionario que haya dictado el acto»; y debe ordenar «la citación de los interesados, por medio de carteles que se publicarán en un diario de circulación nacional, para que se den por citados, en un lapso de 10 días hábiles siguientes: contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados». El recurrente está obligado a consignar un ejemplar del periódico donde fue publicado el cartel, dentro de los 3 días siguientes a su publicación, de manera que el incumplimiento de esta obligación se entiende que desiste del recurso, y se debe ordenar el archivo del expediente.

En el auto de admisión de la demanda también debe citarse al Fiscal General de la República, si éste no hubiere iniciado el juicio, quien debe consignar un informe hasta el vencimiento del plazo para presentar los informes; y al Procurador General de la República en el caso de que la intervención de éste en el procedimiento fuere requerida por estar en juego los intereses patrimoniales de la República.

Durante el lapso de comparecencia de los interesados para hacerse parte en el juicio, también alegando un simple interés en la constitucionalidad, es decir, con el mismo carácter popular de la acción, pueden comparecer interesados dándose por citados con el carácter de coadyuvantes del demandante o como demandados, defensores de la constitucionalidad de la ley. Es decir, en el proceso constitucional de la constitucionalidad de las leyes, una vez intentada y admitida una Acción Popular, cualquier persona que pueda ser lesionada en sus derechos e intereses puede coadyuvar en la impugnación o en la defensa del acto recurrido, siempre que reúna las mismas condiciones del demandante<sup>(14)</sup>.

#### **IV. LA ACCIÓN POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS REGLAMENTOS Y DEMÁS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EFECTOS GENERALES (NORMATIVOS)**

En materia de control de constitucionalidad de los actos administrativos normativos (reglamentos y demás disposiciones administrativas de efectos generales), tanto en Venezuela como en el Perú se establece la Acción Popular, la cual

---

(14) Tal como lo precisaba la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976 en su artículo 137: «Sólo podrán hacerse parte en los procedimientos a que se refieren las secciones Segunda y Tercera de este Capítulo, las personas que reúnan las mismas condiciones exigidas para el accionante o recurrente». Esta norma desapareció en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

por tanto puede ejercerse por cualquier persona, tal y como lo dispone el artículo 84 del Código Procesal Constitucional del Perú.

En el mismo sentido, el artículo 21, párrafo 9º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia venezolana, dispone al iniciar la regulación de los juicios de nulidad contra los actos administrativos, que:

*Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por un...acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal...puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad».*

El régimen de la Acción Popular contra los reglamentos y demás actos administrativos de efectos generales, en Venezuela, es exactamente el mismo que el antes indicado para la impugnación de las leyes y demás actos de rango legal<sup>(15)</sup>.

## V. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Tanto en el Perú como en Venezuela, los poderes de control de constitucionalidad que ejercen tanto la Jurisdicción Constitucional (Tribunal Constitucional en el Perú y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela) respecto de las leyes y demás de acto de rango legal, así como los otros tribunales competentes para conocer de la inconstitucionalidad de los reglamentos y demás actos administrativos normativos (Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela y Cortes Superiores Distritales y de Lima en el Perú), son de carácter anulatorios, con efectos generales, es decir, *erga omnes*.

En ambos sistemas, por otra parte, se sigue la racionalidad de las consecuencias anulatorias, al tener la decisión judicial efectos prospectivos *ex nunc* o *pro futuro*, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional. Por lo tanto, los efectos producidos hasta el momento de la anulación de la ley en principio, se consideran válidos. En consecuencia, la ley declarada inconstitucional por un Juez Constitucional en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, también en principio, debe considerarse como un acto válido que ha producido efectos completos hasta

---

(15) Véase Allan R. Brewer-Carías, *La justicia contencioso-administrativa*, Tomo VII, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.

su anulación por la el Tribunal. Esta racionalidad del principio anulatorio, sin embargo, admite algunas excepciones.

En efecto, en el Perú, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional resuelve las distintas situaciones en la materia al disponer respecto de los «efectos de las sentencia fundadas» recaídas en el proceso de inconstitucionalidad que dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian; que las mismas «tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos». Es decir, el principio general es el antes mencionado de los efectos constitutivos, *pro futuro* de las sentencias. A tal efecto, deben publicarse íntegramente en el Diario Oficial «El Peruano» y producen sus efectos desde el día siguiente de su publicación.

Sin embargo, en materia de declaración de inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Código dispone que el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia, «los efectos de su decisión en el tiempo», con lo cual se admite la posibilidad de otorgarle a la sentencia efectos *pro praeterito*. Por ello el Código autoriza al Tribunal a resolver lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras la ley estuvo en vigencia.

En el caso de las sentencias fundadas recaídas en el proceso de Acción Popular respecto de reglamentos y demás actos administrativos normativos, el Tribunal está autorizado por el mismo artículo 81 del Código para determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas; a cuyo efecto, la sentencia debe determinar sus alcances en el tiempo. Por supuesto, también tienen efectos generales y se deben publicarse en el Diario Oficial «El Peruano».

En Venezuela, si bien la racionalidad del sistema anulatorio en la práctica jurisprudencial sigue las mismas líneas generales antes indicadas, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se limita a indicar que en los casos de anulación de actos estatales por inconstitucionalidad, la sentencia debe determinar expresamente sus efectos en el tiempo (arts. 5, párrafo 1, ordinales 6 y 7 y artículo 21, párrafo 18). Estos, por tanto, si bien en principio son *ex nunc*, *pro futuro*, de acuerdo con lo que se resuelva en el caso concreto, pueden tener efectos *pro praeterito* es decir, retroactivos, *ex tunc*, considerando la norma nula *ab initio*.



# LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

PABLO PÉREZ TREMPs (\*)

**Sumario:** **1.** Características generales. **2.** El juicio *a quo*. 2.1. Las normas objeto de control. 2.2. ¿Quién puede plantear la cuestión? 2.3. La aplicabilidad y la relevancia. 2.4. La fundamentación. 2.5. El procedimiento. **3.** El juicio *ad quem* o juicio de constitucionalidad propiamente dicho. 3.1. Las potestades de control sobre el planteamiento de la cuestión. 3.2. El juicio de constitucionalidad propiamente dicho. **4.** Las «autocuestiones» de inconstitucionalidad. 4.1. Autocuestión y recurso de amparo. 4.2. Autocuestión y conflicto en defensa de la autonomía local. **5.** Una valoración de la institución.

## 1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Una de las decisiones básicas adoptadas en la Constitución Española de 1978 fue la creación de un Tribunal Constitucional que, situado fuera del Poder Judicial, debía hacerse cargo de los elementos básicos de la jurisdicción constitucional y, muy singularmente, del control de constitucionalidad de las leyes y demás normas con fuerza de ley. La opción del constituyente fue, pues, la de seguir el sistema kelseniano de justicia constitucional tal y como dicho sistema había evolucionado, primero con la reforma introducida en 1929 en la Constitución austriaca y, posteriormente y sobre todo, en el constitucionalismo de la segunda posguerra, singularmente en la Constitución italiana y en la Ley Fundamental de Bonn ale-

---

(\*) Magistrado del Tribunal Constitucional. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid (España).



mana<sup>(1)</sup>. En efecto, y aunque existía el precedente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931<sup>(2)</sup>, la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, tuvieron mucho más presente las experiencias alemana e italiana, que tan buenos frutos habían dado haciendo de sus respectivos tribunales constitucionales uno de los ejes del proceso de superación de los regímenes autoritarios y de constitucionalización de sus ordenamientos y de su realidad política<sup>(3)</sup>.

Como ya se ha apuntado, el eje central del sistema continental de justicia constitucional seguido en España es el reconocimiento del monopolio del control de las normas con fuerza de ley a favor del Tribunal Constitucional, que es el único que puede declarar su inconstitucionalidad. Ahora bien, una de las características de ese mismo modelo es la incorporación de los órganos judiciales a la tarea de depuración del ordenamiento. Éstos, en efecto, no pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley pero sí colaboran en dicha tarea instando el control del Tribunal Constitucional mediante la denominada «cuestión de inconstitucionalidad». La Constitución Española, siguiendo también los ejemplos alemán e italiano, en su art. 163, dispone a este respecto que: «*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*».

Este precepto se ve reproducido y completado con la regulación legal que se contiene, por una parte, en los arts. 35 a 37 de la LOTC<sup>(4)</sup>, y por otra en el art. 5 de

---

(1) En relación con el modelo europeo o continental de justicia constitucional, tal y como ha evolucionado tras el original diseño kelseniano, puede verse, entre la bibliografía más reciente, M<sup>a</sup>. A. AHUMADA, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Civitas, Pamplona 2004.

(2) Sobre la justicia constitucional en la Segunda República puede verse, entre otros, M. BASSOLS COMA, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República*, Madrid 1987; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid 1987; J. L. GARCÍA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid 1980, o R. RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II<sup>a</sup> República española*, Barcelona 1982.

(3) Sobre los aspectos generales del sistema español de justicia constitucional puede verse, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981; M. GARCÍA-PELAYO, «El *status* del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* 1 (1981), o J. PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid 1988.

(4) Sobre la cuestión de inconstitucionalidad, y como bibliografía general, y sin perjuicio de la bibliografía concreta que se cita a lo largo del trabajo, pueden verse, en especial, los

la Ley Orgánica del Poder Judicial, a lo que cabría añadir la previsión del art. 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

En el origen de la introducción de este mecanismo en el modelo kelseniano de justicia constitucional tiene un doble fundamento. Por una parte, la intervención de los órganos judiciales como únicos habilitados para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad asegura que los problemas de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley puedan llegar efectivamente ante el Tribunal Constitucional, lo que permite que la supremacía de la norma fundamental no esté sólo supe-  
ditada a una legitimación institucional muy restringida como es la que en general se reconoce para el ejercicio de la impugnación directa a través de lo que el ordenamiento español denomina el recurso de inconstitucionalidad<sup>(5)</sup>. Pero, a su vez, y por otra parte, la actuación judicial sirve de filtro a una hipotética legitimación popular, cuyos efectos podrían ser muy nocivos para la estabilidad político-constitucional y para el correcto funcionamiento de la jurisdicción constitucional<sup>(6)</sup>.

Conceptualmente, la cuestión de inconstitucionalidad además de tener ese doble efecto, y visto ya desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria, al mismo tiempo permite conciliar la doble obligación con la que el Juez ordinario se encuentra dentro del sistema constitucional (STC 17/1981). Por un lado, y de acuerdo con la tradicional posición del Juez, que hunde sus raíces en la Revolución

---

comentarios a los arts. 35 y ss. Incluidos en J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid 2001; M<sup>o</sup> C. BLASCO SOTO, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona 1995; E. CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid 1998; F. J. GARCÍA ROCA, «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juez ordinario: el caso del Juez civil», *Revista de las Cortes Generales* n<sup>o</sup> 27, 1992; J. JIMÉNEZ CAMPO, «Sobre la cuestión de inconstitucionalidad», en la obra del mismo autor con F. Rubio, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid 1998; J. M. LÓPEZ ULLA, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Madrid 2000; A. RIBAS MAURA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid 1991, P. SAAVEDRA GALLO, *La duda de inconstitucionalidad*, Córdoba, 1986, o I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, «Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos de Derecho Público* n<sup>o</sup> 18, 2003, págs. 241 y ss.

(5) El art. 162.1 de la CE reconoce legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad a: el Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; cincuenta Diputados; cincuenta Senadores; los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas; y a las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, E. ESPÍN TEMPLADO, «Artículo 32», en J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit.

(6) Sobre esta cuestión desde el punto de vista histórico puede verse P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, pág. 129.

Francesa, éste se encuentra sometido a la ley, lo que imposibilita que pueda desaplicarla y mucho menos enjuiciarla; en este sentido, el art. 117 de la Constitución establece que los jueces y magistrados están: «... sometidos únicamente al imperio de la ley». Pero, al mismo tiempo, la concepción de la Constitución como norma jurídica que preside toda la filosofía de la Constitución de 1978<sup>(7)</sup>, hace que ésta también se imponga al Juez, que debe aplicarla en cuanto *lex legis* y *norma nomarum* que es; dispone a este respecto el art. 9.1 de la Constitución que: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

La forma de compaginar ambos mandatos cuando el Juez se encuentra con una norma con fuerza de ley contraria a la Constitución es obligar a aquél a plantear la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional para que sea éste el que, en ejercicio de su monopolio de rechazo de la ley, pueda enjuiciar su constitucionalidad. Así lo ha señalado de forma reiterada el propio Tribunal Constitucional, al calificar a la cuestión de inconstitucionalidad, por ejemplo, «*como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada*» (STC 127/87). Ahora bien, conviene destacar que la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad reconocida a los órganos jurisdiccionales no comporta conceptualmente que se entienda que éstos posean «legitimación» para instar la declaración de inconstitucionalidad, similar a la que poseen los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad. El planteamiento de la cuestión está estrictamente unido no a la condición de Juez o Magistrado sino al ejercicio de la función judicial ya que sólo es posible en el seno de un proceso. Ahora bien, es cierto que existe una zona gris en la que resulta más dudoso si los órganos judiciales pueden suscitar cuestiones de inconstitucionalidad que es la que viene configurada por actuaciones de tipo gubernativo o administrativo o de jurisdicción voluntaria que, aunque legalmente previstas, no necesariamente se insertan en procesos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista del funcionamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ésta comporta, pues, la existencia de un doble juicio y, también, de un doble proceso. Por un lado, el Juez ordinario que suscita la cuestión lo hace porque, en un proceso del que conoce, le surge la duda de constitucionalidad (proceso ordinario o proceso *a quo*). Por otro lado, el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional desencadena la apertura de otro proceso, el proceso *ad quem*, que es el

---

(7) Véase a este respecto el trabajo ya tradicional de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit.

auténtico proceso constitucional, cuyo objeto consiste sólo y exclusivamente en determinar si la regla cuestionada es o no contraria a la Constitución.

Una correcta comprensión del mecanismo aconseja que se analicen por separado los elementos de este doble proceso en que se concreta la cuestión de inconstitucionalidad.

## 2. EL JUICIO A *QUO*

Siguiendo la propia estructura del art. 163 de la Constitución, la comprensión de la cuestión de inconstitucionalidad exige dar respuesta a las siguientes preguntas, que sintetizan el mecanismo de la cuestión: ¿qué normas son susceptibles de control a través de este mecanismo (normas con fuerza de ley) –apdo. 2.1–?, ¿quién puede plantear la cuestión (órgano judicial) –apdo. 2.2–?, ¿cuándo resulta aplicable al caso (aplicabilidad y relevancia) –apdo. 2.3–?, ¿cuándo está fundada la cuestión?... (apdo. 2-4) y ¿cómo se plantea la cuestión? (apdo. 2-5).

### 2.1. Las normas objeto de control

La primera cuestión que suscita el control de constitucionalidad, en general, y la cuestión de inconstitucionalidad, en particular, es determinar cuáles son las normas que son susceptibles de ser controladas. Ello porque en el sistema español de control de constitucionalidad, siguiendo en este punto el planteamiento kelseniano, dicho control se atribuye en exclusiva al Tribunal Constitucional respecto de las normas con fuerza de ley. Esta atribución comporta que aquellas normas que carezcan de dicha naturaleza, y que poseen, pues, rango reglamentario, pueden y deben ser controladas por los tribunales ordinarios, en especial por los del orden contencioso-administrativo<sup>(8)</sup>. El art. 27.2 de la LOTC resuelve esta cuestión ya que procede a enumerar las normas susceptibles de control de constitucionalidad, incluyendo las siguientes normas<sup>(9)</sup>:

- Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas.
- Leyes orgánicas.
- Leyes ordinarias.

(8) Excepcionalmente y a través de otros mecanismos procesales puede también en ocasiones el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la validez de normas de carácter reglamentario; véase al respecto, por ejemplo, F. CAAMAÑO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentaria*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994.

(9) Véase el comentario a este precepto realizado por J. PARDO FALCÓN en J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., págs. 377 y ss.

- Decretos-leyes.
- Decretos Legislativos.
- Tratados internacionales.
- Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- Normas equivalentes a las anteriores categorías que puedan dictarse por las Comunidades Autónomas, esto es, Leyes, Decretos Legislativos y Reglamentos de sus Asambleas Legislativas<sup>(10)</sup>.

Ahora bien, a pesar del detallado elenco que hace el art. 27.2 de la LOTC, en la práctica han surgido algunos problemas a la hora de determinar cuál es el alcance objetivo del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Siguiendo el orden señalado, hay que destacar que, aunque no existe duda alguna sobre la posibilidad de control de los Decretos-Leyes<sup>(11)</sup>, desde el punto de vista práctico, dicho control en ocasiones es difícil de llevar a cabo por razones procesales. En efecto, el art. 86.2 de la CE exige que, en el plazo de treinta días desde su promulgación, los Decretos-Leyes se convaliden, se deroguen o se tramiten como proyectos de ley. En estos dos últimos casos, formalmente el Decreto-Ley desaparece como tal, resultando prácticamente imposible por razones temporales que previamente pueda controlarse su constitucionalidad. No obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que «*el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse*» (STC 111/1983). En consecuencia, se acepta la posibilidad del control de un decreto-ley ya inexistente; otra cosa es la repercusión que esa inexistencia tiene a la hora de enjuiciar los distintos vicios de inconstitucionalidad que se denuncien. Y una repercusión es precisamente que la posibilidad de que el Decreto-Ley luego sustituido por una ley sea aplicable a procesos concretos, aunque no desaparece, sí se reduce, por lo que disminuyen, también, las posibilidades de su cuestionamiento por el Juez ordinario.

En relación con los Decretos Legislativos, también existen problemas de control de su constitucionalidad<sup>(12)</sup>. Dichos problemas surgen como consecuencia de

---

(10) Téngase en cuenta que en el sistema español de fuentes del Derecho no existen los Decretos Leyes de las Comunidades Autónomas.

(11) Sobre el Decreto-Ley en el Derecho español puede verse, por ejemplo, A. CARMONA, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.

(12) Sobre el régimen constitucional de los Decretos Legislativos puede verse, entre otros, E. VIRGALA FORURIA, *La delegación legislativa en la constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid 1991.

la construcción doctrinal, aceptada por la jurisprudencia, según la cual cuando un decreto legislativo incurre en *ultra vires* o exceso de delegación pierde su rango legal, degradándose a nivel reglamentario. Desde la perspectiva de su control, esta construcción, acogida por lo demás en los arts. 85.6 de la CE y 27.2.b de la LOTC, supone la posibilidad de fiscalización por los órganos del Poder Judicial, tanto en vía incidental como en vía directa. No obstante, y tal y como el último precepto citado deja puesto de manifiesto, no resulta entonces claro cuándo existe control de constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional, y cuándo el control del exceso en la delegación, correspondiente a los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional, por una parte, ha confirmado la posibilidad de que los tribunales ordinarios controlen los excesos de delegación; pero, a la vez, y por otra parte, cuando se ha cuestionado la regularidad de un decreto legislativo ante el Tribunal Constitucional, éste ha entrado a conocer del asunto. Por ello, existe una zona de concurrencia en la que tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios pueden actuar (STC 47/1984).

Por lo que respecta a normas que el Tribunal Constitucional ha situado extramuros del control de constitucionalidad, hay que comenzar por señalar que se ha rechazado expresamente la posibilidad de controlar normas de Derecho Comunitario Europeo (STC 64/1991). Aunque sean normas directamente aplicables en España que desplazan, incluso, a la ley interna, su parámetro de control está en el propio Derecho Comunitario, y son por tanto los tribunales ordinarios y, en última instancia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quienes deben efectuar ese control<sup>(13)</sup>. No obstante, tras la DTC 1/2004, relativa a la Constitución Europea, ha quedado abierta, aunque sea de manera muy excepcional, la posibilidad de control en aquellos supuestos en los que el Derecho Comunitario pudiera vulnerar de manera directa y flagrante los principios constitucionales<sup>(14)</sup>.

Para concluir lo relativo al objeto del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, conviene realizar una breve referencia respecto del control de aquéllas que son anteriores a la Constitución. La supremacía constitucional despliega sus efectos no sólo sobre las normas posteriores a la Constitución sino también sobre las normas preconstitucionales, de manera que sus contenidos no pueden ir contra lo dispuesto en la Norma Fundamental. El problema surge a la hora de conceptualizar la naturaleza del conflicto entre Constitución y

---

(13) Sobre la posición del Derecho Comunitario y su control puede verse, por ejemplo, R. ALONSO GARCÍA, *El Juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

(14) Sobre la Declaración 1/2004, con referencia al tema aquí suscitado, puede verse la obra colectiva *Constitución española y Constitución Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2005.

norma anterior; de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias, ese conflicto puede resolverse por dos vías. Por un lado, el carácter posterior en el tiempo de la Constitución hace imponerse a ésta sobre las normas anteriores que sean contrarias a ella (criterio temporal); por otro, la superioridad jerárquica de la Constitución le hace imponerse sobre las normas inferiores, incluidas las preconstitucionales (criterio jerárquico). Aunque el resultado en ambos casos es el mismo (supremacía de la Constitución), procesalmente la distinción tiene su importancia. Así, la aplicación del criterio temporal haría catalogar el conflicto entre Constitución y ley anterior como de vigencia, obligando a determinar si la ley está o no derogada; en cuanto tal juicio de vigencia, cualquier Juez o Tribunal puede realizarlo (posición que mantuvo en su día la Corte Constitucional italiana). Por el contrario, la aplicación del criterio jerárquico hace que el conflicto sea de validez; ello determinaría que sólo el Tribunal Constitucional pudiera enjuiciar la adecuación o no del Derecho preconstitucional a la Norma Fundamental (criterio seguido tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn por el Tribunal Constitucional Federal Alemán)<sup>(15)</sup>. El Tribunal Constitucional, ante tal disyuntiva, optó por una posición intermedia haciendo coexistir ambas posibilidades. En una de los primeros asuntos resueltos por el Tribunal, éste afirmó lo siguiente: «*Así como frente a las leyes posconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad*» (STC 4/1981). Esta doctrina se ha mantenido y, aunque con discrepancias en el seno del propio Tribunal, ha sido reiterada, por ejemplo, en la STC 73/1996.

## 2.2. ¿Quién puede plantear la cuestión?

El art. 163 de la Constitución se refiere a «órgano judicial» a la hora de determinar quién puede suscitar la cuestión de inconstitucionalidad. Dada la estructura relativamente sencilla del sistema jurisdiccional español, no se han planteado grandes problemas a la hora de determinar qué hay que entender por órgano judicial a estos efectos. En principio, cualquier órgano jurisdiccional puede plantear la cuestión cuando se den los requisitos para ello, sea cual sea su ubicación dentro de la estructura del Poder Judicial. La inexistencia de jurisdicciones especiales (art. 117.5 CE) ayuda a

---

(15) Sobre esta cuestión puede verse P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, cit., pp. 144 y ss., y bibliografía allí citada, o J. L. REQUEJO, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid 1998.



eliminar dudas. Por otro lado, no existe tampoco duda sobre la posibilidad de que los órganos pertenecientes a la única jurisdicción especial existente, la castrense, puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad, y así se prevé expresamente en el ya citado art. 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; de hecho, aunque escasos sí hay ejemplos de cuestiones de inconstitucionalidad suscitados por órganos de la jurisdicción castrense.

Resulta, en cambio, evidente que aquellos órganos que carecen de naturaleza no pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad, por más que las funciones que cumplen o su *status* jurídico independiente pueda acercarlos a órganos jurisdiccionales. Es el caso, por ejemplo, del Ministerio Fiscal, de las Juntas Electorales o de órganos de arbitraje (ATC 259/1993), que no son órganos jurisdiccionales. Sin embargo, y aunque resulte casi anecdótico, el reconocimiento legal del carácter jurisdiccional de ciertos órganos consuetudinarios, como el Tribunal de las Aguas de Valencia, por citar el más conocido, carácter confirmado por el Tribunal Constitucional (STC 113/2004), posiblemente haría viable un planeamiento de cuestiones por dichos órganos.

Por otro lado, y aunque el art. 163 de la CE no lo dice expresamente, la LOTC ha entendido que la cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse tanto de oficio como a instancia de parte (art. 35.1). Ello, sin embargo, no comporta que el órgano judicial se vea sujeto a la pretensión en tal sentido de las partes. Por el contrario, suscitada la procedencia de plantear la cuestión, el órgano judicial es libre de hacerlo o no, hasta el punto de que, como luego se verá, su decisión al respecto no es recurrible, llegándose a calificar de «prerrogativa exclusiva e irrevisable» del órgano judicial (STC 149/2004, entre las más recientes).

### 2.3. La aplicabilidad y la relevancia

Tanto la Constitución como la LOTC, a la hora de concretar cuándo procede el planteamiento de la cuestión, establecen la exigencia de que la norma objeto de cuestionamiento resulte no sólo aplicable en el juicio *a quo*, sino que debe ser relevante para la decisión que ha de producirse en el mismo. Dicho de otra manera no se trata de que cualquier norma con fuerza de ley que tenga alguna relación con el proceso pueda cuestionarse sino sólo aquella que resulte decisiva («relevante») para el fallo<sup>(16)</sup>. Varias consideraciones deben realizarse a este respecto.

En primer lugar, el término «fallo» que usa tanto el art. 163 de la CE como el art. 35 de la LOTC ha sido interpretado de manera flexible, de forma que no debe

---

(16) Sobre esta cuestión, además de la bibliografía general, puede verse S. GARCÍA COUSO, *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid 1998.



necesariamente identificarse con sentencia sino con la decisión final del asunto, adopte la forma de sentencia o la de auto (STC 76/1982, entre las primeras), ello a pesar de que el apdo. 2 del art. 35 LOTC, al referirse al momento de plantear la cuestión se refiere al plazo para «dictar sentencia». Pero no se detiene ahí la interpretación realizada del precepto, alcanzando incluso a decisiones que se adoptan en el seno de un procedimiento jurisdiccional pero respecto de elementos del mismo que no son el principal, cabiendo, por ejemplo, planteamiento de cuestiones dentro de incidentes surgidos dentro de un procedimiento principal, en los que por lo general debe aplicarse legislación procesal (ATC 47/1994, por ejemplo), y que deben desencadenar decisiones interlocutorias, de simple atribución de competencia, o, incluso, con posterioridad, en fase de ejecución de sentencia, por ejemplo (STC 181/2000, entre otras).

Lo que en todo caso se exige es que la decisión venga precisamente condicionada por la validez constitucional de la norma con fuerza de ley, de manera que si se concluyera que la norma es inconstitucional ello impediría llegar al fallo en principio previsto. Dicho de otra forma, y como ya se adelantó, el juicio *a quo* no es una mera excusa o requisito formal para plantear la cuestión de inconstitucionalidad que habilite una especie de legitimación ordinaria de los órganos jurisdiccionales para impugnar normas con fuerza de ley sino que es una condición lógica necesaria, de modo que sólo si el juicio depende de la validez de la norma con fuerza de ley es posible plantear la cuestión.

#### 2.4. La fundamentación

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se limita al simple enunciado de la misma sino que el órgano judicial debe motivar las razones en las que basa la cuestión, en las que basa su duda de constitucionalidad.

Para construir su razonamiento, los órganos judiciales se encuentran vinculados por toda la Constitución, de modo que los motivos por lo que puede plantearse la cuestión son todos los posibles, cabiendo motivos sustantivos, de procedimiento, o vicios de competencia. Dicho de otra manera, el parámetro para el Juez ordinario de ese juicio previo de constitucionalidad es el mismo que el que posee el Tribunal Constitucional en su posterior juicio definitivo de constitucionalidad, estando ambos en una posición similar. Ese parámetro está conformado por la Constitución como parámetro central, por un parámetro directo más amplio cuando así lo prevé el propio ordenamiento, (el bloque de la constitucionalidad<sup>(17)</sup>) en el

---

(17) Sobre el concepto y el alcance de bloque de la constitucionalidad en el ordenamiento español puede verse, por ejemplo, F. RUBIO LLORENTE, «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 27, 1989, págs. 9 y ss.

supuesto del art. 27 LOTC), y por un parámetro de referencia, como es, sobre todo, el derivado del mandato incluido en el art. 10.2 de la Constitución, que dispone que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»<sup>(18)</sup>.

El juicio en el que base el órgano judicial la posible inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley no debe comportar necesariamente que esté convencido de dicha inconstitucionalidad; basta la existencia de una duda razonable, pero ésta, hay que insistir en ello, debe concretarse y hacerse expresa. Ello tiene, entre otras, la consecuencia de servir para encuadrar el propio juicio de constitucionalidad que desarrollará el Tribunal Constitucional, que se ve enmarcado por la cuestión ante él planteada, sin que el Tribunal pueda salir de ese marco, con las matizaciones que luego se harán.

Por otra parte, la cuestión no exige el convencimiento por parte del órgano judicial de que la norma cuestionada es inconstitucional; como ya hemos dicho, basta la duda razonable (STC 17/1981). En todo caso, el propio principio de constitucionalidad de las normas exige, en principio, que sea el propio órgano judicial quien resuelva esa duda siempre que quepa una interpretación *pro constitutione* de la norma, tal y como recuerda el art. 5.3 de la LOPJ cuando establece que «*procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*». Pero, excluida esa acomodación (o, incluso, llevada a cabo pero resultando insatisfactoria para él), basta que el órgano judicial considere la posibilidad de que la norma sea inconstitucional. Lo que, por el contrario, queda excluido es que la cuestión de inconstitucionalidad sea utilizada por los órganos judiciales sólo para resolver simples dudas interpretativas de la norma (STC 222/1992) o para resolver discrepancias con otros órganos judiciales (ATC 62/1997). Ahora bien, en determinadas ocasiones el planteamiento de la cuestión comporta una cierta discrepancia con otros órganos judiciales; ello no está excluido como presupuesto lógico, sino solamente el uso de la cuestión para sortear, sin más, criterios de otros órganos.

## 2.5. El procedimiento

La LOTC regula el procedimiento que debe seguirse por el órgano judicial *a quo* para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad. Sobre la legitimación

---

<sup>(18)</sup> Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

para suscitarla ante él, como ya se ha indicado, el art. 35.1 LOTC prevé la posibilidad de que se plantee bien de oficio por el propio órgano, bien a instancia de parte, aunque en este segundo caso el Juez no esté vinculado por la petición de planteamiento.

Por lo que respecta al momento, también se ha señalado que la LOTC, con la finalidad de paliar los posibles efectos dilatorios que puede tener la cuestión, establece que la cuestión debe plantearse una vez concluso en procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, exigencia que, como también se ha adelantado, se ha interpretado de manera flexible en el sentido de que debe plantearse antes de adoptar la decisión final que viene condicionada por la norma cuestionada, sea en el procedimiento principal o en un incidente o decisión interlocutoria.

Con carácter previo al planteamiento de la cuestión, el órgano judicial debe oír a las partes en el proceso y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de plantear la cuestión. Esta audiencia resulta absolutamente central para la admisión de la cuestión. Por una parte, y dado que, como se verá, las partes no comparecen en el proceso constitucional, ese es el momento en el que pueden alegar lo que estimen conveniente sobre la viabilidad procesal y material de la cuestión. Pero, además, aunque el objeto de la cuestión viene formalmente determinado por el Auto de planteamiento, éste a su vez tampoco puede salirse del marco en el que el órgano judicial encierra el previo trámite de alegaciones, de forma que es éste el que fija los límites máximos. Lógicamente, la cuestión podrá plantearse posteriormente respecto de menos preceptos o por menos motivos, pero lo que nunca podrá hacer es plantearse respecto de normas y por motivos sobre los que no se han pronunciado las partes y el Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente. Recientemente el Tribunal Constitucional, ha sintetizado la importancia y alcance de estos requisitos:

*«Este Tribunal insiste reiteradamente en su doctrina en la importancia que tiene la tramitación correcta de las cuestiones de inconstitucionalidad, en concreto, el cumplimiento de las formalidades previas a su planteamiento formal.*

*Entre dichas formalidades, se encuentra la relativa al trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, trámite que debe satisfacer dos funciones que «le son inherentes: garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer con rigor la opinión de los sujetos interesados (STC 166/1986, FJ 4) de un lado, y facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado, de otro*

(ATC 108/1993). *La importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC, no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (STC 166/1986, FJ 4). Estas alegaciones habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos (ibidem). Resulta, pues, inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado a elevar la cuestión de inconstitucionalidad sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (ATC 185/1990; STC 126/197, FJ 4 A) y la jurisprudencia allí citada), (ATC 121/1998, de 21 de mayo, FJ 3)» (AATC 152/2000, de 13 de junio, FJ 3)» (ATC 60/2005).*

Si el órgano judicial decide finalmente plantear la cuestión, debe realizar el planteamiento mediante auto motivado<sup>(19)</sup>. En dicho auto, como ya se ha adelantado, han de concretarse la norma cuestionada y los motivos por los que el órgano judicial estima que puede ser contraria a la Constitución, sin que baste la simple cita de preceptos supuestamente vulnerados. La decisión de planteamiento de la cuestión es irrecurrible. El auto se remite al Tribunal Constitucional junto con el testimonio de los autos y las alegaciones formuladas por las partes.

En el caso de que el órgano judicial estime, por el contrario, que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, su resolución tampoco puede recurrirse, si bien puede volverse a suscitar la duda en las posteriores instancias o remedios jurisdiccionales que pudieran haber dentro del proceso concreto. Esta irrecurribilidad de la decisión judicial alcanza incluso al Recurso de Amparo, de modo que el Tribunal Constitucional ha negado reiteradamente que el rechazo a plantear una cuestión de inconstitucionalidad puede comportar una lesión de derechos fundamentales (STC 228/1998, por ejemplo), postura, no obstante, criticada por sectores de la doctrina, que han entendido que, al menos en ciertos casos, la negativa a plantear la cuestión de inconstitucionalidad inmotivada o manifies-

---

(19) Véase, por ejemplo, C. VIVER I PI SUNYER, «El autor de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos de Derecho Público* nº 7, 1999, págs. 97 y ss.

tamente arbitraria podría constituir una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución<sup>(20)</sup>. Ahora bien, debe tenerse también presente que cuando un órgano judicial ha decidido un asunto aplicando una norma con fuerza de ley que ha considerado inconstitucional sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal sí ha entendido que existía una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución (STC 173/2000).

### 3. EL JUICIO *AD QUEM* O JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD PROPIAMENTE DICHO

#### 3.1. Las potestades de control sobre el planteamiento de la cuestión

Planteadas la cuestión ante el Tribunal Constitucional, se cierra la primera fase de la cuestión de inconstitucionalidad, la que se desarrolla en el proceso *a quo*, que es, como se ha visto, en el que la duda surge. A partir de ese momento, se abre el proceso constitucional propiamente dicho (proceso *ad quem*), en el que se decide sobre la validez de la norma cuestionada. Este proceso se desarrolla totalmente ante el Tribunal Constitucional y en él ni siquiera participan quienes han sido parte en el proceso *a quo*. No obstante, sus alegaciones constan en las actuaciones ya que, como se ha adelantado, se remiten junto con el auto de planteamiento de la cuestión. En todo caso, esta exclusión de las partes del proceso *a quo* en el proceso constitucional ha sido puesta en entredicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos por lo que se refiere a aquellos casos en los que se enjuicien normas con fuerza de ley autoaplicativas de tipo singular (STEDH *Ruiz Mateos* –1993–)<sup>(21)</sup>. El Tribunal Constitucional, y a falta de previsión legal al respecto, recientemente, se ha hecho eco de este problema al dejar abierta, al menos indirectamente, la puerta a que en estos casos los afectados puedan solicitar al propio Tribunal su personación en el proceso constitucional (STC 48/2005, F.J. 2°).

El Tribunal Constitucional realiza, en primer lugar, un control del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para el planteamiento de la cuestión, tanto de los estrictamente procesales como de la relevancia para el fallo y de la fundamentación. Para ello, la LOTC articula una fase de admisión a trámite de la cuestión (art. 37.1). Si en un examen liminar de la misma el Tribunal Constitucio-

<sup>(20)</sup> Sobre esta cuestión véase, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPs, *El Recurso de Amparo*, Tirant lo blanch, Valencia 2004, págs. 121 y ss.

<sup>(21)</sup> Véase, por ejemplo, J. M<sup>a</sup>. CASTELLÁ y E. EXPÓSITO GÓMEZ, «La intervención de las partes del juicio *a quo* en la cuestión de inconstitucionalidad. El artículo 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de julio de 1993», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 4, 1999, págs. 293 y ss.

nal aprecia que no se ha cumplido alguno de los requisitos, puede inadmitirse la cuestión mediante Auto previa audiencia del Fiscal General del Estado.

Por lo que respecta a los requisitos procesales, el control es bastante intenso para evitar así el planteamiento de cuestiones suscitadas sin su cumplimiento, de forma que se rechazan liminarmente aquellas cuestiones planteadas en un momento procesal que no es el adecuado, sin haber oído a las partes o respecto de normas que no poseen rango de ley. En principio no existe posibilidad de subsanación, salvo de meros errores materiales, como la omisión en el envío de documentos.

Más complejo resulta determinar el control sobre los otros dos requisitos, estos es, la aplicabilidad y relevancia de la cuestión, y su fundamentación, ya que se trata de dos elementos que, en principio, corresponde valorar a los órganos promotores, realizando el Tribunal un control meramente externo. En especial, el juicio de relevancia es una potestad exclusiva del órgano *a quo* ya que entra dentro de la potestad jurisdiccional determinar cuáles son las normas aplicables al caso. Por ello, el rechazo de la cuestión por parte del Tribunal Constitucional basándose en la falta de relevancia sólo es posible ante supuestos extraordinarios donde el defecto es absolutamente manifiesto o irrazonable (STC 189/1991).

En relación con la falta de fundamento, es posible un mayor margen de actuación del Tribunal Constitucional para poder rechazar en trámite de admisión. Y se trata de un margen que utiliza el Tribunal de manera confesa. En efecto, en esta causa se justifican, como es obvio, la inadmisión de cuestiones que no resultan en absoluto motivadas o muy deficientemente motivadas. Pero junto a ello, este motivo ha sido interpretado pro el Tribunal en el sentido de que pueda realizar un auténtico juicio de fondo que le permite rechazar cuestiones que, estando incluso suficiente y correctamente fundadas, esto es, no resultando manifiestamente arbitrarias, poseen una fundamentación que puede rebatirse fácilmente salvando sin excesiva complejidad la constitucionalidad de la norma. Así lo reconoce el propio Tribunal al señalar que: *«el art. 37.1 LOTC dispone que el Tribunal podrá rechazar la cuestión de inconstitucionalidad, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, cuando fuere notoriamente infundada. En este sentido, es nuestra doctrina acerca del concepto de «cuestión notoriamente infundada» que, dado que dicha expresión encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (ATC 389/1990, de 29 de octubre, F.J. 1), existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resul-*

tar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 194/2001, de 4 de julio, FJ 1; 28/2002, de 26 de febrero, FJ 3; y 261/2003, de 15 de julio, FJ 2)» (ATC 24/2005).

### 3.2. El juicio de constitucionalidad propiamente dicho

Admitida la cuestión a trámite, el procedimiento a seguir es el mismo que se sigue en el recurso de inconstitucionalidad ya que el Tribunal se sitúa ya frente al control abstracto de la norma, desvinculado, al menos formalmente, del caso concreto en el que se suscitó la cuestión. No procede, pues, extenderse aquí sobre este procedimiento. Siendo común en el recurso y en la cuestión, no procede exponer aquí su desarrollo. Baste con señalar las pocas peculiaridades que se ofrecen en las cuestiones de inconstitucionalidad.

En primer lugar, aunque la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad no tiene efectos suspensivos generales de ningún tipo, salvo la evidente confirmación de la suspensión del proceso *a quo*, dicha admisión se publica en el Boletín Oficial del Estado, lo que puede producir un efecto más amplio por cuanto hace posible conocer a otros órganos judiciales la pendencia del juicio de constitucionalidad de una norma con fuerza de ley que eventualmente tienen que aplicar. Ello puede hacer bien que otros órganos judiciales planteen cuestiones similares bien que paralicen *de facto* procesos en los que deben de aplicar la norma cuestionada a la espera de la decisión sobre su constitucionalidad.

Por lo que respecta a las partes, ya se ha indicado que las partes del proceso *a quo*, oídas en éste en torno a la conveniencia de suscitar la cuestión, y frente a lo que sucede en Italia, no se personan ante el Tribunal Constitucional, si bien, como ya se ha adelantado, recientemente el Tribunal ha dejado abierta la puerta a que dicha personación se produzca sólo en aquellos casos en los que se enjuicia una norma con fuerza de ley de naturaleza autoaplicativa (STC 48/2005).

Por lo que respecta a los defectos en el planteamiento de la cuestión, aunque lo normal es que, tal y como se ha visto, éstos se aprecien en la fase de admisión, ello no impide que puedan también apreciarse en sentencia, de modo que cabe la inadmisión de la cuestión en sentencia.

En relación con los efectos de la sentencia, éstos son también los generales que todas las sentencias de control de constitucionalidad de normas con fuerza de



ley poseen. La única particularidad en las cuestiones consiste en que el Tribunal Constitucional, lógicamente, ha de notificar su decisión al Juez o Tribunal que planteó la cuestión para que resuelva en consecuencia el proceso *a quo*.

Por lo demás, como ya se ha dicho, tanto la tramitación como la decisión del proceso siguen la misma regulación que en el recurso de inconstitucionalidad (art. 37 LOTC).

#### 4. LAS «AUTOCUESTIONES» DE INCONSTITUCIONALIDAD

Antes de entrar en la valoración de la institución de la cuestión de inconstitucionalidad, y para tener una visión global de la misma, conviene hacer referencia a la existencia de las denominadas «autocuestiones de inconstitucionalidad». Existen en la LOTC dos previsiones que permiten que sea el propio Tribunal Constitucional el que se plantee la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley (de ahí los nombres de «autocuestión» o «cuestión interna de inconstitucionalidad» con los que se conoce a esta institución); se trata de los arts. 55.2 y 75.*quinque*.6 de la LOTC. Aunque técnicamente las autocuestiones se asemejan a las cuestiones de inconstitucionalidad, su lógica conceptual es en parte distinta, aunque sólo sea porque el proponente y el decidor es el Tribunal Constitucional o, al menos, órganos del Tribunal, y no de otra jurisdicción.

##### 4.1. AUTOCUESTIÓN Y RECURSO DE AMPARO

Comenzando por el primer supuesto, el único acto de los poderes públicos excluido *a priori* del objeto del Recurso de Amparo es la norma con fuerza de ley (art. 42 LOTC)<sup>(22)</sup>, cuya constitucionalidad sólo puede controlarse a través de los mecanismos previstos al efecto en la LOTC, recurso y cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, la LOTC no ha permanecido ajena a la posibilidad de que la lesión de un derecho fundamental sea imputable a una norma con fuerza de ley pese a que dicha lesión se identifique a través del control de un acto de aplicación de dicha norma. Para dar solución procesal a esta hipótesis, el art. 55.2 LOTC prevé un pronunciamiento complementario en la sentencia de Amparo: el planteamiento de la denominada doctrinalmente «autocuestión de inconstitucionalidad», «cuestión interna de constitucionalidad», o «control sucesivo de constitucionalidad»<sup>(23)</sup>. Establece el art. 55.2 LOTC lo siguiente: «*En el supuesto de que*

(22) Véase, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPES, *El Recurso de Amparo*, cit., pág. 90 y ss.

(23) Sobre esta institución puede verse, por ejemplo, L. J. MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales: (especial referencia al incidente en el re-*



*se estime el Recurso de Amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades publicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes».*

Como se deduce claramente del propio tenor del art. 55.2 LOTC y de la denominación acuñada, de manera parecida aunque no idéntica a lo que sucede en la cuestión de inconstitucionalidad, la «autocuestión» es un mecanismo que hace posible la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por parte del Pleno del Tribunal Constitucional en aquellos supuestos en que esa inconstitucionalidad se pone de manifiesto en un Recurso de Amparo.

La razón de ser de la «autocuestión» de inconstitucionalidad, desde el punto de vista conceptual, se encuentra en la distinta naturaleza con la que la Constitución y la LOTC han diseñado el Recurso de Amparo, por una parte, y los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, por otra. En efecto, el Recurso de Amparo está construido como un mecanismo procesal que, en principio, permite, sólo y exclusivamente, proteger un derecho fundamental frente a una lesión real, efectiva y concreta. Por el contrario, el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley se encuentra configurado en todos los procedimientos a través de los cuales se lleva a efecto como un mecanismo de control abstracto, de depuración objetiva del ordenamiento. Esa doble lógica de los distintos procedimientos es la que explica que el legislador haya previsto este instrumento para hacer posible que el Tribunal Constitucional compagine su obligación de proteger derechos fundamentales del Recurso de Amparo con su obligación de eliminar del ordenamiento jurídico las normas con fuerza de ley contrarias a la Constitución.

Hay un dato procesal que podría llevar a pensar que la lógica de la autocuestión de inconstitucionalidad es otra: el hecho de que el competente para declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley sea el Pleno del Tribunal (art. 10 LOTC), mientras que los órganos competentes para conocer del recurso de amparo son, en principio, las Salas (art. 48 LOTC). Sin embargo ésa no es la explicación de la existencia de la autocuestión de inconstitucionalidad, ya que el Pleno también puede conocer de Recursos de Amparo [arts. 10 k) y 13 LOTC], pero no por ello puede declarar inconstitucionales normas con fuerza de ley en un

---

curso de amparo), Civitas, Madrid 1998; P. PÉREZ TREMPs: «Art. 55», en J. L. REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., o J. URÍAS: *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

proceso de amparo. Al menos así lo ha entendido el Tribunal Constitucional pues algunas de las «autocuestiones» han sido planteadas, precisamente, por el Pleno, resolviéndolas en decisiones distintas de aquellas dictadas en los recursos de amparo en que se suscitaron (SSTC 160/1986, 45/1989, 31/2000, ó 149/2000).

La «cuestión de constitucionalidad», para ser procesalmente viable, exige que se cumplan dos requisitos: que sea relevante para resolver la causa en la que se origina y que no sea notoriamente infundada (art. 163 CE). Sin embargo, la «autocuestión de inconstitucionalidad» plantea algunas particularidades a este respecto. No se trata de que estas exigencias no se apliquen al supuesto del art. 55.2 LOTC. Por el contrario, el tenor de este precepto parece ser, si cabe, más contundente que el del art. 163 CE y el art. 35 LOTC. En efecto, el art. 55.2 impone que se plantee la cuestión cuando «*se estime el Amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas*». De este precepto se deduce claramente que la norma cuestionada debe ser aplicable al caso hasta el punto de que es a esa norma a la que se imputa en definitiva la lesión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha relativizado el tenor del mandato. En efecto, las SSTC 31/2000, y 149/2000, aunque refiriéndose más al objeto mismo de la «autocuestión» que a las exigencias para su planteamiento, parecen flexibilizar el alcance del mandato del art. 55.2 LOTC.

No obstante, en la medida en que la «autocuestión» es una excepción al principio de justicia rogada que preside todo el diseño de la justicia constitucional, debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que, efectivamente, debe servir como mecanismo para depurar el ordenamiento cuando de manera clara la lesión del derecho derive de la norma que se cuestiona y no como un mecanismo sustitutivo de la falta de viabilidad de actuaciones de oficio para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, lo anterior no implica que el Tribunal Constitucional sólo pueda plantear autocuestiones como consecuencia de una petición de parte, sino más bien lo contrario. En efecto, aunque resulta posible que un recurrente de Amparo solicite como una de sus pretensiones la de que se plantee la autocuestión de inconstitucionalidad a los efectos de la posterior declaración de nulidad de la ley, ello no significa que dicha petición sea *conditio sine qua non* para poner en funcionamiento el mecanismo del art. 55.2 LOTC, pese a lo que pudiera deducirse de la lectura de algunas decisiones del Tribunal Constitucional (STC 66/1982, por ejemplo). Lo que el art. 55.2 LOTC impone es una auténtica obligación para la Sala, y eventualmente para el Pleno, que conoce del Recurso de Amparo: «*la Sala elevará [...]*», dice imperativamente el precepto. Y ese carácter de obligación resulta coherente con el principio de supremacía constitucional que impide aplicar la ley inconstitucional, y con el monopolio de rechazo de las leyes postconstitucionales que corresponde al Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta al objeto de control de la autocuestión, el art. 55.2 LOTC se refiere a la «ley». Determinar en qué sentido se utiliza aquí este término va unido al objeto mismo del recurso de amparo. En efecto, la «autocuestión» permite al Tribunal Constitucional hacer lo que no puede hacer a través del Recurso de Amparo: eliminar una ley del ordenamiento por inconstitucional. En la medida en que se excluye del Recurso de Amparo la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma con fuerza de ley, el término «ley» del art. 55.2 LOTC debe extenderse a cualquier norma con fuerza de ley. Y, en efecto, en la práctica habida hasta ahora han sido objeto de control no sólo leyes en sentido formal, sino también textos refundidos (STC 34/1981) y textos articulados (STC 48/1995).

Planteadas una autocuestión respecto de una norma, no es necesario su replanteamiento en todos los procesos similares y resulta lógico, ya que el planteamiento no tiene efectos para el caso concreto. Una reiteración de autocuestiones idénticas no haría sino complicar el trabajo del Tribunal Constitucional (STC 31/2000, F.J. 2º).

No obstante, sí debe ser posible el planteamiento de una autocuestión respecto de una norma ya cuestionada cuando el razonamiento que lleve a la Sala o al Pleno a la convicción de que la lesión apreciada es imputable a dicha norma sea total o parcialmente distinto al que sustentó el planteamiento de la autocuestión aún pendiente.

Desde otra perspectiva, el Tribunal Constitucional ha entendido que hay supuestos en los que, otorgado el Amparo por considerar que una norma con fuerza de ley es lesiva de derechos, no plantea la autocuestión por considerar ésta inútil ya que la lesión constitucional procede de una omisión del legislador, omisión que no es reparable mediante los mecanismos de control de constitucionalidad (STC 184/2003, F.J. 7º).

Por lo que respecta al procedimiento a seguir para el planteamiento de la autocuestión, nada establece específicamente el art. 55.2 LOTC. Obsérvese, además, que la remisión que hace este precepto a la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad se limita a la regulación relativa al juicio *ad quem*, y no a las exigencias del juicio *a quo*, en este caso el Recurso de Amparo. La duda fundamental a este respecto es la de si las partes han de pronunciarse en relación con la procedencia de plantear la cuestión, tal y como se prevé en el caso de la cuestión suscitada por Jueces y Tribunales ordinarios en el art. 35. 2 LOTC. En aquellos supuestos en que el recurrente haya solicitado el planteamiento de la autocuestión no existe problema, pues el resto de las partes podrá pronunciarse en el trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC.

No sucede lo mismo si quien solicita el planteamiento es el Ministerio Fiscal o cualquier otra parte personada, ya que las demás partes no tendrán posibilidad

de conocer dicha pretensión antes de realizar sus alegaciones. En ese caso o en el supuesto de que fuera el Tribunal el que, de oficio, estimara la necesidad de plantear la «autocuestión» la única vía procesal para oír a las partes sería la del trámite previsto en el art. 84 LOTC. De todas formas, no resulta claro si dicha audiencia tiene o no sentido en el caso de la «autocuestión» pues el planteamiento de ésta, al no tener efectos suspensivos respecto del Recurso de Amparo, no tendrá efecto directo para las partes del Recurso de Amparo, aunque puede servir para ilustrar mejor la decisión de la Sala (o el Pleno).

Por lo que hace a la forma de planteamiento de la autocuestión, aunque originariamente el órgano que la planteaba lo hacía a través de un Auto dictado después de la sentencia que resuelve el Amparo, a partir de la STC 209/1988, se sigue la práctica de que sea el propio fallo de la sentencia de Amparo el que determine el planteamiento de la «autocuestión».

Por último, resulta conceptualmente problemático el efecto que tiene el planteamiento de la autocuestión para aquellos asuntos pendientes de aplicación de la norma cuestionada pues, durante el período que medie entre la sentencia de Amparo y la que resuelva la autocuestión, los órganos judiciales se encuentran sometidos a una doble lógica: una doctrina sentada en el Recurso de Amparo, que presupone la inconstitucionalidad de la ley –aún no declarada inconstitucional– y que es vinculante (art. 5.1 LOPJ), y la de la vigencia de esa ley, que tampoco puede suspenderse (art. 30 LOTC) o inaplicarse.

#### 4.2. Autocuestión y conflicto en defensa de la autonomía local

La segunda «autocuestión» se encuentra regulada en el capítulo dedicado a los conflictos en defensa de la autonomía local<sup>(24)</sup>; el mecanismo se parece al anterior por cuanto se trata de que, apreciada una lesión de la autonomía local imputable a una norma con fuerza de ley, la inconstitucionalidad de ésta debe declararse en otro procedimiento, que se tramita, también, como las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 75, *quinque*.6 LOTC). La diferencia básica respecto del otro supuesto de autocuestión, a parte del motivo en que se fundan, está en que en este caso la autocuestión la suscita el Pleno del Tribunal Constitucional ante sí mismo. Hasta el momento, aún no se ha resuelto mediante sentencia ningún conflicto en defensa de la autonomía local, por lo que no se ha dado aún la hipótesis legal de este tipo de autocuestión de inconstitucionalidad.

<sup>(24)</sup> Sobre el conflicto en defensa de la autonomía local, entre otros, pueden verse los siguientes trabajos: J. M. PORRAS RAMÍREZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 2001; o M. PULIDO QUECEDO, *La Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el conflicto en defensa de la autonomía local*, Pamplona 1999.

## 5. UNA VALORACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Como conclusión de esta exposición procede realizar una breve valoración del papel que juega la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema constitucional español.

En primer lugar debe destacarse que la cuestión cumple correctamente con la lógica funcional que la preside y a la que se ha hecho referencia al comienzo de la exposición: permite compaginar la doble vinculación que en el sistema constitucional posee el Juez ordinario, de sometimiento a la ley y de sometimiento a la Constitución. Con ello no se cumple sólo con la doble exigencia lógica que comporta. Al mismo tiempo, otorga un importante papel al Juez ordinario, convirtiéndolo en un elemento necesario de cooperación en el correcto funcionamiento de la justicia constitucional, haciendo posible llevar ante el Tribunal Constitucional el conflicto vivo, esto es, el que nace de la aplicación concreta de la Constitución, por más que se resuelva el conflicto abstracto como *prius* del concreto. Y ello hace de la cuestión de inconstitucionalidad una pieza central para la actualización y enriquecimiento de la interpretación constitucional.

En segundo lugar, hay que destacar que la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad no ha supuesto conflictos entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional. Esos conflictos existen, pero más derivados del recurso de amparo y de su efecto revisor sobre decisiones judiciales<sup>(25)</sup> que de la cuestión de inconstitucionalidad, en la que la actuación de una jurisdicción y la otra se desenvuelve en planos distintos.

En tercer lugar, desde el punto de vista práctico, sería ingenuo ignorar que el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad tienen un efecto claramente dilatorio en la impartición de justicia ya que, al ya largo transcurso de los procedimientos se une la a menudo excesivamente larga duración de la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que ha contribuido incluso a que España, como Alemania, hayan sido condenadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por dilaciones indebidas<sup>(26)</sup>. Ello, entre otras muchas consecuencias, resulta un motivo para que muchos órganos judiciales no planteen cuestiones de inconstitucionalidad, eludiendo el enjuiciamiento de validez de la ley por otras vías. En todo caso, el propio Tribunal Constitucional, consciente de ello, a menudo utiliza sus potestades de inadmisión para rechazar liminarmente

(25) Véase, por ejemplo, P. PÉREZ TREMPs, «Las perspectivas del sistema de justicia constitucional en España», en la revista electrónica *Foro Constitucional Iberoamericano* n° 5, 2004 (<http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a5PPT.pdf>).

(26) Sobre esta cuestión puede verse el trabajo de E. COBREROS, «La violación del ‘plazo razonable’ por la jurisdicción constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* n° 16, 2002, pp. 13 y ss.

cuestiones de inconstitucionalidad por motivos de fondo precisamente para impedir o paliar, al menos, ese efecto de paralización de procedimientos jurisdiccionales.

La cuarta y última cuestión a la que se quiere hacer referencia es a la incidencia que sobre la justicia constitucional, y en concreto sobre la cuestión de inconstitucionalidad, tiene el proceso creciente de «europeización» del sistema jurídico (coherente con la europeización económica, social y política) <sup>(27)</sup>.

Como ya se ha adelantado, el art. 10.2 de la CE realiza una apertura de nuestra Constitución en materia de derechos fundamentales a los tratados internacionales suscritos por España, que actúan, no sólo como normas que deben respetarse y cumplirse (art. 96.1 de la CE), sino, también, como parámetro interpretativo del propio Título I. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que el conflicto entre norma interna con fuerza de ley y tratado internacional es un conflicto que no posee dimensión constitucional y que, por tanto, debe ser resuelto por cualquier órgano judicial con efectos *inter partes*, esto es, para el caso concreto (SSTC 49/1988 ó 28/1991, por ejemplo). En consecuencia, y en pura teoría, la hipotética contraposición entre una norma con ley interna y derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en uno o más tratados internacionales, puede ser vista por el Juez ordinario desde una doble perspectiva: como una contraposición con la Constitución o como una contraposición con el tratado. En el primer caso, el Juez deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 de la CE), que lo resolverá con efectos generales. En el segundo supuesto, el Juez puede decidir por sí sólo la contraposición inaplicando para el caso concreto la norma con fuerza de ley por aplicación preferente del tratado internacional.

Aunque ello es ya posible, la probable aprobación de la Constitución Europea con la Carta de Derechos a ella incorporada convertirá en muchos casos lo que hoy es una posibilidad en una obligación por el juego del principio de primacía del Derecho Comunitario, de manera que el Juez se encontrará con un doble mandato: la obligación interna de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y la obligación comunitaria de resolver sin dilación, salvo que quepa plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas <sup>(28)</sup>.

---

(27) E. ALONSO GARCÍA, *El Juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2003.

(28) Véase A. SAIZ ARNAIZ, « El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización», en CARTABIA, M., DE WITTE, B. y PÉREZ TREMPES, P. (Drts.), *Constitución Europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo blanch, Valencia 2005.

ASUNTOS INGRESADOS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL											
Recurso de amparo	Recurso de inconstitucionalidad	Recurso de inconstitucionalidad <sup>(1)</sup>	Control previo de Tratados	Cuestión de inconstitucionalidad <sup>(2)</sup>	Conflicto positivo de competencias	Conflicto negativo de competencias	Conflicto de autonomía local <sup>(3)</sup>	Impugnación del Tit. V LOTC	Conflicto entre órganos del Estado	Total	
1980	218	10	0	2	2	0	-	0	0	232	
1981	393	10	0	6	14	0	-	0	0	423	
1982	438	17	5	21	49	0	-	2	0	532	
1983	834	24	3	11	31	0	-	1	0	904	
1984	807	40	5	14	65	0	-	0	0	931	
1985	970	63	0	103	82	3	-	2	3	1226	
1986	1229	20	-	98	95	1	-	0	0	1443	
1987	1659	32	0	40	66	0	-	0	0	1797	
1988	2129	48	-	22	64	2	-	3	0	2268	
1989	2604	47	0	39	31	1	-	0	0	2722	
1990	2910	26	0	55	28	1	-	0	0	3020	
1991	2707	12	0	55	7	1	-	0	0	2782	
1992	3229	25	1	35	7	0	-	0	0	3297	
1993	3877	31	0	65	10	0	-	0	0	3982	
1994	4173	10	0	64	5	2	-	0	0	4255	
1995	4369	18	0	81	10	0	-	0	1	4479	
1996	4689	14	0	102	5	0	-	0	0	4810	
1997	5391	47	0	90	10	0	-	0	0	5538	
1998	5441	36	0	51	8	1	-	0	0	5537	
1999	5582	23	0	33	13	0	-	0	0	5651	
2000	6762	35	0	85	16	0	-	3	0	6901	
2001	6786	26	0	105	13	2	-	2	0	6934	
2002	7285	61	0	99	10	0	-	1	0	7456	
2003	7721	36	0	96	22	0	-	2	1	7878	
2004	7814	45	1	70	17	0	-	4	0	7951	
TOT	90017	756	2	1442	680	14	-	13	4	92949	

(1) Obsérvese que esta competencia desapareció en 1985.  
 (2) Debe tenerse presente que, a menudo, las cuestiones de inconstitucionalidad son reiterativas de otras ya suscitadas.  
 (3) Obsérvese que esta competencia se ha atribuido en 1999.

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD SEGÚN EL ÓRGANO DE PLANTEAMIENTO							
Año	Tribunal Supremo	Audiencia Nacional	Tribunales Superiores de Justicia	Audencias Provinciales <sup>(1)</sup>	Otros órganos	Tribunal Constitucional	TOTAL
1980	0	0	0	2	-	0	2
1981	0	0	2	3	-	1	6
1982	3	0	6	12	-	0	21
1983	1	2	2	6	-	0	11
1984	0	0	5	9	-	0	14
1985	0	1	72	30	-	0	103
1986	1	8	72	16	-	1	98
1987	1	1	19	19	-	0	40
1988	2	1	6	12	-	1	22
1989	0	2	22	14	-	1	39
1990	0	2	12	40	-	1	55
1991	1	0	21	33	-	0	55
1992	2	1	18	14	-	0	35
1993	1	0	27	37	-	0	65
1994	3	0	37	22	-	2	64
1995	0	0	60	21	-	0	81
1996	0	0	80	20	-	2	102
1997	1	1	45	43	-	0	90
1998	0	1	37	13	-	0	51
1999	0	0	14	18	-	1	33
2000	1	7	50	25	-	2	85
2001	0	22	63	1	18	1	105
2002	1	8	26	11	51	2	99
2003	1	1	49	4	41	0	96
2004	2	17	14	16	20	1	70
<b>TOTAL</b>	<b>21</b>	<b>75</b>	<b>759</b>	<b>441</b>	<b>130</b>	<b>16</b>	<b>1442</b>

(1) Hasta 2001 no están desglosados los datos referentes a Audiencias Provinciales y a otros órganos.



PABLO PÉREZ TREMPES

# LA ACCIÓN PERUANA DE INCONSTITUCIONALIDAD

JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO (\*)

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Naturaleza de la Acción de Inconstitucionalidad y modo de examen. **III.** Competencia. **IV.** Legitimación activa. **V.** Legitimación pasiva. **VI.** Objeto. **VII.** Parámetro. **VIII.** Plazo de ejercicio. **IX.** Procedimiento. **X.** Sentencia: 1. Sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias: mayoría cualificada exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. 2. Posibilidad de sentencias atípicas. 3. Efectos de las sentencias estimatorias. 4. Nulidad por conexión o consecuencia. 5. Publicación. **XI.** Palabras finales.

## I. INTRODUCCIÓN

Constituye un grato honor tener la oportunidad de participar en este nuevo Homenaje al Prof. Dr. Domingo García Belaunde, quien ha prestado contribuciones esenciales en el ámbito del Derecho Constitucional, y en especial del Derecho Procesal Constitucional, tanto en el Perú como a escala de toda Latinoamérica. La nueva regulación introducida por el Código Procesal Constitucional (CPC, en adelante) del Perú (aprobado mediante Ley número 28.237, de 28 de mayo de 2004, publicada el 31 de mayo y que entrará en vigor a finales de este año 2004) es legataria, en algunos de sus aspectos fundamentales, de la pluma y del pensamiento del Dr. García Belaunde, como miembro más destacado de la Comisión de Expertos que elaboró el Anteproyecto en que se basa y sitúa al Perú a la cabeza y vanguardia de los países que se han decidido a codificar el Derecho Procesal

---

(\*) Universidad Complutense de Madrid (España).

Constitucional (en América Latina, también lo ha hecho hace no mucho, a escala local, la Provincia de Tucumán, en Argentina). Es también de destacar el proceso de elaboración de dicho Código en su fase de Anteproyecto, en el que se recabó la opinión de casi un centenar de operadores jurídicos y de constitucionalistas extranjeros como Fernández Segado, Sagüés o Pérez Tremps, proceso en el que parece haber sido oída ampliamente la «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución» en Perú, pues ésta también existe, naturalmente, para la elaboración de normas legales de Derecho Procesal Constitucional (Häberle). Y que también existe esa «sociedad abierta» para la interpretación y crítica de tales normas de desarrollo constitucional se demuestra con el hecho de que ahora aquí tantos autores, también algunos extranjeros, estudiemos y analicemos a fondo este nuevo Código, como harán muchos jueces, abogados, profesores, y también lo «vivirán» (e interpretarán así *latissimo sensu*) muchos ciudadanos de a pie de toda clase y condición.

Dicho lo anterior, se comprenderá que no hay mejor modo de homenajear académicamente a este amigo e ilustre constitucionalista peruano que tratando de aproximarnos a alguno de los institutos procesal-constitucionales peruanos en su nueva regulación en ese CPC, que es, junto a la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica y el CPC de la provincia argentina de Tucumán, uno de los primeros códigos procesal-constitucionales de América Latina. En nuestro caso, centraremos nuestras reflexiones sobre la Acción de Inconstitucionalidad en su concreta configuración en la Constitución peruana y en el nuevo Código que reglamenta a aquélla en lo relativo a la jurisdicción constitucional, pues la Acción de Inconstitucionalidad ha sido un tema recurrente en los trabajos de García Belaunde, por lo que, con toda seguridad, es un tema «querido» para nuestro autor y también es, al unísono, un tópico que nosotros hemos abordado, con respecto a México y en una perspectiva comparada, en un libro publicado hace años y luego reeditado por la Universidad Nacional Autónoma de México y de cuyas consideraciones es preciso reconocer que se nutre, en parte, este trabajo. Es innecesario decir que el enfoque de este artículo, en cuanto hecho por un universitario y con finalidad de aportar algo mínimamente original como modo de homenajear modestamente a García Belaunde, es crítico, ya que todas las instituciones y regulaciones posibles, como todo lo humano, son siempre susceptibles de cuestionamiento o crítica al menos en alguno de sus aspectos, siendo cuestión diversa la del valor de esa crítica, que dependerá ante todo de la fuerza de los argumentos en que se base y de la habilidad y destreza del que la formula para hacerlos valer.

Por otro lado, abordar un tema del Derecho Constitucional latinoamericano es siempre una responsabilidad, pero también un deleite, pues es un modo de contribuir a estrechar los lazos de todo tipo que nos unen a los españoles con los latinoamericanos por encima del Océano y a hacer más palpable la existencia de

la Comunidad iberoamericana, al tiempo que se exterioriza y potencia el «sentimiento de pertenencia» a dicha comunidad histórica, cultural, social y política, que conlleva un interés por lo de otros países de esa Comunidad (y en principio «ajeno»), en este caso el Derecho Constitucional, como algo «propio».

Entrando ya en materia, ha de comenzar por definirse, en términos muy generales y simples aún, a la Acción de Inconstitucionalidad, en su concreta configuración constitucional y legal en el Perú, como aquel instrumento procesal-constitucional por virtud del cual determinadas personas físicas o jurídicas (legitimación activa) pueden plantear, dentro de un plazo determinado y con arreglo a las formalidades establecidas (procedimiento), al Tribunal Constitucional del Perú (competencia) si determinadas normas jurídicas (objeto de control) aprobadas por determinados poderes públicos dotados de poder normativo (legitimación pasiva) son, o no, compatibles con la Constitución (parámetro) para que dicho Tribunal, tras la tramitación procesal correspondiente (procedimiento), resuelva al respecto de manera vinculante y con efectos generales, decretando en su caso la inconstitucionalidad hacia el futuro (salvo la retroactividad benigna) de la norma (eficacia temporal y personal de la sentencia). En las siguientes páginas, vamos a referirnos a cada uno de estos aspectos de la Acción de Inconstitucionalidad, precisando con cierto detalle cada uno de los elementos que la integran, si bien debemos comenzar por aclarar que el propio CPC aclara que «para los efectos de este Código» a la Acción de Inconstitucionalidad (así llamada en la Constitución vigente de 1993) se le denomina «proceso de Inconstitucionalidad», sin duda por entender este *nomen iuris* más atinado al no quedar restringido al instrumento adjetivo que da origen, precisamente, al proceso, sino comprendiendo al entero proceso (de Inconstitucionalidad) como categoría ya más amplia.

## II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y MODO DE EXAMEN

Aunque en España se habla de «recurso» de Inconstitucionalidad por razones que ahora no interesan, es claro que nos hallamos ante una acción y no ante un recurso, pues tiene por objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción y no la impugnación de la resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado, como es propio de los recursos.

Por otra parte, se trata de un mecanismo procesal-constitucional para el control normativo abstracto de la constitucionalidad. Que el control sea abstracto significa que se realiza con independencia de la aplicación concreta en la realidad, en los casos particulares, de la norma sujeta a examen, aplicación concreta que puede existir o no. Con ello, este control, este modo de examen, se contraponen, antes que nada, al control difuso (concreto), pero también al control que es propio del Recurso de Amparo en España o instrumentos funcionalmente análo-

gos en otros países (juicio de Amparo) y también se contrapone, ya en menor medida, a la en Europa llamada cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual, cuando un Juez (cualquier Juez, a veces; en otras ocasiones, sólo algunos tribunales superiores) considera que una ley es contraria a la Constitución o tiene dudas al respecto, plantea al Tribunal Constitucional la «cuestión» acerca de la conformidad a la Constitución de dicha ley para que el Tribunal resuelva, a partir de los casos concretos reales planteados, con efecto vinculante, pero también general (y no limitado al caso concreto, no meramente *in casu*). En la acción de inconstitucionalidad, frente a lo que ocurre en estos casos (juicio de Amparo, cuestión de inconstitucionalidad y, especialmente, control difuso), la dialéctica del caso concreto no tiene, o no debería en principio tener, ningún juego, especialmente cuando la legitimación activa es restrictiva y no es popular o cuasipopular. Esta abstracción del enjuiciamiento, y la profunda politicidad que lleva consigo, despierta gran «antipatía» en algún sector de la doctrina y de los propios jueces constitucionales, pero no parece discutible que, en términos generales, el llamado control normativo abstracto de la constitucionalidad ha desempeñado una función globalmente positiva allí donde se ha instaurado (así, para España, Fernández Segado) y así sigue siendo al día de hoy, con sus grandezas y sus limitaciones. También a través de este control abstracto, «el Juez Constitucional no sólo ha suministrado a los Jueces y Tribunales ordinarios las referencias necesarias para la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino que, de modo particular, ha sentado la pauta, muy necesaria por lo demás, de una jurisprudencia imbricada en los valores materiales de la Constitución, que han de informar de manera ineludible toda labor hermenéutica» (Fernández Segado).

El propio Tribunal Constitucional peruano se ha referido en alguna ocasión a este carácter abstracto del control, que no obsta a «una evaluación relacional entre las normas y la realidad en que sean susceptibles de aplicarse, pero no con el propósito de inaplicarlas a una supuesto concreto, sino, únicamente, con la intención de reconocer los sentidos interpretativos de aquellas que pudieran resultar contrarias a la Norma Fundamental». Mucho más cuestionablemente, ha llegado a decir el Tribunal, en el marco de la Acción de Inconstitucionalidad, que «es posible que, excepcionalmente, el juicio de constitucionalidad de una norma conlleve un legítimo y necesario pronunciamiento respecto de algún acto concreto realizado a su amparo» y ello sobre la base de su «función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias». Más bien, nos parece que, como el Tribunal Constitucional español ha dicho en su STC 11/1981 (de 8 de abril, FJ 4): «no compete, pues, al Tribunal, en su función de órgano decisor de los recursos de inconstitucionalidad enjuiciar el mayor o

menor acierto con que los operadores jurídicos estén llevando a cabo la labor de aplicación. Este enjuiciamiento sólo puede llevarlo a cabo este Tribunal cuando se haya decidido sobre un derecho subjetivo concreto de un ciudadano, que quede comprendido en los que son objeto de Recurso de Amparo si aquella interpretación o modo de operar condujera a una violación de tal derecho» (a lo que habría que sumar el control ejercido a través de la cuestión de inconstitucionalidad).

Por otro lado, el proceso iniciado por la Acción de Inconstitucionalidad es, como se reconoce en España o Alemania, un proceso objetivo sin partes que actúen en defensa de intereses propios, sino que los intervinientes actúan para defender la supremacía constitucional como interés general. Así lo ha aceptado recientemente, siguiendo la jurisprudencia constitucional española, también el Tribunal Constitucional peruano y de ello ha deducido, al igual que aquella, que, una vez constituida la demanda y habilitada la competencia del Tribunal, queda inexorablemente constituida la relación jurídico-procesal respectiva, lo que conlleva la ineficacia de un eventual desistimiento.

### III. COMPETENCIA

La competencia para conocer de la Acción de Inconstitucionalidad corresponde al Tribunal Constitucional en primera y única instancia.

En el caso de las leyes preconstitucionales, se podría plantear si hay competencia del Tribunal Constitucional para resolver sobre su constitucionalidad y, caso de existir, si es o no concurrente con el control por los tribunales ordinarios. Aunque ello hoy tiene escasa relevancia práctica, es preciso decir que el Tribunal Constitucional peruano se ha considerado competente para juzgar la constitucionalidad sustantiva de la legislación preconstitucional, sin perjuicio de que también pueda considerarse dicha legislación como tácitamente derogada en aplicación del principio *lex posterior derogat priori*, en virtud del efecto derogatorio de la Constitución como norma jurídica suprema de una comunidad (Sentencia constitucional de 16 de marzo de 2004). Ello incluso se ha predicado respecto de los Decretos Leyes aprobados durante un gobierno *de facto*.

### IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Puede decirse, en una perspectiva de Derecho Comparado, que hay tantos sistemas de legitimación activa en materia de Acción de Inconstitucionalidad como países que cuentan con este instituto procesal-constitucional. No obstante, es posible destacar algunos de esos sistemas por su carácter paradigmático. Hace algún tiempo nosotros hemos ensayado una clasificación que sigue pareciéndonos útil, porque permite destacar alguno de los sistemas más importantes en este campo;

además, hace referencia a sistemas que han tenido un influjo notable en el ámbito comparado; refleja también una cierta evolución escalonada que se ha producido en el tiempo en este terreno; y resulta ser, en fin, una clasificación de cierto valor pedagógico.

**a) La legitimación territorial: el caso italiano**

En Italia, la Acción de Inconstitucionalidad tiene, en efecto, una clara dimensión territorial, no de protección de las minorías, al legitimarse al Consejo de Ministros y a las Juntas (Gobiernos) de las Regiones: al primero en defensa de los intereses generales –y, por consiguiente, con un ámbito de aplicación más amplio– y a las segundas en representación de los intereses propios de su territorio. Este modelo ya había sido establecido en Austria, en donde estaban legitimados el Gobierno federal para impugnar las leyes de los Länder y los Gobiernos de estos últimos para impugnar las leyes federales. El propio Kelsen sentó ya el principio de que «en los Estados federales, el derecho de recurrir debe ser atribuido a los Gobiernos locales de los Estados-miembros contra los actos jurídicos de la Federación y al Gobierno federal contra los actos jurídicos de los Estados-miembros». Esta legitimación da lugar a que el control abstracto de constitucionalidad adquiera una clara dimensión territorial, centrada en el reparto constitucional de las competencias.

**b) La legitimación territorial de las minorías políticas: el modelo alemán**

Este círculo de legitimados es ampliado en Alemania donde no sólo se otorga legitimación competencial al Gobierno Federal y a los de los Länder, sino que también se legitima a un tercio de los miembros del Bundestag para impugnar las leyes federales, lo que tiene una clara finalidad de protección de las minorías.

**c) La legitimación territorial de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español**

El modelo español de legitimación para el control «abstracto» de la constitucionalidad se aproxima bastante al alemán, que a su vez sigue de cerca al austriaco (originario) y al italiano, aunque supera (en la amplitud de la legitimación) a todos ellos, en los que naturalmente se inspira, en cuanto que se completa el sistema alemán con una importante legitimación del Defensor del Pueblo, que constituye una originalidad del sistema español y en cierto sentido, lo deja a medio camino entre el modelo de legitimación restringida y el modelo de Acción Popular, al menos en cuanto a sus posibilidades teóricas, bien es cierto que la fugacidad de los plazos de interposición del recurso (tres meses), que también

afecta al Defensor del Pueblo, difumina en buena parte la virtual intervención de los ciudadanos a través del filtro del Defensor del Pueblo.

Resulta claro que el sistema español se encuentra, en todo caso, más cerca en realidad del modelo de legitimación restringida que del sistema de la Acción Popular de Inconstitucionalidad. No obstante, aún siendo restringida, la legitimación en el ordenamiento español es más amplia que la contemplada en Alemania e Italia, cumpliendo así una triple función: defensa de los intereses territoriales, protección de las minorías, y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través del Defensor del Pueblo. Y aunque no creemos que pueda afirmarse en modo alguno que haya sido así en la experiencia española, no ofrece dudas que una legitimación otorgada a un Ombudsman encierra grandes posibilidades teóricas en esta línea, todavía no explotadas. Tal legitimación puede llegar a suponer algo así como la instauración de una Acción Popular pero con un (muy importante) filtro, que sería el Defensor del Pueblo, sea dicho esto en un sentido coloquial.

#### **d) La legitimación popular: Latinoamérica, Baviera y Hungría**

Una Acción Popular de Inconstitucionalidad surge por vez primera en el ámbito latinoamericano (Colombia y Venezuela), a mediados del siglo XIX. Este instituto se ha mantenido hasta hoy en diversas constituciones latinoamericanas, y así puede De Vergottini sostener con justicia que la Acción Popular de Inconstitucionalidad es un «instrumento característico de los ordenamientos latinoamericanos». Naturalmente que de la Acción de Inconstitucionalidad colombiana o venezolana no conocía un órgano *ad hoc* de la constitucionalidad, que aun no existía, sino la Corte Suprema.

Aunque probablemente desconociendo la experiencia latinoamericana, esta legitimación popular, conocida en la doctrina germana como *Popularklage*, fue tenida en cuenta por Kelsen, quien vino incluso a reconocer, ya a la altura de 1928, su superioridad teórica, al señalar que «ciertamente la mayor garantía sería la de establecer una *actio popularis*: el Tribunal debería examinar la regularidad de los actos sujetos a su jurisdicción, en particular las leyes y reglamentos, ante la demanda de cualquiera. De este modo, el interés político en la eliminación de los actos irregulares vendría sin duda satisfecho del modo más pleno». Pero en último término reconocía que «no es todavía posible recomendar esta solución porque comportaría un peligro demasiado elevado de acciones temerarias» y seguramente no le faltaba razón.

Sea como sea, esta legitimación popular es desechada en el sistema kelseniano de justicia constitucional que se plasma en la Constitución austriaca de 1920, que responde a un esquema bien distinto de legitimación, otorgada únicamente a ciertos órganos políticos muy determinados (*Organklage*) y que, en buena medida,



viene caracterizando hasta hoy a dicho sistema, tal y como se ha instaurado en numerosos países, si bien no faltan ciertas constituciones que, al introducir un Tribunal Constitucional, han previsto este sistema de legitimación popular para la acción de inconstitucionalidad.

Esto ha ocurrido fundamentalmente en el ámbito latinoamericano, lo que se explica, entre otras razones (socio-económicas, culturales y sociológicas), por la propia tradición existente en dicho ámbito mucho antes ya de la construcción kelseniana (que más tarde se extendería por medio mundo, y también por Latinoamérica). Así, una Acción Popular, en favor de cualquier ciudadano, se consagra también en las constituciones de Colombia, El Salvador y Nicaragua (ante la Sala de lo Constitucional). En Venezuela y Panamá se va incluso más allá pues se reconoce legitimación a cualquier persona, aunque no sea nacional o no goce de los derechos políticos. En Guatemala y Ecuador, por su parte, se reconoce legitimación también a cualquier persona, pero sólo «con el auxilio de tres abogados colegiados activos» en el primer caso y «previo informe del Defensor del Pueblo sobre la procedencia», en el segundo. En Uruguay, Honduras y Paraguay se exige, en cambio, un interés personal, legítimo y directo para que cualquier persona pueda impugnar la constitucionalidad.

Pero también en Europa ha tenido cierta difusión este tipo de legitimación, si bien mucho más modesta. En esa línea habría que mencionar, ante todo, la Constitución del Land de Baviera, que consagra una verdadera Acción Popular de Inconstitucionalidad «en la que la legitimación y el interés pertenecen a *quisquis de populo*, con abstracción de su particular posición jurídica (o afirmación de la misma) e independientemente también de su actual y personal lesión o perjuicio». Y, como nos dice Häberle, «es opinión generalizada que este recurso se ha acreditado plenamente y ha mostrado gran potencia integradora en Baviera», lo que ha de llevar incluso a plantearse si no sería recomendable extender, en interés de la efectividad de los derechos fundamentales, esta acción a los demás Länder.

También debe mencionarse el mucho más reciente artículo 32.A.3 de la Constitución húngara, que instituye una *actio popularis* (mecanismo procesal de profunda raigambre en este país) frente a las leyes inconstitucionales e incluso, pienso que por primera vez en el mundo, frente a las omisiones del legislador.

No ofrece dudas que un sistema de este tipo puede ser efectivo en determinados países o Estados por vía de excepción, pero en otros –y, desde luego, España entre ellos– su instauración podría ser absolutamente disfuncional, si no una bomba de relojería, para el correcto funcionamiento del Tribunal Constitucional u órgano de la constitucionalidad de que se trate. Nos sigue pareciendo certera, al menos como criterio general, la opinión de Pérez Royo: «la necesidad de que la decisión de acudir al Tribunal Constitucional corresponda bien a órganos consti-

tucionales, o a fracciones bastante significativas de los mismos, o al Poder Judicial, es insustituible cuando existe un control concentrado». La legitimación del Ombudsman, por lo demás, encierra unas grandes posibilidades y permite salvar algunos de los más graves inconvenientes de la legitimación restringida a órganos políticos, sin llegar a una solución, como es la de la legitimación popular, que no sólo puede resultar más radical y problemática, sino que, además, no aportaría ninguna ventaja adicional destacable en un sistema como el peruano. No obstante, en el Perú sí se consagra una Acción Popular para impugnar las disposiciones administrativas (de rango infralegal) por razón de constitucionalidad y/o de legalidad ordinaria, si bien la extensión de esta legitimación a las leyes no nos parecería ni necesaria ni conveniente.

Una vez que hemos visto grosso modo algunos de los principales «modelos» de legitimación activa en materia de Acción de Inconstitucionalidad, nos queda por ver cómo ha quedado plasmada la legitimación activa en el caso de la Constitución peruana. La legitimación activa aparece regulada en el artículo 203 de la Constitución, que dice que están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad: *a)* el Presidente de la República; *b)* el Fiscal de la Nación; *c)* el Defensor del Pueblo; *d)* el 25% del número legal de congresistas; *e)* cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, si bien bastará con que lo haga el 1% de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial si la norma (impugnada, se sobreentiende) es una ordenanza municipal; *f)* los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; *g)* los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

A la vista de esta legitimación activa, pueden destacarse algunas notas: en primer lugar, la legitimación activa no se configura, como es natural, siguiendo un determinado modelo existente en el Derecho Comparado, sin perjuicio de que sí haya un evidente influjo de los modelos existentes en otros países y también cierta inercia con la propia experiencia histórico-constitucional peruana; a *grosso modo*, el sistema peruano de legitimación activa en materia de Acción de inconstitucionalidad puede caracterizarse como uno de legitimación territorial, a favor del Fiscal y casi-popular, con especial incidencia en la protección de los derechos humanos. En este sentido, podría decirse que la finalidad esencial de la legitimación activa del Presidente de la República, los presidentes de Región y los alcaldes provinciales es una de protección del reparto constitucional de competencias, y ello incluso si en el caso del Presidente de la República no se limita su legitimación a la impugnación de normas que afecten a las competencias del Estado central, pues la propia lógica del sistema lleva a que su control tenga ese contenido protector de las propias competencias territoriales, ya que no es esperable que el Presidente de la República emplee su legitimación en esta materia para

impugnar normas aprobadas por los órganos legislativos del Estado central, en los que tendrá normalmente mayoría el Partido a que pertenece el Presidente, ni tratados internacionales que suscribe el propio Presidente. La legitimación del Defensor del Pueblo, la de los cinco mil ciudadanos (o el 1% de los ciudadanos destinatarios de ordenanzas municipales) y la de los colegios profesionales puede considerarse, en su conjunto, como una legitimación que, sin llegar a ser una popular (otorgada a cualquier persona), se aproxima considerablemente a una de ese tipo y admite, así, ser catalogada como «cuasipopular», si bien con el matiz complementario de la protección reforzada en materia de derechos humanos que conlleva la legitimación a favor del Defensor del Pueblo (que no se limita, sin embargo, en principio, sólo a las materias relativas a los derechos humanos) y el matiz de la protección específica de parte importante de los intereses de la sociedad civil que significa la legitimación a favor de los colegios profesionales.

En cuanto a la legitimación a favor del 25% de los congresistas *de iure*, se trata, en lo esencial, de una legitimación otorgada a una minoría parlamentaria derrotada para que pueda hacer valer la Constitución cuando entienda que una ley aprobada finalmente es contraria al texto constitucional. Ello no ha de llevar a sostener, como a veces se hace peyorativamente, que se trata de continuar la lucha político-partidista entablada en el Parlamento por otros medios. La finalidad de esta legitimación es claramente la de protección, tutela y promoción de los derechos de las minorías parlamentarias. Y es que la Constitución debe ser –tal y como la jurisprudencia constitucional española y alemana ha señalado– un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, pero, junto a ello, no ofrece dudas que algunas cuestiones han quedado cerradas por voluntad del poder constituyente y no dependen de la mayoría parlamentaria que pueda existir en cada momento histórico. La Constitución, en suma, define límites precisos que el propio poder legislativo no puede traspasar; la democracia no es sólo el gobierno de la mayoría, sino también el respeto a la minoría y el respeto al marco de mínimos que todo el pueblo se ha dado en el momento constituyente y en las sucesivas reformas constitucionales. Y no puede desconocerse tampoco la eficacia preventiva de esta legitimación de las minorías pues como nos decía Kelsen, «la simple amenaza de la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional puede ser, en las manos de las minorías, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría».

Por otro lado, un uso indebido o desproporcionado por parte de las minorías parlamentarias de esta legitimación puede conllevar un alto coste para dicha minoría en términos políticos, por lo que no parece existir un peligro serio de un uso

desmedido de esta facultad y, justamente por ello, nos parece excesivo el porcentaje exigido en el Perú del 25% de los congresistas: piénsese que en España se otorga legitimación a un séptimo de los miembros del Congreso de los Diputados, y a un quinto de los senadores, cifra que en Portugal se reduce a un décimo de los diputados, y en Francia a un décimo de los diputados y un quinto de los senadores aproximadamente; y si es cierto que en Alemania, en Austria o en México el porcentaje requerido de integrantes del Parlamento federal (Alemania) o el Consejo Nacional (Austria) para plantear una Acción de Inconstitucionalidad es de un tercio, en el caso del Perú nos parece que habría que favorecer en mayor medida el control de la constitucionalidad por esta vía, protegiendo así al unísono a la Constitución y a las minorías parlamentarias del abuso de la mayoría a costa de chocar con la Constitución, lo que en definitiva contribuiría a fortalecer y consolidar la democracia, que es tanto gobierno por la mayoría como respeto a la minoría (especialmente, observando el marco constitucional, que diseña las exigencias mínimas).

Por último, nos parece que es irrelevante que todos o alguno de los integrantes de la minoría parlamentaria impugnante de la ley haya votado a favor de la propia ley impugnada, o que pertenezcan a uno o varios grupos parlamentarios diversos (por su propia naturaleza, se trata de una agrupación ocasional), como también lo es que se produzca la pérdida sobrevenida de la condición de parlamentario, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, ya que si los legitimados activamente para plantear una Acción de Inconstitucionalidad la plantean «están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada», interés público objetivo que subsiste al margen de la circunstancia subjetiva de que uno o varios de los impugnantes pierda la condición en virtud de la cual gozaba de la legitimación (STC 86/1982, de 23 de diciembre, FJ 2); el desistimiento en este tipo de procesos, en fin, tampoco debe surtir efecto alguno, como ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la doctrina de su homólogo español.

## V. LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde propiamente a los autores de las respectivas normas impugnadas:

- a) Si se trata de leyes parlamentarias o del Reglamento del Congreso, está pasivamente legitimado el Congreso (si el Congreso no se halla en funciones, la Comisión Permanente).
- b) Si se trata de un Decreto Legislativo o un Decreto de Urgencia, la legitimación pasiva corresponde al Poder Ejecutivo.

- c) Cuando se trate de Tratados Internacionales, será parte demandada el Congreso (o en sus recesos la Comisión permanente) y el Poder Ejecutivo.
- d) Cuando se trata de normas regionales o municipales, será parte demandada el órgano correspondiente que la aprobó.

El CPC establece que «el órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto». Con ello se resalta que la demanda se dirige contra el órgano como tal, y no contra la concreta persona o personas físicas que lo integren en un momento dado. Además, se obliga al órgano demandado a presentar su alegato, si bien hay que entender que el alegato no ha de ser necesariamente de defensa de la constitucionalidad de la norma (piénsese en el caso de un cambio de Gobierno o de mayoría parlamentaria, supuestos en que la obligación de defender la constitucionalidad de la norma por el órgano demandado podría llevar a la incongruencia más absurda), no siendo, por otra parte, del todo atinado «obligar» al órgano demandado a presentar ese alegato en todo caso (así, en el caso de una acción planteada por una parte del Parlamento, la minoría parlamentaria, frente a una ley aprobada por la mayoría, no resulta, a nuestro modo de ver, del todo lógico ni conveniente «obligar» al Parlamento, del que forman parte igualmente la mayoría y la minoría, a defender la posición de una de las partes, la mayoría que aprobó la ley, a través de sus servicios jurídicos).

## VI. OBJETO

La propia Constitución, con todo atino, regula la materia objeto de la Acción de Inconstitucionalidad: «las normas que tienen rango de ley». Además, detalla cuáles son tales normas dotadas de «rango de ley»: «leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56º y 57º de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales». Y también dice: «Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, 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».

Además, el Tribunal Constitucional se ha declarado competente para «pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes [como normas *sui generis* impuestas por un gobierno de facto violando las normas constitucionales sobre producción jurídica al reunir el poder *de facto* para sí las funciones parlamentarias y ejecutivas, y que se hallan amparadas en la eficacia de una acción de fuerza], pese a que no se encuentran comprendidos entre las nor-

mas que señala el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución», pues «las normas contenidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una Acción de Inconstitucionalidad». No obstante, al convalidarse tales Decretos Leyes por Ley constitucional, no cabe un control formal de constitucionalidad de los mismos con arreglo a la Constitución de 1979, pero sí un control sustantivo, que ha de realizarse conforme a la Constitución de 1993 y que puede ser un control de constitucionalidad conforme al principio de jerarquía normativa, pero también un control conforme al principio *lex posterior derogat priori*, teniendo el primero alcance erga omnes y el segundo sólo *inter partes* (Sentencia de 3 de enero de 2003).

Requisito indispensable para impugnar una de tales normas es su publicación, pues si bien la publicación no afecta a la constitución de la norma como tal, sí que determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma: «Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento aquello que nunca perteneció a él» (Sentencia constitucional de 24 de junio de 2004).

La regulación del CPC del objeto de la Acción de Inconstitucionalidad ha de entenderse atinada, por otro lado, en cuanto que comprende no sólo a las normas parlamentarias, sino, en general, también a las normas con rango de ley que excepcionalmente puede aprobar el Ejecutivo en ciertas situaciones y a los tratados internacionales celebrados sin intervención parlamentaria. Y es que si hasta las propias leyes parlamentarias se sujetan a esta vía de control, ello, desde la lógica democrática, debe operar con mayor razón frente a normas que gozan del mismo rango de la ley parlamentaria (o el tratado internacional celebrado con el concurso del Parlamento), pero no han sido aprobadas con las garantías democráticas propias de la tramitación parlamentaria, sino que son realmente normas reglamentarias aprobadas por el Ejecutivo pero que gozan de la fuerza y el rango de ley (o, en su caso, tratados internacionales del mismo valor y fuerza que los celebrados con intervención del Parlamento). En el caso de los tratados internacionales, el control tanto de los aprobados por el Ejecutivo como de los que requieren el consentimiento parlamentario se justificaba en la exposición de motivos del Proyecto de CPC porque «en ambos casos se obliga internacionalmente al Perú» y ello es lo relevante.

Además, todas las normas con rango de ley pueden ser objeto de control por medio de la Acción de Inconstitucionalidad, sin exclusión de materia alguna. No obstante, tiene especial interés referirse a dos de estas normas, dada la singulari-

dad de su control: los tratados internacionales y las reformas constitucionales, así como al control de las omisiones legislativas.

En cuanto a los tratados internacionales, habría sido deseable y aconsejable, en atención a su naturaleza específica, la instauración de un control previo de constitucionalidad de los mismos tal como el que fue previsto por la Constitución irlandesa de 1937 (artículo 26) y la francesa de 1958 (artículo 54) y como el que ya se propusiera por la doctrina (incluida la española) con anterioridad, así como por uno de los miembros de la Comisión Jurídica Asesora encargada de elaborar el Anteproyecto de la que sería la Constitución de la Segunda República española (1931). Y es que si, en general, el control preventivo de la constitucionalidad no parece ofrecer demasiadas ventajas respecto de las leyes, sino más bien muy serios y graves inconvenientes, el juicio ha de ser enteramente distinto respecto de los Tratados Internacionales, y ello en razón de que, como se sabe, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece en su artículo 26 que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» y no sólo eso sino que, además, contempla expresamente la posibilidad de contradicción del tratado con las normas internas del país de que se trate, y resuelve la cuestión de manera tajante en favor de la primacía incondicional de los Tratados, en cuanto que ninguna de las partes podrá «invocar las disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado».

De ello se desprende que, para los países adheridos a la Convención de Viena citada –y entre ellos se cuentan tanto España como el Perú–, cualquier Tratado que celebren es vinculante en términos de Derecho Internacional, incluso en el caso de que sea contrario a la Constitución del Estado de que se trate y así lo declare su Tribunal Constitucional, pues no es admisible la invocación de «disposiciones de Derecho interno» y entre ellas se encuentra la propia Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Es decir, una vez ratificado el Tratado Internacional, no hay forma de destruir ni la vinculación internacional del propio Estado, ni tampoco la consiguiente responsabilidad por incumplimiento, incluso en el caso de que el órgano competente para ello declare inconstitucional tal Tratado, con la sola excepción de que lo haga por motivos de falta de competencia, pues la única excepción que la Convención citada admite respecto de la regla de no invocación de normas internas, es la referida a aquellas normas internas que regulen la competencia para celebrar Tratados, pero incluso en tal caso la violación de tales normas ha de ser manifiesta y afectar a una norma de importancia fundamental en Derecho interno, estableciendo el artículo 46.2 CV que una obligación es manifiesta «si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe». Fuera de este caso, y siempre que no se concierte con la otra parte para dar por terminado o suspendido (total o parcialmente) el



Tratado o modificarlo en el punto en cuestión, el incumplimiento de un tratado internacional por inconstitucional generará siempre responsabilidad internacional del Estado.

Ése es el inconveniente que ha sabido salvarse, entre otros países, en España, Alemania, Francia, Portugal, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Eslovenia, o Andorra. No voy a referirme ahora al caso francés, pues en el país galo el control previo de los tratados internacionales no es nada específico de éstos, sino que simplemente es la aplicación a los mismos de lo que en dicho país es la regla general, el régimen general de control de constitucionalidad: su carácter previo o preventivo. Algo similar ocurre en Irlanda. En el caso de España, sin embargo, como en México, el control preventivo no existe con carácter general, y la regla general es, en todo caso, el control *a posteriori*. Sin embargo, la Constitución española de 1978 prevé la posibilidad de un control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales de carácter preventivo, frente al control de constitucionalidad sólo *a posteriori* que el Tribunal Constitucional ejerce frente a las leyes y que también rige frente a los tratados internacionales, si bien para estos existe, además, la posibilidad de ese control previo de su constitucionalidad.

El artículo 95 de la Constitución española es el que prevé tal supuesto y así, luego de establecer en su apartado 1º que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional», preceptúa que tanto el Gobierno como cualquiera de las Cámaras (el Congreso o el Senado) «pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción». Resulta, así, que en España cualquier tratado puede ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, exactamente igual que una ley, una vez que ha entrado en vigor. No hay un régimen distinto en este aspecto para los Tratados del que rige para las leyes. Pero, para los Tratados, prevé la Constitución un procedimiento específico de control preventivo, que puede ser instado por el Gobierno, por el Congreso o por el Senado, y que no existe, en cambio, para las leyes. De su regulación por la legislación de desarrollo, merecen ser destacados dos aspectos:

El objeto de control está constituido por Tratados Internacionales «cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere presentado aún el consentimiento del Estado».

El Tribunal emplaza a todos los órganos legitimados, no sólo al solicitante, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al curso de este plazo ha de emitir el Tribunal Constitucional su declaración, que, de acuerdo con una interpretación sistemática del artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante, obviamente. Podrá ampliar el Tribunal ese plazo sólo en el caso de que haga uso de su facultad de



solicitar de los órganos legitimados o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas «cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estime necesarias», debiendo ser la prórroga para emitir la declaración del «mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas» y sin que exceda en ningún caso de treinta días.

De la necesidad y conveniencia de este control «previo» de la constitucionalidad respecto de los tratados internacionales es también buena muestra el hecho de que en algunos países, como Alemania, pese a no preverse constitucional o legalmente, la jurisprudencia haya consagrado o tenido que consagrar la posibilidad de este control a priori en el caso de los tratados internacionales, experiencia comparada que, por las razones que sean, no ha tomado en cuenta el CPC peruano.

Por otra parte, hay que referirse a las reformas constitucionales. En muchos países, se manifiesta una resistencia a aceptar el control de la constitucionalidad de las reformas a la Constitución, por considerar que las reformas forman parte de la Constitución. En Francia, donde hay un largo debate al respecto y una tradición fuerte de rechazo, el Consejo Constitucional, en su decisión de 26 de marzo de 2003, fuertemente inspirado en Vedel, se ha llegado a declarar incompetente para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, si bien esta decisión no puede desmarcarse de la fuerte tradición legalista y democrática de Francia que marca toda su historia constitucional (Béguin), que hace del tema casi un tabú (y un sacrilegio la admisión del control constitucional: Favoreu) y que no permite un trasvase fácil a ningún otro país (recuérdese que se decía ya en la ultrademocrática y jacobina Constitución de 1793, durante la época del Gobierno de «El Terror»: «Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures»). Desde nuestro punto de vista, y fuera de la respetable (pero cada vez más controvertida) singularidad que puede tener un país como Francia (por su tradición y por la particular regulación de su sistema de control de constitucionalidad) y que no tiene quien quiere sino sólo quien puede, no es aceptable el rechazo al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, si bien aquí habría que distinguir entre el posible control formal o procedimental y el control material o sustantivo de su conformidad a la Constitución, siendo este último más discutible.

En cuanto al primero, el control de la observancia por las reformas constitucionales de las exigencias constitucionales sobre el procedimiento y la forma de modificar el Texto Fundamental, ha de defenderse con claridad y firmeza su existencia y procedencia, pues en caso contrario se estaría consagrando la existencia de una laguna en la supremacía constitucional, un verdadero «Caballo de Troya» dentro de la Constitución, un genuino «fraude de Constitución» (Liet-Veaux), ya que la primera disposición que ha de ser observada de una Carta Magna, si nos

tomamos su valor normativo mínimamente en serio, es la relativa al procedimiento de reforma: «Esta es la Norma Suprema de la Nación y quien quiera cambiarla sólo podrá hacerlo por medio del procedimiento especial, y de garantía reforzada respecto de la modificación de las leyes ordinarias, que en la misma se establece». No es aceptable que un poder constituido, como lo es siempre el de reforma, pueda modificar a su libre albedrío la norma constitucional, como fundamento que es de su propia competencia (Burdeau), sin sujeción a los límites que esa propia norma que lo regula y habilita competencialmente le señala; el poder de reforma constitucional es un comisionado del poder constituyente y, por ello mismo, no puede actuar «ultra vires» y el órgano de la constitucionalidad es quien puede comprobar si se ha dado esa extralimitación en los poderes delegados. Por ello, al primer aspecto a que tiene que extenderse el control de constitucionalidad de un verdadero órgano de la constitucionalidad es a la observancia de los requisitos constitucionales formales y procedimentales establecidos en la propia Constitución, que precisamente al regular el poder de reforma constitucional y sujetarlo a límites lo que hace es «llevar a cabo una canalización jurídica del poder político» como su «sentido fundamental» (Stern). La experiencia de tantos y tantos países muestra que no se hace realidad el temor que tenía Lambert al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales como manifestación máxima de un *gouvernement des juges*. Hasta en Suiza, donde las leyes federales no están sujetas a control de constitucionalidad (pues basta con que unos miles de ciudadanos lo soliciten, para que la ley tenga que someterse a un referéndum, con lo cual se activa un control democrático), se ha criticado el entendimiento contrapuesto de este control constitucional y el democrático, pues en la práctica ello permite al legislador derogar la Constitución, a través de la adopción de una simple ley, con total impunidad (son palabras de Hottelier). Y es que lleva toda la razón de Vega cuando dice que: «la problemática de la reforma [...] quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites».

Más problemático es ya el control material o de contenido, cuya admisibilidad dependerá de que se acepte la existencia en la Constitución peruana de límites implícitos (o, en su caso, incluso inmanentes) a la reforma constitucional, pues lo que sí es indiscutible es que no hay límites materiales expresos (esto es, cláusulas de intangibilidad), que sería el único supuesto en que la procedencia de un control material o de fondo de las reformas constitucionales sería, o debería ser, poco controvertido (así, para Alemania, *cfr.* ya BVerfGE 30, 1, 24 y ss. y el interesante voto particular, pp. 34 y ss.) No obstante, aun no habiendo cláusulas de intangibilidad, es posible articular un control material o de contenido de la cons-

titucionalidad de las reformas constitucionales, como ha ocurrido en la sentencia número 1146 de la Corte Constitucional italiana, en la que ésta admite su competencia para controlar la conformidad de una reforma constitucional a los valores supremos en que se fundamenta la Constitución italiana y ello a fin de evitar llegar al «absurdo» de considerar al sistema de garantía jurisdiccional de la Constitución como defectuoso y no efectivo justamente con relación las normas cuyo valor es supremo. Sea como sea, desde luego la experiencia alemana de la «reforma constitucional», formalmente correcta, de 24 de marzo de 1933 por la que se transfirieron los plenos poderes al Canciller del Reich Hitler (por cuatro años, inicialmente), defendida por un iuspublicista (por otro lado, genial) que paradójicamente poco antes había teorizado acerca de la imposibilidad de reformar una Constitución de modo que se la desnaturalizase (Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928: *Teoría de la Constitución material*), muestra que no estamos en absoluto ante una cuestión baladí, pues, como el propio Schmitt explicaría ingeniosamente ya luego en 1978, Hitler utilizó la apariencia de legalidad para «cerrar tras de sí la puerta de la legalidad por la que había entrado y condenar a la ilegalidad por vía legal a sus enemigos políticos».

Por último, debe decirse que aunque no haya una regulación específica del control de las omisiones legislativas ni en la Constitución ni en el CPC peruano, no puede descartarse que el Tribunal Constitucional pueda llevar a cabo un control de la falta o ausencia de ley, por más que en este campo deba extremarse la prudencia, por razones obvias, y no sean posibles soluciones genéricas. A estos efectos, parece conveniente hacernos eco, siquiera brevemente, de la distinción en la doctrina alemana entre las omisiones absolutas (como omisiones de toda ley: silencio del legislador), que algunos consideran el único caso de verdadera inconstitucionalidad por omisión (Fernández Rodríguez), y las relativas (existe una ley, pero la misma es parcial o incompleta, constitucionalmente hablando: hay aquí silencio de la ley), siendo poco cuestionable, a nuestro modo de ver, que al menos las omisiones legislativas relativas sí son fiscalizables a través de la acción de inconstitucionalidad, y la constatación de su existencia puede dar lugar, como J.J. Fernández Rodríguez ha estudiado, al empleo de determinadas sentencias constitucionales atípicas o al menos alejadas de los esquemas clásicos (Tajadura), como las aditivas (estudiadas a fondo, recientemente, por Díaz Revorio), que extienden el régimen normativo de la ley impugnada a otro colectivo (por ejemplo, y el caso se ha planteado ante varios tribunales constitucionales europeos, si la ley concede una prestación a «las viudas», la sentencia aprecia una omisión relativa, o silencio de la ley –respecto de «los viudos»–, y extiende el ámbito subjetivo de aplicación de la ley también a «los viudos», evitando la declaración de inconstitucionalidad, siquiera sólo pro futuro, pero ésta es otra solución alternativa, con sus ventajas e inconvenientes).

## VII. EL PARÁMETRO DE CONTROL

El Tribunal Constitucional, en principio, «sólo» tiene que llevar a cabo un juicio de contraste entre la norma cuya constitucionalidad se examina y el propio texto constitucional, si bien no es preciso decir que ese examen dista de ser simple, como tampoco lo es su interpretación, que ha de ser necesariamente una «específicamente» constitucional, esto es, conforme a los criterios específicos que han de presidir siempre la interpretación de una Constitución (y que Hesse ha estudiado con brillantez), que no es como la de cualquier otra norma del ordenamiento, dada su jerarquía suprema, su función inspiradora del entero ordenamiento, su sustancia política, los efectos de las decisiones, etc; por otro lado, aquí lo importante «es que el resultado del proceso interpretativo constitucional sea coherente, guarde concordancia con el texto constitucional y sobre todo ayude a conservar la Constitución como texto normativo y como proyecto político» (García Belaunde). Y sobra decir que se hace precisa siempre una sensibilidad política acentuada, pues no cabe ignorar que si es cierto que el Tribunal Constitucional crea Derecho, no lo es menos que también hace política (bien entendido esto último, en el sentido de que opera sobre un terreno con grandes repercusiones políticas, aunque con un método y un criterio de resolución jurídicos). Especialmente destacable es aquí la posición preferencial de los derechos fundamentales en la función de control constitucional y ello tanto en el sentido de que deberían ser el criterio de control cuantitativamente más importante como en el sentido de que, cuando un derecho fundamental esté en juego, la intensidad y la densidad de control normativo por el Tribunal deberían incrementarse (en la línea defendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica desde la famosa Nota al pie número 4 de la Opinión del Juez Stone en *U.S. v. Carolene Products*, 1938), aparte de la obligación de interpretarlos «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos» (que no es un Tratado internacional, en contra de lo que suele sostenerse) y, además, «los tratados [internacionales] 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» (artículo V CPC).

Especial interés tiene destacar que si bien en principio la norma paramétrica es la propia Constitución, ello no impide que otras normas de rango meramente legal hayan de ser empleadas, supeditadas siempre ellas mismas a la supremacía constitucional, como normas paramétricas. Estas normas legales coinciden, al menos en parte, con lo que se ha dado en llamar en España el «bloque de la constitucionalidad» (que no hay que confundir con el instituto de igual nombre en la doctrina francesa, pero que tiene un contenido y función bien diversos) y que en el Perú ha estudiado a fondo Carpio Marcos. A ello parece hacer referencia el

artículo 79 CPC: «Para apreciar 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». No obstante, esta regulación sólo se refiere, junto a la referencia a las leyes relativas a los derechos fundamentales que luego se analizarán, a ese bloque de la constitucionalidad de contenido competencial y no al supuesto más general de las llamadas normas interpuestas, que serían aquellas normas jurídicas no integradas en el texto constitucional pero reclamadas por disposiciones formalmente constitucionales como específicas condiciones de validez de determinadas leyes o normas legales. Sea como sea, nada impide su reconocimiento, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha aceptado la existencia de tales normas interpuestas en términos bastante generales, por ejemplo, en su reciente sentencia de 27 de agosto de 2003: Aunque «*prima facie*, el parámetro de control en la Acción de Inconstitucionalidad está integrado únicamente por la Constitución [...] en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de ‘normas sobre la producción jurídica’, en un doble sentido; por un lado, como ‘normas sobre la forma de la producción jurídica’, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como ‘normas sobre el contenido de la normación’, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido».

Por otro lado, la referencia del artículo 79 CPC, no prevista en el Proyecto ni en la Ley anteriormente vigente y desde luego de poco afortunada redacción, a las leyes que «se hayan dictado para determinar [...] el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona» parece querer referirse a la frecuente inescindibilidad de los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y las leyes que los desarrollan.

Por otra parte, es importante destacar que el artículo 79 CPC consagra lo que él mismo designa como un principio interpretativo, por lo que ha de quedar claro que esas normas legales han de ser «tomadas en consideración», al resolver sobre la constitucionalidad, junto con la Constitución, pero en una relación siempre de subordinación a aquélla en tanto Norma Suprema, sin que adquieran rango constitucional ni queden «congeladas», pues con toda frecuencia serán posibles y constitucionalmente plausibles diversas regulaciones por el legislador.

Es asimismo indiscutible que el control de la constitucionalidad se puede referir tanto a la forma como al fondo, puede ser un control formal o material, ya

que el propio artículo 200, núm. 4 de la Constitución prescribe expresamente que la Acción de Inconstitucionalidad procede en contra de cualesquiera normas de rango legal «que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo» (lo cual, sin embargo, no resuelve la cuestión de si una reforma constitucional puede contravenir en cuanto al fondo a la Constitución, ya que, no habiendo en la Constitución peruana cláusulas de intangibilidad como límites materiales expresos a la reforma constitucional, todo dependerá de si se admite la existencia de límites materiales implícitos o inmanentes, cuestión en la que aquí no podemos entrar). El propio artículo 75 CPC reconoce también de modo expreso que la infracción a la Constitución atacada por la Acción de Inconstitucionalidad «puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo». Y por otro lado, el artículo 82, párrafo 3º, establece expresamente que: «La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código».

### VIII. PLAZO DE EJERCICIO

El plazo para la interposición de la Acción de Inconstitucionalidad es de seis años, salvo cuando se impugnen tratados internacionales, respecto de los cuales el plazo es de seis meses. El *dies a quo* para el cómputo es el día de la publicación de la norma impugnada. Vencidos los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución (artículo 100 CPC). Es criticable que no sea la propia Constitución la que fije el plazo de ejercicio de la acción o un plazo mínimo, lo cual no impide, a nuestro modo de ver, que la previsión legal de un plazo demasiado breve, insuficiente para adoptar una decisión de tanto alcance como la de plantear la Acción de Inconstitucionalidad, pueda ser declarado inconstitucional; a nuestro modo de ver, una eventual reducción legal del plazo para interponer la Acción, en tanto pretenda tener efecto retroactivo aplicándose a las leyes ya publicadas, también ha de someterse a un control estricto de su constitucionalidad a fin de evitar cualquier fraude constitucional, especialmente si fuera una reducción drástica o de objetivos espurios.

El plazo de seis años es uno de considerable extensión, sobre todo teniendo en cuenta que en el Perú el control concentrado coexiste con el control difuso de modo «dual o paralelo» (García Belaunde), por lo que, transcurridos los seis años, es posible siempre un control difuso de la constitucionalidad. De este modo, el control ejercido a través de la Acción de Inconstitucionalidad es un control estático, mientras que el control difuso es dinámico, o mucho más dinámico, adaptable a los cambios sociales, políticos y económicos que puedan afectar a una norma y a la jurisprudencia ordinaria (no constitucional) que recaiga sobre la misma.

El plazo mas breve (seis meses) respecto de los tratados internacionales tiene su razón de ser en la especial naturaleza de estas normas jurídicas que comprometen al Estado en el plano internacional sin posibilidad de alegar la inconstitucionalidad del Tratado para dejar de cumplir las obligaciones internacionales, pero ello debería llevar antes que nada, como luego se dirá, a un control previo de la constitucionalidad de estas normas, al menos como posibilidad adicional, sin perjuicio de mantener el control *a posteriori* sujeto a un plazo fugaz, como el que ahora existe.

## **IX. PROCEDIMIENTO**

En cuanto a la regulación del procedimiento, es posible distinguir varias fases o aspectos básicos, que serían los siguientes:

### **1. Demanda**

Contenido, forma e interposición: La demanda en la que se plantee la inconstitucionalidad ha de ser interpuesta por alguno de los legitimados activamente para ello contra una de las normas impugnables a través de la Acción de Inconstitucionalidad en el plazo legalmente establecido. Se interpone ante el Tribunal Constitucional y ha de contener, al menos, los siguientes datos y anexos (artículo 101):

- 1.1. La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
- 1.2. La indicación de la norma que se impugna en forma precisa.
- 1.3. Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 1.4. La relación numerada de los documentos que se acompañan.
- 1.5. La designación del apoderado si lo hubiere.
- 1.6. Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

Además, deberán acompañarse a la demanda, en su caso, los siguientes anexos (artículo 102):

- a) Certificación del acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el Presidente de la República;
- b) Certificación de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de Congresistas;
- c) Certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos



- o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203 inciso 5) de la Constitución;
- d) Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional; o
  - e) Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el Concejo Provincial, cuando el actor sea Presidente de Región o Alcalde Provincial, respectivamente.

La principal novedad respecto de la regulación anterior estriba en que se exige acompañar la demanda de una copia simple de la norma objeto de la impugnación con precisión de la fecha de publicación de la misma.

## 2. Representación procesal

En cuanto a la representación procesal, la regula el artículo 99 CPC, y se establece que: *a)* El Presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Concedida la aprobación, designa a uno de sus Ministros para que presente la demanda de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. El Ministro designado puede delegar su representación en un Procurador Público; *b)* El Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo interponen directamente la demanda; pueden actuar en el proceso mediante apoderado; *c)* Los Congresistas actúan en el proceso mediante apoderado nombrado al efecto; *d)* Los ciudadanos referidos en el inciso 5) del artículo 203 de la Constitución deben actuar con patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos; *e)* Los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo, actúan en el proceso por sí o mediante apoderado y con patrocinio de letrado; *f)* En cuanto a los Colegios profesionales, para interponer la demanda, necesitarán un acuerdo previo de su Junta Directiva y deberán actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su Decano.

A fin de agilizar los procesos constitucionales, el CPC ha suprimido toda participación del Fiscal en los mismos, lo que no sin razón ha criticado Sagüés, pues el Fiscal puede operar como *amicus curiae* que asesore al Tribunal Constitucional, aportando ingredientes y elementos de valor, dada su elevada posición institucional y sus funciones propias. Desde luego que las razones que se han alegado de que su intervención sólo retrasaría los procesos y no aportaría nada no nos son desconocidas, pero sería perfectamente factible habilitar una Fiscalía especializada ante el Tribunal Constitucional, con imparcialidad garantizada e integrada por Fiscales procedentes de otros órganos jurisdiccionales, de gran experiencia en materia de legalidad y a los que se podría formar a fondo en materia constitucional, con lo cual se evitarían los retrasos o demoras excesivos y al mis-



mo tiempo se contaría con un cuerpo de funcionarios muy formados que podrían desempeñar un papel de relevancia, dada su posición institucional imparcial. Ello habría sido posible y deseable, a nuestro modo de ver, pues a la postre redundaría a favor de la función de control de la supremacía constitucional.

### **3. Admisión**

Una vez interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve sobre su admisión dentro de un plazo máximo de diez días. El CPC distingue, a diferencia de la regulación legal vigente hasta ahora, entre causas o causales de inadmisibilidad y las de improcedencia de la demanda.

En concreto, el Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos: 1) que en la demanda se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 101; o 2) que no se acompañen los anexos a que se refiere el artículo 102.

El Tribunal concederá un plazo no mayor de cinco días si el requisito omitido es susceptible de ser subsanado. Si vencido el plazo no se subsana el defecto de inadmisibilidad, el Tribunal, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.

Por otro lado, el Tribunal declarará, en principio liminarmente, improcedente la demanda, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, cuando concorra alguno de los siguientes supuestos (artículo 104 CPC):

- 3.1. Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el artículo 100;
- 3.2. Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo; o
- 3.3. Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la norma impugnada.

### **4. Continuación del procedimiento hasta la sentencia**

Una vez 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».

De la demanda se da traslado a la parte demandada, a la que el Auto admisorio concederá el plazo de treinta días para contestar a la demanda (en el Proyecto se preveía un plazo de quince días, mientras que la regulación vigente hasta ahora ya preveía un plazo de treinta días). El artículo 99 CPC establece que el órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmen-

te para el efecto. Una vez contestada la demanda, o vencido el plazo sin que tenga lugar esa contestación, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar que sus abogados informen oralmente (artículo 107 CPC), aunque no necesariamente ha de accederse a ello.

En materia de Acción de Inconstitucionalidad, como señala Fernández Rodríguez, «no tiene sentido la existencia de una fase de prueba, ya que no hay un elemento fáctico en el que practicar dicha prueba». Y, en efecto, en la regulación del proceso de la Acción de Inconstitucionalidad no se prevé ninguna fase probatoria.

Por otro lado, el artículo 118 CPC establece que «el Tribunal Constitucional puede, en cualquier momento, disponer la acumulación de procesos cuando éstos sean conexos», aunque parece que esta disposición está destinada a no aplicarse a los casos de control normativo abstracto de la constitucionalidad. Y por otro lado, el artículo 80 CPC dice que «los Jueces deben suspender el trámite de los procesos de Acción Popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida resolución definitiva».

Una vez admitida la demanda, el proceso sólo puede terminar por sentencia (artículo 106 CPC), que el Tribunal dicta dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa.

Para terminar, y a modo de reflexión global sobre el procedimiento en materia de control normativo abstracto de la constitucionalidad, diríamos que la propia terminología empleada en el CPC y la regulación procedimental, se ajustan mucho, quizás demasiado, a los procesos ordinarios, cuando lo cierto es que, como se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia europeas, en el proceso de control abstracto de normas no hay propiamente partes (demandante y demandada) con contraposición de intereses propios, sino más bien un proceso objetivo de depuración del ordenamiento de normas contrarias a la Constitución; y el proceso constitucional, y singularmente uno de este tipo, debe configurarse con ciertas peculiaridades que permitan, entre otras cosas, que, al menos en ciertos casos, la «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución» se manifieste ante el Tribunal Constitucional y sea escuchada por éste en tanto «órgano de clausura» (García Belaunde) que ha de llevar a cabo la interpretación, si no última, sí vinculante «frente a todos» en materia de constitucionalidad.

No obstante, los artículos III y IX del CPC dejan un margen importante para dotar al proceso de constitucionalidad de ciertas singularidades, pues el primero de los preceptos citados establece que el Tribunal Constitucional «debe [...] adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines

de los procesos constitucionales», fin que, en el caso de la Acción de Inconstitucionalidad, es «la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa», ya sea la infracción «directa o indirecta, de carácter total o parcial y tanto por la forma como por el fondo»; y el segundo de los preceptos citados, prevé 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*. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina» (cursiva nuestra). Sea como sea, lo que es claro es que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Procesal Civil o Penal, en el Derecho Procesal Constitucional no hay un procedimiento o proceso «común» (propios) ni nada que se le parezca, y eso, que es así, así también debe ser, pues se trata de una razonable característica singular de este sector del ordenamiento procesal, también en Perú.

## X. SENTENCIA

Como se ha dicho, una vez admitida la demanda, el proceso sólo puede acabar por medio de sentencia, que se dicta dentro de los treinta días siguientes a la vista de la causa.

La sentencia, nos dice García Belaunde, debería ser «autosuficiente [...], en el sentido de que debe explicar qué es lo que pasa, qué es lo que se pide, qué es lo que se ha decidido, cuáles son los fundamentos»; «en principio, deben ser concretas, no hace falta utilizar muchas hojas de papel para decir lo mismo, ni formular votos singulares que a veces son redundantes o innecesarios».

### 1. Sentencias estimatorias y sentencias desestimatorias: mayoría cualificada exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes

La sentencia, en principio, sólo puede ser estimatoria o desestimatoria, según estime o desestime la inconstitucionalidad de la norma, si bien será de lo más frecuente que una misma sentencia estime en parte la inconstitucionalidad de la norma impugnada y en parte no la estime.

En el caso de la sentencia estimatoria, pese al silencio de la Constitución de 1993, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional número 26.435 exigió el voto conforme de seis de los siete magistrados integrantes del Tribunal Constitucional para dictar una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, dando lugar a una encendida polémica doctrinal y forense por considerar con toda razón algunos que se trataba cuando menos de «una limitación preocupante» (Blume) e incluso dio ocasión a sendas sentencias, bien polémicas, del Tribunal Constitucional, en

las que no parece oportuno entrar ya en este momento. En la actualidad, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2004 (publicada el 23 de julio) establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por siete miembros y el artículo 5 establece que el quórum (esto es, el número mínimo de magistrados que han de estar presentes para adoptar una resolución) es de cinco de sus miembros y, además, se establece, con carácter excepcional para los casos en que se resuelva la inadmisibilidad de la demanda o la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, que el Tribunal ha de adoptar su resolución, no por mayoría simple de votos emitidos (como es la regla general), sino por mayoría de cinco votos conformes (sobre 5, 6 o 7, según el número de magistrados constitucionales presentes). Y precisa: «De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos a favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad». Ello conlleva una exigencia de una mayoría reforzada o calificada de cinco votos sobre un total de siete (en caso de estar presentes todos los magistrados), seis o, a lo sumo, cinco; esto es, se exige la unanimidad si sólo están reunidos cinco de los siete magistrados (quórum legal mínimo) o una mayoría calificada del 83,33% o el 71,42% (según estén presentes seis o siete magistrados).

La exigencia de unas mayorías reforzadas, y sobre todo tan reforzadas como estas (que van desde casi los dos tercios hasta la unanimidad), resulta completamente desatinada, desde nuestro punto de vista, pues desacertada es también la traslación del juego de las mayorías y las minorías a un órgano jurisdiccional, juego que tiene su razón de ser en un órgano parlamentario pero no desde luego en uno jurisdiccional como el Tribunal Constitucional, que no resuelve ni ha de resolver por la sola fuerza de la mayoría, sino por la fuerza de la razón, por lo que la exigencia de una mayoría calificada carece por completo de sentido.

No podemos tampoco compartir el criterio de que esta exigencia de mayoría calificada pretende proteger la presunción de la constitucionalidad de las leyes, pues, aparte de lo técnicamente deficiente que resulta hablar de presunción respecto de normas (que no son cuestión de hecho, a diferencia, por cierto, de lo que ocurre en los sistemas de *common law*) y cuando no se trata de una carga probatoria, esa «presunción» no puede conllevar, en ningún caso, la exigencia de una mayoría reforzada para declarar inconstitucional una ley. Esta presunción puede, y debe, jugar su papel en otros ámbitos o momentos, pero no, desde luego, en lo relativo a la mayoría requerida para la adopción por el órgano competente de una resolución que declare la inconstitucionalidad de una ley, pues entonces sólo se la estará utilizando como «pretexto»; la presunción de constitucionalidad sólo puede significar: primero, que, si la norma impugnada admite dos o más interpretaciones y una de ellas, al menos, es conforme a la Constitución, el Tribunal debe

optar por la o las que sean conformes a la Constitución; y, segundo, que la carga de la prueba de la inconstitucionalidad recae sobre el que la afirma. Lo que, sin embargo, no puede deducirse, a nuestro modo de ver, de tal presunción es una exigencia de mayorías cualificadas para apreciar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por el Tribunal que enjuicia a dicha norma. Es también dudoso, en fin, que la presunción de constitucionalidad haya de jugar a costa del ciudadano, ya que la mera existencia de una «presunción de constitucionalidad *contra cives*» es algo que resulta un tanto curioso y cuestionable, a nuestro juicio; y también lo es que el Tribunal Constitucional haya de operar así, como se le ha reprochado, más como un defensor de la ley que como un defensor de la constitucionalidad. Y en todo caso, al margen de lo anterior, no se entiende por qué habría de jugar esa presunción a favor de normas con rango y fuerza de ley, pero no aprobadas democráticamente por el Parlamento conforme al procedimiento legislativo pertinente y previo debate a fondo, para las que también se exige esta mayoría cualificada de magistrados para declararlas inconstitucionales, lo que nos parece bien revelador de que no es realmente esa la razón de ser de tal mayoría, sino puro pretexto.

Esto es fácil de comprender si se piensa que el órgano competente para adoptar una decisión de este tipo no es un órgano político, sino judicial y es judicial no sólo formalmente, sino también, y sobre todo, materialmente, en cuanto a los criterios de fondo que utiliza como base de sus resoluciones, por más que la hermenéutica constitucional presente algunas peculiaridades respecto de la argumentación e interpretación legales. Justamente por ello, no tiene el menor sentido que el ordenamiento jurídico atribuya a un determinado órgano judicial el control de constitucionalidad de las leyes, con la facultad de declararlas inconstitucionales con efectos generales y, al mismo tiempo, niegue toda validez o valor al juicio contrario a la constitucionalidad de la norma de la mayoría de los magistrados que integran dicho Tribunal, lo que, dicho sea de paso, implica, además, minusvalorar el criterio de unos magistrados y sobrevalorar el de otros, e introducir un criterio de enjuiciamiento ajeno a la razón y lógica jurídicas apreciadas mayoritariamente por los jueces constitucionales: el de la fuerza numérica de quienes adoptan la decisión. Si a ello añadimos, como Quiroga León ha destacado, que es el propio legislador, sujeto al control del Tribunal Constitucional por medio de la Acción de Inconstitucionalidad, el que determina que ha de darse esa mayoría calificada para anular sus propios productos normativos (las leyes parlamentarias), la falta de toda lógica, y hasta el absurdo, de una regulación como la comentada salta a la vista, que en el fondo revela una desconfianza hacia el control de constitucionalidad que nos parece que no tiene fundamento, máxime a la luz del uso absolutamente pervertido que de la exigencia de una mayoría cualificada (en el seno del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales las le-

yes) se hizo por el fujimorismo, execrable experiencia que parece no haber sido tomada en cuenta suficientemente, al menos no en cuanto al «si» de este tipo de exigencias de mayorías reforzadas, aunque sí respecto al «quantum» de la cualificación requerida (que es ahora menor).

Resulta obvio que, si la mayoría de los magistrados referidos –a pesar de la presunción de constitucionalidad de la ley que guía, y ha de guiar, su interpretación– estiman la inconstitucionalidad de la ley impugnada, en cuanto que ese juicio se formula desde una base jurídica racionalizada (y también razonada), su juicio mayoritario no debería dejar de tener consecuencias. Y esas consecuencias han de ser, ante todo, la inconstitucionalidad (e invalidez, en principio) de la norma.

Tampoco puede justificarse esta mayoría reforzada en el hecho de que se trate generalmente de «asuntos de gran entidad» pues, aunque ello sea cierto, la mayoría reforzada no es admisible cuando lo que está en juego es la justicia o injusticia –desde la perspectiva constitucional– de una norma, y esa decisión no es una decisión política (como la de un órgano legislativo al aprobar una ley, por ejemplo), sino una decisión jurídica, adoptada desde una base eminentemente racional, y –justamente por ello– razonada exhaustivamente. Con todas las particularidades que se quiera –derivadas del contenido tan característico de las normas a interpretar–, se trata, sin ningún género de dudas, de una decisión fruto del raciocinio jurídico, y resultado, no de una conformación de «voluntades» diversas, sino solamente de «interpretaciones» (jurídicas y racionales) diferentes, y en todo caso debidamente fundadas, del texto de la Constitución, lo cual es algo absolutamente distinto. El juego que, lícitamente, pueden tener las mayorías reforzadas en el ámbito parlamentario, y tan solo limitadamente, no es admisible en el ámbito jurisdiccional o de la justicia, ni siquiera cuando se trata de adoptar decisiones de tal gravedad: la decisión ha de ser colegiada, mancomunada, sin que el voto de ninguno de los magistrados pueda tener mayor valor, salvo, en su caso, para deshacer un empate cuando votan un número par de magistrados.

Por lo demás, el sistema instaurado puede conducir al absurdo, si se tiene presente que, al menos, casi las tres cuartas partes de los jueces han de ser partidarios de la declaración de inconstitucionalidad para que ésta proceda, mientras que bastará con que apenas algo más de la cuarta parte de ellos (2 de 7) defiendan la desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad para que aquélla tenga lugar. Y ello siempre que estén presentes todos los jueces; pero puede darse el caso de que estén presentes sólo cinco de los siete (quórum que es legalmente suficiente para la constitución del Pleno), hipótesis en la cual se precisará la unanimidad, nada menos que el voto unánime de todos los jueces, bastando, pues, la oposición a la declaración de inconstitucionalidad de uno sólo de ellos (frente a los cuatro restantes) para que ésta no pueda tener lugar. Ello contradice la más

elemental lógica jurídica y, salvo que el Tribunal evite al máximo que se den este tipo de situaciones, ello sólo puede contribuir a deslegitimarlo como órgano de la constitucionalidad, pues la opinión pública difícilmente entenderá que una ley considerada inconstitucionalidad por todos los magistrados del Tribunal Constitucional menos por uno (o dos, en su caso) no sea declarada inconstitucional y que el criterio de ese magistrado se imponga al resto y a todos los ciudadanos, y ello no puede dejar de tener efectos sobre la ley misma, que ha de quedar «herida de muerte» en términos prácticos en buena parte de los casos y las fuerzas políticas ya se encargarán de hacerse eco del criterio de la mayoría de los magistrados constitucionales. Todo ello no hace sino poner de relieve la incongruencia y disfuncionalidad de una previsión como la que estudiamos. Si lo que se pretendió con esta regulación fue evitar la politización del Tribunal Constitucional, cabe señalar que se ha errado el camino, completamente, pues resulta obvio que el voto favorable a la declaración de inconstitucionalidad de una ley de la mayoría (o incluso más) de los magistrados constitucionales, aunque no afecte a la inconstitucionalidad de la ley, desde luego no puede dejar de afectar a su legitimidad; y esta deslegitimación de la norma impugnada sólo servirá para enconar, políticamente hablando, una cuestión que hasta ese momento se había mantenido en cierto reposo, razón por la cual es especialmente necesario que el Tribunal Constitucional evite al máximo que se den este tipo de resoluciones en que la mayoría de los magistrados es partidaria de la declaración de inconstitucionalidad y uno o dos magistrados bloquean la decisión de la mayoría de sus colegas.

CUADRO DE MAYORÍAS REQUERIDAS PARA QUE PROSPERE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE MAGISTRADOS PRESENTES:
Número de magistrados ptes. A favor de la inconst. En contra Mayoría requerida
7 5 2 71,42%
6 5 1 83,33%
5 5 0 Unanimidad

Esta exigencia de mayoría cualificada para declarar inconstitucional una norma impugnada responde, desde una perspectiva teórico-constitucional, a la concepción de Schmitt de la interpretación auténtica de la Constitución por los tribunales como legislación constitucional, que es justamente lo que explicaría tal exigencia; y desde una vertiente más pragmática, se pretendería con ello potenciar el *self-restraint* de la jurisdicción constitucional frente al legislador o el Poder Ejecutivo (al aprobar determinados Decretos o Tratados internacionales), cuando no, y a veces incluso confesadamente, reducir a la jurisdicción constitucional a un papel mínimo.

Por último, debe decirse que en el ámbito del Derecho Comparado, y en contra de lo que se ha pretendido por algunos (incluido el propio Tribunal Constitucional en su sentencia dictada en el expediente 5/1996), no se hallan normalmente soluciones de este tipo. No es cierto, en modo alguno, lo dicho por el Tribunal Constitucional en la sentencia última citada: «La referencia al Derecho Comparado, aunque no vincula a este Colegiado en la resolución de esta acción, permite examinar los distintos modelos de votación establecidos en tribunales constitucionales análogos, o en órganos jurisdiccionales investidos con atribución semejante. En tal sentido se puede apreciar que en la mayor parte de ellas se establece un sistema de votación con mayorías calificadas, a las que se impone apelar cuando de lo que se trata es declarar (*sic*) la inconstitucionalidad de una norma», aludiéndose al caso francés y al mexicano, así como a que en Alemania, Austria o Italia la declaración de inconstitucionalidad exige una mayoría simple de la mitad más uno de los magistrados. Es claro que en estos últimos casos no hay una mayoría calificada, por lo que son justamente un argumento en contra de tal mayoría reforzada, y, si bien sí la hay en el caso de México (8 sobre 11) y Francia (7 sobre 9), ello constituye, con meridiana claridad, la excepción en el ámbito comparado, lo que además en el caso de Francia se explica por su peculiar historia y tradición (bien lejanas, por lo demás, de la del Perú) desde la Revolución de 1789 y por su peculiar sistema de control previo de la constitucionalidad, y en el caso de México se explica por lo reactivo que fue el constituyente, y la comunidad jurídica, a asumir la Acción de Inconstitucionalidad con todas las consecuencias en tanto instituto ajeno a la propia tradición jurídica en el año 1994.

Frente a ello, de modo absolutamente generalizado, los órganos de la constitucionalidad, y en concreto los tribunales constitucionales, adoptan sus resoluciones por mayoría simple (en su caso, con voto de calidad del Presidente en determinados casos), y no por mayorías reforzadas o calificadas, cual si se tratara de órganos parlamentarios u otros órganos que «deciden», no con sujeción estricta al Derecho como es propio de los tribunales, sino con discrecionalidad o libertad de configuración normativa (aunque siempre, claro está, dentro de un marco jurídico determinado). Se explica así que Dantwitz, en uno de los escasos estudios monográficos de la cuestión, haya destacado los claros efectos disfuncionales de una exigencia de este tenor en el ámbito de la jurisdicción constitucional. También se explica la fuerte crítica que la exigencia de mayoría calificada ha encontrado en aquellos escasos países que la han adoptado.

Por todas estas razones, y a la vista de que la Constitución de 1993 nada decía al respecto y es principio hermenéutico de elemental aplicación en este caso aquel de «*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*» o «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*», no puede sino concluirse que la mayoría calificada exige-



da contraviene a la Constitución; es un obstáculo difícilmente salvable para que el Tribunal Constitucional peruano llegue a adquirir un elevado prestigio en la Comunidad iberoamericana; y, sobre todo, porque esto es más grave, resulta fuertemente disfuncional, pues dificulta notablemente que el Tribunal Constitucional cumpla su función de garantía de la observancia de la Constitución por el legislador, nada menos.

## 2. Posibilidad de sentencias atípicas

Si bien *a priori* la sentencia dictada en este tipo de procesos sólo puede ser estimatoria o desestimatoria, es preciso señalar que determinadas necesidades pragmáticas han llevado a los tribunales constitucionales más consolidados a utilizar todo un arsenal sentenciador de resoluciones atípicas que no pueden considerarse puramente estimatorias o puramente desestimatorias (sentencias interpretativas, admonitorias, apelatorias, manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, de inconstitucionalidad parcial, de mera inconstitucionalidad, sentencias prospectivas, etc); en algunos casos, aun siendo atípicas, estas modalidades sentenciadoras han sido incluso consagradas, «tipificadas» en las correspondientes leyes procesales. No todas ellas son de uso viable en el caso peruano, pero es posible que algunas de ellas sí vayan a ser utilizadas por el Tribunal Constitucional «*extra legem*» o incluso, quizás, «*contra legem*». Quizás alguna de ellas podría haber sido regulada, tipificada, en el CPC. Las sentencias interpretativas, desde luego, han sido ya utilizadas por el Tribunal Constitucional y éste se ha referido también, con un detalle y carácter explícito poco habituales en el Derecho Comparado, a la posibilidad de usar las sentencias aditivas, las sustitutivas y las exhortativas y hasta ha precisado, de manera por lo demás escasamente congruente y rigurosa, en un reciente caso que dictaba una sentencia «interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa» y, por último, «estipulativa», entendiendo por tal aquella que «expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos» (Sentencia constitucional de 3 de enero de 2003).

## 3. Efectos de las sentencias estimatorias

Especialmente importante es el punto relativo a los efectos de las sentencias estimatorias dictadas en este tipo de procesos. Es poco acertado, a nuestro modo de ver, que la Constitución establezca que «una Ley Orgánica regula [...] los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», pues tal extremo debería establecerse en la propia Constitución, al menos en sus rasgos básicos. Ello, sin embargo, no significa ni puede significar que el legislador sea absolutamente libre para establecer los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, ya que ha de en-

tenderse como constitucionalmente vedado, al menos, establecer una eficacia diferida por un plazo irrazonable; la regla general ha de ser, al menos, la eficacia inmediata tras la publicación de la sentencia, si es que no se establece una eficacia retroactiva; la publicación de la sentencia no puede, en todo, caso diferirse irrazonablemente y el Tribunal ha de tener facultades propias para ordenar su publicación; la eficacia ha de ser general y sin excepciones en cuanto a los órganos públicos vinculados, etc. Es decir, aun cuando la Constitución se remita a la ley, existen límites o barreras que el legislador no puede traspasar al regular la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad, pues así se deriva del propio instituto de la Acción de Inconstitucionalidad y su propia funcionalidad, y de su propia regulación constitucional (artículo 103 de la Constitución: «La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad»).

La regulación en el CPC es, desde esta perspectiva, razonable y no cabe tildarla de inconstitucional en absoluto, si bien con ciertos matices que luego se harán y, desde luego, son constitucionalmente posibles otras soluciones. En efecto, el artículo 81 CPC establece que las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad «dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación [...]. Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».

Y el artículo 82 CPC, por su parte, preceptúa: «Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad [...] tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación [...]. Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104».

Aquí es obligado diferenciar entre: *a*) la cosa juzgada formal, que tienen desde luego estas sentencias al no haber recurso alguno frente a ellas (salvo la aclaración, o el recurso a tribunales u organismos internacionales reconocidos por el Perú, nada de lo cual afecta formalmente al principio de que el Tribunal Constitucional *superior non recognoscens*: art. 121 CPC); y *b*) la cosa juzgada material, que no puede ni debería extenderse a las sentencias desestimatorias o a las sentencias que no llegan a entrar al fondo por apreciar la improcedencia de la acción no liminarmente (hipótesis que nos parece posible a partir del artículo 104, pese al título aparentemente delimitador de su epígrafe no plasmado en su conte-

nido, por relación al 106, párrafo segundo; en contraste, véase el art. 6, no aplicable aquí, sin embargo). Por su parte, los decretos y autos, salvo el que aprecie la prescripción de la pretensión (art. 82, segundo párrafo CPC) o el que resuelve un recurso de reposición (art. 121 CPC), no producen ese efecto de cosa juzgada formal ni material (art. 82, párrafo segundo, interpretado a *contrario sensu*, y art. 121, párrafo tercero CPC).

En lo que respecta a los efectos personales, en realidad, aunque el CPC parezca pretender que la cosa juzgada conlleve una eficacia general («tienen alcances generales») desde la fecha de su publicación («por lo que ...»), ello es un efecto añadido a la cosa juzgada (y diverso de ésta), pues la cosa juzgada en sí misma sólo vincula a las partes en el proceso y significa que: *a*) contra la sentencia «no cabe impugnación alguna» (artículo 121 CPC), aunque sí sea posible la aclaración, de oficio o a instancia de parte, aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido en los dos días siguientes a su publicación (cosa juzgada formal); *b*) no es posible plantear una nueva acción con identidad de partes, objeto y causa de pedir (cosa juzgada material). Por ello, la sentencia estimatoria en materia de Acción de Inconstitucionalidad tiene un efecto de cosa juzgada y, además, un efecto (complementario) general, estableciendo el CPC el dies a quo de dicho efecto en el día siguiente a la publicación de la sentencia.

No es propiamente una excepción a esa eficacia de cosa juzgada la prevista en el CPC en el sentido de que «la declaratoria de inconstitucionalidad [...] de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código», pues la cosa juzgada veda todo proceso ulterior sobre la misma norma basada en iguales motivos de inconstitucionalidad, pero no por motivos de inconstitucionalidad diversos. A *contrario sensu*, se deduce que la declaración de inconstitucionalidad de una norma impugnada por motivos de fondo sí impide su impugnación ulterior por razones de forma. Parece que lo más apropiado sería, en todo caso, que se estableciera que la mera impugnación por motivos formales de una ley (y no su declaración de inconstitucionalidad tras una impugnación por motivos formales) no obsta a su impugnación posterior por razones de fondo.

Parece, por otro lado, que esa eficacia «frente a todos los poderes públicos», sin excepción alguna, ha de incluir al propio Tribunal Constitucional, aunque sólo relativamente. Es aquí aplicable lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del CPC:

«Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la senten-

cia, 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».

Esta disposición, en lo relativo a que el Tribunal especifique que la sentencia constituye «precedente vinculante» y concrete además «el extremo de su efecto normativo» y a que la separación por el Tribunal de un precedente sea expreso y fundamentado, resulta ser un tanto ingenua, y parte de una concepción positivista de la función del Tribunal Constitucional, y del papel de la jurisprudencia constitucional (hasta el punto de que se habla de su «efecto normativo»), que no podemos compartir y que, sobre todo, no se va a corresponder a la realidad. Si el Tribunal Constitucional declara una ley contraria a la Constitución tendrá que ser sobre la base de argumentos explícitos y suficientes y el efecto de la inconstitucionalidad no podrá separarse razonablemente de las razones de la decisión, máxime si se tiene presente que un Tribunal Constitucional no «decide» por la fuerza de la mayoría (como puede hacerlo un Parlamento), sino por la autoridad de lo justo y apoyado siempre en la lógica jurídica y la razón, por lo que sus «decisiones» y la vinculatoriedad de las mismas no pueden separarse de los argumentos vertidos para llegar a las mismas. La cuestión estriba en la separación y diferenciación, nada fácil, entre la *ratio decidendi* (razonamientos determinantes de la decisión) y los *obiter dicta* (argumentos «dichos por el camino», por el *iter decisionis*), pero, a nuestro modesto entender, difícilmente puede exigirse a un Tribunal, como pretende la regulación comentada, que determine con exactitud qué argumentos, en un caso concreto, son de un tipo o de otro y, en todo caso, esa calificación difícilmente evitará que la verdadera *ratio decidendi* de una sentencia despliegue los efectos de precedente vinculante incluso si el propio Tribunal no le atribuye tal condición expresamente, aunque, claro, para ello las sentencias han de ser conocidas previamente por los distintos operadores jurídicos y especialmente los jueces. Se trata de una facultad, a nuestro modo de ver, disfuncional, apegada a un positivismo superado y que sólo puede llevar a una confusión mayor de lo necesario.

La obligación de que cuando el Tribunal se aparte de un procedimiento lo haga de modo expreso y exteriorizando además las razones para ello, nos parece una regulación encomiable y atinada, si bien hay que señalar que, por lo general, los tribunales constitucionales son muy reacios a modificar su doctrina, por más cambios que se produzcan en su integración, y que, cuando lo hacen, raras veces lo hacen de modo expreso y explicitado, como en principio debería ser, existiendo también razones plausibles para ese *modus operandi* (la necesaria estabilidad de su jurisprudencia, que es un valor por sí misma, y la apariencia de estabilidad). Pero precisamente cuando ese cambio o giro del rumbo jurisprudencial no sea

expreso, los votos particulares podrían jugar un relevante papel, al poner de relieve que se está dando ese giro, por así decirlo, «encubierto» en la doctrina jurisprudencial (otra función importante de estos votos particulares o reservados que habla a su favor).

Por otro lado, y en lo relativo ya a la eficacia en el tiempo de las sentencias dictadas en los procesos promovidos a través de la Acción de Inconstitucionalidad, el propio CPC establece expresamente que dichas sentencias no tendrán efecto retroactivo, sino que surtirán efecto a partir del día siguiente a la fecha de la publicación oficial de la sentencia. En particular, se prescribe que «las sentencias declaratorias de [...] inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución» (artículo 83), esto es, en materia penal (si favorece al reo) y tributaria. La retroactividad de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley penal con un efecto favorable al reo es una exigencia a escala internacional y se impone incluso a los procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada (retroactividad fuerte o máxima), si bien el carácter favorable puede resultar controvertido en cada caso. Es discutible si tal principio no debería extenderse también a los procesos sancionadores (lo que requeriría una interpretación amplia de la «materia penal»).

Se excluye todo efecto suspensivo de la vigencia de la ley impugnada como medida cautelar (artículo 105 CPC), algo por lo demás enteramente congruente con la irretroactividad general de la declaración de inconstitucionalidad.

#### **4. Nulidad por conexión o consecuencia**

En otro orden de consideraciones, debe señalarse que la sentencia que estime la inconstitucionalidad de la norma impugnada de que se trate, «declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia», según reza el artículo 78 CPC, inspirado en el artículo 39.1 de la Ley española, facultad del que nuestro Tribunal Constitucional ha venido haciendo un uso extremadamente prudente. Así, por ejemplo, en la STC 367/1991, de 14 de febrero, se lee: «[...] tampoco esta delimitación [del objeto de la cuestión a cuatro artículos de la Ley impugnada, Ley de Tribunales Tutelares de Menores] puede ser entendida como una implícita afirmación de la constitucionalidad de los restantes artículos de la Ley, pues es una razón estrictamente procesal la que limita nuestro juicio a los cuatro artículos ya indicados. La prudencia aconseja no extenderlo por vía de conexión o consecuencia a otros preceptos de la misma Ley, como autoriza el art. 39.1 LOTC, pues ni la conexión de esos otros preceptos con lo que ahora enjuiciamos es tan estrecha que estemos forzados a hacerlo, ni se aumentaría con

ello la adecuación a la Constitución de nuestro sistema de jurisdicción de menores, que, por el contrario, podría verse imposibilitada para cualquier género de actuación» (Fundamento Jurídico Cuarto, cursiva nuestra).

## 5. Publicación

La sentencia debe remitirse, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha de su expedición, al Diario Oficial «El Peruano» para su publicación gratuita junto con aquellas «piezas del expediente que sean necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para conceder o denegar la pretensión», si bien esto último no debería ser preciso si la sentencia estuviera correctamente formulada. La sentencia habrá de publicarse en el Diario Oficial «dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el órgano correspondiente. En su defecto, el Presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar». Además, si las normas impugnadas hubieran sido regionales o municipales, el Tribunal ordenará también la «publicación en el Diario donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción» o, de no existir tal Diario, la sentencia habrá de darse a conocer también «mediante carteles fijados en lugares públicos» (Disposición Final Quinta). Además, con independencia de lo anterior, la sentencia habrá de publicarse, en todo caso, en la «Gaceta Constitucional» como «órgano oficial del Tribunal Constitucional» de publicación periódica, y ello sin perjuicio de otras compilaciones oficiales y de su publicación electrónica (Disposición Final Séptima).

De *lege ferenda*, y para acabar, nos parece que sería más aconsejable establecer como regla general la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad; admitir, con carácter igualmente excepcional, el efecto suspensivo de la vigencia de la ley tras la admisión de la demanda en casos de eventuales daños graves e irreparables, previa ponderación por el Tribunal de los valores constitucionales enfrentados; permitir excepcionalmente una eficacia irretroactiva, o incluso diferida hasta un plazo máximo de 12 o 18 meses, de la declaración de inconstitucionalidad cuando la ponderación de los valores constitucionales en juego por el Tribunal Constitucional excepcionalmente así lo aconseje. Es inexcusable suprimir la exigencia de mayoría reforzada o calificada para declarar la inconstitucionalidad de una ley, que a nuestro juicio resulta inconstitucional.

## XI. PALABRAS FINALES

Para rematar, puede decirse que la regulación de todo lo relativo a la jurisdicción constitucional en el Perú en un texto legal único, superando así una dispersión normativa anterior, es un acierto y seguramente este CPC peruano marque

una nueva tendencia, iniciada ya por otros países en Latinoamérica con anterioridad. Se trata, por lo demás, de un texto normativo elaborado con buena técnica y atinado en las soluciones adoptadas con carácter general, sin perjuicio de que haya siempre, como es natural, aspectos mejorables o criticables, según la visión de cada uno. Se nota que detrás del texto está lo que Häberle llama el «trabajo previo» de un grupo de expertos, y destacadamente del Dr. García Belaunde, que ha contribuido a dotar a este texto legal de relevancia constitucional de una calidad técnica que hará del mismo, sin duda, un modelo a seguir en Latinoamérica, como ocurre igualmente con el CPC de la provincia argentina de Tucumán, detrás del cual se halla la pluma de otro conocido constitucionalista latinoamericano (Díaz Ricci); ambos se sitúan a la vanguardia en el proceso de codificación del Derecho Procesal Constitucional, tan bien estudiado por Sagüés en cuanto a sus pros y contras y propugnado en el Perú hace años por García Belaunde y su Escuela (Eto Cruz, Palomino Manchego y tantos otros).

Espero que estas consideraciones sobre este texto normativo, formuladas por un autor extranjero, puedan aportar algo, y sean un homenaje académico digno a un autor que tanto, y tan bien, ha «luchado» por el Derecho constitucional en el Perú y Latinoamérica, al tiempo que nos ha dado luz a todos los estudiosos del Derecho Procesal Constitucional y ello, en el caso de quienes nos honramos con su amistad y enseñanza hace ya largos años, no sólo a través de sus publicaciones y conferencias, sino también a través de las charlas, cartas y correos e-mail, que tanto facilitan el contacto en nuestros días entre los académicos de este y el otro lado del Atlántico, colaborando así a fortalecer a la comunidad científica latinoamericana y propiciando la formación de un cierto *ius commune americanum*.

Alcalá de Henares, 13 de septiembre de 2004.

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

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO (\*\*)

**SUMARIO:** **I.** Alcances generales. **II.** Objetivo del proceso. **III.** Normas objeto de control. **IV.** Control posterior de las normas. **V.** Legitimidad para dar inicio al proceso de inconstitucionalidad. **VI.** Plazo para presentar una demanda de inconstitucionalidad. **VII.** Motivos para declarar inconstitucional una norma: por el fondo o por la forma. **VIII.** Principios de interpretación. **IX.** Tipos de sentencia en el proceso de inconstitucionalidad. **X.** Inconstitucionalidad de normas conexas. **XI.** Efectos en el tiempo de las sentencias sobre inconstitucionalidad. **XII.** Fuerza vinculante de las decisiones en los procesos de inconstitucionalidad. **XIII.** Número de votos para declarar inconstitucional una norma. **XIV.** Reflexiones finales.

## **I. ALCANCES GENERALES**

El Proceso de Inconstitucionalidad es uno de los mecanismos que permite la defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Esta-

---

(\*) La primera versión de este trabajo (correspondiente a mayo del 2003) fue publicada en la *Revista Jurídica del Perú* N° 52, noviembre del 2003, Editorial Normas Legales, pp. 35-61. Para su elaboración se contó con la colaboración de Cecilia Beltrán, Sofía Salinas, Sergio Tamayo y Cynthia Vila. Aquí se presenta una nueva versión, a fin de desarrollar el tema desde la perspectiva del Código Procesal Constitucional.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (Pontificia Universidad Católica del Perú)



do<sup>(1)</sup>. La Constitución de 1993 lo contempla y asigna al Tribunal Constitucional la competencia para conocer y resolver, como instancia única, las demandas de Inconstitucionalidad. Durante la vigencia del actual texto constitucional el Proceso de Inconstitucionalidad ha atravesado por las siguientes etapas:

<p><b>Primera Etapa:</b> Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 (diciembre de 1993) hasta el inicio de actividades del Tribunal Constitucional (junio de 1996).</p>	<p>En este período –que duró dos años y medio– no se registró ninguna sentencia sobre demandas de Inconstitucionalidad, por cuanto todavía no se encontraba en funciones el Tribunal Constitucional. Si tomamos en cuenta que el anterior Tribunal fue clausurado el 5 de abril de 1992, pasaron cerca de cuatro años y dos meses sin que exista en el Perú un mecanismo eficaz de control constitucional abstracto de las normas con rango de ley.</p>
<p><b>Segunda Etapa:</b> Desde el inicio de actividades del Tribunal Constitucional (junio de 1996) hasta la destitución de tres de sus magistrados (mayo de 1997)</p>	<p>En este período el Tribunal Constitucional inició sus labores y emitió quince sentencias y una resolución sobre demandas de Inconstitucionalidad. El 28 de mayo de 1997 el Congreso de la República destituyó a tres magistrados del Tribunal.</p>
<p><b>Tercera etapa:</b> Desde la destitución de tres magistrados del Tribunal (mayo de 1997) hasta su reincorporación (noviembre del 2000).</p>	<p>Durante este período el Tribunal Constitucional no pudo resolver ninguna demanda de Inconstitucionalidad ya que sólo contaba con cuatro de sus siete integrantes. En noviembre del 2000, el Congreso peruano aprobó una resolución mediante la cual restituyó en sus cargos a los magistrados destituidos en 1997.</p>
<p><b>Cuarta etapa:</b> Desde la reincorporación de los magistrados destituidos (noviembre del 2000) hasta la actualidad (setiembre del 2004).</p>	<p>En este período el Tribunal ha vuelto a contar con el quórum necesario para resolver las demandas de Inconstitucionalidad y ha venido realizando sus actividades con normalidad.</p>

En este trabajo desarrollaremos un conjunto de aspectos relacionados con el Proceso de Inconstitucionalidad, para cuya mejor comprensión resulta necesario conocer el marco normativo de este proceso. Asimismo es importante mencionar algunas propuestas de reforma constitucional.

---

(1) Este proceso fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución de 1979, la cual asignó al Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para su conocimiento y resolución como instancia única. La efectividad del Proceso de Inconstitucionalidad quedó nula a partir de 1992, como consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril, que trajo consigo la clausura del mencionado Tribunal.

## **1. NORMAS QUE REGULAN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

### **a) Constitución de 1993**

La primera referencia normativa para el estudio del Proceso de Inconstitucionalidad es la Constitución, la cual precisa los siguientes aspectos.

- Artículo 200°: Señala las normas que pueden ser cuestionadas a través del Proceso de Inconstitucionalidad (inciso 4). Establece asimismo que este proceso, así como los efectos de las sentencias que declaran la Inconstitucionalidad de las normas impugnadas, deben regularse a través de una Ley Orgánica.
- Artículo 202°: Señala que el Tribunal Constitucional es la institución competente para conocer, en instancia única, el Proceso de Inconstitucionalidad.
- Artículo 203°: Señala quiénes cuentan con legitimidad para dar inicio a un Proceso de Inconstitucionalidad.
- Artículo 204°: Señala los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional en la que se declare la Inconstitucionalidad de una norma. Se relaciona con otros dos artículos de la Constitución: artículo 74°, último párrafo (sobre principios en materia tributaria) y artículo 103°, último párrafo (sobre la potestad legislativa) –ver al respecto la sección X de este trabajo–.

Si bien la Carta de 1993 sólo regula algunos temas relacionados con el Proceso de Inconstitucionalidad, estos tienen una decisiva influencia en los objetivos del proceso, como tendremos oportunidad de apreciarlo a lo largo de este trabajo.

### **b) Legislación del Proceso de Inconstitucionalidad: De la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al Código Procesal Constitucional**

La regulación de los procesos constitucionales a través de una sola Ley Orgánica, mandato previsto en el artículo 200° de la Constitución, tuvo que esperar casi una década. Mientras tanto se tuvo una normativa dispersa.

En el caso del Proceso de Inconstitucionalidad, su desarrollo legal se encontraba previsto en el Título II de la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435, publicada el 10 de enero de 1995). Es decir, los alcances de este proceso constitucional fueron precisados en una norma cuyo objetivo era establecer los aspectos orgánicos de esta institución<sup>(2)</sup>. Esta Ley Orgánica será mencionada de modo constante en este trabajo, y la denominaremos como la «anterior LOTC».

---

(2) Esta norma fue objeto de varias modificaciones. Aquellas relacionadas con el Proceso de Inconstitucionalidad se efectuaron a través de las leyes 26618 (publicada el 8 de junio de 1996), 27780 (publicada el 12 de julio del 2002), 27850 (publicada el 20 de octubre del 2002) y 28098 (publicada el 8 de noviembre del 2003).

Esto permitirá diferenciarla de la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –en adelante LOTC– aprobada mediante Ley 28301 y publicada el 23 de julio del 2004, la cual ya no aborda el tema del Proceso de Inconstitucionalidad, pero contiene disposiciones importantes que también iremos mencionando según corresponda.

Es en el nuevo Código Procesal Constitucional –en adelante el Código– (Ley 28237, publicada el 31 de mayo del 2004) en donde se encuentra la actual regulación sobre el Proceso de Inconstitucionalidad.

En este nuevo cuerpo normativo se establece una sección común (Título VI, artículos 75° al 83°) dedicada al Proceso de Inconstitucionalidad y al Proceso de Acción Popular, lo cual se explica por cuanto se trata de dos procesos similares respecto a sus alcances: defender la supremacía normativa de la Constitución. En esta sección hay aspectos generales de especial importancia, como los efectos en el tiempo de las decisiones emitidas en este tipo de procesos, el carácter de cosa juzgada de las mismas, entre otros. Asimismo, el Código establece un conjunto de normas específicas sobre el Proceso de Inconstitucionalidad en su Título VIII (artículos 98° al 108°).

Como lo han sostenido los autores del anteproyecto del Código –que fue aprobado casi en su integridad– esta norma tiene un límite muy claro y preciso: el texto constitucional. Esta es la razón por la que algunos aspectos que permitirían mejorar el control constitucional en el Perú tendrán que esperar hasta una reforma de la ley fundamental, sin que el Código haya podido introducir mayores cambios. Esta también es la razón por la que existe mucha similitud entre la normativa anterior y la nueva sobre el Proceso de Inconstitucionalidad.

## **2. REFORMA CONSTITUCIONAL**

### **a) Debate suspendido en el Congreso**

En el debate sobre la reforma constitucional iniciado en el año 2002, suspendido hasta el momento en el Congreso, el Proceso de Inconstitucionalidad fue objeto de un desarrollo mínimo, pues las normas aprobadas –incluidas en un capítulo especial sobre procesos constitucionales– sólo señalan su objetivo y las personas y entidades legitimadas para presentar la demanda respectiva. Hasta la suspensión del debate no se llegó a discutir la sección sobre el Tribunal Constitucional, en donde se abordan temas referidos a la fuerza vinculante y los efectos de las decisiones de este órgano de control constitucional<sup>(3)</sup>.

---

(3) Ver al respecto: Huerta Guerrero, Luis Alberto (con la colaboración de Cecilia Beltrán Varillas). *La jurisdicción constitucional en el Perú en el 2003. Un balance sobre su desarrollo en la legislación y la jurisprudencia*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2004, pp. 11-13.

## b) Propuesta de la CERIAJUS

Mediante la Ley 28083, publicada el 4 de octubre de 2003, fue creada la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS), con la finalidad de elaborar el *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*, el cual fue aprobado el 23 de abril del 2004 y presentado al público en general el 6 de mayo del mismo año. En el Anexo F de este Plan se encuentra una propuesta de reforma parcial de la Constitución de 1993, que incluye una reforma al actual Título V, denominado erróneamente «Garantías Constitucionales». La propuesta emplea la misma denominación y plantea las siguientes reformas sobre el Proceso de Inconstitucionalidad:

- *Fuerza vinculante de las decisiones del Tribunal*: Se establece a nivel constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen autoridad de cosa juzgada, y que en el caso de los procesos de Inconstitucionalidad y Competencial, tienen además fuerza de ley, frente a los poderes del Estado y los particulares.
- *Efectos en el tiempo de las sentencias dictadas en procesos de Inconstitucionalidad*: Se reitera que los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en los procesos de Inconstitucionalidad carecen de efectos retroactivos, pero se eleva a rango constitucional la excepción en materia penal, cuando sea más favorable al reo, actualmente prevista en el Código Procesal Constitucional. No hay una mención expresa a la retroactividad en materia tributaria. En el caso de las sentencias que declaran inconstitucional una norma que afecta «directamente» derechos fundamentales, la propuesta establece que el Tribunal podrá determinar «los efectos de su decisión en el tiempo» y resolver «lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia la norma declarada inconstitucional».
- *Número de votos para resolver*: Se establece que el número de votos que se requiere al interior del Tribunal Constitucional para adoptar decisiones en los procesos constitucionales es de mayoría simple de votos, salvo en el caso que se pronuncie por la Inconstitucionalidad de una norma, situación en la cual será necesario contar como mínimo con siete votos del número legal de sus miembros (que de acuerdo con la propuesta serían diez).

Se trata de propuestas importantes, que en su momento deberán ser debatidas en el Congreso.

## II. OBJETIVO DEL PROCESO

El objetivo del Proceso de Inconstitucionalidad es evaluar la compatibilidad con la Constitución de las normas señaladas en el artículo 200° inciso 4° de la

Carta de 1993, agrupadas bajo la denominación de *normas con rango de ley*. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, «*por la vía de la acción de Inconstitucionalidad, (el Tribunal) ejecuta su acción controladora sobre la legislación (...), especialmente en cuanto al cumplimiento de las formalidades procesales para la dación de una ley, su compatibilidad con los principios y valores constitucionales o los vacíos por ocio legislativo*»<sup>(4)</sup>.

Sin embargo, llama la atención que en diversos casos resueltos la pretensión solicitada escapaba a estos objetivos. En este sentido, el Tribunal ha tenido que precisar que a través del Proceso de Inconstitucionalidad no corresponde evaluar los posibles conflictos que puedan presentarse entre leyes, pues en éste «*es absolutamente intrascendente que una ley determinada colisione con otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante*»<sup>(5)</sup>.

También ha señalado que en un Proceso de Inconstitucionalidad no corresponde evaluar si la norma impugnada es técnicamente correcta o eficaz. Así por ejemplo, a propósito de una demanda presentada contra una ley que establece mecanismos para luchar contra la evasión y la formalización de la economía, como el impuesto a las transacciones financieras, se alegó que la norma impugnada era antitécnica, ante lo cual el Tribunal señaló que en un Proceso de Inconstitucionalidad no correspondía evaluar el «antitecnicismo» o incluso la «ineficiencia» de las normas, sino tan sólo su «compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental»<sup>(6)</sup>.

Asimismo, ha indicado el Tribunal que no corresponde a través del Proceso de Inconstitucionalidad inaplicar una norma a un caso concreto, sino pronunciarse en abstracto sobre si es compatible con la Constitución<sup>(7)</sup>.

De igual modo, ante una solicitud para que se declare la nulidad e ineficacia de los acuerdos, Decretos y Resoluciones dictados por un Concejo Municipal

---

(4) Sentencia del Expediente 0018-2003-AI/TC, publicada el 7 de mayo de 2004.

(5) Ver al respecto la sentencia del expediente 0026-2004-AI/TC (fundamentos jurídicos 1, 17 y 20), publicada el 17 de noviembre de 2001. Un criterio similar fue esgrimido por el Tribunal en la sentencia del expediente 0007-2002-AI/TC (fundamento 3), publicada el 13 de setiembre de 2003.

(6) Sentencia del expediente 0004-2004-AI/TC y otros (fundamento 4), publicada el 29 de setiembre de 2004.

(7) Sentencia del Expediente 0005-2004-AI/TC, publicada el 21 de agosto de 2004. Las normas impugnadas estaban referidas a la ley general de educación y la ley del presupuesto público para el año 2004. Entre otras cosas, la demanda buscaba la inaplicación de estas normas a la *Escuela Superior Autónoma de Bellas Artes Diego Quispe Tito* (ESABAC).

Provincial al amparo de una Ordenanza que fue declarada inconstitucional, el Tribunal precisó que el Proceso de Inconstitucionalidad no constituía la vía «idónea para tal fin»<sup>(8)</sup>.

Sobre el tema de los objetivos del Proceso de Inconstitucionalidad, existe una decisión que llama particularmente la atención, pues el Tribunal no sólo se pronunció sobre la norma impugnada, sino también sobre los actos derivados de su aplicación, contraviniendo a nuestro entender sus propios criterios a los que hemos hecho referencia. El caso se originó como consecuencia de la expedición de una Ordenanza por parte de la Municipalidad Provincial de Pisco, mediante la cual se cambió la calificación del uso de un terreno en esta ciudad, lo que de acuerdo a los demandantes:

- Originaba una desprotección de la Reserva Nacional de Paracas (área natural protegida), y;
- Se permitía la construcción de una planta de la empresa Pluspetrol Perú Corporation S.A., cuya actividad consideraban contraria a lo dispuesto en la legislación ambiental sobre la protección de áreas naturales protegidas. Esta construcción se enmarca dentro del proyecto de exportación del Gas de Camisea.

Si bien el Tribunal declaró infundada la demanda, se pronunció sobre la actividad de la empresa Pluspetrol y su impacto en la Reserva Nacional de Paracas. De acuerdo al supremo intérprete de la Constitución<sup>(9)</sup>:

*«(...) es posible que, excepcionalmente, el juicio de constitucionalidad de una norma conlleve un legítimo y necesario pronunciamiento respecto de algún acto concreto realizado a su amparo. Y es que en los procesos de Inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no sólo ejerce una función de valoración, es decir, de análisis de compatibilidad entre dos normas de distinta jerarquía (Constitución y norma de rango legal), sino también una función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias.*

*Un pronunciamiento que se ocupe, única y exclusivamente, de la Ordenanza, situaría a los poderes públicos, agentes económicos interesados, po-*

<sup>(8)</sup> Sentencia del Expediente 0016-2003-AI/TC, publicada el 14 de enero de 2004.

<sup>(9)</sup> Sentencia del expediente 0021-2003-AI/TC (fundamento 2), publicada el 28 de junio de 2004.

*tenciales consumidores y ciudadanía en general, en una profunda incertidumbre en torno a la legitimidad o ilegitimidad de la construcción de la planta de fraccionamiento y del poliducto por parte de la empresa Pluspetrol, con la consecuente inestabilidad política, económica y social que ello generaría».*

Como consecuencia de esto, el Tribunal evaluó en un Proceso de Inconstitucionalidad la labor desarrollada de manera conjunta por los órganos competentes en materia de preservación del medio ambiente, respecto a la construcción realizada por la empresa Pluspetrol, luego de lo cual concluyó:

*«(...) sería atentatorio de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, otorgar preeminencia a una supuesta amenaza al medio ambiente, a todas luces incierta (pues la descarta la autoridad especializada) frente a los beneficios ciertos, tanto a nivel social como económico, que depara para toda la ciudadanía, la ejecución de las obras del proyecto de Camisea» (fundamento 21).*

Lamentablemente, el Tribunal no explicó las razones que justificaban que en este caso estableciera una excepción a la regla general de no pronunciarse sobre un tema concreto de aplicación de una norma en un proceso cuyo objetivo es el análisis en abstracto de la misma. En todo caso, surge la interrogante de si en este caso el supremo intérprete de la Constitución se excedió de las competencias que le han sido asignadas en la Constitución, dentro de las cuales, y no al margen de ellas, debería ejercer la función ordenadora y pacificadora en la que sustentó su actuación.

### III. NORMAS OBJETO DE CONTROL

El artículo 200° inciso 4 de la Constitución de 1993 señala que el Proceso de Inconstitucionalidad procede contra las siguientes normas: 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<sup>(10)</sup>. En comparación con la Carta de 1979, la de 1993 amplió el número de disposiciones que pueden ser cuestionadas a través del Proceso de Inconstitucionalidad, como se aprecia en el siguiente cuadro:

---

(10) El artículo 77° del Código Procesal Constitucional reitera el conjunto de normas susceptibles de ser sometidas a control a través del Proceso de Inconstitucionalidad.

<b>Constitución de 1979 (art. 298°)</b>	<b>Constitución de 1993 (art. 200° inc. 4)</b>
Normas contra las cuales se podía presentar una demanda de Inconstitucionalidad: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Leyes</li> <li>- Decretos Legislativos</li> <li>- Normas regionales de carácter general</li> <li>- Ordenanzas municipales</li> </ul>	Normas contra las cuales se puede presentar una demanda de Inconstitucionalidad: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Leyes (incluye leyes orgánicas<sup>(11)</sup>)</li> <li>- Decretos Legislativos</li> <li>- Normas regionales de carácter general</li> <li>- Ordenanzas municipales</li> <li>- Decretos de urgencia</li> <li>- Tratados</li> <li>- Reglamentos del Congreso</li> </ul>

De acuerdo al Tribunal, sólo se puede emitir un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las normas si éstas han cobrado vigencia, siendo un elemento clave para tal efecto su publicación. En sus propias palabras, «sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un Proceso de Inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él»<sup>(12)</sup>.

Aparte de las normas previstas en el artículo 200° inciso 4 de la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional ha precisado su competencia para conocer a través del Proceso de Inconstitucionalidad demandas contra decretos leyes y normas sobre reforma constitucional. La decisión de ampliar las normas que pueden ser objeto de control a través del Proceso de Inconstitucionalidad es competencia exclusiva del Tribunal, respecto de la cual no cabe la posibilidad de establecer cuestionamiento alguno<sup>(13)</sup>.

## 1. Control de los Decretos Leyes

El término «Decretos Leyes» es empleado en nuestro país para hacer referencia a las normas emitidas durante los períodos de interrupción democrática por

---

(11) Esta precisión parecería innecesaria pero se incorpora por cuanto es una inquietud frecuente.

(12) Sentencia del expediente 0021-2003-AI/TC (fundamento 4), publicada el 28 de junio de 2004.

(13) El artículo 3° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala: «En ningún caso se puede promover contienda de competencia o de atribuciones al Tribunal respecto de los asuntos que le son propios de acuerdo con la Constitución y la presente ley. El Tribunal resuelve de oficio su falta de competencia o de atribuciones». Similar disposición se encontraba en la anterior LOTC (artículo 3°).



las autoridades que detentan el poder estatal en forma ilegítima. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, los Decretos Leyes son «*disposiciones de naturaleza jurídica sui generis dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí –contra lo establecido en el ordenamiento constitucional– las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano Ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza*»<sup>(14)</sup>.

En este sentido, los Decretos Leyes son normas ajenas al ordenamiento constitucional, por lo que no deberían formar parte del sistema jurídico ni producir efecto alguno. Sin embargo, en nuestro país las interrupciones democráticas han sido frecuentes y prolongadas, lo que ha originado que se expidan una gran cantidad de Decretos Leyes, los que han pasado a formar parte de nuestro sistema jurídico en forma abrupta y han mantenido su vigencia incluso después de culminados los períodos de interrupción democrática<sup>(15)</sup>.

Si bien los Decretos Leyes no se encuentran mencionados en el artículo 200º inciso 4 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha establecido que tiene competencia para analizar si estas disposiciones son compatibles con la Ley Fundamental, lo cual resulta razonable por cuanto se trata de normas que aún se encuentran vigentes. Citamos a continuación tres sentencias emitidas por el Tribunal sobre este tipo de normas:

- Sentencia del Expediente 007-96-I/TC (publicada el 26 de abril de 1997): En este proceso fueron impugnadas varias normas del Decreto Ley 25967 (artículos 7, 8, 9, 10 y Disposición Transitoria Única), relacionadas con la seguridad social. La demanda fue declarada fundada en parte, pues sólo se declaró inconstitucional el artículo 10 del citado Decreto Ley.
- Sentencia del Expediente 021-96-I/TC (publicada el 23 de mayo de 1997): En este proceso fue impugnado el Decreto Ley 25662, que establecía sanciones penales agravadas para los miembros de la Policía Nacional del Perú. La demanda fue declarada improcedente por sustracción de la materia, por cuanto

---

(14) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003, fundamento 9.

(15) Sobre las opciones respecto a la vigencia de los Decretos Leyes en el sistema jurídico nacional se puede revisar la sentencia del Tribunal mencionada en la nota anterior, fundamentos 10-16.

la norma impugnada fue derogada antes de que el Tribunal se pronunciara sobre ella.

- Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC (publicada el 4 de enero del 2003): En este proceso se impugnaron los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, y sus normas complementarias y conexas, relacionadas con la legislación antiterrorista. La demanda fue declarada fundada en parte.

Fue en la última de estas sentencias que el Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez, en forma expresa, sobre su competencia para conocer demandas de Inconstitucionalidad contra Decretos Leyes, aunque estas normas no se encuentren mencionadas en el artículo 200° inciso 4 de la Constitución. En términos generales señaló:

- Los Decretos Leyes *«deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras normas del mismo valor y rango; y por ende, sujetos al control de la constitucionalidad»*<sup>(16)</sup> (subrayado nuestro).
- Las normas comprendidas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución *«sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de Inconstitucionalidad»*<sup>(17)</sup>.

A nuestra consideración, el Tribunal pudo ser más preciso al analizar este tema, por lo que debió señalar en forma directa que ninguna norma vigente en nuestro ordenamiento jurídico puede quedar exenta de control, independientemente de su origen.

## 2. Control de normas sobre reforma constitucional

El artículo 206° de la Constitución de 1993 establece el proceso que se debe seguir para su reforma. Dicho artículo señala:

*«Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República»* (subrayado nuestro).

---

<sup>(16)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 19.

<sup>(17)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 21.

Como se aprecia, el texto constitucional no distingue formalmente las reformas a la Constitución de las leyes ordinarias, pues las denomina «leyes de reforma constitucional». En este sentido, las reformas que se han efectuado a la Constitución de 1993 han recibido la denominación de «leyes» y han llevado el número correlativo que les correspondía respecto a las leyes ordinarias emitidas por el Congreso. Así por ejemplo, la reforma constitucional sobre el Proceso de Hábeas Data (artículo 200° inciso 3 de la Constitución) se formalizó a través de la Ley 26470, publicada el 12 de junio de 1995.

La expresión «leyes de reforma constitucional» prevista en el artículo 206° de la Constitución ha servido de fundamento para que el Tribunal Constitucional interprete que sus facultades de control también se extienden a este tipo de normas. En este sentido ha señalado que «si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la Acción de Inconstitucionalidad, también es verdad que ésta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado»<sup>(18)</sup>.

#### **IV. CONTROL POSTERIOR DE LAS NORMAS**

El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú ha sido previsto como un mecanismo de control posterior de las normas, es decir, sólo a partir de su publicación es posible impugnarlas a través de una demanda de Inconstitucionalidad. Así lo establecía la anterior LOTC (artículo 26°) y lo señala el Código Procesal Constitucional (artículo 100°). Si bien ésta ha sido la opción asumida en nuestro ordenamiento jurídico, resulta interesante conocer experiencias comparadas en donde se establece el control previo de determinadas normas, a fin de evaluar si es conveniente incorporar este sistema en el ordenamiento constitucional peruano.

##### **1. Una opción del Derecho Comparado: el control previo**

En algunos países se ha previsto la posibilidad de que sus respectivos Tribunales Constitucionales realicen una revisión previa de la constitucionalidad de determinadas normas, es decir, luego de que han sido aprobadas y antes de su promulgación. Este control no se hace necesariamente a través de un Proceso de Inconstitucionalidad sino que se realiza de acuerdo a un trámite previamente establecido.

---

<sup>(18)</sup> Sentencia del Expediente 014-2002-AI/TC, publicada el 25 de enero del 2003, fundamento 35.

Al respecto resulta ilustrativo mencionar el caso de Colombia, que en el artículo 241° inciso 8° de su Constitución, establece como competencia de la Corte Constitucional «*decidir definitivamente sobre la constitucionalidad (...) de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación*» (subrayado nuestro). En este país, las leyes estatutarias se distinguen de las leyes ordinarias por su contenido y por los mayores requisitos que se exigen para su aprobación. En cuanto al contenido, el artículo 152° de la Constitución de Colombia señala que los siguientes temas sólo pueden ser desarrollados a través de leyes estatutarias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; y
- e) Estados de excepción.

En cuanto a los requisitos, para la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias se exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, que además deberá efectuarse dentro de una sola legislatura (artículo 153° de la Constitución de Colombia).

El control previo que realiza la Corte Constitucional de Colombia consiste en la revisión integral de cada una de las disposiciones de las leyes estatutarias. Esta revisión se produce una vez aprobado el proyecto de ley en el Congreso. Si la Corte considera que el proyecto es constitucional, éste se envía al Presidente de la República para su promulgación. Si es declarado total o parcialmente inconstitucional, el proyecto se remite a la Cámara de origen. Si la Inconstitucionalidad es parcial y no ha terminado la legislatura correspondiente, la Cámara de origen puede rehacer las disposiciones afectadas en concordancia con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, se remite el nuevo proyecto a la Corte para el fallo definitivo (Decreto 2067, artículos 41° y 33°)<sup>(19)</sup>.

## 2. Posibilidad de adoptar el control previo en el Perú

En el Perú hemos sido testigos de la aprobación de normas contrarias a los derechos fundamentales y los mecanismos establecidos para su protección. Algunas de estas normas fueron sometidas a un control posterior a través de un Proce-

---

(19) El Decreto 2067 de 1991 (4 de setiembre de 1991) es la norma que regula «el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional».

so de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Al respecto se pueden citar los siguientes casos:

- Sentencia del Expediente 003-96-I/TC (publicada el 25 de diciembre de 1996): En este proceso fue impugnada la Ley 26592, que estableció la necesidad de contar con el voto favorable de 2/5 del número legal de miembros del Congreso (48 votos) como requisito para que se realice un referéndum. Esta norma fue aprobada con el objetivo de limitar el referéndum promovido contra la Ley 26657, que permitía una nueva reelección del ex presidente Fujimori para el año 2000.
- Sentencia del Expediente 004-2001-I/TC (publicada el 27 de diciembre del 2001): En este proceso fue impugnado el Decreto Legislativo 900, por medio del cual se regularon aspectos relacionados con el Proceso de Hábeas Corpus y amparo, cuando la Constitución señala en forma expresa que estos procesos deben ser regulados a través de una Ley Orgánica, por lo que se trata de una materia indelegable al Ejecutivo para su desarrollo a través de decretos legislativos (artículos 101° inciso 4, 104° y 200° de la Constitución).

Estos ejemplos demuestran que existen situaciones en donde se aprueban normas manifiestamente contrarias a la Constitución, cuyos respectivos proyectos de ley podrían ser sometidos a un control previo ante el Tribunal Constitucional. Esto evitaría, si el Tribunal se pronuncia por su Inconstitucionalidad, que tales normas entren en vigor y originen perjuicios en asuntos de especial trascendencia.

Una situación particular ocurre también con los tratados. Si bien hasta la fecha no se ha presentado ninguna demanda de este tipo, es lógico suponer que en una situación en donde esto ocurra y el Tribunal declare la Inconstitucionalidad de una o varias normas de un tratado, se deberá proceder a su denuncia o la reforma constitucional, procesos que toman su tiempo. Por lo tanto, lo más adecuado sería que exista un control constitucional previo por parte del Tribunal sobre los tratados, que se realice antes de su ratificación, como ocurre en el caso de Colombia y Chile, por citar algunos ejemplos.

En base a estas consideraciones, estimamos que la opción por un control previo de determinados proyectos de ley y de los tratados, no debe ser una opción a descartar fácilmente. Esto permitirá reforzar el control que debe existir sobre normas sustancialmente trascendentales para el desarrollo de un Estado de Derecho, como aquellas sobre derechos fundamentales y sus mecanismos de protección. Asimismo, evitará complicaciones en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

## **V. LEGITIMIDAD PARA DAR INICIO AL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Al ser el Proceso de Inconstitucionalidad un mecanismo de defensa de la Constitución, el tema de la legitimidad para presentar la demanda respectiva tiene

una especial importancia. Al establecerse quiénes son los sujetos facultados para presentar una demanda de Inconstitucionalidad, se está al mismo tiempo determinando el grado de protección de la Constitución.

En comparación con la Carta de 1979, la de 1993 amplió el número de sujetos legitimados para presentar estas demandas, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Constitución de 1979 (art. 299º)	Constitución de 1993 (art. 203º)
<p>Estaban legitimados para interponer una demanda de Inconstitucionalidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El Presidente de la República;</li> <li>- La Corte Suprema de Justicia;</li> <li>- El Fiscal de la Nación;</li> <li>- Sesenta Diputados,</li> <li>- Veinte Senadores; y</li> <li>- 50,000 ciudadanos.</li> </ul>	<p>Están legitimados para interponer una demanda de Inconstitucionalidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El Presidente de la República;</li> <li>- El Fiscal de la Nación;</li> <li>- El Defensor de Pueblo;</li> <li>- El 25% del número legal de Congresistas;</li> <li>- 5,000 ciudadanos o, en el caso de las ordenanzas municipales, el 1% de ciudadanos del respectivo ámbito territorial<sup>(20)</sup>;</li> <li>- Los presidentes de región, sobre materias de su competencia;</li> <li>- Los alcaldes provinciales, sobre materias de su competencia; y</li> <li>- Los colegios profesionales, sobre materias de su especialidad.</li> </ul>

Otro cambio que trajo consigo la Constitución de 1993 fue el retiro de la legitimidad a la Corte Suprema para dar inicio a un Proceso de Inconstitucionalidad<sup>(21)</sup>. Asimismo, se redujo el número de firmas necesarias para que los ciudada-

<sup>(20)</sup> El artículo 25º de la anterior LOTC reiteraba de manera casi idéntica el texto del artículo 203º de la Constitución referida a la legitimidad de los ciudadanos, pero agregaba una referencia expresa a las normas regionales de carácter general. El Código (artículo 98º) no reitera esta precisión limitándose a señalar que la demanda de Inconstitucionalidad «sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203º de la Constitución».

<sup>(21)</sup> Es discutible la supresión de esta legitimidad. Cuando un Juez hace uso de la facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, debe elevar su decisión a consulta ante la Corte Suprema, según lo señala la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 14º). Por este motivo, la Corte Suprema posee un conocimiento privilegiado respecto de las normas que puedan atentar contra

nos puedan presentar una demanda. Debe destacarse que los ciudadanos hayan empleado frecuentemente su legitimidad para presentar una demanda de Inconstitucionalidad, la misma que ha sido empleada respecto a normas de especial importancia. La siguiente mención a algunos de estos casos así lo confirma:

- Sentencia del Expediente 008-96-I/TC (publicada el 26 de abril de 1997): En este proceso fueron impugnadas varias normas del Decreto Legislativo 817 (Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado). Aquí se acumularon cinco demandas, cuatro de ellas presentadas, respectivamente, por 9,941; 6,622; 5,000 y 5,300 ciudadanos.
- Sentencia del Expediente 001-1999-I/TC (publicada el 18 de enero del 2002): En este proceso se impugnó un conjunto de normas referidas al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI). La demanda fue presentada por el Frente Unitario de los Pueblos del Perú (FUPP), con el respaldo de más de 5,000 ciudadanos.
- Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC (publicada el 4 de enero del 2003): En este proceso se impugnaron los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, y sus normas complementarias y conexas, relacionadas con la legislación antiterrorista.
- Sentencia del Expediente 005-2002-AI/TC y otros (publicada el 24 de abril del 2003): En este proceso se impugnaron varios artículos de la Ley 27617, por medio de la cual se modificaron los Decretos Leyes 19990 y 20530 (sobre seguridad social), así como la normativa aplicable al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. Aquí se acumularon tres demandas, dos de las cuales fueron presentadas por más de 5,000 ciudadanos.

El empleo que los ciudadanos peruanos han hecho de su legitimidad para presentar una demanda de Inconstitucionalidad es motivo suficiente para plantear como tema a debatir la posibilidad de favorecer aún más la iniciativa ciudadana en relación a este tema. Esto puede implicar la reducción del número de firmas necesarias o la incorporación de una legitimidad popular, es decir, que cualquier ciudadano pueda presentar una demanda de Inconstitucionalidad. Esta última opción se presenta en otros países, como el caso de Colombia<sup>(22)</sup>, en donde un número

---

la Constitución, por lo que debería contar con la posibilidad para que, en caso conozca alguna norma atentatoria contra dicho cuerpo normativo, pueda interponer la demanda respectiva ante el Tribunal Constitucional.

(22) El artículo 241° inciso 4° de la Constitución colombiana de 1991 señala que «corresponde a la Corte Constitucional decidir sobre las «demandas de Inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación» (subrayado nuestro).

ro bastante considerable de demandas de Inconstitucionalidad han sido presentadas por parte de los ciudadanos, lo que constituye una interesante experiencia comparada a tomar en consideración y que podría beneficiar el desarrollo de la justicia constitucional en nuestro país.

También debe resaltarse el hecho que los gobiernos locales y regionales acudan de modo frecuente al Proceso de Inconstitucionalidad para cuestionar ordenanzas municipales y regionales, por diferentes razones, siendo lo más frecuente que se cuestione la competencia de tal o cual gobierno para regular una determinada materia. El empleo que ha hecho la Defensoría del Pueblo de su legitimidad para dar inicio a un Proceso de Inconstitucionalidad debe ser igualmente resaltada<sup>(23)</sup>.

Un aspecto adicional relacionado con el tema de la legitimidad para presentar una demanda de Inconstitucionalidad, se relaciona con los efectos del desistimiento de los demandantes.

De acuerdo al artículo 203° de la Constitución, están facultados para presentar una demanda de Inconstitucionalidad el 25% del número legal de congresistas, es decir, treinta (30). En un caso concreto, sesenta y cuatro (64) congresistas de la República presentaron una demanda de Inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley 26385, por medio de la cual se autorizó la suscripción del «contrato-ley» de concesión entre la Compañía Peruana de Teléfonos –hoy Telefónica del Perú S.A.A.– y el Estado Peruano. En el transcurso del proceso, 37 de los 64 congresistas decidieron desistir de la demanda o retirar su firma de la misma, por lo que sólo quedaron 27 respaldando la demanda. Ante esta situación surgió la interrogante de si el proceso debía continuar o culminar su trámite, pues no existía norma alguna sobre esta situación. Al respecto el Tribunal emitió una resolución por medio de la cual estableció que el desistimiento o el retiro de las firmas de los demandantes en un Proceso de Inconstitucionalidad no da lugar a la culminación del mismo. En este sentido señaló:

*«(...) en la acción de Inconstitucionalidad, los legitimados activamente intervienen no para promover la defensa de intereses particulares, sino a fin de promover la tutela de un interés general, lo que se traduce, en el caso concreto, en la defensa de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico; de ahí que, una vez admitida la demanda y habilitada la competencia del*

(23) Ver al respecto: Defensoría del Pueblo. *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004*, Defensoría del Pueblo, Lima, Diciembre de 2004.



*Tribunal Constitucional, queda inexorablemente constituida la relación jurídico procesal»<sup>(24)</sup> (subrayado nuestro).*

En consecuencia, el proceso respectivo continuó su trámite y el Tribunal emitió finalmente la sentencia correspondiente<sup>(25)</sup>.

Esta tendencia ha sido acogida por el Código Procesal Constitucional, el cual establece (artículo 106º) que «*admitida la demanda y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso (de Inconstitucionalidad) de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes. El proceso sólo termina por sentencia*».

## VI. PLAZO PARA PRESENTAR UNA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad ha sido objeto de diferentes modificaciones, como se aprecia a continuación<sup>(26)</sup>:

- El texto original del artículo 26º de la anterior LOTC (Ley 26435), publicada el 11 de enero de 1995, estableció que la demanda de Inconstitucionalidad podía interponerse dentro del plazo de **seis (6) años** contados a partir de la publicación de la norma.
- La Ley 26618, publicada el 8 de junio de 1996, redujo el plazo original y señaló que la demanda de Inconstitucionalidad podía interponerse dentro del plazo de **seis (6) meses** contados a partir de la publicación de la norma.
- La Ley 27780, publicada el 12 de julio del 2002, modificó nuevamente el plazo y volvió a establecer que la demanda de Inconstitucionalidad podía interponerse dentro del plazo de **seis (6) años** contados a partir de la publicación de la norma. Este plazo es el que actualmente se encuentra vigente y ha sido reiterado en el Código.

Si bien el plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad se empieza a contar desde la fecha en que fue publicada la norma, la Tercera Disposición Final y Transitoria de la anterior LOTC dispuso que en el caso de aquellas normas emitidas antes de que el Tribunal Constitucional iniciara sus actividades, el plazo

---

<sup>(24)</sup> Resolución del Expediente 0005-2003-AI/TC, del 18 de julio de 2003 y publicada el 7 de agosto de 2003.

<sup>(25)</sup> Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, publicada el 18 de octubre del 2003.

<sup>(26)</sup> El plazo para presentar una demanda contra los tratados, establecido desde un inicio en seis (6) meses, no ha sido objeto de modificación.

para impugnarlas se contaba a partir «(del) día en que quede constituido el Tribunal», siempre que tales normas no hubiesen agotado sus efectos a esa fecha.

El Tribunal Constitucional quedó constituido el 24 de junio de 1996. En ese momento se encontraba vigente el texto de la Ley 26618, es decir, el plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad era de seis meses. Por lo tanto, respecto a la normas emitidas antes del 24 de junio, el plazo para impugnarlas empezó a contarse desde esa fecha y concluyó (luego de seis meses) el 24 de diciembre de 1996.

La mención a este tema se debe a que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre normas emitidas antes del 24 de junio de 1996 pero que fueron impugnadas después del 24 de diciembre de 1996.

Así ocurrió por ejemplo en el caso de la demanda contra los Decretos Leyes expedidos en 1992, referidos a la legislación antiterrorista, la cual fue presentada en julio del 2002. En el párrafo 231 de la sentencia del Tribunal sobre este caso se señala que en este proceso el apoderado del Congreso presentó una «excepción de prescripción de la acción», la que fue resuelta el 17 de julio del 2002 en el «auto de admisibilidad» de la demanda. En dicho auto, el Tribunal realiza una inexplicable aplicación retroactiva de la actual norma sobre el plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad (Ley 27780). En el texto de esta resolución señala:

*«Que, a la fecha de constitución de este Tribunal, el artículo 26° de la (LOTIC), modificado por la Ley 26618, publicada el 8 de junio de 1996, establecía que el plazo para interponer la acción de Inconstitucionalidad era de 6 meses contados a partir de la publicación de la norma cuestionada; sin embargo, la Ley 27780, de fecha 12 de julio de 2002, amplió dicho plazo a 6 años, los cuales deben contarse, en este caso, a partir de la fecha de constitución del Tribunal Constitucional; esto es desde el 24 de junio de 1996, y sin computar el lapso en que asumieron las funciones del Tribunal Constitucional sólo cuatro magistrados, pues en aquel entonces era imposible que se ejerciera la acción de Inconstitucionalidad. En consecuencia, se advierte que no ha transcurrido, a la fecha, el plazo de seis años señalado en la Ley 27780» (subrayado nuestro).*

Una situación similar ocurrió con la demanda de Inconstitucionalidad presentada contra la Ley 26285, publicada el 12 de enero de 1994<sup>(27)</sup>. Esta demanda

---

(27) Esta norma está referida a la suscripción del «contrato-ley» de concesión entre la Compañía Peruana de Teléfonos –hoy Telefónica del Perú S.A.A.- y el Estado peruano.

fue declarada admisible por el Tribunal Constitucional el 27 de mayo del 2003<sup>(28)</sup> y la sentencia respectiva fue publicada el 18 de octubre del 2003 (Expediente 005-2003-AI/TC).

Sin lugar a dudas se trata de un tema polémico, que viene poco a poco mereciendo atención por parte de la doctrina<sup>(29)</sup>.

El Código Procesal Constitucional aborda el tema del plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad en su artículo 100° y señala que el mismo es de seis (06) años contados a partir de la publicación de la norma y de seis (06) meses para el caso de los tratados. La Segunda Disposición Final establece que al entrar en vigencia el Código, los procesos en trámite continuarán rigiéndose por las normas anteriores para efectos de, entre otros aspectos, el cómputo de los plazos que hubieran empezado. El artículo 100° del Código reitera asimismo que, una vez vencido el plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51° y por el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, es decir, sin perjuicio de que los jueces puedan hacer uso de su facultad de control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, lo cual confirma el carácter mixto de nuestro sistema de control constitucional abstracto de normas<sup>(30)</sup>.

## **VII. MOTIVOS PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL UNA NORMA: POR EL FONDO O POR LA FORMA**

En un Proceso de Inconstitucionalidad, una norma puede ser declarada contraria a la Constitución, por razones de forma o por razones de fondo. En este sentido, el artículo 200° inciso 4 de la Constitución de 1993 señala:

«Son garantías constitucionales:

*La acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley (...) que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo»* (subrayado nuestro).

El artículo 21° de la anterior LOTC señalaba al respecto:

---

(28) Resolución del Expediente 0005-2003-AI/TC, publicada el 6 de junio del 2003.

(29) Se puede revisar al respecto el artículo de Hubert Wieland Conroy, *La Constitución de 1993 ante el Tribunal Constitucional: las paradojas de la admisibilidad de una demanda improcedente* (abril del 2004), publicado en la sección *Jurisprudencia Constitucional*, del sitio web de la Comisión Andina de Juristas ([www.cajpe.org.pe](http://www.cajpe.org.pe)).

(30) La anterior LOTC contenía una norma similar en su artículo 26°.

«Son inconstitucionales las normas (...), en la totalidad o en parte de sus disposiciones, en los siguientes supuestos:

1. Cuando contravengan la Constitución en el fondo; o
2. Cuando no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución.

*Asimismo el Tribunal puede declarar inconstitucionales por contravenir el artículo 106° de la Constitución<sup>(31)</sup> las normas de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica, en el caso de que dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter».*

El Código Procesal Constitucional aborda este tema en el artículo 75° y establece al respecto:

«(El Proceso de Inconstitucionalidad) tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

*Por contravenir el artículo 106° de la Constitución, 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».*

Los argumentos de fondo por los cuales el Tribunal declara inconstitucional una norma se relacionan con diferentes normas constitucionales y diferentes temas, por lo que su análisis corresponde a textos más específicos. En este trabajo nos interesa resaltar algunos casos en donde el Tribunal se ha pronunciado sobre la Inconstitucionalidad de algunas normas *por razones de forma*, como por ejemplo:

---

<sup>(31)</sup> Constitución de 1993, artículo 106°: «Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por Ley Orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de Ley Orgánica se tramitan como cualquier otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso».

- Sentencia del Expediente 004-2001-I/TC (publicada el 27 de diciembre del 2001): En este caso se impugnó el Decreto Legislativo 900, que modificó artículos de la legislación sobre Amparo y Hábeas Corpus. De acuerdo a la Constitución de 1993 (artículo 200°), ambos procesos deben ser regulados por Ley Orgánica, siendo en consecuencia materia indelegable al Ejecutivo para su regulación mediante Decretos Legislativos<sup>(32)</sup>. Por este motivo, el Tribunal declaró inconstitucional la norma impugnada.
- Sentencia del Expediente 005-2001-AI/TC (publicada el 17 de noviembre del 2001): En este caso se impugnaron los Decretos Legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades otorgadas por el Congreso mediante Ley 26950 para legislar sobre seguridad nacional. De acuerdo al Tribunal, en la ley autoritativa no existía coincidencia entre la materia delegada (seguridad nacional) y los objetivos de la delegación, cual era «combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas». Para el Tribunal, dicha incongruencia ocasionaba «la irracionalidad de la ley autoritativa y, por lo tanto, en último análisis, su Inconstitucionalidad».

Finalmente, se debe mencionar que si una demanda de Inconstitucionalidad contra una norma es desestimada por razones de forma, eso no impide cuestionarla posteriormente por razones de fondo (ver sección XII).

### VIII. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

El control de las normas a través del Proceso de Inconstitucionalidad no sólo se efectúa tomando como parámetro de referencia el texto de la Constitución, sino que también se deben tomar en cuenta otras disposiciones. En este sentido, el Código Procesal Constitucional señala en su artículo 79°:

*«Para apreciar 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».*

Esta norma amplía el parámetro para evaluar la constitucionalidad de las normas jurídicas, pues la anterior LOTC (artículo 22°) solamente se refería a las

---

(32) De acuerdo al artículo 104° de la Constitución, segundo párrafo, no pueden delegarse al Poder Ejecutivo las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. De acuerdo al artículo 101° inciso 4, no pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a leyes orgánicas.

leyes relacionadas con la estructura y funcionamiento de los órganos estatales. Ahora se incorpora también a las leyes sobre derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que asimismo deben tomarse en cuenta las normas y decisiones internacionales relacionadas con los derechos humanos, aspecto que ha sido recogido en el Título Preliminar del Código.

#### **a) Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

La Cuarta Disposición Final y Transitoria constituye una de las novedades más importantes que trajo consigo la Constitución de 1993, de acuerdo a la cual:

*«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».*

La importancia de esta disposición radica en el hecho de ser el único criterio de interpretación de los derechos fundamentales consagrado de forma expresa en la Constitución. Se trata, además, de un mandato obligatorio a todos los operadores jurídicos, quienes al momento de analizar cualquier tema que se relacione con estos derechos deben tomar en consideración en forma imperativa lo señalado en las normas internacionales.

El Tribunal Constitucional ha ampliado los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria. En este sentido ha señalado:

*«(la) interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, haya realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región»<sup>(33)</sup> (subrayado nuestro).*

En consecuencia, todo análisis sobre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución debe llevarse a cabo de acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, si se presenta una demanda de Inconstitucionalidad contra una norma por considerarse que lesiona algún dere-

---

<sup>(33)</sup> Sentencia del Expediente 218-02-HC/TC, publicada el 3 de agosto del 2002.

cho reconocido en la Constitución, el Tribunal deberá confrontar esa norma con lo dispuesto en la Carta Política y en las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista (Expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003). En varias de las secciones de esta decisión existen importantes referencias al Derecho Internacional al momento de evaluar la compatibilidad de las normas impugnadas con los derechos reconocidos en la Constitución.

Por lo tanto, las normas internacionales sobre derechos humanos se incorporan como parámetro para analizar la constitucionalidad de las normas internas como consecuencia de lo dispuesto en la Carta de 1993. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional llevó a la práctica este mandato constitucional y extendió los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria a la obligación de observar las decisiones y la jurisprudencia internacional. El Código Procesal Constitucional ha recogido esta tendencia –aunque en parte pues alude únicamente a los tribunales internacionales– al señalar lo siguiente en el artículo V del Título Preliminar:

*«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» (subrayado nuestro).*

Se cuenta, por lo tanto, con una ampliación normativa y otra jurisprudencial sobre los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Sería importante que a través de una reforma constitucional, dicha precisión quede consagrada en la norma suprema del ordenamiento jurídico.

#### **b) Leyes sobre las competencias y atribuciones de los órganos del Estado**

Para evaluar la constitucionalidad de una norma el Código hace referencia asimismo a las «leyes» emitidas para «determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado», siempre que las mismas se encuentren «dentro del marco constitucional». En sentido estricto, estas normas son las denominadas «Leyes Orgánicas», a través de las cuales, por mandato del artículo 106° de la Carta de 1993, «se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución». Asimismo, consideramos incluido en este ámbito al Reglamento del Congreso, que formalmente no es una «Ley Orgánica»

pero cuyo contenido abarca el desarrollo de las «competencias y atribuciones» de este órgano constitucional.

## **IX. TIPOS DE SENTENCIA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Las sentencias en los procesos de Inconstitucionalidad pueden ser de diferente tipo, siendo las más comunes aquéllas en donde se declara la constitucionalidad o Inconstitucionalidad de una norma. Pero existen además otro tipo de decisiones en las que, ante normas que se presentan como incompatibles con la Constitución, se busca evitar que se declare su Inconstitucionalidad, a fin de no crear vacíos normativos, garantizar la seguridad jurídica, etc.; lo cual se consigue a través de una interpretación creativa de las normas impugnadas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional del Perú:

*«el uso de ese tipo de sentencias radica en el principio de la conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, (tienen en cuenta) el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica»<sup>(34)</sup>.*

En esta sección expondremos los alcances generales de estas novedosas decisiones, a las que se les denomina generalmente como «sentencias interpretativas»<sup>(35)</sup>, aunque también existen otras formas de identificarlas, lo cual depende del contenido de la sentencia. Aquí les daremos una denominación general, en razón de su contenido, a fin de evitar confusiones basadas en su *nomen juris*.

### **1. Sentencias que condicionan a una determinada interpretación la compatibilidad de una norma con la Constitución**

En este tipo de sentencias se establecen pautas sobre cómo debe ser interpretada una norma para que sea considerada compatible con la Constitución. En

---

<sup>(34)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 35.

<sup>(35)</sup> Un texto de especial interés sobre este tema es el del jurista español Francisco Javier Díaz Revorio, *La interpretación constitucional de la ley (Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional)*, Palestra editores, Lima, 2003. Asimismo importante es el libro editado por Eliseo AJA, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998.



estos casos, la constitucionalidad de una norma queda condicionada a que sea interpretada de una manera determinada, por lo que si es interpretada de otra manera, la norma será considerada inconstitucional.

Estas sentencias son muy frecuentes en el Derecho Comparado. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia tuvo oportunidad de analizar una demanda de Inconstitucionalidad presentada contra una norma que permite al Presidente de la República utilizar los servicios de televisión para dirigirse al país «*en cualquier momento y sin ninguna limitación*». En su decisión, la Corte declaró compatible con la Constitución la expresión «*en cualquier momento*», siempre que se interprete que el sentido de la intervención del Presidente en la televisión será sobre asuntos urgentes de interés público relacionados con el ejercicio de sus funciones. Para la Corte, una interpretación distinta implicaría permitir un abuso del Jefe de Estado en el uso de los medios de comunicación, lo que afectaría la libertad de expresión<sup>(36)</sup>.

El Tribunal Constitucional peruano, al referirse a este tipo de sentencias, ha precisado que a través de ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que 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 establece que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se le interprete en el sentido que es conforme con la Constitución<sup>(37)</sup>.

Este razonamiento del Tribunal concuerda con lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Segunda Disposición Final de la LOTC, según las cuales «los jueces y tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional». Aunque redactada para precisar los alcances de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas jurídicas, previsto en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, ambas disposiciones dejan en claro que los tribunales deben optar por buscar la vigencia de las normas y sólo dejarlas sin efecto cuando no sea posible encontrar una interpretación que permita hacerlas compatibles con el ordenamiento constitucional.

En su pronunciamiento sobre la demanda de Inconstitucionalidad contra la legislación antiterrorista, el Tribunal Constitucional empleó este tipo de decisio-

---

(36) Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1172/2001, del 8 de noviembre del 2001.

(37) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 29.

nes. En esta decisión, por ejemplo, interpretó los alcances del delito penal de terrorismo previsto en el Decreto Ley 25475, a efectos de que sea compatible con el principio de legalidad consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal f) de la Constitución<sup>(38)</sup>. Al finalizar su análisis sobre este tema el Tribunal señaló:

*«Así precisado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad. Desde luego, una interpretación distinta de la que se acaba de exponer, que amplíe el alcance de la prohibición penal por encima de los límites trazados (...), resultaría contraria al principio de legalidad»<sup>(39)</sup>.*

## 2. Sentencias aditivas

En algunos procesos la norma impugnada resulta inconstitucional porque en ella se omitió señalar algo, motivo por el cual el Tribunal incorpora dentro de dicha norma la palabra o frase omitida, salvando de esa forma la Inconstitucionalidad.

Eguiguren define estas sentencias como aquellas que resultan «del examen que realiza el Tribunal Constitucional de una norma cuya redacción cuenta con un contenido normativo *menor* del exigible constitucionalmente»<sup>(40)</sup>. Por su parte, Díaz Revorio considera que este tipo de sentencias «introducen la regulación que el legislador ha omitido, o extienden la regulación resultante de la disposición a otros supuestos»<sup>(41)</sup>. Sobre estas sentencias, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado:

*«(...) mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la Inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (...) que era necesario que se previera para que ella*

<sup>(38)</sup> El artículo en mención señala: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)».

<sup>(39)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 59.

<sup>(40)</sup> Eguiguren Praeli, Francisco. «Efectos de las sentencias sobre Inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional». En: *Estudios Constitucionales*, ARA Editores, Lima, 2002, página 402.

<sup>(41)</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores Superiores y actividad interpretativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, página 356.

*resulte conforme con la Constitución. En tal caso, no se declara la Inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de Inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido»<sup>(42)</sup>.*

Eguiguren menciona tres reglas a seguir para que pueda dictarse una sentencia aditiva<sup>(43)</sup>:

- El enunciado legal sujeto a control no debe permitir que se deduzca de su contenido distintas interpretaciones, entre las cuales se podría escoger la adecuada;
- Estas sentencias sólo deben utilizarse cuando la expulsión de la norma pueda resultar demasiado gravosa para el ordenamiento jurídico; y,
- Estas sentencias no deben utilizarse cuando para llenar el «vacío legal» existan diferentes alternativas normativas viables, pues en estos casos corresponde al legislador ordinario esa elección.

En su sentencia sobre la legislación antiterrorista, el Tribunal Constitucional ha hecho uso de este tipo de decisiones. En este sentido, al considerar que la norma sobre el tipo penal de terrorismo presentaba una grave omisión, el mismo Tribunal incorporó la palabra «intencionalmente» a dicha norma, a efectos de salvar su Inconstitucionalidad. Al respecto señaló:

*«(...) el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase «El que provoca, crea o mantiene», en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, (...) subsistirá con el mismo texto, con el (siguiente) sentido interpretativo (...): «El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)»<sup>(44)</sup>.*

---

(42) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 30.

(43) Eguiguren, Francisco. Ob. cit., páginas 403-404.

(44) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 65. Algunos analistas sostienen que la incorporación de la expresión «intencionalmente» al tipo penal de terrorismo era innecesaria, por cuanto las normas generales del Código Penal señalan que todos los delitos son intencionales salvo cuando expresamente se establezca algo distinto. Ver al respecto la exposición de José Ugaz en el Foro «El Tribunal Constitucional y la legislación antiterrorista», publicada en la sección *Jurisprudencia Constitucional* del sitio web de la Comisión Andina de Juristas ([www.cajpe.org.pe](http://www.cajpe.org.pe)).

Las sentencias aditivas no han estado exentas de críticas en el Derecho Comparado, sobre todo porque se considera que a través de ellas, los órganos de control constitucional estarían asumiendo funciones propias de los órganos legislativos. Una crítica similar ocurre con las sentencias sustitutivas, que se mencionan a continuación.

### 3. Sentencias sustitutivas

En estas sentencias se declara inconstitucional la norma impugnada y se señala la regla que debe sustituirla para que sea conforme con la Constitución. Sobre estas decisiones, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que se componen de dos partes: «una que declara la Inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la *reconstruye*»<sup>(45)</sup>.

Al igual que en el caso de las sentencias aditivas, las sentencias sustitutivas han sido cuestionadas porque en ellas el Tribunal no se limita a su rol tradicional de controlar la constitucionalidad de las normas sino que además realiza una labor «normativa». Sin embargo, para el Tribunal Constitucional peruano ambos tipos de decisiones «*no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico «escribiendo» y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo*»<sup>(46)</sup>.

### 4. Sentencias que exhortan la aprobación de una nueva legislación (sentencias exhortativas)

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que en virtud de este tipo de sentencias, «*al advertirse una manifestación de Inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, (...) el Tribunal sólo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado)*»<sup>(47)</sup>.

En estos casos existe una norma que es inconstitucional pero la sentencia respectiva no dispone su expulsión del ordenamiento jurídico, dado que tal medida podría originar graves perjuicios, optándose por exhortar al Congreso para que realice las modificaciones normativas respectivas de acuerdo a los lineamientos que señale la sentencia. De acuerdo a César Landa Arroyo, la mayoría del Con-

---

<sup>(45)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 31.

<sup>(46)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 31.

<sup>(47)</sup> Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 32.

greso debe ser receptiva a tales directrices, «para que los legisladores configuren mejor la norma cuestionada, que aún sigue vigente»<sup>(48)</sup>. Sin embargo, hay autores que discrepan de este tipo de decisiones<sup>(49)</sup>.

Como ejemplo de esta clase de sentencias se puede citar la decisión del Tribunal Constitucional en la que se pronunció sobre la cadena perpetua. En su sentencia, el Tribunal consideró inconstitucional esta sanción penal pero entendió que esto no lo autorizaba a declarar la invalidez de la disposición en cuestión, «pues tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la Inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se busca remediar»<sup>(50)</sup>. En este sentido, exhortó al Congreso para que, dentro de un plazo razonable, dicte una legislación sobre la cadena perpetua, a fin de que la misma, entre otros aspectos, pueda tener un límite, dado que su carácter atemporal fue una de las principales críticas en su contra.

Con posterioridad a esta sentencia se expidió el Decreto Legislativo 921, por medio del cual el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades delegadas por el Congreso mediante la Ley 27913, realizó una serie de cambios al régimen jurídico de la cadena perpetua, estableciendo un procedimiento de revisión de la pena cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad.

## X. INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONEXAS

Las demandas de Inconstitucionalidad se presentan contra el texto íntegro de una ley o contra algunas de sus disposiciones. En cualquier caso, si una norma es declarada inconstitucional, el efecto de esta decisión puede implicar la Inconstitucionalidad de otras. El artículo 38° de la anterior LOTC abordaba este tema de la siguiente manera:

*«Cuando la sentencia (del Tribunal) declara la Inconstitucionalidad de un dispositivo de la norma impugnada, declara igualmente la de aquellos otros preceptos de la misma norma a los que debe extenderse por conexión o consecuencia y que hayan sido materia de la causa».*

(48) Landa Arroyo, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, página 147.

(49) Ver al respecto García Belaunde, Domingo. «¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?» En *Revista Jurídica del Perú*, N° 55, marzo/abril del 2004, Editora Normas Legales, pp. 79-88.

(50) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 190.

A través de sus decisiones, el Tribunal Constitucional peruano ha ampliado los alcances de la «Inconstitucionalidad de normas conexas» a supuestos diferentes a los previstos en este artículo. Al respecto se puede citar la sentencia del Expediente 022-96-I/TC (publicada el 11 de mayo del 2001), en la cual el Tribunal declaró fundada en parte la demanda de Inconstitucionalidad presentada contra leyes sobre procesos de expropiación para fines de reforma agraria y bienes calificados como inembargables. En esta sentencia, el Tribunal declaró inconstitucionales varias disposiciones de las leyes impugnadas y señaló la obligación de todas las autoridades judiciales de declarar inconstitucional cualquier otra norma que vaya en contra de la interpretación constitucional contenida en la sentencia. Para fundamentar su decisión, el Tribunal hizo referencia al artículo 35° y a la Primera Disposición General de la anterior LOTC, referidos a los efectos de la sentencia en los procesos de Inconstitucionalidad y la obligación de los jueces de interpretar las normas jurídicas de conformidad a lo dispuesto por el Tribunal, respectivamente. El razonamiento fue el siguiente:

*«(...) por otro lado y aunque resulte obvio decirlo, las sentencias del Tribunal Constitucional asumen carácter plenamente vinculante respecto de los demás poderes públicos, conforme lo precisa el Artículo 35° de la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este solo hecho supone que aunque pudieran existir otras normas jurídicas no declaradas inconstitucionales por este Colegiado, ello no significa que los efectos de esta sentencia pudieran perder vigencia frente a normas en alguna forma conexas con el asunto de fondo discutido en el presente proceso. Emitida esta sentencia y declaradas inconstitucionales las normas objeto de impugnación, quedan carentes de sustento jurídico todas aquellas que pudieran resultar incompatibles con la misma, siendo obligación de los demás poderes públicos, y especialmente de la Magistratura ordinaria, acatar los efectos de esta sentencia de acuerdo a la Primera Disposición General de la misma Ley Orgánica N° 26435 (LOTC) cuyo texto dispone: Los jueces y Tribunales 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 en todo tipo de procesos» (subrayado nuestro).*

De esta interpretación se puede deducir que la «Inconstitucionalidad de normas conexas» no sólo se refiere a otras disposiciones que formen parte de un mismo cuerpo jurídico (como lo establecía el citado artículo 38° de la anterior LOTC), sino a cualquier otra que exista en el ordenamiento normativo. El artículo 78° del Código Procesal Constitucional parece validar este supuesto pues presen-

ta una redacción más directa y menos restrictiva sobre la Inconstitucionalidad de normas conexas, en tanto establece lo siguiente:

*«La sentencia que declare (...) la Inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia».*

Es interesante anotar que en la sentencia del Tribunal que hemos citado no se especifica cuáles serían aquellas otras normas que, a pesar de no haber sido invocadas en la demanda, resultarían igualmente inconstitucionales. A su consideración, esta labor corresponde al Juez ordinario, quien tendría que determinarlas, a partir de confrontar tales normas con la decisión del Tribunal. Sin embargo, entendemos que debe ser el mismo Tribunal el encargado de hacer esta precisión pues tanto la anterior LOTC como el Código señalan que esto debe constar en la *sentencia* correspondiente. Esto no impide por cierto que los jueces tomen en cuenta la sentencia del Tribunal para analizar la constitucionalidad de una norma y hacer uso de su facultad de control difuso.

#### **XI. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD**

Los efectos en el tiempo de una sentencia emitida en un Proceso de Inconstitucionalidad constituye un tema de especial importancia, respecto al cual cada ordenamiento jurídico asume una posición, ya sea a nivel constitucional, legal o jurisprudencial. La Constitución peruana de 1993 señala en el artículo 204° lo siguiente:

*«La sentencia del Tribunal que declara la Inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.*

*No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal».*

El artículo 35° de la anterior LOTC señalaba lo siguiente:

*«Las sentencias recaídas en los procesos de Inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación(...)»*  
(subrayado nuestro).

Con alcances similares, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 81°:

*«Las sentencias fundadas recaídas en el Proceso de Inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación»* (subrayado nuestro).

En consecuencia, las sentencias del Tribunal Constitucional peruano no tienen efectos retroactivos (*ex tunc*) sino hacia el futuro (*ex nunc*). Sin embargo, existen excepciones a esta regla general, las que han sido establecidas a nivel legal y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## 1. Retroactividad en materia tributaria

El último párrafo del artículo 74° de la Constitución de 1993 señala:

*«No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación del principio de reserva de ley, de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona».*

De acuerdo a una interpretación literal de este artículo, si el Tribunal declara inconstitucional una norma tributaria por afectar los principios mencionados en el artículo 74° de la Constitución, se podría entender que esa norma jamás debió generar efecto alguno, por lo que la declaratoria de Inconstitucionalidad debería tener efectos retroactivos. Sobre este tema, la anterior LOTC contenía dos disposiciones:

- En el artículo 36° (segundo y tercer párrafo) establecía: *«Cuando se declare la Inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del Artículo 74° de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo.*

*Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».*

- En el artículo 40° (primer párrafo) señalaba: *«Las sentencias declaratorias de Inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el (...) último párrafo del artículo 74° de la Constitución»* (subrayado nuestro).



Con alcances similares, el Código Procesal Constitucional establece las siguientes disposiciones:

- *En el artículo 81º, segundo párrafo, señala: «Cuando se declare la Inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74º de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».*
- *En el artículo 83º, primer párrafo, señala: «Las sentencias declaratorias de (...) Inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en (...) el último párrafo del artículo 74 de la Constitución» (subrayado nuestro).*

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la retroactividad en materia tributaria. En una ocasión consideró que las especiales características del impuesto establecido a los juegos de casino y máquinas tragamonedas, analizadas en forma conjunta, hacían que éste resultase confiscatorio y, por lo tanto, contrario al artículo 74º de la Constitución<sup>(51)</sup>. En su sentencia señaló los alcances de su decisión respecto a los cobros realizados durante la vigencia de la norma tributaria declarada inconstitucional. En este sentido precisó:

*«El Tribunal debe, además, pronunciarse respecto a los efectos de esta declaración de Inconstitucionalidad, en el lapso que dicho régimen tributario estuvo vigente, conforme a lo dispuesto en el artículo 36º (de su) Ley Orgánica y arreglando su decisión, especialmente, a los principios de justicia, razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, y con pleno respeto a la función legislativa del Congreso de la República.*

*Es obvio, por un lado, que la declaración de Inconstitucionalidad del régimen tributario aludido ocasionará un vacío legal. Por otro lado, también resulta claro que el Congreso de la República suplirá ese vacío con una nueva normatividad tributaria, ajustada a la Constitución y a esta sentencia del Tribunal.*

*En consecuencia, las situaciones jurídicas y los efectos producidos por el régimen tributario que este fallo declara inconstitucional, se sujetarán a las reglas siguientes:*

---

(51) Entre otros aspectos, el artículo 74º de la Constitución señala que «ningún tributo puede tener efecto confiscatorio».

- a. *Las deudas acumuladas en relación con la alícuota del 20% del llamado impuesto a la explotación (de los juegos de casino y máquinas tragamonedas), se reducirán al monto que, según la ley que cubra el vacío legal creado, resulte exigible.*
- b. *Los montos pagados en aplicación de la mencionada alícuota que excedieren el monto que la nueva ley establezca, serán considerados como crédito tributario.*
- c. *De concurrir, respecto del mismo contribuyente, deudas y créditos, ellos se compensarán entre sí, y de quedar un saldo será considerado como deuda acumulada o como crédito tributario, según el caso»<sup>(52)</sup>.*

## **2. Retroactividad benigna en materia penal**

El segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución de 1993 señala:

*«Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».*

La anterior LOTC señalaba en su artículo 40°:

*«Las sentencias declaratorias de Inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del Artículo 103 (...) de la Constitución» (subrayado nuestro).*

Con alcances similares el Código Procesal Constitucional señala en el artículo 83°:

*«Las sentencias declaratorias de (...) Inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° (...)» (subrayado nuestro).*

Una interpretación concordante entre el artículo 103° de la Constitución y el Código permite afirmar que la decisión del Tribunal por medio de la cual se de-

---

<sup>(52)</sup> Sentencia del Expediente 009-2001-I/TC, publicada el 2 de febrero de 2002, fundamento 16.

clara inconstitucional una norma puede tener efectos retroactivos respecto a los procesos penales en donde fue aplicada, a fin de favorecer a las personas involucradas en estos procesos. En este sentido, los efectos de las sentencias del Tribunal pueden tener efectos retroactivos si se trata de una retroactividad benigna en materia penal.

Al respecto resulta ilustrativo mencionar una norma similar que existe en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, la misma que podría servir como referencia para una reforma a nuestra legislación sobre la materia, por cuanto resulta más precisa y completa. En el artículo 40,1, la mencionada ley señala:

*«Las sentencias declaratorias de la Inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»* (subrayado nuestro).

Otro supuesto relacionado con la retroactividad benigna en materia penal es el de las sentencias del Tribunal en las cuales no se declara la Inconstitucionalidad de una norma, sino que se establece la forma en que la misma debe ser interpretada para que pueda considerarse compatible con la Constitución<sup>(53)</sup>. En este sentido, los procesos penales anteriores a la sentencia del Tribunal deberán adecuarse a la interpretación realizada por este órgano sobre las normas aplicadas en dichos procesos.

Esto ocurrió a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista. En este caso, el tipo penal de «terrorismo», previsto en el artículo 2º del Decreto Ley Nº 25475, fue considerado como compatible con la Constitución, siempre y cuando se interprete de conformidad con los lineamientos señalados por el Tribunal en su sentencia<sup>(54)</sup>. La legislación posterior que se emitió sobre este tema, estableció el procedimiento a seguir para adecuar los procesos anteriores a lo dispuesto en la decisión del Tribunal. En este sentido, el Decreto Legislativo 922 (publicado el 12 de febrero del 2003) señala en el artículo 10:

---

(53) Sobre este tipo de sentencia, ver la sección IX, numeral 1, del presente trabajo.

(54) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC. La interpretación del Tribunal sobre el delito de terrorismo se encuentra entre los fundamentos 43-78.

*«La Sala Nacional de Terrorismo, de oficio o a solicitud de parte, podrá revisar las sentencias condenatorias que aplicaron el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, siempre que se haya adoptado una interpretación de la citada norma contraria a la establecida en los fundamentos N° 55 a 78 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 010-2002-AI/TC» (subrayado nuestro).*

### **3. Postergación de los efectos de la sentencia: la *vacatio sententiae***

La Constitución de 1993 (artículo 204°) señala:

*«La sentencia del Tribunal que declara la Inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto» (subrayado nuestro).*

El artículo 35° de la anterior LOTC señalaba lo siguiente:

*«Las sentencias recaídas en los procesos de Inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación(...)» (subrayado nuestro).*

Con alcances similares, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 81°:

*«Las sentencias fundadas recaídas en el Proceso de Inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación» (subrayado nuestro).*

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que puede postergar los efectos de su decisión en el tiempo.

La primera ocasión en que el Tribunal prorrogó tales efectos fue en su sentencia sobre la legislación antiterrorista, en la cual declaró inconstitucional el tipo penal de «traición a la patria». En este caso, los efectos de la sentencia no se produjeron al día siguiente de su publicación. De haber ocurrido esto, las personas condenadas por el delito declarado inconstitucional hubieran podido salir en libertad, pues dicho ilícito penal dejó de formar parte del ordenamiento jurídico.

Al respecto, el Tribunal dispuso una *vacatio sententiae*, es decir, una postergación de los efectos de su decisión, a fin de que «*el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria*»<sup>(55)</sup>. En este sentido señaló que su sentencia no anulaba automáticamente «*los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos (...) declarados inconstitucionales*»<sup>(56)</sup>.

Al fundamentar esta decisión, el Tribunal señaló que las normas que permiten la retroactividad benigna de sus decisiones en materia penal –la referencia concreta es el artículo 40º de la anterior LOTC– no limitan la posibilidad de que pueda «modular los efectos en el tiempo de su decisión». Sin embargo, no se pronunció sobre la compatibilidad entre esta opción y las normas constitucionales que regulan esta materia.

El Tribunal también prorrogó los efectos de su decisión en su pronunciamiento sobre la justicia militar, a propósito de las demandas de Inconstitucionalidad contra Ley Orgánica de Justicia Militar (Decreto Ley 23201) y el Código de Justicia Militar (Decreto Ley 23214). En este caso consideró inconstitucionales varias normas relacionadas con la estructura y funcionamiento de la justicia militar, por atentar contra las garantías del debido proceso. Esto planteó el problema de qué hacer ante aquellos casos que ya habían sido resueltos por los tribunales castrenses. Ante esta situación, prorrogó los efectos de su decisión por un lapso de 12 meses, contados a partir de la publicación de la sentencia (30 de octubre de 2004). El objetivo de esta prórroga fue explicado por el Tribunal de la siguiente manera:

*«Dicho lapso permitirá que, en atención a la protección del derecho fundamental a la libertad personal, el legislador regule, en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de nuevos procesos penales militares para los sentenciados por la jurisdicción militar, por delitos de función, siempre que actualmente se encuentren sufriendo penas privativas o restrictivas de la libertad»* (fundamento 89, subrayado nuestro).

La consecuencia de esta prórroga también es explicada por el Tribunal, al precisar que su sentencia «*no anula automáticamente los procesos judiciales de*

---

(55) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 230, primer párrafo.

(56) Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 230, segundo párrafo.

*aquellos militares que hubiesen sido condenados por los órganos de la jurisdicción militar. Tampoco se deriva de sus efectos que dichos sentenciados no puedan ser juzgados nuevamente por los delitos de función» (fundamento 92).*

De esta manera, al igual que pasó con la sentencia sobre la legislación antiterrorista, la decisión del Tribunal no tuvo efectos desde el día siguiente de su publicación y los alcances retroactivos de su fallo respecto de las personas condenadas en violación de las garantías procesales mínimas, quedaron condicionados a que transcurran doce meses, vencidos los cuales «los procesos penales militares en los cuales se hayan aplicado las normas consideradas inválidas, pueden ser revividos», siendo lo adecuado que estos nuevos procesos se lleven a cabo con las nuevas normas que se aprueben.

## **XII. FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES EN LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Las sentencias emitidas en los procesos de Inconstitucionalidad tienen carácter vinculante. En este sentido, si una norma es declarada compatible con la Constitución, sigue vigente y debe ser cumplida por todos. Por el contrario, si una norma es considerada incompatible con la Constitución, se produce su expulsión del ordenamiento jurídico y nadie puede invocarla para generar algún efecto jurídico<sup>(57)</sup>.

Al igual que la anterior LOTC (artículo 37°, primer párrafo), el Código Procesal Constitucional aborda este tema al otorgar el valor de *cosa juzgada* a las decisiones del Tribunal Constitucional en los procesos de Inconstitucionalidad (artículo 82°, primer párrafo). Asimismo señala dos precisiones importantes:

- a) La «*declaratoria de Inconstitucionalidad (...) de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo*» (artículo 82°, tercer párrafo). En este caso el Código presenta una redacción poco clara, idéntica a la contenida en la anterior LOTC (artículo 37°, tercer párrafo), pues si una norma es declarada inconstitucional por vicios de forma, la misma deja de formar parte del ordenamiento jurídico, por lo que no tendría sentido cuestionarla posteriormente por razones de fondo. Quizá la intención del legislador fue establecer que si una demanda de Inconstitucionalidad contra una norma por vicios de forma es desestimada, eso no impide cuestionarla posteriormente por razones de fondo.

<sup>(57)</sup> El artículo 83° del Código Procesal Constitucional señala que por la declaración de Inconstitucionalidad de una norma «no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado». El artículo 40° de la anterior LOTC, segundo párrafo, contenía idéntico precepto.

- b) La sentencia que declara infundada una demanda de Inconstitucionalidad contra una norma impide la interposición de nueva demanda contra ésta, fundada en idéntico precepto constitucional. Es decir, si en un proceso una norma es declarada compatible con una determinada disposición de la Constitución, eso no impide que pueda ser cuestionada en otro proceso por considerarse incompatible con otra disposición constitucional. Esta situación se encontraba prevista en la anterior LOTC (artículo 37º, segundo párrafo) y ha sido mantenida en el Código Procesal Constitucional, pero de un modo indirecto, pues se desprende de una interpretación a contrario del artículo 104º inciso 2, que establece que es posible rechazar de plano una demanda de Inconstitucionalidad «cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de Inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo».

Corresponde aquí señalar que en el caso de las sentencias que declaran inconstitucional una norma, el Derecho Comparado nos da cuenta de ordenamientos jurídicos en donde se prohíbe emitir una nueva norma con un contenido idéntico al de aquella que fue declarada inconstitucional. Así por ejemplo, el artículo 242º de la Constitución de Colombia señala:

*«Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado (inconstitucional) por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución».*

Si bien una disposición como ésta es la lógica consecuencia del carácter de cosa juzgada de las sentencias que declaran inconstitucional una norma, podría ser útil incorporarla en el ordenamiento jurídico peruano, pues se han presentado casos en los que, luego de que el Tribunal declaró inconstitucional una norma, se expedieron disposiciones que, aunque no eran iguales en sentido literal, generaban los mismos efectos. A pesar de la inexistencia de una norma al respecto, el Tribunal ha señalado que sus sentencias tienen carácter de cosa juzgada material, por lo que son prohibitivas de la expedición y/o mantenimiento en vigencia de cualquier otra norma de contenido análogo a las que ha declarado inconstitucionales<sup>(58)</sup>.

El efecto vinculante de las decisiones emitidas en los procesos de Inconstitucionalidad presenta especiales características respecto a los tribunales ordinarios, los que no pueden inaplicar una norma que ha sido declarada por el

---

(58) Sentencia del Expediente 024-96-AI/TC, publicada el 26 de abril del 2001, fundamento 6.

Tribunal como compatible con la Constitución. Asimismo, deben adecuar su interpretación de las normas a lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución. Al respecto el Código Procesal Constitucional señala lo siguiente en su Título Preliminar (artículo VI, segundo y tercer párrafo):

*«Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un Proceso de Inconstitucionalidad (...).»<sup>(59)</sup>*

*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»<sup>(60)</sup>.*

En general, todas las disposiciones mencionadas en esta sección buscan establecer un orden en el sistema jurídico peruano a partir del cumplimiento de las decisiones que se emitan en los procesos de Inconstitucionalidad.

### **XIII. NÚMERO DE VOTOS PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAL UNA NORMA**

El número de votos necesario para que el Tribunal Constitucional declare la Inconstitucionalidad de una norma es un tema especialmente interesante, por cuanto su regulación original dio lugar a serios problemas, pues exigía seis (6) votos conformes de un total de siete (7) integrantes del Tribunal para que se declare fundada una demanda de Inconstitucionalidad. Actualmente sólo se requieren cinco (5) votos. En esta sección describimos el tránsito entre una y otra opción, no sin antes precisar que este tema no se aborda en el Código Procesal Constitucional sino en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

#### **1. La disposición original de la anterior LOTC (y sus problemas de aplicación)**

El texto original del artículo 4º de la anterior LOTC establecía que para declarar inconstitucional una norma se requerían seis (6) votos conformes de un

---

<sup>(59)</sup> El artículo 39º, primer párrafo, de la anterior LOTC contenía una norma similar, cuyo texto era el siguiente: «Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal (Constitucional)».

<sup>(60)</sup> La Primera Disposición General de la anterior LOTC contenía una norma similar, cuyo texto era el siguiente: «Los Jueces y Tribunales 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 en todo tipo de procesos». Una norma similar se encuentra en la Segunda Disposición Final de la nueva LOTC.



total de siete (7) magistrados del Tribunal. De no alcanzarse, la demanda se declaraba infundada.

Esta disposición fue muy cuestionada por parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, pues se consideró que constituía un impedimento para el correcto desempeño del Tribunal como órgano de defensa de la Constitución<sup>(61)</sup>. Entre otros argumentos, se señaló que bastaba que dos (2) magistrados del Tribunal voten a favor de declarar constitucional una norma, para que esta posición minoritaria se impusiera sobre la voluntad de los otros cinco (5) magistrados de declararla inconstitucional.

Esta argumentación cobró aún más fuerza cuando se procedió a la primera elección de los magistrados del Tribunal Constitucional en abril de 1996, en la que fueron elegidas dos personas consideradas muy cercanas al gobierno del ex presidente Fujimori. Con este hecho, los argumentos jurídicos contra el artículo 4° de la anterior LOTC se vieron respaldados por una situación política concreta.

Los problemas de este artículo 4° se manifestaron desde las primeras decisiones del Tribunal. Si bien se alcanzaron los seis votos conformes, e incluso la unanimidad para declarar inconstitucionales varias normas<sup>(62)</sup>, los problemas se presentaron cuando tuvo que emitir decisiones sobre normas de especial importancia para la coyuntura política de aquella época. Se pueden citar al respecto los siguientes casos:

---

(61) Puede verse al respecto: Sagüés, Néstor Pedro. «Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú». En: *La Constitución de 1993: análisis y comentarios III*, Serie: Lecturas sobre temas constitucionales N° 12, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996, pp. 103-112. Un testimonio importante sobre los problemas originados por esta norma es el de Manuel Aguirre Roca, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional que fuera arbitrariamente destituido de su cargo en 1997, plasmado en su artículo «Nacimiento, vía crisis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú». En: *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Serie: Lecturas sobre temas constitucionales N° 13, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, pp. 115-145.

(62) Así por ejemplo, desde el inicio de sus actividades en junio de 1996 hasta la destitución de tres de sus miembros en 1997, el Tribunal alcanzó la unanimidad de votos para declarar la Inconstitucionalidad de un conjunto de disposiciones transitorias y finales de la Ley 26623 (Ley del Consejo de Coordinación Judicial); la Inconstitucionalidad parcial de la ley 26599 (que modificó el artículo 648° del Código Procesal Civil, sobre la inembargabilidad de los bienes del Estado); la Inconstitucionalidad del artículo 10° del Decreto Ley 25967 (sobre seguridad social); la Inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 817 (Ley de Régimen Previsional a cargo del Estado) y la Inconstitucionalidad parcial del artículo 337° del Código Civil (sobre la sevicia, injuria grave y conducta deshonrosa como causales de separación).

- Sentencia del Expediente 001-96-I/TC (publicada el 6 de noviembre de 1996): En este proceso se impugnaron diversas disposiciones de la Ley 26623, que creó el denominado Consejo de Coordinación Judicial. Esta ley contenía una serie de disposiciones transitorias que fueron consideradas como atentatorias contra la autonomía del Poder Judicial y el Ministerio Público. Esta fue la primera sentencia del Tribunal en un Proceso de Inconstitucionalidad, y en ella se declaró fundada en parte la demanda. Sin embargo, existió un voto singular conjunto de cinco (5) magistrados del Tribunal en el que dejaron constancia de que a su consideración existían varios otros preceptos de la Ley 26623 que debieron declararse inconstitucionales, pero que no pudo hacerse en tanto no se alcanzaron los seis (6) votos exigidos por el cuestionado artículo 4º de la anterior LOTC.
  
- Sentencia del Expediente 003-96-I/TC (publicada el 25 de diciembre de 1996): En este proceso se impugnó la Ley 26592, por medio de la cual se estableció la necesidad de contar con la aprobación del Congreso para que se realice una consulta popular a través del referéndum. Esta ley fue aprobada cuando un grupo importante de ciudadanos promovía una consulta popular sobre la ley que autorizaba una nueva reelección presidencial para el año 2000 del ex presidente Fujimori. En los fundamentos de esta sentencia se aprecian claramente las razones por las cuales la norma resultaba inconstitucional, argumentos respaldados por cinco (5) magistrados del Tribunal. Sin embargo, en la parte resolutive del fallo tuvo que señalarse lo siguiente: «Que, al no haberse obtenido seis (6) votos conformes para declarar inconstitucional la Ley 26592 exigidos por el artículo 4º de la (LOTC) este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus Miembros, a declarar infundada la demanda».

En consecuencia, la aplicación del sistema de votación previsto en el texto original del artículo 4º de la anterior LOTC dio a lugar a que en la práctica se presenten casos en donde la mayoría de los magistrados argumentaban por la Inconstitucionalidad de la norma impugnada, pero que finalmente eran resueltos considerando infundadas las demandas por no alcanzarse los seis votos conformes exigidos por la ley. El siguiente razonamiento del Magistrado Aguirre Roca, incluida en la primera sentencia del Tribunal a la que hemos hecho referencia, explica con claridad este panorama:

*«En los casos en que no se ha alcanzado la mayoría de los seis (06) votos exigidos por el artículo 4º de la Ley Orgánica de este Tribunal, pero en que sí se ha logrado una clara mayoría de cinco (05) votos a dos (02), favorable a la demanda, es decir, en el sentido de la Inconstitucionalidad de las (disposiciones) impugnadas, estimo (...) que no pueden declararse «constitucionales» dichas Disposiciones, ni infundada, por tanto, en esos extremos, la de-*

*manda, pues ello equivaldría a hacer prevalecer la opinión de la minoría sobre la de la mayoría, lo cual no sólo llevaría al absurdo de hacerle decir, al órgano colegiado, precisamente lo contrario de lo que piensa, permitiendo, de paso, que la opinión de sólo dos (02) de sus miembros triunfe sobre la de sus cinco (05) miembros restantes, como si el voto de unos magistrados tuviera más valor que el de los otros(...)*»<sup>(63)</sup>.

## **2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 4º de la anterior LOTC**

El artículo 4º de la anterior LOTC fue objeto de una demanda de Inconstitucionalidad, presentada por 36 congresistas, quienes argumentaron que dicha norma restringía «irrazonablemente el ejercicio del control constitucional al exigir seis votos para declarar inconstitucional una norma con rango de Ley e imponer, en caso de no alcanzar la referida mayoría calificada, que el Tribunal declare Infundada la demanda».

En su sentencia sobre este caso (Expediente 005-96-I/TC), publicada el 22 de diciembre de 1996, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, en una votación de cuatro (4) a favor de la norma y tres (3) en contra. Entre otros argumentos, el Tribunal señaló:

- Para declarar la Inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no a base de interpretaciones o deducciones controvertibles (fundamento 3).
- De un examen de la Constitución se constató que no existía ninguna disposición que en forma específica contravenga lo dispuesto en el artículo 4º de la LOTC, y tampoco existe en forma genérica una disposición que prescriba la forma de votación aplicable, como regla general, al caso de los órganos constitucionales colegiados (fundamento 2).

En esta sentencia hubo un voto singular conjunto de los magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo, quienes se pronunciaron por declarar fundada en parte la demanda. Entre sus argumentos señalaron que la norma en cuestión era inconstitucional e impedía «el cumplimiento del principal cometido que la Carta Magna ha querido confiar a este Tribunal Constitucional, cual es, como se sabe, el de resolver (las demandas de Inconstitucionalidad), mediante su opinión colegiada, y no, por cierto, mediante la de uno solo de sus miembros, o, todo lo más, la de dos de ellos» (fundamento 1 del voto singular conjunto).

---

(63) Voto singular del magistrado Aguirre Roca en la Sentencia del Expediente 001-96-I/TC, publicada el 6 de noviembre de 1996.

En mayo de 1997, como consecuencia de la sentencia sobre la ley que autorizaba una nueva reelección del ex presidente Fujimori para el año 2000, estos tres magistrados del Tribunal fueron destituidos en forma arbitraria de su cargo. En consecuencia, a partir de este suceso el Tribunal se vio imposibilitado de continuar conociendo y resolviendo las demandas de Inconstitucionalidad. Recién a finales del año 2000, en pleno proceso de retorno a la institucionalidad democrática de la mano del gobierno transitorio del Presidente Valentín Paniagua, los tres magistrados destituidos fueron reincorporados en sus cargos, por lo que el Tribunal comenzó nuevamente a ejercer su labor de defensa de la Constitución a través del Proceso de Inconstitucionalidad.

### 3. Reformas a la anterior LOTC

Luego de la reincorporación de los magistrados destituidos, el Tribunal Constitucional empezó a emitir nuevas sentencias en materia de procesos de Inconstitucionalidad.

A pesar de que todavía se mantenía el texto original del artículo 4° de la anterior LOTC, los casos en donde se declaró inconstitucional una norma contaron con el voto favorable de seis (6) magistrados e incluso en varios casos se alcanzó la unanimidad de votos. Tampoco se registraron casos en donde la aplicación del artículo 4° haya impedido que prevalezca la posición mayoritaria.

Estos datos dejan en claro que el texto original del artículo 4° de la anterior LOTC no configuraba, en una situación de normalidad institucional, un impedimento para que el Tribunal Constitucional realice sus labores, sino una exigencia calificada establecida por el legislador. Si bien esa norma reflejó la intención política de limitar la actuación del Tribunal, como de hecho ocurrió, una vez desaparecido este aspecto político, la norma puede ser plenamente justificada y no necesariamente inconstitucional.

El 12 de julio del 2002 fue publicada la Ley 27780, a través de la cual se modificó el artículo 4° de la anterior LOTC. A partir de esta norma, el Tribunal sólo requiere cinco votos conformes para declarar inconstitucional una norma. Esta opción ha sido ratificada en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301, publicada el 23 de julio del 2004), cuyo artículo 5° señala:

*«(...) El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de Inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la Inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exige cinco votos conformes» (subrayado nuestro).*

#### **XIV. REFLEXIONES FINALES**

El Proceso de Inconstitucionalidad es uno de los mecanismos que permite la defensa de la Constitución a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. La Constitución de 1993 lo contempla y asigna al Tribunal Constitucional la competencia para conocer y resolver, como instancia única, las demandas de Inconstitucionalidad. En la actualidad este proceso viene siendo bastante utilizado y las decisiones emitidas en el marco del mismo han contribuido sustancialmente a la interpretación de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales.

La Constitución y el Código Procesal Constitucional constituyen el marco normativo para el estudio y análisis del Proceso de Inconstitucionalidad. Dado que un conjunto de reformas sustantivas a este proceso requeriría cambios previos a nivel constitucional, existe mucha similitud entre la anterior regulación sobre la materia (prevista en la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y el nuevo Código.

Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para que el Tribunal, a través de su jurisprudencia, precise alcances importantes sobre este proceso. En este sentido, ha incorporado dentro del ámbito de su control constitucional a los decretos leyes y a las leyes de reforma constitucional; ha establecido diferentes tipos de sentencia para hacer compatible las normas impugnadas con la Constitución; ha precisado los efectos en el tiempo de sus decisiones y el cómputo del plazo para presentar una demanda de Inconstitucionalidad, así como los alcances del desistimiento de los demandantes. Asimismo, ha ampliado el parámetro o bloque de constitucionalidad a tomar en cuenta para evaluar la constitucionalidad de una norma, siendo significativo el uso que ha dado a las normas y decisiones internacionales sobre derechos humanos.

El análisis normativo y jurisprudencial sobre el Proceso de Inconstitucionalidad también deja en claro los límites de nuestro modelo de control constitucional, lo que permite proponer algunas modificaciones importantes, que en muchos casos exigen una reforma constitucional, como ocurre respecto a la ampliación de los sujetos legitimados para presentar una demanda de Inconstitucionalidad y la posibilidad de establecer un control previo por parte del Tribunal sobre aquellas normas especialmente relevantes –como las que desarrollan los derechos fundamentales y los tratados–. De especial importancia es, asimismo, establecer un conjunto de disposiciones específicas que refuercen el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal respecto a los demás órganos del Estado.

Desde esta perspectiva, el Proceso de Inconstitucionalidad, como un mecanismo de defensa de la supremacía normativa de la Constitución, requiere ser objeto de especial atención, a fin de llevar a cabo aquellas medidas que permitan reforzar el sistema de control constitucional en el Perú.

# BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES <sup>(\*)</sup>

EDGAR CARPIO MARCOS <sup>(\*\*)</sup>

*«La dificultad del Derecho Comparado consiste, principalmente, en que las palabras y las expresiones no tienen, forzosamente, el mismo sentido, ni siquiera cuando ha habido una transposición de la misma expresión de un Derecho a otro» <sup>(1)</sup>.*

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** El bloque de constitucionalidad: el caso francés. **III.** El bloque de constitucionalidad en España. **IV.** El bloque de constitucionalidad «de la» Corte Constitucional Colombiana. **V.** El bloque de constitucionalidad en el Perú. **VI.** Bloque de constitucionalidad y control de validez de las fuentes primarias. **VII.** El bloque de constitucionalidad y el Código Procesal Constitucional: ¿Caída de un fetiche?

---

(\*) Este trabajo, con ligeras variantes, corresponde a la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de San Cristobal de Huamanga, el 12 de junio de 2004, con ocasión de sus Bodas de Plata.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura.

(1) Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, Editorial Civitas, Madrid 1991, pág. 17.

## I. INTRODUCCIÓN

En el Estado constitucional de Derecho los límites que se imponen al legislador no provienen sólo de la Constitución. En efecto, la existencia de una pluralidad de órganos con competencias normativas de carácter primario ha generado que la Norma Suprema al sólo establecer pautas mínimas sobre su producción legislativa, reenvíe o encargue su desarrollo a diversas fuentes de jerarquía<sup>(2)</sup>.

Ciertamente este fenómeno se ha reflejado en la organización y funcionamiento de los diversos sistemas de justicia constitucional. Y es que si las fuentes con rango de ley ya no reciben sus límites sólo de la Constitución, entonces las tareas de control que se encomiendan a los tribunales constitucionales tampoco se pueden efectuar sólo desde lo que disponga la *lex legum*<sup>(3)</sup>.

En el Derecho Comparado, esta «ampliación» del parámetro de control, es decir, de las normas a partir de las cuales pueda determinarse la validez/invalidéz de las normas con rango de ley, se ha pretendido explicar a través de la expresión «bloque de constitucionalidad». Sin embargo, por muy loable que pueda ser ese propósito, ha de advertirse inmediatamente que, en diversos países de América Latina y algunos de Europa, con tal expresión se designan muchas cosas, no siempre con un sentido uniforme: composición legislativa del parámetro de la Acción de Inconstitucionalidad, rango constitucional de fuentes del Derecho distintas de la Constitución formal, leyes «materialmente» constitucionales, tratados sobre derechos humanos, leyes orgánicas e, incluso, jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos.

La elasticidad semántica de la que se encuentra premunida la expresión<sup>(4)</sup> ha hecho que con ella se pueda aludir efectivamente a todas aquellas situaciones, sin que se genere mayor resistencia. Pero su utilización frecuente y la paulatina recepción en la doctrina y jurisprudencia constitucionales<sup>(5)</sup>, no significa institucio-

(2) Cf. sobre el particular, Riccardo Guastini, «La Costituzione come limite alla legislazione», en *Analisi e Diritto*, 1998, Giappichelli editore, Torino 1998, pág. 107 y sgtes.

(3) Cf. sobre la estructura cada vez más compleja del parámetro en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, la síntesis de Eliseo Aja y Markus González, en el libro colectivo *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona 1998, pág. 266-272. Dominique Rousseau, *La justicia constitucional en Europa*, CEPC, Madrid 2002, pág. 67 y sgtes. José Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid 2002, pág. 57 y sgtes.

(4) Tal vez sea este el sentido en el que quepa entenderse la calificación de «feliz expresión» con que Gustavo Zagrebelsky [«Processo Costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milano 1987, pág. 538] se ha referido en torno al bloque de constitucionalidad.

(5) Es el caso, por ejemplo, de la doctrina y jurisprudencia constitucional panameña, cf. Arturo Hoyos, «El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá», en *Boletín*

nalización como categoría jurídico-normativa, y ni siquiera que tenga «un significado preciso generalmente aceptado»<sup>(6)</sup>.

Por ello, no creo que resulte ocioso detenerse en el tema, a fin de esclarecer sus antecedentes, indagar sobre su origen, el significado con el cual nació, los diversos sentidos que al bloque de constitucionalidad se le da en el Derecho Comparado y, por cierto, analizar su recepción en nuestro ordenamiento, cuyos antecedentes, como se sabe, no puede remontarse más allá de la actuación del malogrado Tribunal de Garantías Constitucionales, durante la vigencia de la Constitución de 1979<sup>(7)</sup>.

## II. EL «BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD»: EL CASO FRANCÉS

### 1. Origen de la expresión

La expresión «bloque de constitucionalidad», de origen francés, y desconocida en el Derecho Constitucional de todo el siglo XIX y casi todo el XX, no es de cuño legislativo o jurisprudencial, sino doctrinal<sup>(8)</sup>. La opinión más extendida es que ésta fue acuñada a mediados de la década de los 70' por Louis Favoreau, quien la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés<sup>(9)</sup>. Dicha monografía, aunque concluida en 1974, sólo se publicó al año siguiente, en 1975, en un libro

---

*Mexicano de Derecho Comparado*, N.º. 75, México 1992, pág. 785 y sgtes. Sebastián Rodríguez Robles, «Algunas reflexiones sobre la doctrina del bloque de la constitucionalidad en Panamá», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín 1995, pág. 391 y sgtes. Pero también la de un sector de la doctrina nacional: cf. Ernesto Blume Fortini, «El bloque de la constitucionalidad municipal en el Perú», en *Temas de Derecho Municipal*, CAL, Lima 1999, pág. 147 y sgtes.

(6) Francisco Rubio Llorente, «Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. 1, Civitas, Madrid 1995, pág. 817.

(7) Un análisis sobre el desenvolvimiento del malogrado Tribunal de Garantías Constitucionales en Francisco Eguiguren Praeli, «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad», en *Lecturas sobre temas constitucionales* N. 7, Lima 1991, pág. 15-59. César Landa, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano», en *Pensamiento Constitucional*, Lima 1995, pág. 73 y sgtes. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, «El tratamiento del control de constitucionalidad en el Perú: balance y perspectivas», en *Prudentia Iuris*, N. 31, Buenos Aires 1993, pág. 7 y sgtes.

(8) Cf. Domenico Amirante, «Annotazioni introduttive ad uno studio della giurisprudenza costituzionale in Francia», en *Quaderni Costituzionali*, N.º. 2, 1989, especialmente, págs. 316-324.

(9) Cf. la referida Decisión en Louis Favoreau y L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, París 1986, págs. 239-254.



colectivo publicado en homenaje al gran administrativista galo Charles Eisenmann<sup>(10)</sup>.

En dicho trabajo Favoreau daba cuenta de una Decisión innovadora del Consejo Constitucional, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley<sup>(11)</sup>, que modificaba, a su vez, una disposición legislativa de 1901, que limitaba el régimen de las asociaciones. Para declarar su invalidez, el Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no sólo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino también tomando como norma paramétrica a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. A fin de justificar esa ampliación del parámetro, el Consejo sostendría que si bien formalmente la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, ésta era aludida directamente por su preámbulo: «Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789...». Por cierto, no era la primera vez que el Consejo apelaba a la Declaración de 1789. Ya un año antes, mediante la Decisión D-39, de 19 de junio de 1970, el Consejo había declarado que tal Declaración formaba parte de las normas con *valeur constitutionnelle*.

Tales decisiones, en la práctica, suponían un incremento considerable de las normas con las cuales el Consejo estaba facultado para realizar el control previo de constitucionalidad. Al lado de la Constitución de 1958, ahora también había que considerar a la Declaración de 1789. ¿Pero a título de qué? Como se verá más adelante, a Favoreau no se le ocurrió otra idea que parafrasear una categoría dogmática existente en el derecho administrativo, y denominar esa nueva estructura del parámetro del control constitucional con la expresión «bloque de constitucionalidad».

No obstante, últimamente se ha puesto en cuestión que la paternidad de la expresión se deba a Favoreau. Según Pablo Manili, esta frase ya había sido utili-

(10) El trabajo de Louis Favoreau lleva el título de «Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel», en AA.VV. *Melanges Eisenmann*, Cujas 1975. La referencia al bloque de constitucionalidad, a pág. 33.

(11) Ha de recordarse que en Francia, el control constitucional es de carácter previo, es decir, se realiza antes de que la disposición legislativa entre en vigencia. Cf. sobre el tema, Antonella Benazzo, «Il sindacato di costituzionalità in Francia, fra controllo diffuso e ricorso d'eccezione», en *Quaderni Costituzionali*, N.º. 3, 1989, pág. 583 y sgtes. Miguel Angel Alegre Martínez, *Justicia constitucional y control preventivo*, Universidad de León, León 1995, *passim*. Allan Brewer Carías, *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudios de derecho comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, págs. 70-71.

zada en 1970 por Claude Emeri, en un trabajo publicado en la *Revue de Droit Public*, en el que se comentaba una Decisión del Consejo Constitucional de 1959, mediante la cual se analizó la validez constitucional del Reglamento de la Asamblea Nacional<sup>(12)</sup>, tomando no sólo a la Constitución como norma paramétrica, sino también a la Ordenanza N.º. 58-1100, del 17 de noviembre de 1958, expedida por el Poder Ejecutivo.

Al criticar que una disposición del Ejecutivo formara parte del parámetro de control constitucional, con sorpresa, Emeri señalaría: «on peut á juste titre s'étonner que la Haute jurisdiction...construise ainsi un véritable bloc de la constitutionnalité [podemos, con justo título, asombrarnos que la Alta jurisdicción haya construido, de ese modo, un verdadero bloque de la constitucionalidad]»<sup>(13)</sup>.

En cualquier caso, y al margen de a quién se deba la paternidad de la expresión, lo cierto del caso es que, como indica Manili, Favoreau es quien más ha trabajado, desarrollado y difundido el concepto, mismo que hoy es de uso generalizado en la doctrina francesa, si bien en ninguna de aquellas decisiones –y posteriores– el Consejo Constitucional se haya referido a un *bloc de constitutionnalité*<sup>(14)</sup>, pues, en su lugar, ha preferido utilizar el de *principes et règles de valeur constitutionnelle*<sup>(15)</sup>.

## 2. Antecedentes del *bloc de constitutionnalité*

Como sucede con muchas otras categorías del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el concepto «bloque de constitucionalidad» es tributario de una idea análoga existente en el proceso contencioso-administrativo francés. Como recuerda el mismo Favoreau, se trata de una adaptación del concepto «bloque de legalidad» (acuñado por Maurice Hauriou, a principios del siglo XX), con el cual el Consejo de Estado francés realiza el control de legalidad de los actos administrativos.

Mediante el «bloque de legalidad» se hace referencia a «todas las reglas que se imponen a la Administración en virtud del principio de legalidad»<sup>(16)</sup>. En su

(12) Pablo Luis Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 284.

(13) Pablo Luis Manili, *El bloque de constitucionalidad*, citado, pág. 284.

(14) Cf. Francisco Fernández Segado, «El modelo francés de control político de la constitucionalidad de las leyes. Su evolución», en *Derecho* N.º. 46, Lima 1996, págs. 327-328.

(15) Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés. La jurisdicción constitucional en la Quinta República*, CEC, Madrid 1990, pág. 117.

(16) Louis Favoreau, *El bloque de la constitucionalidad*, citado, pág. 20.

concepción originaria, comprendía a toda regla o principio que autorizaba y, al mismo tiempo, limitaba la actividad de los órganos de la Administración Pública. En ese sentido, estaba compuesto básicamente por la ley formal, esto es, por el acto legislativo dictado por el Parlamento, por los principios generales del Derecho, y también por los reglamentos dictados a su amparo cuya observancia era exigida por el Consejo de Estado. En razón de la «unidad de rango» que poseían las fuentes que la conformaban, la doctrina administrativista era unánime en destacar que se trataba de un bloque de normas de estructura normativa «monolítico e inescindible»

Hoy, por cierto, tal composición del «bloque de legalidad» o, como también se le denomina «fuentes de la legalidad», se ha visto rebasada<sup>(17)</sup>, pues siguiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la doctrina admite que en su seno se encuentra, además de las leyes, reglamentos y principios generales del Derecho, la Constitución, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 así como los tratados internacionales<sup>(18)</sup>.

Aunque actualmente el bloque de legalidad esté compuesto por una serie de fuentes de rango, origen y naturaleza diversa, en su significación originaria, con tal expresión sólo se aludía al conjunto de fuentes legales mediante las cuales se limitaba y controlaba la actuación administrativa. En ese sentido, con el concepto «bloque de legalidad», en el Derecho Administrativo francés se describía no sólo al conjunto de normas que limitan la actuación de los órganos de la administración pública, sino también para designar a las normas que cumplían una función procesal: la de servir como parámetro de control al Consejo de Estado en la evaluación de validez de los actos administrativos.

### 3. El contenido del bloque de constitucionalidad

El contenido del bloque de constitucionalidad, desde que fue formulado, ha sido objeto de importantes matizaciones, debido a la ampliación incesante de la que ha sido objeto por obra del Consejo Constitucional. En la actualidad, el bloque lo integran la Constitución de 1958, el Preámbulo de la Constitución de 1946,

---

(17) André de Laubadère, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1984, pág. 77 y sgtes.

(18) Cf. Louis Favoreau, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Cuadernos del Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, N.º. 59, Bogotá 2000, pág. 23 y sgtes. donde se alude a la transformación progresiva del principio de legalidad «en un todo en el que cabrán no sólo las leyes y los decretos ley, sino también los reglamentos, y después de la segunda guerra mundial, los principios generales del derecho y la jurisprudencia».

la Declaración de Derechos de 1789 y los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República»<sup>(19)</sup>.

Dos son, al menos, las características que cabe resaltar del contenido del bloque de constitucionalidad francés. Por un lado, las fuentes que lo integran se caracterizan por tener una «unidad formal de rango». En segundo lugar, al igual que el «bloque de legalidad», cumplen una función procesal en el control previo de constitucionalidad que se confía al Consejo. Veamos separadamente todos estos aspectos.

a) *El rango formalmente constitucional de las fuentes que componen el bloque de constitucionalidad francés*

En el derecho francés con la expresión «bloque de constitucionalidad» se alude a un conjunto de fuentes que, por diversas vías, se consideran que todas forman parte de la Constitución de 1958. Así sucede, en primer lugar, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Sabido es que cuando en 1789 se expidió la Declaración, éste no fue considerado como un documento que perteneciera formalmente a la Constitución, al extremo que la expedición de esta última sólo se produjo un par de años después, en 1791. La idea entonces prevaleciente era que su dictado previo a la Constitución tenía el propósito de servir como un conjunto de postulados éticos y morales del nascente Estado de Derecho, y que sus derechos, siendo una conquista de los franceses, era extensivo para todos los pueblos civilizados<sup>(20)</sup>.

Se trataba, por así decirlo, de un documento no normativo. No obstante, más adelante, el Preámbulo de la Constitución de 1946 la incorporaría. Similar criterio, ya con la fundación de la V República, fue seguida por la Constitución de 1958, cuyo Preámbulo nuevamente la volvió a enunciar. Aunque la clase política francesa, la doctrina constitucional y la jurisprudencia inicial del Consejo Constitucional, en los primeros años siguientes al inicio de sus actividades, fueron reacios a reconocerle virtualidad jurídica, sobre la base de que éste había sido reconocido en el Preámbulo y no en el articulado de la Norma Fundamen-

(19) Cf. sobre el particular, Paolo Passaglia, «La giustizia costituzionale in Francia», en AA. VV., *Esperienze di giustizia costituzionale*, T. 1, (a cura di Jorg Luther, Roberto Romboli, Rolando Tarchi), Giappichelli editore, t. 1, Torino 2000, pág. 214 y sgtes. Asimismo, Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, citado, pág. 30 y sgtes.

(20) «El decálogo del género humano escrito en todos los idiomas», por aquel «concilio ecuménico de la razón y de la filosofía modernas», son las bellas y sintomáticas palabras de A. Lamartine (*Historia de la revolución francesa*, s/f, Sopena, Barcelona, t. 1, pág. 225).

tal, es lo cierto que su rango constitucional se derivaba del hecho de formar parte de la Constitución misma, pues el Preámbulo no es un documento ajeno a la Constitución formal, sino uno de las partes que la integran<sup>(21)</sup>.

En ese sentido, más que tratarse de una «elevación» a rango constitucional de la Declaración de 1789<sup>(22)</sup>, con la Decisión de 16 de julio de 1971 el Consejo Constitucional en realidad la rescató del olvido, generando con ello un «aumento» considerable de las disposiciones formalmente constitucionales en Francia<sup>(23)</sup>.

Similar es la situación que acontece con el Preámbulo de la Constitución de 1946<sup>(24)</sup>, el otro componente del bloque de constitucionalidad. Aunque se trate de la condensación de los valores, principios y tradiciones de una Norma Fundamental que ya no se encuentra en vigencia, su enunciación explícita en el Preámbulo de la Constitución de 1958 ha permitido que el Consejo Constitucional rescate su valor normativo, en especial, con relación a los referidos a los principios políticos, económicos y sociales a los que allí se alude. De ahí que el valor normativo constitucional que se le reconoce al Preámbulo de la Constitución de 1946 tampoco pueda decirse que se debe a una suerte de «labor constituyente» del Consejo Constitucional.

Por cierto, la primera vez que el Consejo Constitucional la utilizó como un documento de valor jurídico-constitucional vinculante fue con la Decisión 54, de 15 de enero de 1975. Sin embargo, como anota Pardo Falcón, la primera Decisión mediante la cual se vetó un proyecto de ley por encontrarse en abierta incompatibilidad con los principios del Preámbulo de la Constitución de 1946, fue con la Decisión N° 105, de 25 de julio de 1979.

---

(21) Sobre el particular, Javier Tajadura, *El Preámbulo Constitucional*, Editorial Comares, Granada 1997. Por lo que al caso francés se refiere, ver, especialmente, pág. 91 y sgtes.

(22) Cf. Michel Tropper, «La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789», en su libro *Por una teoría jurídica del Estado*, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid 2001, p. 297 y sgtes., en el que plantea el problema de legitimidad del control constitucionalidad a partir de la Declaración de 1789.

(23) Sobre los problemas que ha comportado la introducción de la Declaración de 1789, Cf. también el trabajo de Javier Pardo Falcón, «Parlamento y Juez Constitucional en Francia: ¿Un modelo de relaciones diferente o simplemente peculiar?», en AA.VV. *Parlamento y Justicia Constitucional*, Aranzadi, Barcelona 1997, particularmente, pág. 207 y sgtes. Asimismo, Domenico Amirante, *Giudice Costituzionale e Funzione Legislativa*, Cedam, Padova 1994, pág. 159 y sgtes.

(24) Con excepción de los 3 últimos párrafos, que se refieren a la desaparecida Unión francesa, el resto de disposiciones ha sido rescatado por el Consejo Constitucional. Cf. Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés. La jurisdicción constitucional en la Quinta República*, citado, pág. 127.

Finalmente, el bloque de constitucionalidad se compone por los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República». A diferencia de lo que sucede con la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, estos «principios fundamentales reconocidas por las leyes de la República» no han sido expresamente enunciados por el Preámbulo de la Constitución de 1958. Sin embargo, de ello no se puede deducir que tales principios no tengan, formalmente, valor constitucional. En efecto, el carácter constitucional que hoy se acepta poseen dichos principios, se explica por un proceso de reconocimiento en la Carta de 1958 que podríamos catalogar como de «a doble grado». En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de advertir, la Constitución del General De Gaulle reconoció y otorgó valor normativo-constitucional al Preámbulo de la Constitución de 1946. Este último Preámbulo, a su vez, hace referencia a los denominados «principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República». De manera que al restablecerse la vigencia del Preámbulo de la Carta del 46, simultáneamente se restableció la vigencia de aquellos «principios generales reconocidos en las leyes de la República».

Tales principios, por cierto, más allá de la fuente en la cual se puedan encontrar («...contenidos en las leyes de la República»), no se confunden con los principios generales del Derecho de origen «legislativo». Tampoco constituyen lo que, por decirlo así, podríamos denominar «principios constitucionales», que en Francia recibe la denominación de «objetivos de valor constitucional».

En efecto, los denominados «principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República» no hacen referencia, a un conjunto normativo de dimensiones virtualmente ilimitadas<sup>(25)</sup>, ya que como ha expresado el Consejo Constitucional, sólo comprenden a aquellos derivados de la legislación republicana que hayan sido aprobados antes de la entrada en vigor del Preámbulo de la Constitución de 1946, esto es, hasta el 26 de octubre de aquel año; requiriéndose para tal efecto, que hayan sido reconocidas a lo largo del tiempo sin ninguna excepción. De ahí que dentro de tal concepto (jurídico indeterminado) no ingresen los principios que pudieran reconocerse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta de 1946, y tampoco los principios constitucionales de la Carta de 1958.

Por otro lado, por principios u «objetivos con valor constitucional», el Consejo Constitucional entiende a aquellos principios que subyacen a la Constitución de 1958, aún cuando éstos no estén expresamente reconocidos en algunos de sus dispositivos. Se tratan de principios «derivados» o «implícitos» de ciertas normas constitucionales que, por ello, han sido también calificados por la doctrina france-

(25) Georges Burdeau, Francis Hamon y Michel Tropper, *Manuel Droit Constitutionnel*, 24 édition, LGDJ, París 1995, pág. 679.

sa como de auténticos «principes généraux du Droit constitutionnel» francés<sup>(26)</sup>. Según Pardo Falcón, hacia 1990, entre ellos, el Consejo Constitucional sólo había reconocido al principio de separación de poderes, el principio de continuidad del servicio público y el derecho de defensa en materia no penal.

En suma, se trate de la Declaración de 1789, del Preámbulo de la Constitución de 1946, de los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República (constitucionalizados, según se dijo, por el Preámbulo de la Carta de 1946), o, incluso, de los principios con valor constitucional, el concepto de bloque de constitucionalidad comprende a un conjunto de normas y principios de valor formalmente constitucional. De ahí que Favoreau haya podido afirmar que se trata de un conjunto de «textos de nivel constitucional»<sup>(27)</sup>, «un conjunto» «soldado»<sup>(28)</sup> de normas, lo «suficientemente armonioso y coherente»<sup>(29)</sup>, en la medida que «la verdadera Constitución francesa se presenta... como portadora de una doble declaración de derechos..., repartidos entre la Declaración de 1789, el Preámbulo de 1946 y la Constitución de 1958, complementados por los principios fundamentales reconocidos por la leyes de la República»<sup>(30)</sup>: «un conjunto compacto, granítico, indisoluble, entre la Constitución y los tres cuerpos normativos indicados, que juntos debían ser considerados como si todos ellos fueran una sola Constitución»<sup>(31)</sup>.

#### b) *La función procesal del bloque de constitucionalidad*

En razón del rango formalmente constitucional de las fuentes que integran el bloque de constitucionalidad francés, y, por tanto, de tener la capacidad para directamente limitar al legislador, ellas cumplen también una función procesal en el control previo de constitucionalidad confiado al Consejo. En concreto, todas las normas que lo componen sirven como normas de referencia, cánón o parámetro de control sobre la totalidad de fuentes que en el derecho francés pueden someterse a la evaluación del Consejo.

No obstante ello, en los últimos años cierto sector de la doctrina francesa, como Le Mire o François Luchaire, han planteado la necesidad de extender esa

(26) Cf. Bertrand Faure, «Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique», en *Revue française de Droit Constitutionnel*, N°. 21, 1995, pág. 47 y ssgtes.

(27) Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, citado, pág. 24.

(28) Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, citado, pág. 41.

(29) Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, citado, pág. 42.

(30) Louis Favoreau, *El bloque de constitucionalidad*, citado, pág. 41.

(31) Domingo García Belaunde, «Estado y Municipio en el Perú» en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003, pág. 410.



función procesal del *bloc de constitutionalité* a las leyes orgánicas, sobre la base de que éstas tendrían una superioridad jerárquica sobre las leyes ordinarias<sup>(32)</sup>. Tal extensión del bloque se ha postulado a partir de algunos pronunciamientos del Consejo, como la decisión 59-2 DC, de junio de 1959, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 79 del Reglamento de la Asamblea Nacional, por considerarse que este había regulado una materia sujeta a reserva de ley orgánica –las condiciones de elegibilidad e incompatibilidad parlamentaria–.

Recordándose este precedente, no ha faltado quien ha sostenido que las leyes orgánicas cumplen una función de norma paramétrica sobre el reglamento parlamentario y, en mérito de ello, susceptible también de extenderse sobre las leyes ordinarias<sup>(33)</sup>. De modo que, en su versión procesal, el bloque de constitucionalidad debería integrar, además de aquellas que tienen rango constitucional, aquellas otras fuentes de rango legal que cumplen también la función de limitar el proceso de producción legislativa.

Por su parte, el Consejo Constitucional no ha sostenido explícitamente que fuentes como la ley orgánica tengan el carácter de «principios y reglas de valor constitucional», que es la expresión que el Consejo utiliza para identificar las fuentes formalmente constitucionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Y es que así como existen precedentes que involucran a las leyes orgánicas dentro del parámetro de control, también hay decisiones en las que el Consejo se ha negado a efectuar un control de constitucionalidad tomándolas como normas paramétricas.

En síntesis, la eventual y episódica función procesal de ciertas fuentes legales no ha terminado con su inclusión en «el bloque de constitucionalidad». Al menos hasta ahora, como se ha dicho, ese bloque sólo incluye a las normas y principios de rango constitucional. De ahí que incluso ciertos autores consideren que cuando el Consejo Constitucional toma como referencia a las leyes orgánicas al evaluar la legitimidad constitucional de una ley, no lo hace como si integrase el

(32) Cf. Paolo Passaglia, «Le fonti primarie como parametro nei giudizi di legittimità costituzionale: alcuni spunti di riflessione offerti dall'esperienza francese concernente le leggi organiche», en AA. VV. *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Giappichelli editore, Torino 2000, pág. 475 y sgtes.

(33) La misma situación ha podido percibirse en el control de constitucionalidad realizado sobre leyes en materia financiera, donde existen pronunciamientos del *Conseil* en los que el control se ha efectuado con referencia a la ley orgánica introducida mediante Ordenanza del 2 de junio de 1959. Tales tipos de pronunciamientos, que se inauguraron con la Decisión 60-8 DC, del 11 de agosto de 1960, ha llevado a este sector de la doctrina plantear que al lado del fenómeno de «inconstitucionalidad directa», también existe la hipótesis de una «violation médiate».



parámetro de control, sino como una «norma anexa» a él, cuya virtualidad sería la de proporcionar al Consejo una «lectura topográfica del texto constitucional»<sup>(34)</sup>. Y es que en Francia la noción del bloque de constitucionalidad está fundamentalmente vinculada a la unidad de rango de las fuentes que la componen, siendo la función procesal que cumplen una consecuencia de ello, y no a la inversa.

### III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESPAÑA

A diferencia del modelo francés, en España la expresión «bloque de constitucionalidad» es de origen fundamentalmente jurisprudencial. Fue tempranamente adoptada por su Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, la STC 10/82<sup>(35)</sup>. Y ha calado también en la doctrina, aunque los alcances que se le han brindado no sean en modo alguno uniformes. No obstante, quien pensase que entre el modelo francés y español del bloque de constitucionalidad se exprese una misma realidad, erraría. Entre uno y otro, en efecto, existen notorias diferencias, por la sencilla razón de que mediante el referido concepto, en España, se ha pretendido responder a distintos problemas. Se trata, por cierto, de respuestas que han tenido poco éxito, como puede corroborarse de un estudio detenido de la mejor literatura sobre el tema.

#### 1. Un concepto discutible y discutido

Si hay un denominador común en el debate sobre lo que quiera que signifique el bloque de constitucionalidad en España, o las normas que la integran, ese dato es la profunda ambigüedad del concepto. En efecto, se ha juzgado que con tal expresión «no parece que se pueda hablar todavía de un solo concepto...ni definir con claridad sus características o las normas que la integran»<sup>(36)</sup>. Pese a gozar de «general aceptación en nuestra doctrina y jurisprudencia» «sin embargo, no es posible encontrar la misma unanimidad a la hora de precisar su contenido y alcance. De modo no siempre explícito se le han atribuido diferentes sentidos, lo que ha generado una incógnita en los términos de su propia definición. Esta diver-

<sup>(34)</sup> Cf. Paolo Passaglia, «Le fonti primarie como parametro nei giudizi di legittimità costituzionale: alcuni spunti di riflessione offerti dall'esperienza francese concernente le leggi organiche», en AA. VV. *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, citado, pág. 480.

<sup>(35)</sup> Cf. Pablo Luis Manili, «El ejercicio incompleto del poder constituyente y el bloque de constitucionalidad en España», en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º. 2, Lima 2000, pág. 163 y sgtes, donde se da cuenta pormenorizada, sobre todo, de su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

<sup>(36)</sup> Antonio de Cabo de la Vega, «Nota sobre el bloque de constitucionalidad», en *Jueces para la democracia*, N.º. 24, Madrid 1995, pág. 58.

sidad en el modo de enfocar la cuestión ha levantado no pocas críticas que, viendo en el bloque una importación distorsionadora de límites poco claros, propugnan su desaparición»<sup>(37)</sup>. Por ello, «estamos ante una acepción más que adoptada, «raptada»...del constitucionalismo francés»<sup>(38)</sup>.

A las críticas y reparos en la transpolación de esta expresión, habría que sumar el confuso y contradictorio desarrollo que se le ha dado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>(39)</sup>, que ha comprendido (y después, excluido) de ella una diversidad de normas, heterogéneas entre sí<sup>(40)</sup>. A lo que hay que agregar, por cierto, las diversas acepciones y sentidos con los que el Tribunal Constitucional lo ha empleado. Como ha expuesto Fernández Farreres, «esas distintas denominaciones no siempre se remiten a la misma realidad, usándose de forma errática y carente de rigor, por lo que su utilidad como concepto y categoría bien definidos jurisprudencialmente es prácticamente nula»<sup>(41)</sup>.

## 2. Las diferentes versiones del bloque de constitucionalidad en la doctrina española

Tal vez el mejor intento por esclarecer los diversos significados que en la doctrina española se le ha brindado al «bloque de constitucionalidad», sea el realizado por Antonio de Cabo<sup>(42)</sup>. Según este autor, cuatro son al menos los significados que se han atribuido al bloque de constitucionalidad.

(37) Paloma Requejo Rodríguez, «Bloque constitucional y comunidades autónomas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Monográfico sobre «Las perspectivas del Estado Autonómico», Vol. II, Madrid 1998, págs. 117-118.

(38) Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas, «Reflexiones en torno al concepto del bloque de la constitucionalidad», en AA.VV. *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. IV, UNAM-Universidad Complutense, Madrid 2000, pág. 2611.

(39) Entre una de las posiciones, escasas, que han observado, por el contrario, una importante labor de esclarecimiento de la jurisprudencia constitucional, aunque referida al rema del reparto de competencias, Eliseo Aja y Pablo Pérez Tremps, «Tribunal Constitucional y organización territorial del Estado Autonómico», en AA.VV., *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 157.

(40) María Luisa Balaguer Callejón, *El recurso de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid 2001, pág. 109, donde indica que inicialmente el Tribunal Constitucional incluyó dentro del bloque a la Constitución a los Estatutos de Autonomía, para hacerlo posteriormente con el reglamento parlamentario.

(41) Germán Fernández Farreres, «Comentario (al artículo 28.1 de la LOTC)», en AA.VV. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-BOE, Madrid 2001, págs. 400-401.

(42) Antonio de Cabo, «Nota sobre el bloque de constitucionalidad», citado, pág. 58 y sgtes.

En primer lugar, como equivalente a lo que en la doctrina italiana se denomina «normas interpuestas», esto es, aquellas normas que no siendo formalmente constitucionales, sin embargo, sirven de parámetro para determinar la validez de otras fuentes. Incluidos en esta concepción del bloque, estarían las normas de delegación de facultades legislativas, los reglamentos de las cámaras, los estatutos de autonomía y ciertos tratados sobre derechos humanos. Con esta descripción del bloque, en realidad reflejaría sólo un concepto procesal: «no existe nada que las unifique si no es el hecho de que ‘sirven’ para determinar la constitucionalidad de otras según lo dispuesto en la Constitución»<sup>(43)</sup>.

Aunque Antonio de Cabo lo plantee como uno de los significados con que se ha hecho uso de la expresión, vinculada a la inmediatamente precedente, está aquella comprensión del bloque según el cual se trataría de «un conjunto concreto de normas que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica. El bloque sólo surgiría en el supuesto de su impugnación. Se habla así de la determinación de ‘su bloque’ (de la norma impugnada), y no de (un) bloque en general»<sup>(44)</sup>.

Este último alcance del bloque, en Italia, se encuadran también bajo la problemática de las denominadas «normas interpuestas», pues, como han puesto de relieve Paolo Carnevale y Alfonso Celotto, en relación a determinadas fuentes, además de la Constitución en el parámetro, es posible encontrar otras normas o hechos normativos, de carácter aleatorio, cuya presencia es, precisamente por ello, de carácter «eventual»<sup>(45)</sup>. Es el caso del *tertium comparationis*, en aquellos casos en los que se impugna a una ley o norma con rango de ley por infracción de este principio. En efecto, en hipótesis donde se cuestiona la violación del principio de igualdad, no es suficiente que se indique la norma impugnada y el precepto constitucional que lo contiene. Es preciso indicar un término de referencia, que se designa como *tertium comparationis*, respecto al cual la igualdad se reputa lesionada. «La indicación de un ulterior elemento (de comparación) es necesaria para mostrar el por qué se considera violada la norma constitucional que consagra el principio de igualdad»<sup>(46)</sup>.

(43) Antonio de Cabo, «Nota sobre el bloque de constitucionalidad», citado, págs. 58-59.

(44) *Idem*, pág. 59.

(45) *Cf.* Paolo Carnevale y Alfonso Celotto, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro dei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Giappichelli editore, Torino 1998.

(46) Augusto Cerri, *Corso di Giustizia Costituzionale*, Giuffrè editore, Milano 2001, pág. 114. En la doctrina italiana, Antonino Spadaro y Antonio Ruggeri han sugerido comprender bajo la idea del «blocco di costituzionalità», tanto a los elementos de naturaleza normativa como a las de carácter «factual» del parámetro, en tanto que elementos compenetrados los unos con

Según una tercera impostación, con la expresión el bloque de constitucionalidad se aludiría a aquellas normas «materialmente» constitucionales que, por supuesto, no se encuentran recogidas en la Constitución formal o escrita. Tal impostación del bloque es, desde luego, directamente tributaria de la distinción difundida por Carl Schmitt entre Constitución y leyes constitucionales. Es decir, de la distinción entre lo que formalmente integra la Constitución de aquellas leyes que si bien formalmente tienen en el ordenamiento una jerarquía inferior, sin embargo, «por su contenido» forma parte del «concepto» de Constitución.

Desde esta perspectiva, el bloque comprendería a aquellas fuentes que, independientemente del rango formal que pudieran tener, disciplinan tópicos «materialmente constitucionales»<sup>(47)</sup>. En tal condición se encontrarían las leyes orgánicas<sup>(48)</sup> y los reglamentos parlamentarios<sup>(49)</sup>. A lo que se añadiría, en aquellos países como el español, que se hayan configurados como Estados compuestos, las fuentes que regulan la configuración de las regiones, como los estatutos de autonomía, o lo que en nuestra experiencia podrían ser las leyes marco de regionalización, etc.<sup>(50)</sup>

No es, por cierto, este último significado un tema que goce predicamento generalizado. Sin perjuicio de que quepa aquí reproducirse las alegaciones contra el concepto de constitución en sentido material que se ha formulado en la doctri-

---

los otros. Cf. Antonino Spadaro y Antonio Ruggeri, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 2001, pág. 104 y nota 12.

(47) Sobre los diversos sentidos que pueden brindarse a la expresión «Constitución en sentido material», veáse Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*, UNAM, México 2001, pág. 43 y sgtes. Asimismo, Costantino Mortati, *La Constitución en sentido material*, CEPC, Madrid 2000 y, en particular, el epílogo de Gustavo Zagrebelsky a la edición en castellano, a pág. 229 y sgtes.

(48) Es el caso de Tomás Ramón Fernández, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Editorial Civitas, Madrid 1981.

(49) Sobre el tema del reglamento parlamentario y su ubicación en el parámetro a título de norma materialmente constitucional, permítasenos la remisión a nuestro trabajo «El reglamento parlamentario como canon de control en la acción abstracta de inconstitucionalidad», en AA.VV, *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer Carías*, Thompson-Civitas, t. 1, Madrid 2003, pág. 1075 y sgtes. Cf. asimismo, Franco Modugno, *L'invalidità della legge. Teoría della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, t. 1, Giuffrè Editore, Milano 1970, pág. 204.

(50) Cf. Enriqueta Expósito Gómez, «El bloque de la constitucionalidad como parámetro en la distribución territorial del poder», en AA. VV. *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, citado, pág. 341 y sgtes.

na<sup>(51)</sup>, una crítica frontal a tal pretensión (la de equiparar la noción del bloque como un conjunto de normas materialmente constitucionales) es la que ha formulado Juan Luis Requejo Pagés: «Hablar de ‘Constitución en sentido formal’ y, por contraste, de ‘Constitución en sentido material’ es, jurídicamente, tan incorrecto (...) como referirse a la Trinidad disociando la terna, indisoluble, que la compone. En términos jurídicos y en un ordenamiento organizado en función de formas, no hay más Constitución que la que formalmente tiene tal carácter; no hay norma al margen de la forma ni normas revestidas de una forma específica que, en virtud de funciones ‘materiales’, puedan recabar para sí las cualidades propias de normas albergadas en formas distintas. Admitir la existencia de normas que, sin serlo formalmente, son materialmente constitucionales, por tener como objeto la producción de normas por los órganos superiores del Estado, supone partir del supuesto de que, en primer lugar, lo definitivo de las constituciones es precisamente tal objeto y de que, en segundo término, el que positivamente no se formalicen como constitucionales normas que inequívocamente lo son desde el punto de vista lógico no tiene mayor trascendencia que la dificultad que con ello se genera a la hora de identificar las verdaderas normas constitucionales de un ordenamiento, algo que, con mayor alcance, termina redundando en la consiguiente desjuridización de aquellas normas formalmente constitucionales que no pueden ser calificadas lógicamente como tales en sentido propio por tener atribuidos objetos diferentes»<sup>(52)</sup>.

Finalmente, para un sector importante de la doctrina española, tras el concepto del bloque de constitucionalidad se aludiría a la existencia de un ordenamiento complejo, en el que las normas que la componen tendrían por propósito regular el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas<sup>(53)</sup>. Desde

---

(51) Sobre el tema de la Constitución en sentido material, perceptible ya en el pensamiento de Sieyès, entre la mucha bibliografía existente: Cf. Constantino Mortati, *La Constitución en sentido material*, CEPC, Madrid 2000, con epílogo de Gustavo Zagrebelsky. Un tratamiento especial, denunciando el multiuso de su formulación, en Antonino Spadaro, *Contributo per una teoria della costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, t. 1, Giuffrè Editore, Milano 1994, pág. 23 y sgtes. Para las referencias al pensamiento de Sieyès, permítaseme la remisión a mi trabajo, «La *Jury Constitutionnaire* en el pensamiento de Sieyès», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º. 95, UNAM, México 1999, pág. 269 y sgtes.

(52) Juan Luis Requejo Pagés, «Constitución y remisión normativa. Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º. 39, Madrid 1993, pág. 131.

(53) Ver, entre la abundante bibliografía existente en este sentido, a parte de las ya citadas, las reflexiones de Francisco Tomás y Valiente en su informe presentado a la Sexta Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos. AAVV., *Tribunales constitucionales europeos y autonomías territoriales*, CEC, Madrid 1985, pág. 175 y sgtes.

este punto de vista, el bloque cumpliría una doble función: Por un lado, para comprender al conjunto de normas materialmente constitucionales, en el sentido que ellas regulan, *ex constitutione*, la distribución de competencias entre el gobierno central y el regional; y, de otro, como normas que cumplen una función procesal, en tanto que constituyen el parámetro de aquella legislación que incida en la regulación de aquella distribución de competencias. En razón de esta doble función y de su relación con los anteriores conceptos del bloque, es que De Cabo ha podido advertir que esta última versión «no aparece incontaminada, sino simultáneamente con las demás», deudora de las concepciones anteriores y, por tanto, susceptible de destinarle las mismas críticas argumentales.

Hasta tal punto ha llegado el uso y abuso del concepto de «bloque de constitucionalidad» que, últimamente, Javier García Roca lo ha rescatado para comprender en él a las normas que expiden los gobiernos locales. A su juicio, las normas que puedan expedir estos gobiernos locales cumplen una «función constitucional reservada», que si bien no termina asignándole un rango superior a la ley o a cualquier otra fuente estatal, sin embargo, sí proyecta «una reserva de ley específica» y «realiza una función constitucional prolongada en el tiempo»<sup>(54)</sup>.

En definitiva, en España, tras el concepto del bloque de constitucionalidad se ha pretendido explicar diversos fenómenos, no de un modo totalmente satisfactorio, que ha llevado a Francisco Rubio Llorente afirmar que el artículo 28 de la LOTC, a partir del cual se ha construido la idea del bloque, no es otra cosa que una disposición «superflua», «que no puede servir...de base para construir un concepto de bloque de la constitucionalidad compatible con nuestro Derecho Positivo, por una doble razón. En primer lugar, y sobre todo, porque la utilización como medida de la constitucionalidad de otras leyes, de las normas a que dicho precepto alude no es ni puede ser consecuencia de esa alusión ni depende, por tanto, de ella. En segundo término, porque el régimen jurídico de las normas aludidas es muy heterogéneo: ni la transgresión de todas ellas determina el mismo vicio, ni la función constitucional de la mayor parte de esas normas se agota, a diferencia de lo que ocurre (cuando ocurre) con la ley orgánica, en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad»<sup>(55)</sup>, por lo que a su juicio, si se conserva, debería de reservarse «para designar aquellas normas que tienen como contenido propio,

(54) Javier García Roca, «El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad», en Luis López Guerra, Coordinador, *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo blanch, Madrid 2001, pág. 641 y sgtes. La cita a págs. 655-656.

(55) Francisco Rubio Llorente y Louis Favoreau, *El bloque de la constitucionalidad*, citado, págs. 110 y 116, respectivamente.

no como efecto derivado, la delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas»<sup>(56)</sup>.

### 3. El bloque constitucional y el bloque de la constitucionalidad

Frente a este desolador panorama, y ante la ausencia de una labor esclarecedora del Tribunal Constitucional español, no ha faltado quien haya propugnado la necesidad de replantear la manera cómo el debate se ha efectuado. Y así, se ha sostenido que la explicación de lo que quiera que el bloque de constitucionalidad signifique no habría que indagarse a partir del precedente francés ni, a su vez, sobre la teoría de las normas interpuestas del Derecho italiano. Tampoco desde el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, pues, en realidad, con la expresión bloque de constitucionalidad se aludiría a dos ideas, dos «conceptos normativos autónomos», que, porque se tratan de dos realidades distintas, requerirían de una denominación específica. En ese sentido, Paloma Requejo Rodríguez ha sostenido la necesidad de distinguir entre «bloque constitucional» y «bloque de la constitucionalidad».

«En el caso del bloque constitucional, sostiene, la Constitución actúa como norma de contenido abierto que llama a otras disposiciones a completar lo que ella misma no dice respecto de la estructura del sistema». Desde esa perspectiva, el bloque tendría por función «moldear de modo definitivo el armazón del ordenamiento, identificando cuál es su estructura»<sup>(57)</sup>, a partir de normas constitucionales incompletas que apelan a los componentes de esta categoría para que, como fragmentos de Constitución articulados formalmente fuera de la misma, definan la estructura del ordenamiento».

En ese sentido, «el bloque constitucional está(ría) formado, además de por la Constitución, por esas normas encargadas de configurar o programar una determinada estructura de entre las prefiguradas o programables. Su función es constitutiva y, en este sentido, constituyente de la estructura del sistema, aunque no constituyente del sistema mismo, pues esta función le corresponde en exclusiva a la norma suprema, la Constitución. Las normas del bloque constitucional, en suma, se comportan como normas de reconocimiento del sistema en la estructura por ellas configurada, lo cual significa: primero, que el bloque constitucional se erige en contenido normativo de un principio estructural del ordenamiento; segundo, que

<sup>(56)</sup> Francisco Rubio Llorente, «Bloque de constitucionalidad (D. Constitucional)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, citado, pág. 817.

<sup>(57)</sup> Paloma Requejo Rodríguez, «Bloque constitucional y comunidades autónomas», citado, pág. 120.



esta función estructurante del sistema es la única que marca la inclusión de una norma en el bloque constitucional, no su posición jerárquica, ni su procedimiento de elaboración, ni el carácter básico del tratamiento normativo que se le reserve para una determinada materia y, en tercer lugar, y como consecuencia de esta función de norma de reconocimiento, que el bloque constitucional es imprescindible para la identificación de la pertenencia de las demás normas al ordenamiento».<sup>(58)</sup>

A diferencia del bloque constitucional, el «bloque de la constitucionalidad» sólo podría actuar como un término operativo «si se adopta como eje definitorio su función procesal. Sus normas no desempeñan una función intrínseca específica (...). No son creadas para definir la estructura del sistema, sino para, una vez dada ésta, llenar su contenido con el tratamiento jurídico que les demanda la Constitución. En conclusión, sus componentes actúan con un margen de movilidad muy limitado como cierre jurídico que complementa, concretando o interpretando, decisiones adoptadas con gran abstracción por la Constitución en campos materialmente diversos, siempre vinculados a las relaciones entre normas y al margen de cualquier cuestión estructural (...) Más que un bloque normativo es un bloque procesal, e incluso el término bloque es aquí confuso, no sólo porque el verdadero mobil que lleva a articular esta categoría son razones de conveniencia práctica a la hora de resolver el proceso de manera más ilustrada, sino también porque la idea de bloque, como algo compacto, es falsa, pues su composición adquiere gran diversidad y mutabilidad al integrarse en él unas normas en función de otras que son objeto de enjuiciamiento».<sup>(59)</sup>

En suma, la existencia de un «bloque constitucional» sólo podría justificarse en aquellos ordenamientos complejos, donde existe una diversidad de sujetos investidos con potestades normativas, cuyo desarrollo, sin embargo, la Constitución no ha terminado por configurar en todos sus detalles y, por lo tanto, ha dispuesto que otras fuentes, por ella también instituidas, la realicen, obrando –la primera, esto es, la Constitución, y las segundas– como reglas de reconocimiento del ordenamiento jurídico. De manera que el concepto y legitimidad del bloque constitucional se hallaría, más que en un eventual reconocimiento formal en la LOTC, en la función que estas normas cumplirían en el sistema de fuentes del derecho de un determinado ordenamiento jurídico.

En tanto que, el concepto del «bloque de la constitucionalidad», más que tratarse de un «bloque», esto es, un conjunto de normas que tienen el mismo

(58) Paloma Requejo Rodríguez, «Bloque constitucional y comunidades autónomas», citado, págs. 120-121.

(59) Paloma Requejo Rodríguez, «Bloque constitucional y comunidades autónomas», citado, pág. 121.



rango, se trataría, por el contrario, de normas que tienen una función procesal, consistente en insertarse en el parámetro de control cuando el Tribunal Constitucional juzga la validez de ciertas fuentes primarias que reciben de aquellas sus límites materiales y formales.

El planteamiento no deja de ser persuasivo. Pero denota, en los múltiples esfuerzos que la doctrina ha hecho para delimitarla o concretarla, su insuficiencia y el escaso valor que puede tener para explicar problemáticas semejantes en esta parte del Continente, donde se la ha aceptado y goza de cierto predicamento.

#### IV. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD «DE LA» CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

En América Latina, uno de los países que cuenta con un desenvolvimiento de la jurisdicción constitucional verdaderamente ejemplar es, de lejos, lo que sucede con la Corte Constitucional de Colombia. Ésta fue creada por la Constitución de 1991 y, desde que entró en funcionamiento, en febrero de 1992<sup>(60)</sup>, su labor ha sido realmente fructífera, a tal punto que ha revolucionado la forma de comprender el derecho en el vecino país del norte<sup>(61)</sup>.

Como también sucede en otros países latinoamericanos, la expresión «bloque de constitucionalidad» no fue introducida formalmente por la Constitución de 1991<sup>(62)</sup>. No obstante, la Corte Constitucional la rescató en forma expresa, por primera vez, en la sentencia C-225 de 1995, y desde entonces se ha abierto camino, generando debates y discusiones sobre los reales alcances del concepto<sup>(63)</sup>.

---

(60) Cf. Néstor Osuna Patiño, «Los primeros diez años de la Corte Constitucional colombiana», en AA.VV. *Tribunales y justicia constitucional*, UNAM, México 2002, pág. 326. Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá 1996, pág. 74.

(61) Vladimiro Naranjo Mesa, «La nueva jurisdicción constitucional colombiana», en AA.VV. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México 1998, pág. 601 y sgtes. Ver, así mismo, el número monográfico «El impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y el desarrollo del Derecho», de la *Revista de Derecho Público*, N.º. 15, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, donde desde diversos frentes se alude a la forma cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha influido en el desarrollo del derecho en Colombia.

(62) Cf. Oscar José Dueñas Ruiz, *Control constitucional. Análisis de un siglo de jurisprudencia*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1997, pág. 167 y sgtes.

(63) Cf. Rodrigo Vergara Cortés, «El bloque de constitucionalidad», en *Estudios de Derecho*, Año LXII, segunda época, Vol. LIX, N.º. 133-134, Universidad de Antioquia, Antioquia 2000, pág. 13 y sgtes.

En la referida sentencia, la Corte tenía que absolver la impugnación de una ley por contradecir el Derecho Internacional Humanitario, de cara con los alcances del artículo 93 de la Constitución de 1991. Dicho precepto constitucional establece que «los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno...». Evidentemente, en caso de conflicto entre una ley y un tratado de esa naturaleza, el artículo 93 de la Constitución imponía resolver la antinomia haciendo prevalecer a este último. ¿Pero podía declararse su inconstitucionalidad?

Para resolver esta cuestión, la Corte se preguntó sobre los alcances de la «prevalencia» de una norma sobre otra. Después de desechar una supuesta «supraconstitucionalidad» de los tratados sobre esta materia, so pretexto de constituir *ius cogens*, la Corte sostendría que «desde la perspectiva del Derecho Constitucional colombiano», la única forma de armonizar el mandato del artículo 93, «que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos», con el artículo 4º, «que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución», era acudiendo a la noción del «bloque de constitucionalidad». A su juicio, el bloque «... está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos a los de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*. En tales circunstancias –concluiría–, la Corte Constitucional coincide con (...) el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de Derecho Internacional Humanitario (CP arts. 93 y 214, numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone a la ley».

De esta forma, sin que la Constitución formalmente haya establecido que tales tratados sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional, sino simplemente que en caso de colisión con otra norma de rango legal aquellas tengan preeminencia, la Corte terminaría asignando rango constitucional a las normas del derecho internacional humanitario. Lo verdaderamente paradójico de esta construcción, no es tanto que una regla, como el artículo 93 de la Constitución colombiana, que está destinada a resolver un tipo específico de antinomias, se utilice para derivar de ella una jerarquía que la Constitución no confiere; sino, fundamentalmente, que esa jerarquía constitucional de las normas del Derecho Internacional Humanitario sea asignada a partir de un concepto, como el del bloque de

constitucionalidad, que en Francia, país al que se hace referencia en la misma sentencia, sirve para explicar una situación normativa por completo diferente.

Por cierto, la declaración de que una norma «prevalezca» sobre otra no siempre culmina en una sanción de invalidez constitucional, como la Corte Constitucional lo sugiere implícitamente. Y es que la noción de preeminencia de una fuente sobre otra no culmina siempre y necesariamente en una declaración de legalidad/ilegalidad o de constitucionalidad/ inconstitucionalidad, que implican siempre el recurso al principio de jerarquía como medio para articular las relaciones verticales entre fuentes formales del Derecho; tal preeminencia también puede ser consecuencia de que el sistema jurídico haya establecido que entre 2 fuentes del mismo rango, la aplicabilidad de una o de otra se encuentre sujeta a las demandas del principio de competencia<sup>(64)</sup>.

En cualquier caso, más allá de los cuestionamientos que se pueda realizar a esta sentencia de la Corte Constitucional<sup>(65)</sup>, con ella se iniciaría un uso constante de la expresión bloque de constitucionalidad<sup>(66)</sup>, que, según la escasa doctrina que se ha encargado de analizar el tema, no ha dejado de llamar la atención por los *aggiornamenti* que se han podido observar.

Es el caso de la sentencia C-578, del mismo año, en la que la Corte indicaría que el bloque de constitucionalidad no sólo lo integraba la Constitución y el De-

---

(64) Cf. sobre el particular, el clásico trabajo de Vezio Crisafulli, «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Anno X, 1960, pág. 775 y sgtes.

(65) Ciertamente, el establecimiento de que en caso de conflicto entre una ley y un tratado, deba prevalecer el tratado no se desprende automáticamente que los tratados tengan jerarquía *constitucional*. La jerarquía que una fuente formal del derecho pueda tener en el sistema jurídico no se determina en función de criterios materiales, sino en base a razones estrictamente formales. Un buen ejemplo de ello, nos lo puede dar la Constitución peruana de 1979, que previó, por un lado, que los tratados sobre derechos humanos tenían formalmente rango constitucional (art. 105), en tanto que los demás tratados con habilitación legislativa, un rango inferior a la *Lex Legum*, pero superior a la Ley, pues en caso de conflicto, éstos prevalecían sobre la ley parlamentaria. Sobre la ordenación de las fuentes del derecho, que en general en América Latina se ha descuidado, pueden verse, entre la abundante bibliografía, Francisco Balaguer Callejon, *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, t. 1, Editorial Tecnos, Madrid 1991, pág. 81 y sgtes. Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale, Il sistema delle fonti del Diritto*, t.1. UTET, Torino 1998, pág. 13 y sgtes, donde se alude a las fuentes del derecho como expresión de los procesos de unificación política en la esfera del ordenamiento jurídico.

(66) En la sentencia T-447 de 1995, expedida unos meses después, la Corte consideraría, por ejemplo, que los tratados internacionales sobre derechos humanos incluso tenían rango constitucional durante la vigencia de la Constitución anterior a la de 1991.

recho Internacional Humanitario, sino también la Ley Estatutaria sobre los estados de excepción, de manera que era inconstitucional que una ley estableciese que se encontraba exceptuado de penalidad aquellos delitos cometidos bajo una situación de obediencia debida en el ámbito militar. A juicio de la Corte, «La citada ley, junto a las normas de la Constitución, integra el bloque de constitucionalidad, que sirve para decidir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los decretos legislativos que se dicten al amparo de los estados de excepción (...). En este sentido, las normas contenidas en la ley estatutaria que regula los estados de excepción, que establecen límites o prohibiciones absolutas para la restricción, limitación o suspensión de derechos, durante la anormalidad, se convierten en pauta de control de las leyes que tratan sobre el uso de la fuerza en el escenario de la normalidad. Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior».

Unos meses más adelante, la Corte volvería a incidir sobre la pertenencia al bloque de constitucionalidad de la referida Ley Estatutaria sobre los estados de excepción, de manera que era inconstitucional un decreto, expedido en uso de las facultades derivadas del Estado de conmoción interior, por desconocer una exigencia prevista en aquella, consistente en la obligación de motivar expresamente por qué era o no necesario suspender una determinada ley.

A diferencia de lo que se afirmara en la sentencia C-25/1995, en la que a partir del concepto de bloque de constitucionalidad se infiere el rango constitucional de las normas del derecho internacional humanitario, en estas últimas sentencias la Corte parece más bien aludir a un concepto de bloque de constitucionalidad semejante al que cumplen las «normas interpuestas» del Derecho italiano, esto es, no en el sentido que su pertenencia al bloque confiera jerarquía constitucional, sino, básicamente en el sentido de que la integran todas aquellas fuentes que cumplen una función procesal en el juicio de validez abstracta de la ley: la de servir como normas de referencia para establecer si las condiciones y límites impuestos al legislador, sea por la Constitución directamente, o por la legislación a la que aquella reenvía, indirectamente, fueron o no respetados<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> Sobre el tema, Rodrigo Uprimny, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, en [www.Internationaljusticeproject.org/pdfs/Uprimny-writing.pdf](http://www.Internationaljusticeproject.org/pdfs/Uprimny-writing.pdf), pág. 18 del manuscrito [publicado también en *Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Vol. I, Bogotá,

Con posterioridad, la Corte ha tratado de racionalizar el uso de este concepto a fin de hacer más previsible su contenido y, al mismo tiempo, con el propósito de esclarecer el parámetro con el que juzga la exequibilidad de las leyes y normas con rango de ley. Por ejemplo, en la sentencia C-358, de 1997, la Corte Constitucional distinguiría dos sentidos de la idea del bloque de constitucionalidad. El primero, que denominaría «bloque de constitucionalidad en sentido estricto», en el que quedan comprendidos las normas con rango formalmente constitucional. Según la Corte, ésta se encuentra «conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de emergencia (C.P. art. 93)».

En segundo lugar, lo que la misma Corte ha denominado «bloque de constitucionalidad en sentido lato», «según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias»<sup>(68)</sup>.

Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha continuado «perfilando» ambos sentidos en los que puede entenderse el bloque de constitucionalidad, ya sea señalando qué fuentes se encuentran incluidas o, en su caso, excluidas. Por ejemplo, ha señalado que se encuentra excluido del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos (sentencia C-358, de 1997; C-582, de 1999)<sup>(69)</sup>. Tampoco forman parte del bloque las leyes estatutarias

---

2001, p. 97 y ss.] Allí se indica que de estos iniciales pronunciamientos no se infería con claridad cuál era la función o la naturaleza del bloque de constitucionalidad. «Así, la sentencia C-225...señala que el bloque incorpora las «normas de rango constitucional», lo cual no incluye a las leyes estatutarias que no tienen esa jerarquía normativa. En cambio, en las sentencias C-578... y C-135...la Corte adopta un concepto más amplio, pues incluye también a las leyes estatutarias; en estas providencias, el bloque de constitucionalidad parece entonces referirse a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley...».

(68) Cf. asimismo, la sentencia C-582, de 1999.

(69) Sobre el tema, Alejandro Ramelli, «Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y el 'bloque de constitucionalidad' en Colombia», en *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional*, n° 11, México 2004, pág. 157 y sgtes.

distintas de las que regulan los Estados de Excepción, a las que el artículo 214 de la Constitución les ha dotado de un status especial<sup>(70)</sup>.

Asimismo, se encuentran excluidos del bloque las leyes orgánicas, pues como recuerda la sentencia C-423, de 1995, éstas «a pesar de tener características especiales y gozar de prerrogativas también especiales, no tienen el rango de normas constitucionales; son normas intermedias entre el ordenamiento superior y las normas ordinarias que desarrollan la materia que ellas regulan, las cuales están sujetas en todo a su contenido; y segundo, porque en un régimen en el que prima la Constitución sobre la voluntad del legislador, el único habilitado para convalidar la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria o vulnerar con su contenido el bloque de constitucionalidad vigente, es el Constituyente». A juicio de la Corte, «La ley orgánica no tiene el rango de norma constitucional, porque no está constituyendo sino organizando lo ya constituido por la norma de normas, que es, únicamente, el estatuto fundamental. La ley orgánica no es el primer fundamento jurídico, sino una pauta a seguir en determinadas materias pre-establecidas, no por ella misma, sino por la Constitución».

Pero si la Corte, por un lado, ha excluido del bloque de constitucionalidad a determinadas fuentes, como las antes señaladas, por otro lado, en recientes pronunciamientos ha comprendido a otras que no dejan de llamar la atención. De particular relieve es la sentencia C-191, de 1998, que sugiere que los tratados sobre límites de Colombia forman parte del bloque de constitucionalidad, pues el artículo 102 de la Carta de 1991<sup>(71)</sup> les habría dado jerarquía constitucional<sup>(72)</sup>. Tal tesis fue confirmada en la sentencia C-1022, de 1999, en la que señaló que los tratados sobre límites ya perfeccionados «no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad»<sup>(73)</sup>.

<sup>(70)</sup> El artículo 214 de la Constitución de 1991 establece que «Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. No podrán suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos».

<sup>(71)</sup> El artículo 102 de la Constitución colombiana establece que «El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación».

<sup>(72)</sup> Por cierto, dentro de los tratados sobre derechos humanos la Corte ha comprendido a los Convenios de la OIT. Así lo sostuvo en las sentencias T-568, de 1999, y C-567, del 2000, si bien se señaló que ello se derivaba del hecho de que se trataban de instrumentos internacionales que reconocían derechos que no podían ser suspendidos durante los estados de excepción.

<sup>(73)</sup> Esta última afirmación lleva implícita y sugiere que los tratados sobre límites forman parte del denominado «bloque de constitucionalidad en sentido estricto», pues sólo a

En suma, por muy discutible que pueda ser su construcción, en Colombia con la idea de «bloque de constitucionalidad» se expresa dos cosas distintas. Por un lado, un concepto sustantivo, que identifica a todas aquellas fuentes que en el ordenamiento colombiano tienen rango constitucional. De otro, con la misma expresión se hace referencia a un concepto estrictamente procesal. Desde esta perspectiva, el bloque estaría compuesto por todas aquellas fuentes que son capaces de insertarse en el parámetro con el cual la Corte juzga la validez constitucional (la exequibilidad o no) de las normas que tienen rango de ley. Esta última comprensión del bloque, que la Corte ha denominado en sentido lato, no sólo comprendería a las fuentes que integran el bloque en sentido estricto, sino, además, a las fuentes de rango legal que, por reenvío de la Constitución, son capaces de fungir en el parámetro de la acción de inexecutableidad.

## V. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PERÚ

Con matices, sobre los que volveremos, en el Perú, con la expresión bloque de constitucionalidad cierto sector de la doctrina nacional entendió que el legislador (orgánico) no sólo había regulado la composición «legislativa» del parámetro de control en la acción de inexecutableidad, sino, incluso, que extendió el mismo rango de la Constitución a ciertas fuentes legislativas, como la ley orgánica<sup>(74)</sup>. Por cierto, el uso del concepto no ha pasado por desapercibido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la que en alguna que otra ocasión se ha hecho eco del concepto<sup>(75)</sup>.

Sin embargo, esta recepción ha sufrido un proceso que no deja de ser sorprendente. Por un lado, cuando se tuvo la oportunidad de formular un auténtico bloque de constitucionalidad, al estilo del modelo francés, éste no sólo no adquirió carta de ciudadanía sino, incluso, pasó desapercibido. Y, de otro, cuando desaparecieron sus presupuestos normativos, al entrar en vigencia la Constitución de 1993, paradójicamente hay quienes han pretendido rescatarlo.

### 1. Constitución de 1979, bloque de constitucionalidad y Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales

Como se sabe, la Constitución de 1979, al establecer su superioridad normativa sobre cualquier otra fuente formal del Derecho, ex artículo 105, estableció

---

partir de su rango formalmente constitucional, es impracticable cualquier control de validez constitucional.

(74) Cf. Ernesto Blume Fortini, «El bloque de la constitucionalidad municipal en el Perú», en *Temas de Derecho Municipal*, Colegio de Abogados de Lima, Lima 1999, pág. 147 y sgtes.

(75) STC 0004-1996-AI/TC (Fund. Jur. N.º. 2) y STC 007-2002-AI/TC.



que los tratados internacionales en materia de derechos tenían rango constitucional. Es decir, con el mismo rango de la Constitución escrita, y por disposición de ella misma, las disposiciones formalmente constitucionales no se reducían a los 307 artículos que ella anidaba, sino comprendía también a todas aquellas cláusulas de los tratados ratificados por el Estado peruano que versaran sobre derechos humanos.

Tal extensión de las normas con valor constitucional, por cierto, no comprendía sólo aquellas que se habían ratificado antes de la Carta de 1979. Abarcaba también a aquellas que con posterioridad a su entrada en vigencia el Estado peruano ratificase, y en la medida, naturalmente, que reconocieran derechos esenciales del ser humano. Con una fórmula de esta naturaleza se habilitaba la posibilidad real de plantear la existencia de un bloque de constitucionalidad integrado por fuentes que en su conjunto se caracterizaban, como en Francia, por tener «unidad formal de rango» y, en esa medida, como competentes para servir de parámetro de cualquier tipo de legislación infra-constitucional. Se trataba, desde luego, de un modelo abierto, y no cerrado, como su par francés, pues a diferencia de aquél, que ya no puede extenderse, los alcances del habilitado por la Constitución de 1979 dependía simplemente de que el Estado peruano ratificase tratados sobre derechos humanos<sup>(76)</sup>.

No obstante ello, la doctrina de la década de los 80' no reparó en que era posible plantear la existencia de un bloque de constitucionalidad compuesto por un «conjunto compacto, granítico, indisoluble»<sup>(77)</sup> de normas formalmente constitucionales, y desde luego indisponible para el legislador ordinario<sup>(78)</sup>.

Una tímida referencia al concepto de «bloque de constitucionalidad» sólo se pudo observar más adelante, al ponerse en funcionamiento el Tribunal de Garantías Constitucionales, e incorporarse en su Ley Orgánica (Ley N°. 23385) una norma, semejante a una existente en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, por medio de la cual se estableció que «Para apreciar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las normas mencionadas en el artículo 19, el Tribunal

(76) Sin la referencia a la noción de «bloque de constitucionalidad», pero sí en el entendido que cabía un control de la legislación que se le opusiera, Cf. nuestro trabajo, «Constitución y tratados sobre derechos humanos», en *El Constitucionalista. Revista de Estudios Constitucionales*, N°. 1, Lima 1995, pág. 7.

(77) Domingo García Belaunde, «Estado y municipio en el Perú», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2003, pág. 410.

(78) Sobre el particular, el muy documentado trabajo de Pablo Luis Manili, «La recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Derecho Constitucional», en *Revista Jurídica del Perú*, N°. 39, 2002, pág. 23 y sgtes.



considera, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia de los órganos del Estado».

Se sostuvo entonces que la referencia a las leyes que efectuaba el artículo 21 de la LOTGC, a fin de que el Tribunal de Garantías Constitucionales juzgue la validez constitucional de las normas con rango de ley, no podían ser otras que la propia ley orgánica<sup>(79)</sup>, pues éstas eran las únicas competentes para determinar «la competencia de los órganos del Estado». Quedaba, de esta forma, marcado el sendero del sucesivo debate en torno al bloque de constitucionalidad: no sobre la base del rango constitucional de los tratados, sino en función de la propiedad que podían tener las leyes orgánicas en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

En definitiva, si bien durante la Constitución de 1979 hubo la posibilidad de introducir, con propiedad, el concepto de bloque de constitucionalidad, éste no sólo no fue expresado, sino que ni siquiera fue rescatado por el Tribunal de Garantías Constitucionales en ninguno de los pocos casos en los que tuvo la oportunidad de resolver acciones de inconstitucionalidad. Tal posibilidad de desarrollar una versión en cierta forma parecida a la que existe en Francia, desde luego, no se derivaba del artículo 21 de la LOTGC, sino del artículo 105 de la Constitución de 1979.

## **2. El bloque de constitucionalidad y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**

Con la Constitución de 1993, tal base normativa para construir un concepto coherente y razonable de bloque de constitucionalidad desapareció. El artículo 105 de la Carta del 79 fue suprimido y, en su lugar, se introdujo, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, semejante en su estructura y sentido al artículo 10.2 de la Constitución española de 1978: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan y aplican de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

Aunque en ciertos sectores de la doctrina nacional se piensa que con dicha cláusula constitucional se otorga rango constitucional a los tratados sobre dere-

---

(79) Jorge Danós Ordóñez y Martha Souza Calle, «El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general», en Francisco Eguiguren Praeli, Director, *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Editorial Cuzco, Lima 1987, pág. 358.

chos humanos, incluyendo a la Declaración Universal de 1948<sup>(80)</sup>, tampoco la doctrina ha relacionado esa eventual jerarquía constitucional de los tratados con la noción de bloque de constitucionalidad. Los escasos intentos de conceptualizarla, por el contrario, se han efectuado a partir del artículo 22 de la LOTC, semejante en su redacción al artículo 21 de la antigua LOTGC. Dicho precepto legal señala que: «al apreciar la constitucionalidad o no de las normas objeto del control, (el Tribunal) debe tomar en consideración también aquellas leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado».

Como es evidente esta construcción (y deformación) de la idea del bloque de constitucionalidad toma como referencia al modelo español de justicia constitucional, y no al francés, de donde es originaria la expresión y tiene un significado y contenido totalmente diferente, como hemos visto. Y es a esta construcción a la que los escasos estudios sobre el tema han dirigido su crítica. Antes, sin embargo, de ingresar a desarrollar esa crítica es preciso aún detenernos en el análisis del contenido de ese bloque descrito en el art. 22 de la LOTC.

### ***2.1. Contenido del bloque de constitucionalidad***

Los preceptos de una ley orgánica que determinan la competencia y atribuciones de los órganos del Estado

De entrada es preciso destacar que la referencia a las leyes que efectúa el art. 22 de la LOTC, más allá de su expresión general, no comprende cualquier clase de ley o norma con rango de ley de las enunciadas en el inciso 4 del art. 200 de la Constitución; precepto constitucional éste que no sólo tiene la virtualidad de crear el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, sino, además, de fijar el «rango de ley» de ciertas fuentes formales creadas por la Constitución. Y es que tal referencia a las «leyes» del art. 22 de la LOTC, no puede desligarse de la descripción del contenido que deben tener, según el cual para que una ley forme parte del bloque de constitucionalidad, es preciso que se trate de un precepto que se haya «dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado». Se tratan, pues, de normas que regulan competencias y atribuciones de órganos estatales y no, como sucede en España, donde las normas que forman parte de él,

---

<sup>(80)</sup> Cf. Enrique Bernal Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, CIEDLA, Lima 1996, pág. 581. César Landa Arroyo, «Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución del Perú de 1993», en *Revista Jurídica del Perú*, N°. 16, 1998, pág. 3 y sgtes. Javier Ciurlizza, «La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos», en AA.VV., *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Vol. II, CAJ, Lima 1995, pág. 65 y sgtes.

según el artículo 28.1 de su LOTC, además de las leyes orgánicas a las que se refiere el artículo 28.2 de su LOTC, comprende a las leyes que delimitan «las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias entre éstas»<sup>(81)</sup>.

Porque se trata de normas que no pueden tener otro propósito que regular las competencias y atribuciones de los órganos del Estado, el concepto de «leyes» utilizado por el artículo 22 de la LOTC debe entenderse en el sentido de comprender, *prima facie*, a la «ley orgánica», norma ésta que, según el art. 106 de la Constitución, precisamente regula la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución.

Se tratan, desde esta perspectiva formal, de «leyes orgánicas», y no de cualquier otra clase de fuentes, como podría ser el caso de las leyes ordinarias o simples decretos supremos con los que eventualmente se regula la estructura, funcionamiento, competencias y atribuciones de entidades del Estado no previstas directamente por la Constitución [y que debido a una inveterada tradición legislativa en nuestro medio suelen adjetivarse, inapropiadamente, como «leyes orgánicas» (caso, por ejemplo, de las leyes que regulan órganos y dependencias públicas, como ministerios, entidades públicas descentralizadas, etc.)]. Estas últimas no podrían formar parte del bloque, aunque no exista una exclusión expresa del artículo 22 de la LOTC, porque al no tratarse de instituciones reguladas por la Constitución, su transgresión no tendría ninguna incidencia o relevancia constitucional, directa o indirecta, de manera que regulaciones legislativas que puedan afectarlas (modificándolas, transgrediéndolas, suprimiéndolas, etc.) no dejarían de plantear un simple problema de colisión de normas de igual rango.

Asimismo, en lo que a las leyes orgánicas se refiere, por un lado, el artículo 22 de la LOTC no comprende a todas las leyes orgánicas; y, de otro, tratándose de normas orgánicas que tengan por finalidad regular la estructura y el funcionamiento de los órganos del Estado previstos en la Constitución, tampoco parece razonablemente que pueda comprender a todos los preceptos que éstas puedan anidar.

En primer lugar, no forman parte del bloque las leyes orgánicas que no tengan por objeto regular atribuciones y competencias de los órganos constitucionales o con relevancia constitucional. Lo verdaderamente importante según el art. 22 de la LOTC no es que la fuente asuma la forma de una «Ley Orgánica», pues mediante este tipo de actos legislativos también se puede regular otros aspectos

---

(81) Cf. Juan-Sebastián Piniella Sorli, *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*, Edit. Bosh, Barcelona 1994.

[caso, por ejemplo, de los procesos constitucionales (art. 200 de la Constitución), los derechos de participación política (art. 31) o las condiciones de la utilización y otorgamiento a los particulares de los recursos naturales (art. 66)], sino que ésta desarrolle atribuciones y competencias de órganos estatales previstos en la Constitución<sup>(82)</sup>.

En segundo lugar, aún tratándose de leyes orgánicas que regulan la estructura y funcionamiento de órganos previstos en la Constitución, la inclusión de éstas en el bloque no comprende a «todos» los preceptos que la integran, pues el artículo 22 de la LOTC sólo ha conferido tal status a aquellos que tengan por finalidad «determinar la competencia o las atribuciones» de tales órganos. Por tanto, preceptos de una ley orgánica destinados a regular aspectos distintos de aquél «contenido» se encontrarían excluidos *prima facie* del bloque.

¿El Reglamento del Congreso de la República?

Cabe, no obstante, preguntarse si la referencia a las «leyes» que regulan las atribuciones y competencias de los órganos del Estado se cierra con los preceptos de las leyes orgánicas a los que antes se hizo mención, o también comprende al Reglamento del Congreso, pues si bien el reglamento cumple una finalidad análoga a las leyes orgánicas, en tanto que regula la estructura y funcionamiento del Parlamento, no es propiamente una «ley», y tampoco formalmente una «ley orgánica»<sup>(83)</sup>.

El Tribunal Constitucional, al parecer, ha admitido esa posibilidad. En la STC expedida en el Exp. N°. 004-96-AI/TC sostuvo que el artículo 75 del Reglamento Parlamentario no se encuentra «comprendido dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado (por lo que) no forma parte del bloque de constitucionalidad...». Lo que significa que, eventualmente, existirían otras disposiciones reglamentarias que, en la medida que sirvan para determinar la competencia o las atribuciones del Congreso de la República, podrían ingresar dentro de los alcances del artículo 22 de la LOTC. Tal afirmación del Tribunal Constitucional pone de relieve, *prima facie*, que al igual de lo que sucede con determinados preceptos de la Ley Orgánica, no todos los preceptos del Reglamento del Congreso –si es que el reglamento forma parte– se integran al bloque de constitucionalidad, sino sólo aquellos que desarrollan competencias y atribuciones del Congreso previstas en la Constitución.

(82) Ernesto Blume entiende que también habría que incluir en el Bloque a las Ordenanzas Municipales. Cf. su trabajo, «El despojo normativo y las *alternativas* para enfrentarlo a la luz de la Constitución de 1993», en AA. VV. *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993*, Municipalidad de Lima, Lima 1997, pág. 28 y sgtes.

(83) Cf. Edgar Carpio Marcos, «El reglamento parlamentario como fuente del Derecho», en *Revista jurídica del Perú*, N°. 39, 2002, pág. 15 y sgtes.

Sucede, sin embargo, que si efectivamente (ciertas normas) (d)el Reglamento parlamentario sirven para juzgar si una determinada fuente con rango de ley [ley ordinaria, ley orgánica o ley de delegación de facultades] es inconstitucional por la forma<sup>(84)</sup>, esa declaración de inconstitucionalidad no se debe siempre y en todos los casos a la transgresión de las disposiciones que regulan las atribuciones y competencias del Parlamento, ni, en fin, el reglamento parlamentario es una «ley», aunque de ello no se pueda deducir que no se trate de una fuente formal del derecho, o que no tenga el rango de las leyes (por lo demás explícitamente anunciado por el inciso 4º del artículo 200 constitucional)<sup>(85)</sup>. Y es que si ciertas disposiciones del reglamento parlamentario sirven para evaluar la validez formal de las leyes, esas disposiciones no son precisamente las que regulan las atribuciones y competencias del Congreso en cuanto órgano constitucional, sino, aquellas que, al tener relación con el procedimiento legislativo, expresan, a su vez, sendos principios constitucionales en las relaciones entre mayoría y minoría parlamentaria<sup>(86)</sup>.

## **2.2. El requisito de «conformidad con la Constitución» para integrar el bloque de constitucionalidad**

El artículo 22 de la LOTC no sólo describe el tipo de normas que han de sumarse o entenderse como conformantes del bloque de constitucionalidad. Ha previsto también una exigencia sustantiva no menos importante, pues aún tratándose de preceptos de una ley orgánica que tengan por objeto determinar las competencias y atribuciones de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, es necesario que éstas se hayan dictado «dentro del marco constitucional» o, lo que es lo mismo, se traten de preceptos de una ley orgánica que se encuentren «conformes con la Constitución».

Por tanto, *prima facie*, no podrá comprenderse en el parámetro aquellos preceptos cuya legitimidad constitucional se haya cuestionado –y, por tanto, ellas

---

(84) Sobre la parametricidad del reglamento parlamentario en el juicio constitucional de la ley, cf. Margherita Raveraira, «Le norme dei regolamenti parlamentari come oggetto e come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, pág. 1849 y ss. Edgar Carpio Marcos, «El reglamento parlamentario como canon de control en la acción abstracta de inconstitucionalidad», en AA.VV. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI*, citado, pág. 1075 y sgtes.

(85) Cf. un planteamiento general, en Giuseppe Floridia y Federico Sorrentino, «Regolamenti parlamentare», en *Enciclopedia Giuridica*, Vol. XXVI, 1991, págs. 1-28.

(86) Sobre el particular, permítaseme una nueva remisión al trabajo «El reglamento parlamentario como canon de control de la acción abstracta de inconstitucionalidad», en AA.VV. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan Brewer-Carías*, t. 1, citado, pág. 1075 y sgtes.

mismas sean objeto del control de constitucionalidad—, o el Tribunal entiende que no se encuentran conformes con la Constitución. La eventual condición de normas paramétricas para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes se pierde, pues, en el preciso momento en que su legitimidad constitucional ha sido impugnada, o porque el Tribunal Constitucional juzga, en una pretensión destinada a evaluar la validez de cualquier otro acto legislativo distinto de aquél, que ésta no se encuentra «dentro del marco de la Constitución», procediendo a declarar su ilegitimidad.

### **2.3. *El status de las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad en el sistema de fuentes del Derecho***

Nada de lo anteriormente dicho enerva el *status* de normas con rango de ley de los preceptos que, desde esta perspectiva, forman parte del bloque de constitucionalidad; o, dicho en otras palabras, no porque eventualmente formen parte del bloque, ex artículo 22 de la LOTC, los preceptos que la integran se encuentran en una posición semejante a la Constitución. Se tratan, en todos los casos, de normas subordinadas a la *Lex Legum*, y bajo ningún punto de vista puede predicarse de ellas un rango distinto al que tienen las leyes. De manera que no tienen paridad de rango con la Constitución, ni encontrándose por debajo de ella, por el hecho de formar parte del bloque, ocupan una posición superior a las demás normas con rango de ley.

Y es que el rango o posición que ocupan en el sistema de fuentes formales no viene determinado por lo dispuesto en una ley orgánica, como es el art. 22 de la LOTC; así se trate de aquella que regula al Supremo Intérprete de la Constitución, sino, por lo que a propósito del tema se haya previsto en la Carta Magna (inc. 4 del art. 200). El rango constitucional de una fuente, tratándose de fuentes distintas a la Constitución —como sucedió con los tratados sobre derechos humanos con la Constitución de 1979—, no es aquel que una fuente primaria pueda disponer, sino, cuando así sucede, la que la propia Constitución señala.

Sin embargo, no es esta la lectura que se le ha dado. A juicio de Ernesto Blume, quien ha sido quien mayores esfuerzos ha dedicado al tema<sup>(87)</sup>, su inserción en el parámetro termina por conferirles el mismo rango de la Constitución. A su entender, el bloque de constitucionalidad «es un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictadas dentro del marco constitucional... conjunto normativo que..., es considerado por

---

(87) Ernesto Blume Fortini, «El bloque de la constitucionalidad municipal en el Perú», en AA.VV. *Temas de Derecho Municipal*, CAL, Lima 1999, págs. 150-151.

el Juez constitucional como un todo o ‘bloque’. El bloque de constitucionalidad, prosigue, es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas... la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma»<sup>(88)</sup>.

Como antes se ha sostenido, la función de una norma que integra el parámetro de control en la Acción de Inconstitucionalidad es estrictamente procesal, sin mayor consecuencia sobre su rango. Y es que no porque eventualmente ciertas disposiciones formen parte del bloque de constitucionalidad, los preceptos que la integran se encuentran en una posición semejante a la Constitución. Mantienen en todos los casos, su condición de normas subordinadas a la *Lex Legum*, y bajo ningún punto de vista puede predicarse de ellas un rango distinto al que la misma Constitución les ha conferido<sup>(89)</sup>.

Finalmente, no está de más advertir que detrás de esta forma de conceptualizar lo que sería nuestro bloque de constitucionalidad, se esconde una situación singular. Explicándose el modelo español del bloque de constitucionalidad, se ha llegado a una conclusión semejante a la que se predica del modelo francés, hipótesis que, ni en la misma España, por cierto, se ha sugerido.

## VI. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE VALIDEZ DE LAS FUENTES PRIMARIAS

Como se ha visto a lo largo del trabajo, si bien la construcción del bloque de constitucionalidad surgió para dar cuenta de la existencia de un conjunto de nor-

---

(88) Sin embargo, en un trabajo anterior señalé que «de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento, constituyen el *bloque de constitucionalidad*». Cf. el informe de Blume en el libro colectivo *El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (Colisión normativa entre ley del Congreso y Ordenanza Municipal)*, Municipalidad Metropolitana de Lima, Lima 1997, pág. 32.

(89) Cf. sobre el particular, Javier Valle-Riestra, «La heterodoxia municipalista», en *Cathedra*, N.º. 9, Lima 2002, pág. 176 y sgtes, donde realiza un ataque furibundo a esta concepción, que tilda de «aberrante».



mas de igual rango a la Constitución formal, su paulatina recepción, dentro y fuera de Francia, obedece a la impronta de explicar que el juicio de constitucionalidad a la ley no puede efectuarse únicamente a partir de la Constitución. Y es que tras el establecimiento de una pluralidad de órganos con competencias normativas, la Constitución ha delegado en otras fuentes, de inferior jerarquía a ella, la capacidad para establecer, en su nombre, condiciones y límites al proceso de producción legislativa.

Tras esta función que ciertas están llamadas a cumplir, se esconde precisamente el sentido del denominado «bloque de constitucionalidad», es decir, desarrollar un fin netamente instrumental, consistente en describir el conjunto de fuentes que, sumados a la Constitución, son capaces de actuar como normas paramétricas en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. La cuestión, por tanto, es ¿el llamado bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 22 de la LOTC era capaz de cumplir esa función procesal?

Según la fórmula del artículo 22 de la LOTC, el parámetro o canon de control en el proceso de inconstitucionalidad no sólo estaba compuesta por la Constitución, sino también por ciertas leyes que regulan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado. Sin embargo, con poca fortuna, siguiéndose ciertos planteos provenientes de la dogmática y jurisprudencia constitucional española, se pensó que con las normas comprendidas en esta disposición de la LOTC, el Tribunal podría enjuiciar la validez constitucional de las normas con rango de ley. En realidad, las fuentes que lo componían no ayudaban en esta tarea al Tribunal. Y es que si una ley ordinaria colisionara con una ley orgánica, la eventual invalidez de aquella no derivaba de su incompatibilidad con ella, sino de haberse vulnerado los límites competenciales previstos por la Constitución, al tratarse de una fuente que no tenía competencia para regular una materia reservada a la ley orgánica<sup>(90)</sup> (vicio de incompetencia relativa u objetiva)<sup>(91)</sup>.

En la STC 0007-2002-AI/TC, a parte de aludir al bloque de constitucionalidad, y expresar que lo integran todas aquellas normas que tienen la capacidad de integrar el parámetro, siempre que «esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional» [Fund. Jur. N.º. 5], ya el Tribunal Constitucional desecharía que ese bloque, *prima facie*, esté compuesto por leyes orgánicas [fund. Jur. N.º. 7]. «La inconstitucionalidad de una ley ordinaria que regule un aspecto reservado a la ley orgánica, sostendría, es consecuencia de que la ley ordinaria

<sup>(90)</sup> Cf. Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*, t. 1. UTET, Torino 1998, págs. 66-67.

<sup>(91)</sup> Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè editore, Milano 1998, pág. 48 y ss; y 488 y ss.



haya infringido directamente el artículo 106 de la Constitución, en un doble sentido: a) porque no tenía competencia para regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica; o, b) porque pese a regular una materia sujeta a reserva de ley orgánica, no se aprobó con la mayoría exigida por el artículo 106 de la Constitución».

De todas formas, un pronunciamiento tan enfático como el apenas descrito no puede tomarse en modo alguno como absoluto. Y es que si bien en términos generales las leyes orgánicas no cumplen ninguna capacidad para limitar el proceso de producción de las fuentes con rango de ley, existen casos excepcionales en los que tal capacidad sí es manifiesta. Es el caso, por ejemplo, de lo que sucede con la ley orgánica de municipalidades y la ley orgánica de regionalización, que tienen la aptitud de disciplinar el proceso de elaboración de normas con rango de ley como son las ordenanzas municipales y las ordenanzas regionales.

Como el propio Tribunal se ha encargado de recordar, para que una norma con rango de ley forme parte del parámetro de control es preciso que ellas asuman la condición de «normas sobre la producción jurídica; esto es, [que] ... se les encarg[ue] la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, [que se traten de] ... ‘normas [que incidan] sobre el contenido de la normación’, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido» [STC 0007-2002-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 5]. Ciertamente esa función las cumplen las leyes orgánicas de municipalidades y de regionalización. Por un lado, pues establecen el procedimiento de elaboración de dichas ordenanzas, y, de otro, porque también fijan los límites competenciales y materiales que éstas deben observar.

Cualquiera fuera el caso de que se trate, es claro que esta función de norma paramétrica no se derivaba del artículo 22 de la LOTC, sino de la capacidad para regular el procedimiento de creación de otras fuentes de su mismo rango. Y es que si en el parámetro de control de la acción de inconstitucionalidad se encuentran (o deben encontrarse) aquellas normas que fijan los límites que la legislación no debe exceder, entonces la presencia (o ausencia) del grueso de las leyes orgánicas resulta irrelevante para que el Tribunal Constitucional juzgue la inconstitucionalidad de cualquier fuente.

De ahí que al igual de lo que en España se haya sostenido, en el Perú también era posible afirmar, con Domingo García Belaunde, que en el artículo 22 de la LOTC no existía «bloque de constitucionalidad» alguno: «las leyes orgánicas no forman parte de ningún bloque ni constituyen de por sí bloque alguno. Son leyes comunes y corrientes que sólo se diferencian en su contenido específico y el quórum requerido para su aprobación» «cualquier ley orgánica y su contenido pueden ser modificados por cualquier otra ley que dé el Congreso, siempre que ésta tenga las características de orgánica». Cuando el artículo 22 de la LOTC señala que el

Tribunal considera las leyes desarrolladas dentro del marco constitucional, «el verbo considera, es decir, tiene en cuenta y le sirve como referencia» no obliga al Tribunal «a fallar de acuerdo con esas leyes ni tiene por qué darse un resultado único en las sentencias, toda vez que esas leyes de desarrollo constitucional pueden cambiar en cualquier momento»<sup>(92)</sup>.

## VII. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL ¿LA CAÍDA DE UN FETICHE?

La reciente expedición del Código Procesal Constitucional (Ley n.º 28237) parece haber reordenado el debate en torno al bloque de constitucionalidad. Y es que si bien puede discutirse si la subtitulación establecida por el legislador a cada una de sus disposiciones pueda considerarse vinculante o no, una disposición semejante al artículo 22 de la LOTC (Ley n.º 26435), reproducida en el nuevo Código Procesal Constitucional ha sido calificada como un «principio de interpretación» aplicable en el seno de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad de las leyes (art. 79 del CPC).

Al mediar el legislador en el debate en torno a los alcances del llamado «bloque de constitucionalidad», en buena cuenta, éste ha precisado que allí en realidad no se escondía «bloque» alguno y, ni siquiera, una función procesal de las normas que la integraban. Como se establece en el artículo 75, *in fine*, del Código Procesal Constitucional, la eventual colisión de una norma con rango de ley con una ley orgánica no se resuelve en una declaración de inconstitucionalidad de la primera por afectación de la ley orgánica, como en determinado momento se insinuó, sino, en concreto, en una infracción directa del artículo 106 de la Constitución<sup>(93)</sup>.

Evidentemente esta precisión sobre el sentido, los alcances y los límites que las leyes orgánicas están llamadas a cumplir en el control de validez constitucional de la ley no ha terminado con desconocer o ignorar que el parámetro del proceso de inconstitucionalidad de las leyes pueda estar integrado por otras fuentes distintas de la Constitución escrita. Todo lo contrario. A diferencia de lo que sucedía con las disposiciones de la LOTGC y de la LOTC, que, salvo esta idea

<sup>(92)</sup> Domingo García Belaunde, «Estado y Municipio en el Perú», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, citado, págs. 411-412.

<sup>(93)</sup> Esta fórmula, explicable en un contexto en el que el uso [y abuso] del concepto del bloque de constitucionalidad, llevó a muchos a considerar que la inconstitucionalidad de una norma se podía derivar de su infracción a la ley orgánica, sin embargo, vista en perspectiva, adolece del defecto de esclarecer, con excesivo casuismo, sólo una hipótesis de inconstitucionalidad directa, de las múltiples e indefinidas que se podrían imaginar.

errada del bloque, no admitían formalmente hipótesis de inconstitucionalidad mediata, nuevamente el artículo 75 del Código Procesal Constitucional ha precisado que una infracción a la Constitución puede ser «directa» o «indirecta».

Esta alusión a la hipótesis de la inconstitucionalidad indirecta, implícitamente evoca la necesidad de comprender en el parámetro del proceso de inconstitucionalidad de las leyes a fuentes distintas de la Constitución formal; fuentes que, con independencia de su rango, por reenvío de la Norma Suprema son capaces de establecer límites en el proceso de producción legislativa y, por tanto, de integrarse al canon con el cual el Tribunal Constitucional cumple su tarea de órgano de control de la constitucionalidad del sistema jurídico peruano.

De ahí que, en vez del concepto «bloque de constitucionalidad», de equívoco y confuso significado, consideremos que puede ser más útil que se aborde la integración legislativa del parámetro en la Acción de Inconstitucionalidad bajo lo que en la doctrina italiana se ha denominado «normas interpuestas»<sup>(94)</sup>.

Lima, junio de 2004.

---

<sup>(94)</sup> Cf. Massimo Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Cedam, Padova, 1992. Paolo Giocoli Nacci, «Norme interposte e giudizio di costituzionalità», en *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, t. I, Cedam, Padova 1985, pág. 359 y sgtes. Edgar Carpio Marcos, «Normas interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad (El caso peruano)», en AA.VV. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, UNAM, México 2002, pág. 101 y sgtes.

# CONTROL DE NORMAS Y EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

VÍCTOR JULIO ORTECHO VILLENA (\*)

**SUMARIO:** Introducción. **I.** Disposiciones Generales. **II.** Proceso de Acción Popular. **III.** El Proceso de Inconstitucionalidad. **IV.** El Proceso Competencial.

## INTRODUCCIÓN

Tan importante para las personas en particulares es el control de actos que vulneran los derechos contenidos en la Constitución (Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento) como lo es el control de normas para el buen desarrollo del Estado y de seguridad jurídica para la ciudadanía en general. Ambos controles constitucionales de tipo jurisdiccional, tienen como común denominador la necesidad de mantener la constitucionalidad (basada esta en la supremacía constitucional, la jerarquía de las normas jurídicas y la inviolabilidad constitucional).

Sin embargo, el control constitucional jurisdiccional de normas resulta trascendente particularmente, por que involucra a los órganos legisferantes y normativos del Estado, lo que ha dado siempre lugar al problema de la inconstitucionalidad y/o la ilegalidad. Esta problemática no estuvo resuelta en los cuerpos normativos del proceso histórico constitucional peruano, salvo parcialmente en el marco de la Constitución de 1933 y con expresa determinación en la Constitución de 1979; sin embargo este control viene en perfeccionamiento con el funcionamiento del

---

(\*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo, Perú).

Tribunal Constitucional y ahora se espera mejor desarrollo con el Código Procesal Constitucional, por entrar en vigencia en el mes de diciembre del año en curso.

Hasta fines de noviembre seguirá rigiendo una ley para cada una de estas acciones judiciales constitucionales: la Ley Procesal de Acción Popular 24968 y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 26435. El Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 28237 y promulgado el 31 de mayo del año 2004 en curso, dispone en su primera disposición derogatoria, la eliminación total de la primera, parcialmente de la segunda y de las leyes que han venido normando las otras denominadas acciones de garantía, con el propósito de unificar en un solo cuerpo procesal, cuya unidad busca mediante los denominados ahora procesos constitucionales, bajo un solo cuerpo normativo procesal.

Veamos en seguida el control de normas dentro del marco del Código Procesal Constitucional, en tres partes: Disposiciones Generales para los procesos de Acción Popular y de Inconstitucionalidad, el Proceso de Acción Popular y el Proceso de Inconstitucionalidad.

## I. DISPOSICIONES GENERALES

1. **Finalidad y objetivo:** Los procesos de Acción Popular y de Inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial y tanto por la forma como por el fondo.

Por contravenir el artículo 106 de la Constitución, 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 hubieran regulado materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada como tal. (Art. 75 del Código Procesal Constitucional –C.P.–)

2. **Procedencia de la demanda de Acción Popular:** La Acción Popular procede contra reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualesquiera que sea la autoridad de la que emanen y que infrinjan la Constitución o la ley o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o por la ley, según el caso (Art. 76 del C.P.)

Bien sabemos que en la pirámide de la jerarquía de las normas jurídicas, en la parte inferior están las normas administrativas. Pero dentro de estas a su vez hay una jerarquía: los decretos supremos, las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, resoluciones vice-ministeriales, resoluciones directorales, resoluciones regionales, resoluciones municipales, decretos regionales, decretos de alcaldía. Y como es sabido los reglamentos, se aprueban mediante resolucio-

nes, según su nivel. Pues bien, cualquiera de ellos que contravengan la Constitución o las leyes, son pasibles de una Acción Popular.

3. **Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad:** El Art. 77 del C.P. de cierta manera reproduce los términos del inc. 4 del Art. 200 de la Constitución, en el sentido que procede la Acción de Inconstitucionalidad contra normas de nivel legal y ellas son leyes, decretos leyes, decretos de urgencia, tratados, reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general (debemos entender que tengan el nivel de leyes, que por ahora no existen) y ordenanzas municipales.

4. **Inconstitucionalidad por conexión:** El C.P. ha recogido en su art. 78, lo que ha venido prescribiendo el Art. 38 de L.O.T.C. 26435, en el sentido que, si la sentencia declara la ilegalidad o la inconstitucionalidad de la norma impugnada, declara igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia.

De ello podemos inferir que puede darse la inconstitucionalidad por conexión en las leyes o en las normas administrativas y la ilegalidad por conexión únicamente en las normas administrativas. Las normas conexas, generalmente resultan porque una norma posterior ha sido promulgada o expedida, para ampliar o aclarar una norma anterior. Si se deja sin efecto la norma principal, las ampliatorias o aclaratorias, siguen esa misma suerte.

5. **Principios de Interpretación:** El Art. 79 del C.P. no se refiere ni a la acción Popular ni a la Acción de Inconstitucionalidad, sino a la Acción sobre Conflictos de Competencia. Debemos entender que las disposiciones generales, también comprende al Proceso Competencial.

Y por otra parte el artículo rebasa al contenido, pues a nuestro concepto no encontramos ningún principio de interpretación ni menos principios (en plural). Simplemente se trata de una norma que señala que para la validez constitucional de las normas, el Tribunal tendrá en cuenta las competencias señaladas en la Constitución y en las leyes (se está refiriendo a las leyes orgánicas).

6. **Relaciones institucionales y control de normas:** El Art. 80 del C.P. puntualiza una necesaria y conveniente medida que deben tomar los jueces que conocen sobre un proceso de Acción Popular, en el sentido de suspender dicho proceso, cuando toman conocimiento de que la norma legal que se trata de proteger de la contravención de una norma administrativa, está siendo materia de una Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal

De ello podemos colegir que, si la demanda de la Acción de Inconstitucionalidad se declara fundada, el proceso de Acción Popular tendría que archiversarse. Por el contrario, si la demanda de Inconstitucionalidad se declara infundada, el proceso de Acción Popular, debe proseguir.

7. **Efectos de la sentencia fundada:** El epígrafe del Art. 81 se refiere a la sentencia que declara fundada la demanda. Dispone que estas sentencias en un proceso de Inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Dicho pronunciamiento tiene alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

La norma procesal anotada dispone asimismo que: «cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».

Y con relación a las sentencias que declaren fundada una demanda en un proceso de Acción Popular, «podrán determinar la nulidad con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, las sentencias determinarán sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano»

Lo que si nos queda una duda respecto a los términos empleados para los efectos de cada tipo de sentencia sobre Inconstitucionalidad y sobre Acción Popular. Partiendo de que una norma que es materia de promulgación, su vigencia termina por derogación. Y bien es cierto el Tribunal Constitucional, no es un órgano legislativo, de hecho en un caso concreto se convierte en legislador negativo y con su sentencia pone fin a la vigencia de una ley que ha sido demandada. En el modelo de la Constitución de 1979, se disponía que la sentencia que declaraba fundada la demanda, se ponía en conocimiento al Congreso, para que dentro de un término señalado promulgue una breve ley que derogue la que era materia de la sentencia, en caso contrario, la sola publicación, implicaba su derogatoria. En la actualidad el Tribunal, simplemente publica la sentencia y desde el día siguiente de la publicación, la norma queda derogada. Al parecer no se quiere emplear el término derogación, siguiendo una tradición ya incompleta que venía desde el penúltimo Código Civil, que señalaba que una ley se deroga por otra ley.

Y en cuanto una sentencia que vía Acción Popular declara fundada la demanda contra una norma administrativa, tampoco es muy técnico decir que queda anulada, ya que el término nulidad en todos los diccionarios jurídicos aluden a los actos jurídicos y no a las normas. Y de igual manera en el ordenamiento procesal civil, la nulidad se refiere a actos procesales que adolecen de alguna irregularidad o anomalía. El término técnico debe ser, que la sentencia declara la nulificación de la norma administrativa que fue cuestionada.

8. **La cosa juzgada:** El Art. 82 del C.P. prescribe que tanto las sentencias recaídas en un proceso de inconstitucionalidad, como en un proceso de Acción

Popular, que alcanzan el carácter de firme, adquieren la calidad de cosa juzgada, por lo que vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación. Tiene la misma autoridad el auto que declara la prescripción de la pretensión en el caso previsto en el inciso 1) del artículo 104.

La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el Código.

Similarmente ocurre con las sentencias expedidas en procesos de Acción Popular, por parte del Poder Judicial, alcanza también la calidad de cosa juzgada.

Pues bien, como quiera que el control constitucional por parte del Tribunal Constitucional, en materia de normas legales, es de tipo concentrado, una de sus características es, que sus sentencias tienen efectos *erga omnes*, por tanto vinculante para todos. La nueva norma procesal, no hace distinción entre sentencias que declaran fundada la demanda de las que la declaran infundada. Debemos entender que comprende a ambas, aunque no lo diga como lo hacía el Art. 37 de la L.O.T.C en su segunda parte, por lo que una sentencia denegatoria, impedirá la interposición de una nueva acción fundada en idéntico precepto constitucional, salvo como se señala en líneas anteriores, la impugnación de la norma demandada haya sido únicamente por vicios de forma.

**9. Irretroactividad:** Según el Art. 83 del C. P. las sentencias tanto en materia de ilegalidad como de inconstitucionalidad, no tienen efectos retroactivos, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del Art. 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución (Se refiere a la retroactividad benigna en materia penal y a materia tributaria respectivamente).

Es importante anotar también lo prescrito en la segunda parte de esta disposición. Según ella: «por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma, no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

## II. PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Veamos los siguientes aspectos de este proceso.

**1. Determinación conceptual:** De lo que fluye del Art. 200 Inc. 5 de la Constitución y del Código Procesal, podemos esbozar el siguiente concepto. El proceso de Acción Popular es el que sigue cualquier ciudadano, ante el Poder Judicial, contra una norma administrativa que contraviene una norma constitucional o una norma legal y con el fin de que dicha norma administrativa, se deje sin efecto y nulificada.



2. **Legitimación:** La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona. (Art. 84 del C.P.).

Una elemental interpretación del texto anterior, nos lleva a señalar que esa «cualquier persona» tiene que ser un ciudadano, lo que comprende también a cualquier ciudadano extranjero residente en el país, también a cualquier persona jurídica. La denominación de Acción Popular, proviene que el accionante no es quien tiene interés personal y directo en esta. Idealmente equivale a que el demandante lo hace en función del interés colectivo.

Esta norma procesal se refiere específicamente a la personería o legitimidad activa, pero resulta obvio que la legitimidad pasiva, está representada por el titular del órgano emisor de la norma administrativa que se cuestiona en la demanda.

3. **Competencia:** La Acción Popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

- a) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la Acción Popular es de carácter regional o local.;
- b) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

4. **Plazo de prescripción:** El plazo para presentar la demanda prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de la publicación de la norma (Art. 87 del C.P.) Debemos advertir que tal plazo es el mismo si se trata de una norma que deviene en inconstitucional o en ilegal.

5. **El procedimiento:** El procedimiento se desarrolla en las siguientes etapas:

A) Demanda. La demanda escrita contendrá cuando menos, los siguientes datos y anexos

- 1) La designación de la Sala ante quien se interpone.
- 2) El nombre, identidad y domicilio del demandante.
- 3) La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma objeto del proceso.
- 4) El petitorio, que comprende la norma o normas constitucionales y/o legales que se suponen vulneradas por la que es objeto del proceso.
- 5) Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.
- 6) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 7) La firma del demandante, o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

*B) Auto admisorio.* Comprende los siguientes aspectos:

- 1) El auto puede ser de admisibilidad o de improcedencia. En efecto interpuesta la demanda, la Sala resuelve su admisión, en un plazo no mayor de cinco días después de su presentación. Si se declara la inadmisibilidad, precisará el requisito incumplido y el plazo para subsanarlo. Si declara la improcedencia y la decisión fuese apelada, podrá la resolución en conocimiento del emplazado.
- 2) Emplazamiento y publicación. Admitida la demanda, la Sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, en la cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el Diario Oficial El Peruano, si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponde si aquella se promueve en otro Distrito Judicial.
- 3) Si la norma objeto del proceso ha sido expedida con participación de más de un órgano emisor, se emplazará al de mayor jerarquía, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. En el caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará al Ministro que la refrenda; si fueran varios, al que haya firmado en primer término.

Si el órgano emisor ha dejado de operar, corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

- 4) Requerimiento de antecedentes. El auto admisorio también puede comprender la orden de la Sala para que el órgano demandado remita el expediente, conteniendo los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto del proceso, dentro de un plazo no mayor de diez días, contando desde la notificación de dicho auto, bajo responsabilidad. La Sala dispondrá las medidas de reserva pertinentes para los expedientes y las normas que así lo requieran.

*C) Contestación de la demanda:* El término para contestar la demanda es de diez días. Ella debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda, en lo que corresponda o sea pertinente.

*D) Vista de la causa:* Contestada la demanda o vencido el plazo sin que tal contestación se haya presentado, la Sala señalará día y hora para la vista de la causa, dentro del término de los diez días siguientes a la contestación.

Como corresponde en cualquier otro proceso, a esta altura del procedimiento, los abogados de las partes, pueden producir informes orales, para sustentar y fundamentar sus puntos de vista sobre la materia de la controversia.

*E) Sentencia:* Esta será expedida dentro del término de los diez días siguientes a la vista de la causa.

Esta resolución pone fin al procedimiento en Primera Instancia en la Sala de la Corte Superior puede declarar fundada la demanda o infundada aquella.

El procedimiento en la Segunda Instancia, corre a cargo de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema y que se desarrolla como consecuencia del Recurso impugnativo de Apelación para el cual se señala un término de cinco días siguientes a la notificación, del cual por cierto puede hacer uso cualquiera de las partes. Para el caso que no se presentara el referido recurso y la sentencia hubiera declarado fundada la demanda, los autos se elevarán en consulta a la Sala de la Corte Suprema antes mencionada.

Mientras que el Recurso de apelación debe contener los fundamentos del error en que puede haber incurrido la sentencia y da lugar a las correspondientes etapas del procedimiento de la Segunda Instancia, que señalaremos en seguida, cuando se trata de la elevación del expediente en consulta, esta es absuelta sin mayor trámite en un plazo no mayor de cinco días desde que se recibió el expediente.

Etapas del procedimiento en esta instancia:

1) *Traslado del Recurso de Apelación*: La Sala Constitucional corre traslado del mencionado recurso a la otra parte, por el término de cinco días, para su absolución.

2) *Vista de la causa*: Aunque la redacción del Art. 93, no es suficientemente claro y parecería que al mismo tiempo que la Sala corre traslado a la otra parte, estaría fijando día y hora para la Vista de la Causa, como son dos etapas separadas, debemos entender que ésta se fija, vencido el término de absolución de la apelación y no puede ser en un término mayor de cinco días. Eso sí, notificada ésta, dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente en tal diligencia.

3) *Sentencia*: La sentencia debe expedirse dentro de los diez posteriores a la vista de la causa, la cual será publicada en el mismo medio de comunicación en que se publicó el auto admisorio, independientemente de la notificación que debe hacerse a las partes. La norma deja expresamente establecido que no procede recurso de casación respecto a esta sentencia

6. Aspectos complementarios del procedimiento. El Código Procesal Constitucional, señala los siguientes:

6.1. Medida cautelar. Esta es una novedad que trae el C.P. que no estaba previsto en el modelo anterior, de la derogada Ley Procesal de Acción Popular. En efecto, de acuerdo a la nueva norma, procede solicitar medida cautelar, una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el término del pronunciamiento.

Debemos entender que tal medida cautelar se prolongará hasta que se expida la sentencia definitiva, en la segunda instancia.

6.2. Costos. El Art. 97 del C.P. prescribe expresamente, que si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el Juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuera desestimada por el Juez, este podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En todo lo no previsto en materia de costos, será de aplicación supletoriamente lo previsto en el Código Procesal Civil.

### III. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Antes de puntualizar los principales elementos de este proceso, esbozamos una breve determinación conceptual. Usando la terminología del Art. 200 inc 4 de la Constitución diremos que es una acción de garantía constitucional, que se formula ante el Tribunal Constitucional, contra una norma legal que contraviene o viola la Constitución y con el fin que dicho organismo jurisdiccional, previo el procedimiento correspondiente, la declare inconstitucional, y disponga se deje sin efecto, es decir quede derogada.

Si empleamos la terminología del Código Procesal Constitucional, que se refiere no solamente a la acción, sino engloba a todo el proceso, tenemos que decir que es un proceso constitucional que se desarrolla ante el Tribunal Constitucional, en instancia única contra una norma de nivel legal que contraviene a la Constitución y con el fin de dejarla sin efecto.

1. *Competencia y legitimación.* Como es sabido, la demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y sólo puede ser presentada por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución.

En el indicado Art. 203, están señalados los siguientes titulares o legitimados activos: el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, esta facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que ese porcentaje no exceda anteriormente señalado.

Asimismo están legitimados los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia. Y los colegios profesionales en materia de su especialidad.

## **2. Representación procesal legal**

Cuando el titular o legitimado de la acción es el Presidente de la República, este requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros, después de lo cual designa a uno de sus ministros para que presente la demanda y lo represente en el proceso, este a su vez puede delegar su representación en un Procurador Público.

Cuando el legitimado es el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, interponen directamente la demanda. Sin embargo pueden actuar en el proceso mediante apoderado nombrado para el efecto.

Los congresistas actúan en el proceso mediante apoderado nombrado para el efecto.

Los ciudadanos referidos en el inc. 5 del artículo 203 de la Constitución, deben actuar con el patrocinio de letrado y conferir su representación a uno solo de ellos.

Los Presidentes de Región con acuerdo del Concejo de Coordinación Regional o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo, actúan en el proceso por si o mediante apoderado y con el patrocinio de letrado.

Los Colegios Profesionales, previo acuerdo de su Junta Directiva, deben actuar con el patrocinio de abogado y conferir representación a su Decano.

Por su parte el órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto.

**3. Plazo de Prescripción:** La demanda de Inconstitucionalidad de una norma legal puede interponerse dentro de un plazo máximo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados el que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados prescribe la Acción. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51 y por el segundo párrafo del Art. 138 de la Constitución.

Sobre este término o plazo de prescripción, debemos recordar que por primera vez se estableció en el marco de la Constitución de 1979, seguramente con el propósito de evitar al Tribunal de Garantías Constitucionales de ese entonces, presiones por parte del poder político durante su administración de cinco años. Valor entendido que no había reelección inmediata del Presidente de la República. Posteriormente y dentro del marco de la Constitución de 1993, la L.O.T.C. 26435, mantuvo en principio el mismo plazo de los seis años, pero posteriormente y a medida que se afianzaba el autoritario gobierno del Presidente Fujimori, el término de prescripción para la Acción de Inconstitucionalidad se redujo a seis meses (Art. 26). básicamente para dar por saneadas e indiscutibles las leyes que se habían dado por dicho gobierno.

Por otra parte, cuando se hace la salvedad de lo dispuesto en el artículo 51 y de la segunda parte del artículo 138, se está refiriendo a la necesidad de preservar la supremacía constitucional y a la facultad de los jueces en todo proceso de inaplicar una ley que la encuentren incompatible con la Constitución. (sistema de control difuso).

3. Procedimiento. Este tiene las siguientes etapas

A) Demanda. Ella debe contener las siguientes partes:

- 1) La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.
- 2) La indicación de la norma que se impugna, en forma precisa.
- 3) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- 4) La relación numerada de los documentos que se acompañan.
- 5) La designación del apoderado si lo hubiere.
- 6) Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

Asimismo, el Art. 102 señala, como anexos a la demanda, lo que propiamente son recaudos obligatorios que demuestran la legitimidad del demandante y sin los cuales, no se admitiría dicha demanda. Ellos son los siguientes:

- 1) Cuando el demandante sea el Presidente de la República, certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Ministros.
- 2) Cuando los actores son el 25 % del número legal de congresistas, certificación de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso.
- 3) Si los actores son cinco mil ciudadanos, certificación por el Jurado Electoral, en los formatos que proporciona el Tribunal. Se entiende que es certificación de las firmas.
- 4) Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional, o
- 5) Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el del Concejo Provincial, cuando el actor sea el Presidente de Región o Alcalde Provincial respectivamente.

B) Admisibilidad: En esta etapa debemos señalar aspectos preliminares relacionados con la admisión y luego el auto admisorio,

l) Inadmisibilidad de la demanda: El término para admitir la demanda es de diez días, tiempo necesario para estudiar la procedencia o no de dicha demanda.

El Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que en la demanda se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 101 del C.P.
- b) Que no se acompañe el anexo o recaudo correspondiente, a que se refiere el artículo 102 del C.P.

El Tribunal concederá un plazo no mayor de cinco días si el requisito omitido es susceptible de ser subsanado. Si vencido el plazo no se subsana el defecto de inadmisibilidad, el Tribunal, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, declara la improcedencia de la demanda y la conclusión del proceso.

2) Improcedencia liminar de la demanda. El Tribunal también puede declarar improcedente la demanda, en resolución debidamente motivada e inimpugnable, cuando concorra alguno de los siguientes presupuestos:

- a) Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el artículo 100 del C.P.
- b) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de Inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo, o
- c) Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la norma impugnada. El artículo 105, por otra parte deja expresamente establecido que en un proceso de Inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares. Resulta novedoso e interesante, lo que ha introducido el Código en esta materia: el impulso procesal de oficio. Naturalmente después de admitida la demanda y en atención del interés público que tiene el control de las normas legales, lo que debe hacerlo con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

3) El auto admisorio: Que constituye la segunda etapa propiamente dicha del procedimiento. Con esta resolución emplaza a la parte demandada, que es el órgano que ha emitido la norma cuestionada, concediéndole un término de treinta días.

C) Contestación de la demanda: Más que contestación o contradicción, propiamente constituye una defensa de la norma impugnada, señalando las razones por la cual el órgano emisor considera que la norma cuestionada no contraviene a la Constitución. Por eso seguramente la Ley 26435 la ha venido denominando a esta etapa, alegato, y que también emplea dicha denominación el Código Procesal Constitucional en el último párrafo del artículo 99.

El plazo para la contestación de la demanda o alegato, es de treinta días

D) Vista de la causa: El último párrafo del artículo 107 del C.P. señala que: contestada la demanda o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de diez días útiles siguientes. Las partes pueden solicitar informen oralmente.

E) Sentencia: Es la etapa final del proceso y ella deberá expedirse dentro de un plazo de treinta días posteriores a la vista de la causa.

En esta resolución final y de mayor nivel, el Tribunal si declara fundada la demanda, fallará dejando sin efecto la norma legal demandada y ordena la correspondiente publicación con lo cual esta norma queda derogada.

#### **IV. PROCESO COMPETENCIAL**

Aunque los procesos que se siguen, sobre conflictos de competencia hacen control directo sobre conductas de los órganos del Estado, indirectamente hacen control de las normas que fija las competencias, no contra ellas mismas, sino por el contrario para que sean respetadas.

Antes de señalar los elementos o aspectos de este proceso, a la luz del Código Procesal Constitucional, veamos algunos aspectos preliminares:

##### ***1. Conflictos: su conceptualización***

Todo conflicto significa el enfrentamiento de cuando menos dos intereses contrapuestos, cada uno de los cuales trata de prevalecer o triunfar.

Todo conflicto implica pues discrepancia, disenso, confrontación, lo que en principio es explicable no solamente por las diferentes formas de pensar y ver las cosas, que tienen las personas o grupos sociales, sino los conflictos en todos los niveles constituye la esencia del desarrollo dialéctico de las relaciones sociales, pues a base de las contradicciones se esclarecen y superan los problemas. Sin embargo la solución de las contradicciones, no siempre tienen una salida pacífica; frecuentemente tienen manifestaciones de violencia, y esta es mucho mayor cuando mayores son los intereses que estén de por medio.

Son los intereses económicos y los intereses políticos los que más avivan los conflictos y las confrontaciones, frente a lo cual se usan los más taimados argumentos.

##### ***2. Conflictos de competencia o de atribuciones***

Dentro del ordenamiento jurídico y de los organismos del Estado, estos últimos que están destinados a encausar la vida pública y a solucionar los problemas surgidos en la comunidad, sin embargo también generan enfrentamientos, invadiendo el área de las competencias de los otros órganos con los consiguientes perjuicios para los ciudadanos.

Estos conflictos circunscritos a los órganos del Estado o a sus funcionarios y sus respectivas competencias o funciones han surgido con cierta frecuencia, pero



cuando no quedaban a medio camino, la solución tácita y unilateral la imponía el órgano con mayor peso político o autoridad, dejando por cierto un gran margen de ilegalidad o de injusticia. Actualmente esta materia tiene solución formal en la vía jurisdiccional constitucional y a través de los procesos competenciales.

Veamos los siguientes aspectos de estos conflictos:

1) Concepto: Los conflictos, son los enfrentamientos que se suscitan sobre las competencias o atribuciones designadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas y que delimitan los ámbitos propios de los órganos centrales del poder, de los órganos descentralizados y de los denominados órganos constitucionales.

2) El Proceso: Sus principales elementos, son los siguientes:

*a)* Legitimación y representación. El artículo 109 del Código Procesal, sobre el particular, puntualiza lo siguiente: El Tribunal Constitucional conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que se opongan:

- Al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales;
- A dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí;
- A los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los órganos constitucionales o de éstos entre sí.

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.

*b)* Pretensión o materia de la controversia: El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo 109 del C.P., adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y, las leyes orgánicas confieren a otro.

Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de Inconstitucionalidad. (Art. 110 del C.P.)

*c)* Medida cautelar. El Tribunal puede suspender la disposición, resolución o acto objeto del conflicto, a solicitud del demandante. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier Juez o Tribunal, este podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

*d)* El procedimiento: Teniendo en consideración que el Código Procesal Constitucional indica que el procedimiento se sujeta en cuando sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de Inconstitucionalidad, se mantienen las mismas etapas que han venido funcionando dentro del marco de la L.O.T.C. 26435 que se deroga en parte; ellas son las siguientes: Demanda, Auto admisorio, Contestación de la demanda (en realidad alegato), Vista de la Causa y Sentencia, reduciéndose un tanto los términos, ya que el procedimiento no debe durar más de 60 días a partir de la notificación con la demanda.

*e)* Efectos de la sentencia: El artículo 113 del Código, prescribe que: «la sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos.

Cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencia o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas».

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

# RECEPCIÓN NORMATIVA DEL CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO<sup>(\*)</sup>

MARÍA SOFÍA SAGÜÉS<sup>(\*\*)</sup>

**SUMARIO: I.** La paradoja de la vigencia de los textos constitucionales. **II.** Parámetros de las garantías de control de la Inconstitucionalidad por omisión. **III.** Recepción normativa del control de Inconstitucionalidad por omisión en el Código Procesal Constitucional peruano.

## I. LA PARADOJA DE LA VIGENCIA DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

El Derecho Constitucional, en los inicios del Siglo XXI, tiene como protagonistas modernos textos supremos, muchos de ellos rebosantes de enunciados referidos a derechos de segunda y de tercera generación. Sin embargo, frente a maravillosos catálogos ideales, llama la atención el duro divorcio entre «letra» y «realidad» constitucionales y el grave contraste entre el «exceso normológico» («inflación» de normas) y el «defecto sociológico» («carencia» de realizaciones prácticas)<sup>(1)</sup>. En este marco, el problema central de numerosos órdenes constituciona-

---

(\*) Algunos sectores del presente trabajo tienen su base en el artículo «Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión», publicado por la autora en «Derecho Procesal Constitucional», Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador, Ed. Porrúa, México, 2002, Tomo III, pág. 2499 y ss.

(\*\*) Master en Derecho por la Universidad de Georgetown. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina.

(1) Bazán, Víctor «*Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina*», en obra colectiva: Bazán, Víctor (Coord.): «Inconstitucionalidad por omisión», Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 42.

les no es el procurar la defensa ideológica de la idea de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta<sup>(2)</sup>.

La doctrina y jurisprudencia constitucional ha reaccionado mayoritariamente de manera crítica a las falencias en la realización de los textos normativos, señalando la vital importancia de la subsanación de las deficiencias fácticas de realización de las normas constitucionales. Especialmente, acentúan la necesidad de la regulación de medios procesales idóneos y suficientes a los fines de procurar la efectivización de los derechos consagrados.

Una variable de violación a la norma fundamental se presenta en aquellos supuestos en que los poderes constituidos del Estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y, en consecuencia se abstienen de instrumentar los mecanismos necesarios para la efectiva vigencia de las pautas supremas. Este fenómeno, conceptualizado como «Inconstitucionalidad por omisión» se muestra, entonces, como una de las manifestaciones que más contribuyen a ahondar la dialéctica norma-realidad.

La idea de fuerza normativa de la Constitución, introducida por Konrad Hesse<sup>(3)</sup>, se refiere a «su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores»<sup>(4)</sup>. No debe olvidarse que «una Constitución no es una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno»<sup>(5)</sup>. En síntesis, «la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo»<sup>(6)</sup>.

En consecuencia, la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran compelidos bajo la supremacía constitucional<sup>(7)</sup>.

(2) Vega García, Pedro de, Prólogo a la obra: Schmitt, Carl, «*La defensa de la Constitución*», Editorial Tecnos, 2ª. edición, Madrid, 1998, pág. 18.

(3) Hesse, Konrad, «*Escritos de Derecho Constitucional*», traducido por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 61 y ss.

(4) Sagüés, Néstor Pedro, «*La interpretación judicial de la Constitución*», Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 19; puede, asimismo, consultarse Bidart Campos, Germán, «*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*», Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, págs. 19/20.

(5) Ferdinand Lasalle, «*¿Que es una Constitución?*», 3ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989, pág. 78 y ss., op. cit., por Fernández Rodríguez, José Julio, «*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*» en obra colectiva, Bazán, Víctor (Coord.): «*Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 146.

(6) Bidart Campos, Germán, «*Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*», Bazán, Víctor (Coord.): «*Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 3.

(7) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, «*La Interpretación judicial de la Constitución*», op. cit., pág. 13.

De la fuerza normativa de la Constitución se desprende su vocación de aplicación, ya que «la primera y elemental manifestación del carácter normativo de la Constitución viene presentada, sin lugar a dudas, por el hecho de su aplicabilidad». En la medida en que una Constitución se aplica, puede predicarse de ella su valor normativo como premisa fundamental. Tal es pues, la regla general con la que se suele operar en la normativa constitucional y a la que, por supuesto, los operadores del Derecho le deben escrupulosa observación<sup>(8)</sup>.

Del principio sostenido se desprenden, básicamente, dos postulados. En primer lugar, la norma constitucional detenta operatividad, no siendo necesario andamiaje legislativo en qué apoyarla. Conforme «el principio de aplicabilidad directa de normas constitucionales por los individuos...cualesquiera que sean entonces las carencias u omisiones del legislador, los miembros de la sociedad podrán invocar útilmente el respeto de sus derechos constitucionales sin otro procedimiento tanto con respecto a la administración como al conjunto de otras personas privadas»<sup>(9)</sup>.

En segundo lugar, si el cumplimiento de la pauta constitucional se frustra por la omisión del órgano del Estado en implementarla, es necesario acentuar la apertura y eficacia de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre esas omisiones y conferir aplicación a los textos fundamentales.

El incumplimiento por parte de los poderes del Estado de aquellas acciones necesarias para la efectiva vigencia de las normas consagradas por la Constitución constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta. Más su mera consideración debe necesariamente ser acompañada por la generación de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre estas omisiones, abriendo sendas válvulas procesales capacitadas para dar cauce tuitivo a los derechos de la persona. Es decir, «la omisión en *strictu sensu* del expreso mandato del constituyente, es una trasgresión de la norma constitucional debido a la inercia del legislador, constituyendo una auténtica violación a la Constitución. En este sentido, se puede decir que la función del control constitucional no debe reducirse sólo al examen de la ley, sino que la Acción de Inconstitucionalidad también debe cumplir una función integradora mediante la Acción de Inconstitucionalidad por omisión»<sup>(10)</sup>.

(8) Palomino Manchego, José F., «Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional», Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, pág. 41.

(9) Frangi, Marc, «Constitution et droit prive», Ed. Económica, 1992, Paris, pág. 13.

(10) César Landa, «Tribunal Constitucional y Estado Democrático», Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo editorial 1999, Perú, 1999, pág. 143.

Señala Bidart Campos que «para que la Constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un Estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la Constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio»<sup>(11)</sup>.

Por otra parte, otro argumento a favor de la necesidad del control de la Inconstitucionalidad por omisión se encuentra en la dimensión objetiva de los derechos constitucionales. Conforme explica Luis Castillo Córdova, «los derechos constitucionales tienen no sólo una dimensión subjetiva, sino también una de naturaleza objetiva». Esto significa –en palabras del Tribunal Constitucional– «que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos»<sup>(12)</sup>. En consecuencia, «es la dimensión objetiva de los derechos constitucionales la que obliga al Poder público no sólo a abstenerse de actuar de modo que no perturbe el efectivo ejercicio de los derechos, sino que lo obliga también a realizar todas aquellas acciones dirigidas a favorecer la plena y efectiva vigencia de los derechos constitucionales, obliga a encontrar mecanismos que, sin quebrantar el principio de división de poderes y, consecuentemente, sin que el Juez constitucional se inmiscuya en competencias que son del Legislativo o del Ejecutivo, permitan la salvación del Derecho Constitucional en cada caso concreto, más aún cuando ‘es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos’ (artículo 44 CP)»<sup>(13)</sup>.

Asimismo, Francisco Fernández Segado considera que el no dictado de las normas reglamentarias necesarias a los fines de la implementación y efectividad de los derechos enunciados en textos constitucionales, importaría una violación al derecho a la normación<sup>(14)</sup>.

---

(11) Bidart Campos, Germán, «*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*», op. cit., pág. 21.

(12) Luis Castillo Córdova, «Comentarios al Código Procesal Constitucional», Ed. Universidad de Piura, Piura, 2004, pág. 33, con cita de Exp. 0976-2001-AA/TC, de 13 de marzo de 2003.

(13) Castillo Córdova, «Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data», Ed. Universidad de Piura, Piura, 2000, pág. 34.

(14) Fernández Segado, Francisco: «La Inconstitucionalidad por omisión...», op. cit., pág. 12.

Cabe subrayar la necesidad de procurar una respuesta amplia al control de constitucionalidad, y en particular, para los supuestos de las omisiones inconstitucionales. Sobre el tema Bidart Campos sostiene que así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado pretorianamente el control de constitucionalidad –siguiendo el modelo norteamericano– sobre la base de la teoría de los «poderes implícitos», debe aplicarse la misma doctrina, y, en consecuencia –ante la carencia de norma específica–, arbitrar pretorianamente medios idóneos de subsanación de las omisiones inconstitucionales<sup>(15)</sup>. De hecho, nótese que «*Marbury vs. Madison*»<sup>(16)</sup>, justamente, fue un caso donde lo que se solicitó fue el control de la omisión en que incurría Madison, causando con ello una violación al derecho de *Marbury*. Si bien no se le reconoce la posibilidad de que la Corte expida el *mandamus* solicitado en ejercicio de su competencia originaria, sí se establece que hay derecho al remedio, para el caso que hubiese sido solicitado ante otro tribunal.

Siguiendo la misma postura receptiva del control de Inconstitucionalidad por omisión, Alberto Bianchi advierte que se ha superado la «concepción antigua, según la cual la regla en materia de competencia es que sólo está permitido lo que expresamente surge de la literalidad de la norma que obra como fuente de aquella»<sup>(17)</sup>. Frente a esta situación se ha consagrado la regla de la llamada ‘permisión amplia’ según la cual los órganos de gobierno no sólo están habilitados para ejercer aquellos actos para los que expresamente están habilitados según la Constitución, la ley o el Reglamento, sino para todos aquellos que implícitamente surgen de aquellas disposiciones expresas<sup>(18)</sup>. Justamente, la teoría de los poderes implícitos<sup>(19)</sup>, permite encontrar un cauce a los fines del reconocimiento y subsanación de las omisiones inconstitucionales.

Finalmente, no debe obviarse el aporte positivo que se desprendería de este control, dado el carácter ejemplificador que posee toda sanción al incumplimiento normativo, con el consiguiente efecto moralizador, fundamental factor de consenso social frente a la crisis del sistema político y judicial que padecen numerosos países.

(15) Bidart Campos, Germán, «*El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*», op. cit., pág. 347.

(16) 51 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

(17) Bianchi, Alberto B., «*Control de constitucionalidad*», Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 86.

(18) *Ibidem*, pág. 86. Dicho autor señala como antecedente de esta doctrina en la jurisprudencia norteamericana, en el fallo dictado por Marshall en los autos «*Mc. Culloch vs. Maryland*».

(19) Receptada por la Corte Suprema de la Nación Argentina en numerosos pronunciamientos. Por ejemplo, puede citarse C.S.J.N. «*Lisandro de la Torre*», Fallos 19:231 y «*Peláez*», E.D. 166-91, entre otros.



Efectivamente, el reconocimiento de la necesidad de control de la Inconstitucionalidad por omisión, en virtud de la fuerza normativa de la misma, y de la dimensión objetiva de los derechos constitucionales, no implica en sí admitir la posibilidad que el órgano controlador exagere o abuse en el ejercicio de dicha función. Numerosos autores han puesto el acento en la peligrosidad de la figura, en concreto frente a las omisiones del Poder Legislativo. Por ejemplo, se cuestiona si el instituto es compatible con el principio democrático, el principio de división de poderes, el temor a la tiranía del intérprete y al gobierno de los jueces<sup>(20)</sup>. En específica referencia al tema en estudio, algunos autores, entre los que podemos citar a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuestionan la legitimidad del instituto en análisis al considerar que se violaría la discrecionalidad del Poder Legislativo respecto de las condiciones relativas al tiempo y forma de efectivizar la promesa del texto constitucional<sup>(21)</sup>.

Ahora bien, como señala Fernández Rodríguez «el principio de libertad de conformación del legislador, no solo admisible y justificable en un sistema democrático, sino también necesario, no debe concebirse con unos rasgos absolutos, como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo»<sup>(22)</sup>. Sin duda, un adecuado tratamiento normativo de las garantías tendientes a instrumentar este tipo de controles puede contribuir a evitar los abusos de la institución, permitiendo que el garante de la Constitución se maneje dentro de marcos predeterminados que garanticen la efectiva existencia del mandato constitucional cuya omisión de cumplimiento se está controlando, así como el campo discrecional de acción de los poderes constituidos en su implementación.

Pueden encontrarse antecedentes normativos de regulación de mecanismos tendientes a instrumentar el control de la Inconstitucionalidad por omisión, así como diversas variables jurisprudenciales en el Derecho Comparado<sup>(23)</sup>. El objeto del presente trabajo consiste en desarrollar un análisis comparativo de los diversos causes procesales de control de Inconstitucionalidad por omisión en el Dere-

---

(20) Respecto a tales advertencias, puede consultarse a Ruiz Miguel, Carlos, «Las aporías del control de la inactividad del legislador», RRDC, 2, 2000, págs. 108-109.

(21) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, «Uma falácia: a Inconstitucionalidade por omissão», en O Estado de Sao Paulo, ed. de 25 de junio de 1987, pág. 32, cit. por Fernández Segado, Francisco: «La Inconstitucionalidad por omisión:...», op. cit., pág. 13.

(22) Fernández Rodríguez, José Julio, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español...», op. cit., pág. 43.

(23) Miranda, Jorge, «Manual de Direito Constitucional», en el Colectivo «Estudos sobre a Constituição», Vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, págs. 511/512, cit. por Bazán, Víctor, op. cit., pág. 199.

cho Comparado, y las diversas herramientas previstas en el Código Procesal Constitucional de Perú.

## II. PARÁMETROS DE LAS GARANTÍAS DE CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

El Derecho Procesal Constitucional ha intentado captar el fenómeno, a través de la previsión de mecanismos tendientes a instrumentar el control de la Inconstitucionalidad por omisión, pueden citarse los ejemplos del art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 –no vigente<sup>(24)</sup>–, el art. 279 de la Constitución Portuguesa de 1976, texto inicial<sup>(25)</sup>, el art. 283 de la Constitución Portuguesa tras la reforma de 1982<sup>(26)</sup>, art. 103 inc. 2º de la Constitución Nacional de Brasil<sup>(27)</sup>, (así como constituciones de los Estados miembros de la unión entre las cuales puede nombrarse al Estado de Río Grande do Sul –art. 95,1 de la Constitución de 1989–, y la Constitución de Santa Catarina, del mismo año), el texto constitucional de la República Bolivariana de Venezue-

(24) «Art. 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY». Daranas Peláez, Mariano, «*Las Constituciones Europeas*», Editora Nacional, Madrid, 1979, tomo II, pág. 2272.

(25) «Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos Legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable», Daranas Peláez, Mariano, op. cit., pág. 1634.

(26) «1. A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2. Cuando el Tribunal verifique la existencia de la Inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano Legislativo competente», Daranas Peláez, Mariano, op. cit., pág. 1586.

(27) Art. 103 inc. 2º de la Constitución Nacional de Brasil: «Declarada la Inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días», resulta aplicable, asimismo el inciso LXXI del artículo 5º de la Constitución de Brasil consagra la figura del «*mandato de injunção*», el cual puede ser interpuesto cuando «la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía», citados por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión*» op. cit., págs. 27 y 29.

la<sup>(28)</sup>, la Constitución del Estado de Veracruz en México<sup>(29)</sup> y, en Argentina, la Constitución de la Provincia de Río Negro (1998)<sup>(30)</sup>. La Corte Suprema de República Dominicana ha instrumentado este tipo de control en algunos supuestos, sobre la base de la aplicación del art. 29, inc. 2 de la ley 821 de organización judicial. La solución también ha sido prevista en el ámbito Legislativo, donde puede citarse el antecedente de Costa Rica<sup>(31)</sup>.

Por otra parte existen diversas variables jurisprudenciales en el Derecho Comparado. Países como Austria, Estados Unidos, España y especialmente Alemania e Italia, han aportado interesantes propuestas, generalmente sobre la base de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas<sup>(32)</sup>.

---

(28) «Art. 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7.- Declarar la Inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado de forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, viernes 24 de marzo de 2000, n.º. 5.453, extraordinario, pág. 41.

(29) «Art. 65: El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de los asuntos siguientes: III De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto».

(30) «El art. 207, inc. d): El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos... d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales– por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite», citada por Sagüés, Néstor Pedro, «*La Acción de Inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*», Bazán, Víctor (Coord.): «Inconstitucionalidad por omisión», op. cit., pág. 107.

(31) Conforme señala Magda Inés Rojas Chaves, la Ley de Jurisdicción Constitucional abre la posibilidad del control de la Inconstitucionalidad por omisiones legislativas y administrativas, en «Control de constitucionalidad por omisión», en *Revista de Derecho Constitucional*, mayo/agosto 91', pág. 9 y ss.

(32) Miranda, Jorge, «*Manual de Direito Constitucional*», en el Colectivo «Estudos sobre a Constituição», Vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, págs. 511/512, cit. por Bazán, Víctor, op. cit., pág. 199.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se ha orientado a permitir la Acción de Inconstitucionalidad por omisión, aunque el Tribunal ha actuado con suma cautela, reconociendo el carácter de suma excepcionalidad de esta interferencia por parte del Poder Judicial en competencias legislativas<sup>(33)</sup>.

Dicho mecanismo se arbitra en dos supuestos, el primero de los cuales se da ante la omisión legislativa que produce en el peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido<sup>(34)</sup>. La segunda posibilidad de articular la presente figura es el supuesto de que el legislador no hubiere ajustado la norma en el sentido sostenido por el Tribunal en una de sus sentencias. La vía del recurso de queja constitucional es el cauce más usado a los fines de acceder al Tribunal Constitucional federal. Constatada la omisión, dicho órgano fija un plazo para que la medida legislativa sea elaborada. Posteriormente a este período, compete al Tribunal Constitucional resolver la cuestión de Inconstitucionalidad, frente a la cual se da una sanción política al órgano omisivo, que puede ser tanto ejecutivo o Legislativo. A este proceso se le llama dentro del Derecho alemán «proceso de concretización (*Konkretisierung*)»<sup>(35)</sup>.

Pueden citarse también antecedentes de previsiones constitucionales parciales del control de la Inconstitucionalidad por omisión, tal como sería el caso de Uruguay<sup>(36)</sup>, donde la doctrina propicia una interpretación extensiva de dicha pauta<sup>(37)</sup>. Dentro de los antecedentes normativos de referencia, los instrumentos presentan diversas variables, por lo que resulta conveniente fijar en concreto el ámbito y parámetros de control.

(33) Ver Bazán, Víctor, «*Un sendero que merece ser transitado. El control de la Inconstitucionalidad omisiva*», Bazán, Víctor (Coord.), «*Desafíos del control de constitucionalidad*», Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 196.

(34) Bidart Campos, Germán, «*El Derecho a la Constitución y su fuerza normativa*», op. cit., págs. 351/352.

(35) Bazán, Víctor, «*Un sendero que merece ser transitado...*», op. cit., pág. 197.

(36) «Art. 332: los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de Derecho y a las doctrinas generalmente admitidas», Martín J. Risso Ferrand, «Declaración de Inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución», Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2001, Konrad Adenauer Stiftung, pág. 30.

(37) Martín J. Risso Ferrand, op. cit., pág. 29 y ss.

## A) Conceptualización del objeto del control de Inconstitucionalidad por omisión

No toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de «omisión inconstitucional» susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un *mandato constitucional*, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar. Es decir, debe figurarse una «exigencia constitucional de acción»<sup>(38)</sup>.

Este mandato es un supuesto distinto de la «obligación genérica de legislar», que, en sentido amplio, pesa siempre sobre el órgano Legislativo. Frente a un mandato cuyo incumplimiento generaría el control que se trata en este trabajo, «El legislador...no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma perceptiva»<sup>(39)</sup>.

El imperativo constitucional puede darse tanto de manera explícita, es decir, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano<sup>(40)</sup>, como de manera implícita, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior<sup>(41)</sup>. A su vez, el mandato constitucional incumplido puede referir tanto a actos individuales, como respecto al dictado de normas de carácter general. Las cláusulas que prevén este tipo de control reclaman la existencia de mandato constitucional u obligatoriedad del texto normativo ya sea de una manera expresa<sup>(42)</sup>, o bien al referirse los mismos, de manera genérica, a la «necesidad» del dictado de la norma<sup>(43)</sup>.

(38) Miranda, Jorge, «*Inconstitucionalidade por omissao*», en el Colectivo «Estudos sobre a Constituição», Vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, págs. 341 y 342; Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 14.

(39) Fernández Rodríguez, José Julio, «*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 123.

(40) Ejemplos del supuesto de referencia son aquellas normas constitucionales que remiten a la futura reglamentación de instituciones creadas por el texto constitucional (tales como Consejo de la Magistratura, etc.)

(41) En este sentido, ver Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 16.

(42) Así el art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 se refería a la omisión del órgano «...estando obligados a dictarlas...». Más específico es el texto de la Constitución Provincial de Río Negro, el cual refiere a «...una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios...» (art. 207).

(43) El art. 279 de la Constitución Portuguesa de 1976, así como el art. 283 de la misma Constitución, tras la reforma de 1982, refieren a las «...medidas legislativas necesarias». Tam-

A los fines de que se configure una omisión inconstitucional, el mandato no debe encontrarse condicionado a la discrecionalidad del órgano omitente, o bien a un lapso temporal determinado que no haya vencido. En este sentido, se comparte el criterio sustentado por Bidart Campos, al señalar que «los jueces tienen que examinar se analice muy bien si esa competencia (del órgano omitente) es de ejercicio obligatorio u optativo; si tiene a su favor un margen temporal que queda a disposición del órgano que ha de usar tal competencia; si ese plazo se ha vencido o no»<sup>(44)</sup>.

Néstor P. Sagüés refiere a la necesidad de diferenciar, dentro de un concepto genérico de norma programática —es decir que reclama el dictado de una ley a los fines de efectivizarse— las reglas de cumplimiento discrecional por los poderes constituidos y reglas de cumplimiento obligatorio, siendo sólo éstas últimas respecto de las cuales podría darse una situación de Inconstitucionalidad por omisión. Dicha diferenciación, sostiene, debe basarse en un análisis del texto constitucional en concreto<sup>(45)</sup>.

Miranda considera que el mandato constitucional, específicamente, debe ser *concreto*, diferenciándolo de aquellos mandatos abstractos que, aunque configuran auténticos deberes de acción legislativa, no establecen, sin embargo, lo que el legislador debe hacer<sup>(46)</sup>, puesto que en esos casos —a su entender— el órgano omitente en realidad se encuentra dentro del ámbito de su discrecionalidad al no legislar.

Palomino Manchego considera que la posibilidad de iniciar una acción por control de la Inconstitucionalidad por omisión de una norma programática dependerá de la naturaleza de la actividad a realizar en virtud del mandato constitucional. Si la misma es discrecional o política, no se verifica el supuesto de control jurisdiccional de la omisión, en cambio, si es técnica, el cauce queda abierto. «Todas las normas constitucionales se aplican, pero no todas ellas de la misma forma... Como quiera que con las normas operativas no existe mayor problema

---

bién encontramos la alusión a la necesidad del dictado de la norma en el Art. 103 inc. 2º de la Constitución nacional de Brasil.

(44) Bidart Campos, Germán, «*Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*», op. cit., pág. 4.

(45) Sagüés, Néstor Pedro, «*Elementos de Derecho Constitucional*», Tomo I, 3ª. ed., Ed. Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 113 e «*Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y ejecutivo. Su control judicial*», E.D., t. 124, págs. 955/956.

(46) Miranda, Jorge, «*Manual de direito constitucional*», tomo II (Constituição e Inconstitucionalidade), 3ª. ed. Coimbra Editoria Limitada, 1991, pág. 521; Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*» op. cit., pág. 33.

normativo, pues por principio se aplican íntegramente o en su totalidad, y como se dijo de modo directo, conviene precisar que con las normas programáticas, los niveles de aplicación, pueden operar hasta en cuatro variantes: *a)* En la medida en que una norma programática se encuentra contenida en la Constitución y goza por ende de la supremacía innata que a ésta le acompaña, puede anteponerse, y en ese sentido aplicarse, sobre normas de inferior jerarquía que la desconozcan o vulneren. *b)* En la medida en que una norma programática puede ser ejercitada por específicos titulares en específicos casos (lo que acontece por ejemplo respecto del derecho al trabajo, y el goce que del mismo atributo pueden tener algunas personas en particular) frente a la hipótesis de su trasgresión –mediante actos u omisiones– cabe la tutela y por tanto, la aplicación de la misma. *c)* En la medida en que la norma programática forma parte del contenido material de la Constitución, su contenido sirve como parámetro interpretativo de toda decisión jurisdiccional, y en ese sentido también es aplicable. *d)* En la medida en que no todas las normas programáticas son iguales, prescindiendo de aquellas de naturaleza eminentemente política o discrecional, las que solo requieren de condiciones técnicas, sí pueden resultar exigibles y en tal sentido aplicable, ante los órganos que conocen de la jurisdicción constitucional»<sup>(47)</sup>.

Fernández Segado postula, en cambio, la consideración diversa del elemento temporal a fin de determinar cuando existe una omisión inconstitucional. Dicho autor considera que, en los casos de mandatos generales de legislar, cuando se consagran fines constitucionales, juega con mayor laxitud el *elemento temporal* para diferenciar la existencia o no de una «omisión inconstitucional»<sup>(48)</sup>. Al ser mayor la participación del órgano en la determinación del contenido de la norma, es necesario otorgarle un lapso de tiempo prudencial a los fines de la elaboración de los preceptos legislativos. Sin embargo, si bien el órgano posee un mayor campo de acción, tanto temporal como de contenido, su accionar sigue compelido por el carácter normativo del texto constitucional. En resumen: debe aplicarlo.

En el caso que la misma norma prevé un lapso específico de tiempo a los fines del dictado de la reglamentación infraconstitucional, el transcurso de dicho período sin la debida respuesta por el órgano Legislativo o reglamentario, ocasiona *ipso facto* la mora, y torna inconstitucional la originaria omisión.

Si, por el contrario la norma constitucional no contempla un plazo específico, cabe desarrollar un análisis más pormenorizado. Un sector de la doctrina, en

(47) José F. Palomino Manchego, op. cit., pág. 43.

(48) Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 15.



estos casos estima que el constituyente confía el establecimiento del plazo al criterio discrecional del órgano Legislativo, por lo que no podría darse por configurada una omisión inconstitucional. En otra posición, Miranda considera que «el juicio de Inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el tiempo en el que debería ser elaborada la ley, pues ninguna omisión puede describirse en abstracto, sino solo en concreto, esto es, acotada entre determinados hechos, con lo que ello supone que la ausencia de norma legal no pueda separarse de un determinado tiempo histórico, que dependerá de la necesidad de elaboración de la norma»<sup>(49)</sup>.

Es en este otro factor, la «*necesidad del dictado de la norma infraconstitucional*» donde ponen el acento numerosos autores a los fines de ver verificada la omisión en el caso de las normas en análisis. Fernández Rodríguez, sostiene que la necesidad de que la carencia de norma infraconstitucional torne ineficaz la aplicación de la norma constitucional es un requisito particular de la Inconstitucionalidad por omisión<sup>(50)</sup>. Dentro de esta postura se enrolan autores como Gomes Canotilho<sup>(51)</sup> quien sostiene que el elemento decisivo debe ser el de la trascendencia de la mediación legislativa, en conexión con el elemento temporal.

En resumen, el factor tiempo actuaría de la siguiente manera: en los casos en que la norma no prevé un plazo específico de cumplimiento, inmediatamente después de dictado el texto constitucional, ante la carencia de legislación infraconstitucional se verificaría el supuesto de «situación inconstitucional imperfecta»<sup>(52)</sup>, que no generaría de por sí –en ese momento– una omisión inconstitucional susceptible de ser suplida vía control de constitucionalidad por el Poder Judicial. Esta situación anómala de no-aplicación del orden jurídico constitucional, necesariamente reviste el carácter de excepcional y temporal. Habiendo

---

(49) Miranda, Jorge, op. cit., pág. 521, cit. por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 15.

(50) Fernández Rodríguez, José Julio, «*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 123.

(51) José Joaquim Gomes Canotilho, «*Constituição dirigente e vinculação do legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)*», Coimbra, Coimbra Editora ltda., 1982, pág. 332, citado por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*» op. cit., pág. 15.

(52) Modesto, Paulo, «*Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e acção constitucional específica*», en *Revista de Direito Público*, núm. 99, julio-septiembre 1991, pág. 120, citado por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 16.



devenido un lapso de tiempo en el que se prolongue la negativa a legislar se constituye una «omisión constitucional» en sentido propio<sup>(53)</sup>.

En cuanto a la magnitud del periodo referido, el mismo estará condicionado a las circunstancias que rodeen el caso concreto, debiendo regirse su apreciación sobre la base del criterio de «razonabilidad», teniendo en especial consideración el techo ideológico constitucional en referencia a los derechos o valores a que remite la norma, así como la necesidad del dictado de la misma<sup>(54)</sup>.

Finalmente, con relación al propio accionar del órgano, deben analizarse dos supuestos diferenciados: la llamada «omisión total» y la llamada «omisión parcial».

Resulta claro que se encuentran comprendidos dentro del control de constitucional en estudio los supuestos de «*omisión total o absoluta*» es decir, las inacciones –ausencia total de reglamentación– de los órganos Legislativos o reglamentarios ante un mandato constitucional concreto.

Parte de la doctrina, como Cappelletti<sup>(55)</sup>, Fernández Segado<sup>(56)</sup>, Bazán<sup>(57)</sup>, entre numerosos autores, considera que también nos encontramos ante una «omisión inconstitucional» en los casos de las «*omisiones parciales o relativas*», es decir, «cuando, existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución»<sup>(58)</sup>.

Siguiendo el criterio sustentado por Wessel –quien consolidó las bases de la presente distinción– se considera que existe una omisión relativa cuando nos encontramos con «una actuación parcial que disciplina solo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad»<sup>(59)</sup>.

---

(53) Es posible encontrar eco de la distinción efectuada precedentemente en la doctrina semejante consagrada por la jurisprudencia alemana, la cual distingue entre «omisiones todavía constitucionales» y «omisiones inconstitucionales».

(54) En este sentido ver Bazán, Víctor, «*Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales...*», op. cit., pág. 62.

(55) Cappelletti, Mauro, «*la giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)*», Milán, Giuffrè Ed., 1995, págs. 81 y 82, cit. Por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión:...*», op. cit., pág. 19.

(56) Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 19.

(57) Bazán, Víctor «*Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales...*», op. cit., pág. 62.

(58) Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 17.

(59) Wessel, «*Die Rechtsprechung der B.V.G. sur Verfassungsbeschwerde in Deutsches Verwaltungsblatt*», 1952, pág. 161, cit. por Mortati, Costantino, «*Apunti per uno studio sui*

Así, la Jurisprudencia del Tribunal Superior Alemán ha desarrollado y aplicado la teoría de la «exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio» en virtud de la cual se ha arbitrado el recurso de queja de Inconstitucionalidad frente a omisiones relativas del legislador, en especial cuando existe una lesión o amenaza a un derecho constitucionalmente reconocido<sup>(60)</sup>.

Un caso interesante de omisión parcial son de *normas prognosis*. «Las de prognosis o pronóstico son aquellas normas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, han sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevinientes: sencillamente, han devenido anacrónicas y, por ende, disvaliosas»<sup>(61)</sup>. En esta hipótesis, la pasividad del órgano Legislativo en corregir dichas normas degeneraría en una omisión inconstitucional<sup>(62)</sup>.

## B) Sujetos pasivos del control

Al repasar los textos constitucionales citados, se constata como en algunos supuestos se menciona solamente la omisión «legislativa», o del «órgano Legislativo»<sup>(63)</sup>.

---

*rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», en Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana (Raccolta di scritti)», vol. III, Milán, Giuffrè, 1972, pág. 926, cit. por Fernández Segado, Francisco: «La Inconstitucionalidad por omisión...», op. cit., pág. 18.*

<sup>(60)</sup> Un ejemplo concreto de aplicación de dicha doctrina se da en la Sentencia en la que el primer Senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán resuelve revocando el fallo del Tribunal Regional de Kiel. La causa se refiere al conflicto entre el art. 6° inc. 5° de la *Bonner Grundgesetz* que consagraba que para los hijos ilegítimos la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos. A pesar de la existencia de dicho precepto, el órgano Legislativo se mantuvo pasivo, no legislando ni derogando la legislación anterior. Al respecto el art. 1712 del Código Civil colocaba al hijo ilegítimo en una situación de desventaja frente al legítimo. En su fallo el Superior Tribunal considera que el órgano Legislativo ha demorado más tiempo que el prudente que se necesita para redactar la norma legislativa, considerando la actitud del órgano Legislativo como inconstitucional, ver Pina, Rolando E. «Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)», Bs. As., Editorial Astrea, 1973, pág. 72 y ss.

<sup>(61)</sup> Bazán, Víctor, «Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales...», op. cit., pág. 64.

<sup>(62)</sup> *Ibidem*.

<sup>(63)</sup> La Constitución Portuguesa de 1976, así como también tras la reforma de 1982 y la Constitución de Venezuela, hacen referencia sólo a la omisión de «... medidas legislativas...» y «las omisiones del Poder Legislativo municipal, estatal o nacional», respectivamente. La Constitución del Estado de Veracruz, en México, refiere también a «omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto...» (art. 65).

Por otra parte, otros antecedentes<sup>(64)</sup> refieren a las omisiones de manera genérica, admitiéndose, en consecuencia que el órgano omitente pueda ser también un órgano estatal distinto al «Legislativo» propiamente dicho.

Evidentemente, la omisión por parte del Poder Legislativo es aquella que plantea mayores escollos a nivel doctrinario, debido al mencionado problema del argumento democrático y el temor al gobierno de los jueces, conforme se ha sentado precedentemente. En este sentido, si se admite el control de la misma, corresponde aceptarlo también con respecto a las omisiones del Ejecutivo. Es decir, no se aprecia la existencia de fundamento a los fines de diferenciar las omisiones realizadas por el «órgano Legislativo» de aquellas realizadas por otros órganos estatales que de la misma manera afectan la eficacia constitucional. Conforme señala Carrazza «una ilegalidad por omisión desemboca en una Inconstitucionalidad por omisión»<sup>(65)</sup>.

Si la Constitución impone un accionar determinado a un órgano cualquiera, y éste incumple el mandato, se verifica un supuesto de «Inconstitucionalidad por omisión», frente a que deberá arbitrarse el control pertinente, dentro del cual el órgano omitente resultará legitimado pasivo. Dentro de esta línea doctrinaria se enrola Néstor P. Sagüés, quien sostiene que «el órgano lesivo puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática), el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial (cuando no asume los roles Legislativos que la Constitución le encomienda...)»<sup>(66)</sup>.

En este sentido, puede citarse el ejemplo concreto del derecho Alemán, donde, en el caso del recurso de queja o reclamación constitucional, el cual tiene por objeto todo acto de imperio del poder público, no de particulares, que lesione los derechos tutelados por el recurso...tanto la doctrina<sup>(67)</sup> como la jurisprudencia del

(64) Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia («...normas de ejecución de la Constitución...»), Constitución de Brasil (... «omisión de una medida necesaria» refiriendo posteriormente el art. 103 inc. 2º a las omisiones de «un órgano administrativo»), Constitución de la Provincia Argentina de Río Negro (... «dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios»...).

(65) Carrazza, Roque Antônio, «*Acção direta de inconstitucionalidade por omissao e mandato de injunção*», en *Jurisprudencia Brasileira*, Jurúa Editora Ltda., núm. 167, julio-septiembre 1992, págs. 53 y ss., en concreto pág. 56, cit. por Fernández Segado, «*La Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 29.

(66) Sagüés, Néstor Pedro, «*Elementos de Derecho Constitucional*», op. cit., págs. 111/112.

(67) En este sentido ver Cappelletti, Mauro, «*La giurisdizione costituzionale...*» op. cit., págs. 81/82, cit. por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*» op. cit., pág. 18.

Tribunal Constitucional Federal han considerado admisible el recurso frente a los comportamientos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente<sup>(68)</sup>.

### C) Sujetos titulares de legitimación activa

Al analizar la legitimación activa en el control de las omisiones inconstitucionales, debe partirse de la necesidad de garantizar el derecho a la jurisdicción, íntimamente conectado al derecho a la «tutela judicial efectiva», conforme el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>(69)</sup>. Por lo tanto resulta necesario participar de la pauta interpretativa *in dubio pro actione*<sup>(70)</sup>. Dentro de esta línea, cabe postularse a favor de un criterio amplio de legitimación activa<sup>(71)</sup>, puesto que «desconocer, negar, o estrangular la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho, es inconstitucional»<sup>(72)</sup>.

Desde el punto de vista normativo, algunos textos constitucionales que regulan la institución en estudio no refieren expresamente a la legitimación para accionar en este tipo de control, por lo que se entiende que otorgan igual legitimación para recurrir por omisión que por acción. En otros supuestos, existen normas que tratan puntualmente la temática, señalando los sujetos específicamente legitimados para este tipo de control en particular.

Una pauta seguida en algunos antecedentes reconoce la legitimación de aquellos *sujetos* que se encuentran *afectados* en sus *derechos por la omisión*. Este aspecto se considera positivo, siguiendo el criterio sostenido por Fernández Segado, ya que «cuando la Constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una perso-

(68) Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*» op. cit., pág. 18.

(69) Bidart Campos, Germán, «*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*», Tomo I, Ed. Ediar, 2° edición, Buenos Aires, 1993, págs. 624/625; Sagüés, Néstor Pedro, «*Elementos de Derecho Constitucional*», op. cit., tomo II, pág. 759.

(70) Sagüés, Néstor Pedro, «*Elementos de Derecho Constitucional*», op. cit., tomo II, pág. 759.

(71) Bidart Campos, Germán, «*Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*», op. cit., pág. 5.

(72) Bidart Campos, Germán, «*Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*», tomo I, op. cit., pág. 351. Con relación a este tema en particular ver también Bidart Campos, «*Egoísmos inconstitucionales por negación de la legitimación procesal activa*», E.D., Boletín de fecha 5/3/92.

na, dicha persona...debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones»<sup>(73)</sup>. En consecuencia, debe propiciarse un mecanismo de control de constitucionalidad concreto que garantice, de manera genérica, el acceso de los perjudicados frente a la omisión legislativa, a los fines de incitar los procedimientos de control.

Es interesante señalar como en el caso de la Constitución Yugoslava de 1974, se ha admitido la posibilidad de la iniciación de oficio<sup>(74)</sup>. Otros antecedentes normativos, como el art. 283 de la actual Constitución Portuguesa<sup>(75)</sup> y la norma fundamental del Estado de Veracruz<sup>(76)</sup>, en México, confían la iniciación del procedimiento de control queda en manos de un sector más restringido.

La problemática de la legitimación activa en el control de la Inconstitucionalidad por omisión ha recibido interesante tratamiento en dos constituciones estatales brasileñas. La Constitución del Estado de Rio Grande do Sul (1989) en su art. 95 punto 1. legitima por ejemplo a las entidades o asociaciones de defensa del medio ambiente, de derechos humanos y de los consumidores de ámbito nacional o estatal. A su vez la Constitución del Estado de Santa Catarina

---

(73) Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 10. En este sentido ver también Bidart Campos, Germán, «*La justicia constitucional y la Inconstitucionalidad por omisión*», E.D., U.C.A., Tomo 78, Buenos Aires, pág. 785. Un ejemplo de esta última posibilidad la encontramos en el art. 207 de la Constitución Provincial de Río Negro en su art. 207, al consagrar la siguiente fórmula: «la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales– por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo». Resulta interesante la consagración expresa del afectado como sujeto legitimado, así como la exención de los cargos fiscales colabora con la cristalización del derecho de ‘acceso a la jurisdicción’, consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

(74) «Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Iugoslávia», en Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal, núms. 29-30, pág. 94, citado por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 25.

(75) Su inciso Iro., sostiene: «1.A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales». La Constitución de Brasil de 1988 remite a la legitimación consagrada para la Acción de Inconstitucionalidad por acción, en virtud de lo cual queda limitada a determinados órganos de poder, el Consejo Federal de la Orden de Abogados, partidos políticos con representación en el congreso federal, y a confederaciones sindicales y entidades de clase de ámbito nacional.

(76) La Constitución de Veracruz, en México, legitima al Gobernador del Estado; o cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

(1989) legitima a las asociaciones legítimamente constituidas, cuya finalidad es la protección de intereses difusos<sup>(77)</sup>.

En el caso de Costa Rica, se aplica la legitimación genérica consagrada por el art. 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, por lo que puede iniciar la acción aquél que sea titular de «un interés directo y actual», así como invocando derechos de incidencia colectiva<sup>(78)</sup>.

#### D) Efectos del control de constitucionalidad

Ante la constatación de la omisión, las soluciones tradicionales del control de constitucionalidad no son satisfactorias para las hipótesis en estudio. Señala Pestalozza<sup>(79)</sup> que resultaría imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa. Un repaso de los textos constitucionales mencionados proporciona un amplio panorama de soluciones, que se pueden presentar de manera conjunta o sucesiva:

1. Algunos textos consagran soluciones con *efecto anoticiador*, donde el órgano controlador anoticia, es decir, pone en conocimiento de otro órgano, generalmente el controlado, la existencia de la omisión<sup>(80)</sup>.

La doctrina ha denominado al presente efecto como «técnica de las recomendaciones al legislador», las cuales carecen en sí mismas otra connotación que el anoticiamiento. Sostiene Tomás y Valiente que «son observaciones no vinculantes de inmediato tendiente a orientar al legislador en una determinada dirección o,

---

(77) Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión ¿Cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica*» en obra colectiva Bazán, Víctor (Coord.): «Inconstitucionalidad por omisión», op. cit., págs. 27 y 29.

(78) Rojas, Magda Inés, op. cit., pág. 18.

(79) Christian Pestalozza, «*Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen*», en Strack (Coord.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Mohr Tübingen, Vol. 1, 1976, pág. 533, cit. por Gilmar Ferreira Mendes, «*Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*» Sao Paulo, Saravia, 1990, pág. 55, cit. por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 19.

(80) Dentro de esta línea podemos citar al art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia («...informará de ello a la Asamblea de la RSFY...») y el texto de la Constitución Portuguesa tras la reforma de 1982 («...dará conocimiento de ello al órgano Legislativo competente.»). Un poco más fuerte parece ser la expresión utilizada por la Constitución de Portugal del año 1976, en cuanto sostiene que el Consejo de la Revolución ... «podrá recomendar a los órganos Legislativos que las dicten en un plazo razonable». Vemos que esta última figura legal no prevé la obligatoriedad para el órgano Legislativo de la recomendación efectuada por el Consejo, si bien su importancia política puede generar dicha imperatividad.

incluso, a impulsarle para que siga la orientación indicada»<sup>(81)</sup>. Se señala que «aun careciendo sin duda de la fuerza vinculante propia del fallo, para algo se dicen y algo puede que valgan»<sup>(82)</sup>.

Un sistema de control de la Inconstitucionalidad por omisión cuyo efecto sea solamente anoticiador parece, en principio, poco eficaz a los fines de garantizar la fuerza normativa constitucional. Por otra parte, sus efectos se encontrarían excesivamente condicionados por el prestigio social y político del órgano controlador.

2. En un segundo lugar, dentro de las *soluciones anoticiadoras-imperativas* ubicamos los textos normativos que, además de poner en conocimiento de un órgano la existencia de la «omisión», le requieren al omitente la instrumentación de la medida ausente, otorgándole un plazo al efecto<sup>(83)</sup>.

Dentro de esta categoría pueden ubicarse el texto constitucional de la Provincia de Río Negro y el art. 103 de la Constitución de Brasil, en su inc. 2º, el cual, si bien toma la postura meramente informativa para el supuesto de omisiones por el órgano Legislativo, adopta la segunda categoría para los casos de omisiones de los órganos administrativos. La doctrina brasileña ha referido a este efecto como «eficacia mandamental media»<sup>(84)</sup>, otorgándole el carácter de «ordem-judicial»<sup>(85)</sup>.

Cabe aclarar que generalmente en los casos de textos constitucionales de la primera categoría, la jurisprudencia ha admitido en la práctica una solución

---

(81) Tomás y Valiente, Francisco, «*Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 103.

(82) Tomás y Valiente, Conferencia «*A modo de sugerencia (notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)*», en el volumen colectivo «El parlamento y sus transformaciones actuales», Madrid, Tecnos, 1990, págs. 17-23. Ver asimismo modelo de tipología de dichas recomendaciones en la jurisprudencia del Tribunal Español reseñada por dicho autor, cit. por Figueruelo Burrieza, Ángela, «*La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 70.

(83) Tal sería el ejemplo de la Constitución de Venezuela, que establece que la Sala Constitucional del Superior Tribunal de Justicia se encuentra facultada para (art. 336, inc. 7) «Declarar la Inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo ...y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección».

(84) Carrazza, Roque Antonio, «*Acção direta de Inconstitucionalidade por omissao...*», op. cit., pág. 57, cit. por Fernández Segado, Francisco, «*La Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 30.

(85) Modesto, Paulo, «*Inconstitucionalidade por omissao: categoria jurídica...*», op. cit., pág. 124, cit. por Fernández Segado, Francisco, «*La Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 30.



anoticiadora-imperativa<sup>(86)</sup>. Respecto de la Constitución Yugoslava de 1974, la doctrina ha aceptado una postura más fuerte aún, llegando a abarcar supuestos comprendidos dentro de la tercera categoría de análisis<sup>(87)</sup>.

El mandato que emitirá el órgano encargado de control de constitucionalidad debe conceptualizarse como una «orden de actuar», dentro de la cual el órgano controlado continúa participando de su discrecionalidad a los fines de optar por las diversas variables constitucionales de regulación del instituto respectivo, conforme la política legislativa que postule, con el único límite del tiempo establecido por el órgano de control. De esta manera se garantiza plenamente el respeto al principio republicano de la división de poderes, restringiendo el ámbito de acción del Poder Judicial a los fines de evitar que invada esferas de otros poderes constitucionales.

No parece conveniente la respuesta otorgada por el texto constitucional venezolano, que autoriza al órgano jurisdiccional a declarar la omisión, y posteriormente establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Este punto parece excesivo, y pone en riesgo el respeto de la división de funciones.

3. Sin perjuicio de las opciones precedentes, el imperio normativo constitucional exige que las situaciones de incumplimiento de las prescripciones constitucionales se subsanen vía control de constitucionalidad. Por lo tanto, en los casos extremos en los que, pese a la intimación efectuada el órgano estatal continua renuente en su accionar, es necesario prever otras vías a los fines de que, a través de un *efecto supletorio*, se aplique el texto constitucional. El órgano encargado del control de constitucionalidad en el sistema respectivo, en principio, se muestra como el más adecuado a los fines de efectivizar dicha suplencia.

García Toma, luego de mencionar las soluciones anoticiadoras e imperativas, refiere a una última posible respuesta consistente en «integrar la laguna legal generada por la omisión o abstención legislativa, mediante una resolución judicial aplicable al caso concreto del reclamante y con vigencia transitoria,

---

(86) Así en el caso de la Constitución portuguesa tras la reforma de 1982 el término «dar conocimiento» es considerado por José Joaquim Gomes Canotilho «como una suerte de apelación, con significado jurídico y político, del Tribunal Constitucional a los órganos Legislativos competentes.», según José Joaquim Gomes Canotilho, «Direito constitucional», 4ª. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1987, pág. 830, citado por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 28.

(87) «Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Iugoslávia», en Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal, núms. 29-30, pág. 94, citado por Fernández Segado, Francisco: «*La Inconstitucionalidad por omisión...*», op. cit., pág. 25.



hasta que el legislador ordinario cumpla con emitir la correspondiente norma reglamentaria...»<sup>(88)</sup>.

Así, por ejemplo, la Constitución del Estado de Veracruz, en México, establece: «El pleno del Tribunal Superior conocerá ... de los asuntos siguientes: III. De las acciones por omisión legislativa. ...La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiende la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto».

Otra norma de la categoría señalada es la solución que plantea el art. 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, para el supuesto de incumplimiento por el órgano omitente durante el plazo otorgado por el Tribunal. En ese caso «El superior Tribunal de Justicia...integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo...»<sup>(89)</sup>.

Ponderando las consecuencias de este control, me inclino por la postura que sostiene que el accionar del órgano controlador, al suplir la actividad del controlado y realizar la obligación omitida, debe poseer efectos para el caso concreto y ser así transitoria, puesto que de esta manera se le otorga la mínima interferencia posible dentro del accionar del órgano omitente.

No parece conveniente otorgarle al mismo efectos erga omnes, puesto que dicha solución se postula como peligrosa para la división de funciones republicana. Si bien resulta necesario dar una respuesta a los supuestos de incumplimiento constitucional por omisiones del órgano Legislativo, la solución que se postule debe ser la menos gravosa para el orden arquitectónico de la Carta Magna. Es conveniente que el Juez supla la omisión con el mínimo de impacto posible en el orden jurídico, dejando libre el campo de acción del legislador. En tal sentido, se comparte el criterio sentado por Kemelmajer de Carlucci en cuanto «el Juez no puede subrogarse en el legislador para emitir una norma legislativa de carácter general»<sup>(90)</sup>.

<sup>(88)</sup> García Toma, Víctor, «La jurisdicción constitucional, las garantías constitucionales y la omisión legislativa», CJ 8, 2002, pág. 8.

<sup>(89)</sup> Sagüés, Néstor Pedro, «La Acción de Inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro», op. cit., pág. 107.

<sup>(90)</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, «Atribuciones de los Superiores Tribunales de Justicia», en «Derecho Público Provincial», t. II, Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Política, 1991, pág. 512.

También la jurisprudencia alemana ha optado por una situación similar dentro de lo que ha denominado «proceso de concretización (*Konkretisierung*)»<sup>(91)</sup>, así como la institución del «mandado de injunção» brasileño.

Ahora bien, efectivamente el efecto supletorio puede darse en concreto de manera simple con respecto a las normas constitucionales operativas, justamente porque carecen de la necesidad del andamiaje Legislativo para su instrumentación. Ello ha llevado a que algunos autores sostengan que solo puede darse la omisión inconstitucional con respecto a las normas programáticas. Explica Eto Cruz que «la doctrina coincide que la omisión legislativa está vinculada fundamentalmente a la estructura y naturaleza de determinadas normas o cláusulas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales es omisión constitucional en sentido estricto, sino sólo aquellas de carácter programáticas que, de ordinario, requieren de una debida legislación para que pueda aplicarse»<sup>(92)</sup>.

En la práctica, en caso de que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo abstengan de dictar la reglamentación correspondiente a una norma operativa, el Poder Judicial podrá, sin incomodidad alguna, ordenar las medidas necesarias para el respeto del Derecho, ya que no estaría necesariamente resolviendo más allá de los límites clásicos de su accionar. En estos casos, el efecto supletorio no resulta artificial ni incómodo para la arquitectura constitucional. El Poder Judicial, en el caso de las normas operativas, instrumenta directamente el Derecho<sup>(93)</sup>.

Ahora bien, cuando la norma es programática, el efecto supletorio plantea algunos inconvenientes. Hay disposiciones que necesitan apoyarse en aspectos reglamentarios cuya consideración excede de las posibilidades judiciales, y en cuyo caso es necesario recurrir a otro tipo de efectos en el control de las omisiones de las mismas.

4. El efecto *indemnizatorio* se ve como solución subsidiaria, en aquellos casos en que el efecto supletorio no puede aplicarse. En estos supuestos, al encontrarse el órgano judicial impedido de instrumentar integralmente la norma constitucional, corresponde, como última salida en miras al respeto del ordenamiento constitucional, compensar mediante indemnización el perjuicio ocasio-

(91) Bazán, Víctor, «*Un sendero que merece ser transitado...*», op. cit., pág. 197.

(92) Eto Cruz, Gerardo, «Una defensa constitucional: la Acción de Inconstitucionalidad por omisión», en «Constitucionalismo y Derechos Humanos», coord. por García Belaunde, Domingo, IIDC, Lima, 2002, págs. 102/103.

(93) Ver, por ejemplo, el caso «*Ekmekdjian, Miguel a. v. Sofovich, Gerardo y otros*», de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Jurisprudencia Argentina, T. 1992-III, págs. 199 a 221.

nado<sup>(94)</sup>. Es decir, «en caso no fuere factible que se pudiese cubrir la laguna legal por vía jurisprudencial, se debería disponer el pago de una indemnización al ciudadano afectado por un acto de omisión legislativa»<sup>(95)</sup>.

Puede encontrarse un ejemplo normativo del mismo en el artículo citado de la Constitución de la Provincia de Río Negro<sup>(96)</sup>. En el caso de la Constitución del Estado de Veracruz, su amplitud al señalar «el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban ajustarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto», permite concluir, con una interpretación amplia, que podría resolver el otorgamiento de indemnizaciones a aquellos que ven frustrados sus derechos por la omisión.

Autores como Néstor P. Sagüés<sup>(97)</sup> y Bidart Campos se muestran a favor de este tipo de soluciones para los casos en que «la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales, que presten desarrollo a las cláusulas constitucionales sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones»<sup>(98)</sup>.

Del análisis de las diversas connotaciones que se pueden otorgar al accionar del órgano controlador, cabe concluir que una correcta regulación del instituto en análisis se procuraría a través de la adecuada articulación subsidiaria de los efectos enunciados.

### **E) Los mandamientos de ejecución**

El estudio de las vías procesales específicas que permiten efectivizar la tutela frente a las omisiones inconstitucionales requiere una referencia pormenorizada de los mecanismos existentes en cada sistema normativo en concreto. La variable por excelencia dentro de un régimen concentrado o mixto es la acción de control

<sup>(94)</sup> A favor de esta postura ver Sagüés, Néstor Pedro, «*Elementos de Derecho Constitucional*», op. cit., pág. 113.

<sup>(95)</sup> García Toma, Víctor, «La jurisdicción constitucional, las garantías constitucionales y la omisión legislativa», CJ 8, 2002, pág. 8.

<sup>(96)</sup> Dicha norma establece: «... de no ser posible –la integración del orden normativo por el Superior Tribunal–, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite...», citado por Sagüés, Néstor Pedro, «*La Acción de Inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*», op. cit., pág. 107.

<sup>(97)</sup> Sagüés, Néstor Pedro, «*La interpretación judicial de la Constitución*», op. cit., pág. 192.

<sup>(98)</sup> Bidart Campos, Germán, «*Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales*», op. cit., pág. 4.

de Inconstitucionalidad por omisión, normada, entre otros, por el derogado régimen constitucional Yugoslavo, y en la actualidad en el sistema Portugués, Brasileño, Venezolano, etc. Se han señalado las pautas propias de tales procesos al reseñarse los puntos anteriores. Otros institutos, que no nacieron exclusivamente para formular el control en análisis, presentan una particular adecuación al mismo, estos son los mandamientos de ejecución.

La institución del «mandado de injunção» brasileño, así como los restantes mandamientos de ejecución que pueden encontrarse en el Derecho Comparado, son ejemplos de suplencia de la omisión, con efectos para el caso concreto. Constituyen una acción de carácter individual a través de la cual el afectado en un derecho constitucional en virtud de una omisión de un órgano estatal puede accionar a los fines de que el Poder Judicial implemente la tutela de sus derechos, con efectos *inter partes*.

Conforme señala Fernández Segado, dicha institución tiene sus antecedentes en el *writ of mandamus* inglés<sup>(99)</sup>, sobre la base de los cuales se desarrolló la teoría de los «mandamientos de ejecución» en el Derecho latinoamericano, mecanismos que permiten obligar a un órgano estatal a ejecutar imposiciones normativas, aún cuando no exista la reglamentación pertinente<sup>(100)</sup>. Asimismo, cabe considerar también el antecedente de la llamada «injunction estructural», articulable frente a una violación o una negación de los derechos y libertades colocados bajo garantía, y de la cual se desprende un gran activismo judicial<sup>(101)</sup>.

La Constitución brasileña, en su art. 5º, inciso LXXI consagra que «se concede mandato de injunção siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía»<sup>(102)</sup>. De esta manera, a través de la institución referida se procura otorgar operatividad concreta al precepto constitucional anteriormente inaplicable.

Finalmente se encuentran fórmulas similares dentro del Derecho Público provincial argentino, como la Constitución de la provincia de Jujuy (1986), art. 41, Constitución de la Provincia de Río Negro, art. 45, Constitución de la provincia de Chubut art. 58 y 59, Constitución de Santa Cruz, art. 18. Sin embargo las

(99) Con relación a la regulación del sistema inglés respecto las instituciones de «writ of injunction» y «writ of mandamus», ver Fix-Zamudio, Héctor, «La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales», Editorial Civitas, Madrid, 1982, pág. 89.

(100) Fernández Segado, Francisco, «La Inconstitucionalidad por omisión», op. cit., pág. 32.

(101) Bidart Campos, Germán, «El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa», op. cit., pág. 347.

(102) Fernández Segado, Francisco, «La Inconstitucionalidad por omisión», op. cit., pág. 33.

cláusulas normativas sentadas no presentan identidad con los antecedentes mencionados supra. Señala Bidart Campos que el antecedente esgrimido por la Constitución brasileña, al referirse a la «no reglamentación» es más amplio que los textos provinciales citados, los cuales aluden al no-acatamiento o cumplimiento de un «deber»<sup>(103)</sup>.

La variable brasileña del instituto en estudio es considerada por la doctrina como un instrumento útil y viable para el control de los casos de Inconstitucionalidad por omisión, dado que plantea una interesante solución para el caso concreto. Sin embargo, es necesario aclarar que las figuras de la omisión inconstitucional y la injunción, conforme se encuentran reglamentadas por el texto constitucional brasileño, si bien resultan afines, presentan diferencias sustanciales.

Básicamente la primera es una garantía constitucional que procura salvaguardar la Constitución, mientras que la segunda intenta conseguir el ejercicio de los derechos individuales<sup>(104)</sup>. Así mismo podemos también encontrar diferencias respecto a los sujetos legitimados (en el caso del mandato será el afectado en el derecho constitucional), los efectos (puesto que el control por omisión inconstitucional tiene efectos propios, mientras que la segunda figura procura hacer expedito el derecho, para el caso concreto) entre otras. Sin embargo, atento ambos refieren a la existencia de una omisión por parte de órganos estatales frente a un mandato normativo, las instituciones coinciden en cuanto medios procesales idóneos para suplir la problemática en análisis.

Fernández Segado realiza una exaltación de esta figura como el medio más idóneo a los fines de aportar soluciones procesales al problema que nos convoca. Considera que, sobre la base del Derecho objetivo a la normación se puede concebir al mandato de injunção como un auténtico derecho constitucional autónomo, y no como una simple garantía procesal<sup>(105)</sup>. Al amparar el Juez el derecho autónomo citado, deberá proceder a emitir la regulación pertinente, con efecto *inter partes*.

### III. RECEPCIÓN NORMATIVA DEL CONTROL DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La norma suprema del Perú no realiza un tratamiento expreso del control de Inconstitucionalidad por omisión. Como señala con acierto el jurista César Lan-

(103) Bidart Campos, «*El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*», op. cit., pág. 342.

(104) Fernández Segado, «*La Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 34.

(105) Gomes Canotilho, José, «*Tomemos à serio o silêncio dos poderes públicos...*», op. cit., pág. 364, cit. por Fernández Segado, Francisco, «*la Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 38.

da, la Constitución peruana guarda silencio en torno al tema, si bien el derecho constitucional sufre también del expandido fenómeno del incumplimiento de los mandatos constitucionales por inactividad de los poderes constituidos<sup>(106)</sup>.

El objeto del presente trabajo consiste en analizar, dentro del marco del espectro de procesos estatuidos por el nuevo Código Procesal Constitucional, cuales serían los cauces procedimentales que puedan dar cabida al control señalado, para culminar con un estudio comparativo de los mismos con las soluciones que aporta el Derecho Comparado.

#### **A) El control de Inconstitucionalidad por omisión a través de la jurisdicción constitucional de las libertades**

Los procesos correspondientes a la jurisdicción constitucional de las libertades constituyen una interesante vía procesal de control de la Inconstitucionalidad por omisión, en cuanto proceden frente a «actos u omisiones» de una autoridad o funcionario, que vulnere o amenacen la vigencia de derechos fundamentales<sup>(107)</sup>. En particular, los procesos de jurisdicción de la libertad pueden actuar como garantía frente a las omisiones de cumplimiento de acto debido. Frente a tales circunstancias, la finalidad del proceso será el proteger los derechos constitucionales (o infraconstitucionales en el caso del Proceso de Cumplimiento), reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del mismo, o bien disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo<sup>(108)</sup>.

Conforme señala Luis Castillo Córdova, «todos los actos lesivos de derechos constitucionales pueden acontecer por acción o por omisión de actos debidos. Los casos más problemáticos se presentan no respecto de lesiones por acción, sino más bien en casos de lesión por omisión de cumplimiento de acto debido. En estos casos, la finalidad de la acción de garantía será precisamente lograr el cumplimiento del acto debido, de modo que el fallo que resuelva la acción constitu-

---

<sup>(106)</sup> César Landa, «Tribunal Constitucional y Estado Democrático», Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo editorial 1999, Perú, 1999, pág. 143. El autor citado toma como ejemplo el caso de la octava disposición final y transitoria de la Constitución, que establecía como primera prioridad de leyes de desarrollo: «las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995». Mas allá de la claridad de la norma, no se dictó dicha ley ni se renovaron las autoridades regionales en el período estatuido.

<sup>(107)</sup> Art. 2, CPC.

<sup>(108)</sup> Art. 1, CPC.

cional deberá ordenar el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto (artículo 4 de la ley 23.506)»<sup>(109)</sup>.

Así, por ejemplo, la articulación del Hábeas Corpus en la tutela del derecho frente a la omisión del acto debido fue analizado por el Tribunal Constitucional en el fallo dictado el 4 de noviembre de 1998, en el Expediente 0120-1998-HC/TC. La causa versaba obre la interposición de tal garantía en miras a la entrega de un pasaporte. Luis Castillo Córdova explica que en el caso que «un funcionario o una autoridad haya retenido indebidamente el pasaporte de una persona o se le haya negado arbitrariamente la expedición del mismo cuando el solicitante ha cumplido con todos los requisitos exigidos para su expedición. En este supuesto, invocando un derecho a la libertad de tránsito y en la medida que se trata de un documento necesario para poder salir e ingresar al país, se puede acudir vía acción de Hábeas Corpus, a fin de que se devuelva o expida el pasaporte según corresponda (art. 25.10 CPC)»<sup>(110)</sup>.

Ahora bien, más allá de este supuesto, existen temas pendientes de resolución y de análisis, que requieren un estudio profundo del juego de la figura del Amparo y del Proceso de Cumplimiento en torno al control de la Inconstitucionalidad por omisión.

#### *a) Proceso de Amparo*

El gran conflicto doctrinario y jurisprudencial en torno a la posibilidad del control de Inconstitucionalidad legislativa por omisión se gestó en torno a la figura del Proceso de Amparo, en virtud de los términos de la Ley 23.506, art. 25, según los cuales no dan lugar a este proceso aquellos derechos normados por la sexta de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución (undécima disposición final y transitoria, conforme el actual texto constitucional). La pauta de la norma suprema referida establece que «las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente». En consecuencia, conforme la norma legal citada, se sostenía que no dan lugar al Proceso de Amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado.

En consecuencia, el principal inconveniente u obstáculo al control de la Inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo se encontró en el impacto económico de la misma, elemento que, según algunos autores, es propio de los

<sup>(109)</sup> Castillo Córdova, «Hábeas Corpus...», op. cit., pág. 30.

<sup>(110)</sup> Castillo Córdova, Luis, «Comentarios...», op. cit., pág. 109.

derechos económicos sociales y culturales<sup>(111)</sup>. Conforme señala Pedro Nikken «la realización de los D.E.S.C. no depende, en general, de la sola instauración de un orden jurídico ni de la mera decisión política de los órganos gubernamentales, sino de la conquista de un orden social donde impere la justa distribución de los bienes, lo cual solo puede alcanzarse progresivamente. Su exigibilidad está condicionada a la existencia de recursos apropiados para su satisfacción, de modo que las obligaciones que asumen los Estados respecto de ellos esta vez son de medio o de comportamiento»<sup>(112)</sup>. Así, se sostiene que los derechos civiles y políticos (D.C.P.) imponen una obligación de resultado al Estado, de respetar dichos derechos –puesto que su violación solo dependería de la voluntad del mismo– mientras que los D.E.S.C. imponen solamente una obligación de medio o de conducta –puesto que su violación puede deberse a condicionamientos externos no dependientes de la sola voluntad del Estado–<sup>(113)</sup>.

El problema reviste fundamental importancia, si se tiene en cuenta que la vigencia de los derechos sociales se encuentra condicionada a la existencia de recursos disponibles en miras a solventar las obligaciones activas exigibles al Estado. El tema ha recibido un prolífero tratamiento a nivel internacional, ya que ésta subordinación al «condicionante económico», según algunos autores relativizaría la indivisibilidad de los derechos de marras, condenándolos a ser considerados «derechos de segunda categoría»<sup>(114)</sup>.

Sin embargo dicha indivisibilidad, justamente, reclama el control de la violación de ambos tipos de derechos. La interrelación entre los D.E.S.C., y los D.C.P., ha sido resaltada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que «...esa relación..., es, en gran medida, una relación de causa y efecto...el descuido de los derechos económicos y sociales, especialmente cuando se ha suprimido la participación política, produce la clase de polarización social que conduce, a su vez, a actos de terrorismo por y contra el gobierno»<sup>(115)</sup>. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) ha sostenido «...los de-

(111) Ver Sáenz Dávalos, op. cit., pág. 142.

(112) Nikken, Pedro, «El concepto de derechos humanos», en *Estudios de Derechos Humanos*, Tomo I, pág. 31.

(113) En este sentido puede consultarse a Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, «Los derechos sociales como derechos exigibles», *Revista hechos y derechos*, tomo 7, pág. 9.

(114) Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, op. cit., pág. 16.

(115) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual, 1979, 1980, 143, cit. por Thomas Buergenthal, Robert E. Norris, Dinah Shelton, «La protección de los derechos humanos en las américas», IIDH, Editorial Cívitas, SA, Madrid, 2ª. edición, 1994, pág. 235.



rechos económicos, sociales y culturales son auténticos derechos humanos fundamentales... Como los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible»<sup>(116)</sup>. Ahora bien, en la misma oportunidad, ha advertido que «algunos derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser objeto de un régimen de protección, de tipo jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional igual que el que existe respecto de los derechos civiles y políticos»<sup>(117)</sup>.

En torno a la indivisibilidad de los derechos humanos, citando a Contreras Peláez, Abramovich y Courtis sostienen que «las diferencias entre D.C.P. y D.E.S.C. son diferencias de grado, más que sustanciales»<sup>(118)</sup>. Ambos tipos de derechos constituyen un complejo de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, sin embargo en el caso de los D.E.S.C. las obligaciones positivas revisten una importancia simbólica mayor para identificarlos<sup>(119)</sup>. Pueden señalarse «niveles» de obligaciones estatales que caracterizarían a cada Derecho, independientemente de su consideración como D.C.P. o D.E.S.C.. Así, Van Hoof sostiene cuatro «niveles» de obligaciones: de respetar, de proteger, de garantizar y de promover el derecho en cuestión<sup>(120)</sup>. «La preponderancia estaría dada en que en algunos casos de D.E.S.C. la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho»<sup>(121)</sup>. El hecho de que el efectivo cum-

---

(116) CIDH, Informe anual, 1986, OEA/Ser.L./III, 15 doc. 13, 29 de agosto de 1986, pág. 42, cit. por Contarini, Eugenia; Fairstein, Carolina; Kweitel, Juana; Morales, Diego; Rossi, Julieta, «Investigación en Argentina», en obra «Los Derechos Económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable», del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, San José, diciembre de 1999, pág. 129.

(117) *Ibidem*, pág. 130.

(118) Contreras Peláez, F. «Derechos Sociales: teoría e ideología», Madrid, 1994, pág. 21, cit. por Abramovich, Víctor y Courtis, Chistian, op. cit., pág. 11.

(119) Abramovich, Víctor y Courtis, Chistian, op. cit., pág. 11.

(120) Van Hoof, G. «The legal Nature of Economic, Social an Cultural Rights: A Rebuttal of some traditional Views», en Alston, P. y Tomasevski, K (eds.), *The Right to Food*, Utrecht (1948), pág. 99, cit. por Abramovich Cosarin, Víctor, «Los Derechos Económicos, sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en «Presente y Futuro de los Derechos Humanos», Ensayos en honor a Fernando Voilo Jiménez, IIDH, Editora Lorena González Voilo, San José, Costa Rica, 1998, pág. 145.

(121) Contreras Peláez, F., op. cit., pág. 11, cit. por Abramovich, Víctor y Courtis, Chistian, op. cit., pág. 11.

plimiento de los D.C.P. reclame en algunas oportunidades una obligación positiva por parte del Estado, generándose la afectación de recursos públicos, así como la necesidad del desarrollo progresivo de la normativa correspondiente a encuadrar dicho accionar y la cierta discrecionalidad de los poderes del Estado en su regulación, tiende a diluir las presuntas diferencias.

Como se ha señalado, no siempre el cumplimiento de un D.E.S.C. requiere la utilización de recursos del Estado, por ejemplo este argumento no se da respecto a las obligaciones negativas necesarias para garantizar los mismos. Por otra parte, en algunas oportunidades, las obligaciones positivas –que pueden darse también para los DCP– tampoco requerirían la necesidad de realizar grandes inversiones presupuestarias. Así, derechos de este tipo pueden demandar por parte del Estado el establecimiento de algún tipo de regulación, o bien que la legislación limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de algún tipo. Solo en un último supuesto el Estado cumpliría «con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones»<sup>(122)</sup>.

Para estos supuestos en que puede hacerse necesario una inversión de recursos estatales, «si bien es cierto que se debe tomar en cuenta el problema de la posible carencia de recursos, éste no puede convertirse en un condicionante para la identificación del contenido mínimo esencial de un derecho que, siendo inherente a la persona humana, confiere a su titular un núcleo intocable de garantías para su satisfacción»<sup>(123)</sup>.

Los instrumentos internacionales relativos a este tipo de prerrogativas, refieren al problema de los recursos económicos a dispensar por el Estado en la tutela de los mismos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>(124)</sup>, en su art. 2 postula: «cada uno de los Estados partes...se compromete... hasta el máximo de los recursos de que disponga...». Señala Ligia Bolívar que «la salvedad expresada en el artículo 2º del Pacto no puede considerarse absoluta, dando lugar a una postergación indefinida de los compromisos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, sino que, por el contrario, impone

(122) Abramovich, Víctor y Courtis, Chistian, op. cit., pág. 19.

(123) Bolívar, Ligia, «Derechos económicos, sociales y culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes», Serie Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pág. 113.

(124) Art. 75 inc. 22, C.N.

claras obligaciones al Estado... lo cual supone no sólo la irreversibilidad de los logros ya alcanzados –bien sea a nivel Legislativo o en cuanto al desarrollo de políticas– sino también un énfasis especial en la asignación de recursos para éstas áreas, por encima de otros rubros presupuestarios que no se revierten en la satisfacción de los derechos reconocidos en el pacto»<sup>(125)</sup>.

Dentro de este marco normativo, algunos autores tales como Bidart Campos, comentando el supuesto para el caso de Argentina, ha llegado a postular el control de constitucionalidad del presupuesto, atento que el «reenvío que el inc. 8 (del art. 75 de la Constitución nacional) formula hacia el inc. 2 se vuelve importante; es así en cuanto la norma estipula que el presupuesto anual de gastos y cálculo de recursos ha de hacerse conforme a las pautas establecidas como criterios objetivos ... (que) apuntan a la solidaridad, la equidad y el logro prioritario de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio. .... este inc. 8 del art. 75 coordinado con el inc. 2 obliga a que la previsión presupuestaria de los recursos, los gastos y las inversiones no sea discrecional, porque tiene prioridades. Para ordenarlas jerárquicamente, el Ejecutivo ... y el Congreso... deben tomar en cuenta cuales son las necesidades sociales más apremiantes en el año en curso, según los lugares y situaciones. De ahí en más, como en gradación jerárquicamente ordenada, habrá que ir colocando las prelaiciones que vengan demandadas por las urgencias sociales»<sup>(126)</sup>.

El Código Procesal Constitucional ha formulado una mutación en torno al tema, ya que ha optado por omitir la consagración de una pauta similar a la de la Ley 23.506. Explicando estas normas, Luis R. Sáenz Dávalos señala que «no ha vuelto a repetirse una cláusula que les niegue tutela procesal constitucional a los derechos que la doctrina denomina como programáticos que, como bien se sabe, son aquellos atributos que requieren una actitud positiva o prestacional por parte del Estado en aras de que los mismos puedan realmente efectivizarse, como ocurre, por ejemplo, con derechos como el trabajo, la salud, la educación y todos los que de alguna forma exijan condiciones previas de implementación»<sup>(127)</sup>.

---

(125) Bolívar, Ligia, op. cit., pág. 103. Puede asimismo consultarse la Observación General Nro. 2, párr. 9 y la Observación General Nro. 3, párrafos 9, 10 y 11, ambas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y principios de Limburgo, relativos a la aplicación del PIDESC, Human rights Wuarternly, vol. 9, nro. 2, 1987, citados por dicho autor.

(126) Bidart Campos, Germán, «Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada de 1994», Revista Hechos y derechos, nro. 7, año 2000, op. cit., pág. 45.

(127) Luis R. Sáenz Dávalos, «Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de Amparo», en Temas de Derecho Procesal Constitucional 1, «Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional», Jurista ediciones, Lima, Perú, 2005, pág. 141.

El Tribunal Constitucional había analizado el tema en fallos troncales, donde se aboca en concreto a los aspectos nucleares del mismo. Así, el primer pronunciamiento negatorio del control de Inconstitucionalidad por omisión cuando ello repercutiría en una invasión de las potestades del Poder Legislativo en materia presupuestaria, es la decisión dictada en el caso «Asociación de Servidores Civiles del Ejército y otros», Expediente. N° 083-92-AA/TC, Sentencia del 11 de agosto de 1997.

En el mismo, las asociaciones demandantes, debidamente representadas, interpusieron su demanda sustentando su reclamo en la trasgresión de sus derechos constitucionales a la vida, la igualdad, el bienestar, la remuneración justa, el principio de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos y los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1979, como consecuencia de una omisión proveniente del Gobierno y particularmente del Ministerio de Defensa, al no cumplir con reglamentar el artículo 60° del Decreto Legislativo N° 608, publicado el once de julio de mil novecientos noventa. Alegaron que, mediante dicha norma, se dispuso la incorporación del personal civil nombrado del Ministerio de Defensa en la categoría remunerativa de Oficiales, Técnicos y Sub Oficiales de las Fuerzas Armadas, generando un derecho, que requería pronta reglamentación, pues de lo contrario, al ser dicha norma de índole presupuestal, se corría el riesgo de que devenga en caduca o sea, en definitiva, derogada por otra norma. Es, en consecuencia, un supuesto de control de Inconstitucionalidad por omisión del órgano Legislativo.

El Tribunal Constitucional señaló que «como se puede observar, la naturaleza de la norma objeto de atención, si bien es de índole programática, y por tanto, generadora de una obligación por parte del Estado, no posee solamente los caracteres de aquellas que solo requieren para su vigencia, de una previa reglamentación legal, sino los de aquellas, que, además conllevan, la necesaria habilitación de condiciones económicas para que su ejercicio pueda tornarse efectivo. No en vano, forma parte de una norma de contenido eminentemente presupuestal. El problema en cuestión, no es entonces, un asunto baladí, sino que colinda directamente con la Teoría Constitucional y la explicación que aquella otorga a la operatividad inmediata o mediata de unas normas constitucionales por sobre otras».

Es decir, en un primer lugar se formula una diferenciación: el control de las omisiones inconstitucionales recibirá distinto tratamiento ya sea que se trate de omisiones cuya subsanación requiera afectar o recurrir a condiciones económicas para que su ejercicio pueda tornarse efectivo, o bien omisiones cuyo control no tenga impacto presupuestario. Así, podría estatuirse una clasificación entre dos tipos de omisiones, ubicándose el punto de diferenciación en los efectos de control: omisiones cuyo control tiene impacto presupuestario, y omisiones cuyo control resulta inofensivo a las arcas del Estado. El caso en análisis se encontraba inherentemente comprendido en la primera categoría.

Continúa sosteniendo el Tribunal Constitucional que «dentro de dicha lógica, si bien es cierto, que se puede tornar exigible una norma que solo requiera previa reglamentación y cuyo incumplimiento se ha venido prolongando durante un periodo de tiempo notoriamente irrazonable, no se puede aplicar el mismo criterio, esto es, el de demandar la exigibilidad de una norma, cuando aquella además de la reglamentación demanda la creación de condiciones económicas, como ocurre en el presente caso, ya que ello, no es ni podría ser, materia de evaluación conforme a criterios jurisdiccionales, sino de exclusiva competencia política. Asumir una idea contraria, sería obligar a los jueces, ya sea ordinarios o especializados a emitir fallos no precisamente ajustados a Derecho sino a la discrecionalidad correspondiente sólo a los órganos políticos».

Así, continuando con la diferenciación señalada, el Tribunal sostiene que, para el primer supuesto (omisiones de control inofensivo a las arcas del Estado), pareciera que, como *obiter dictum*, se habilita el control de Inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo. Ahora bien, con respecto a las segundas, es decir, omisiones cuyo control tiene impacto presupuestario por requerirse la alteración del condicionante económico, si bien se condena el supuesto, sostiene el Tribunal que el problema se ubica en que el Poder Judicial no sería el órgano encargado para formular dicho control, ya que es una materia susceptible de ser evaluada exclusivamente por los órganos políticos, en ejercicio de la discrecionalidad que le es propia.

Dentro de este marco, el Tribunal continúa manifestando «que concordante con ello, la misma Constitución Política de 1979, bajo cuya vigencia se interpone la presente acción, estableció en su Disposición General y Transitoria que ‘las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente...’, motivo por el que la propia Ley N° 23506, haciendo eco de tal opción, señaló, en su artículo 25°, que ‘no dan lugar a la Acción de Amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución’. Es en consecuencia, la idea de la ‘progresividad’ y no, la de la inmediatez, la que explica el carácter de normas, como la que aquí se analiza».

Concluye finalmente «que por consiguiente, si bien este Colegiado asume, que no es imposible demandar la Inconstitucionalidad por omisión legislativa proveniente de los Poderes Públicos, ya que a la Constitución no solo se le transgrede por lo que se hace, sino por lo que se deja de hacer, también entiende, que ello solo es viable o procedente, de acuerdo al tipo de norma programática cuya exigibilidad se invoque, descartándose dentro de tal contexto las de tipo económico, como se dijo, por no ser materia de análisis en sede jurisdiccional».

Es decir, el Tribunal en primer lugar pone el acento en el conflicto que genera para el orden normativo el hecho de que un poder del Estado omita cumplir el mandato constitucional. Así, señala el carácter negativo que revisten las omisio-

nes constitucionales. Ahora bien, a la hora de ponderar el habilitar un control sobre las mismas, señala un diferente criterio según se trate de omisiones cuyo control no tiene impacto presupuestario o si lo posee. Así, si bien se admite el control de las Inconstitucionalidades por omisión por parte del Poder Legislativo, el Poder Judicial no se encuentra habilitado a controlar en aquellos casos en que tal tarea implique un impacto presupuestario, por afectar el condicionante económico. En esta línea, se ha desarrollado una sólida doctrina negatoria del control de la Inconstitucionalidad por omisión, en particular cuando ello implica la invasión de potestades inherentes de otras ramas del gobierno por parte del Poder Judicial<sup>(128)</sup>.

El Tribunal se ha pronunciado nuevamente en torno a este tema, en supuestos que constitúan un caso de control de Inconstitucionalidad por omisión, pero, a diferencia del caso comentado anteriormente, en el presente la omisión fue del Poder Ejecutivo, en concreto, del Ministerio de Salud. El tema ha sido analizado, en primer lugar, en el caso «Azanca Alhelí Meza García», Expediente Nro. 2945-2003-AA/TT, Sentencia del 20 de abril del 2004.

En dicho proceso, con fecha 13 de agosto del 2002, la recurrente interpone Acción de Amparo contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud, solicitando que se le otorgue atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que deberá consistir en: a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del programa del hospital Dos de Mayo, y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera. La Procuradora Pública había alegado, entre otros temas, que según los artículos 7° y 9° de la Constitución, el derecho a la salud y la política nacional de salud constituyen normas programáticas que representan un mero plan de acción para el Estado, más que un derecho concreto.

En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional sostuvo que «si bien en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2° de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7° y 9° de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a

---

(128) Al respecto, puede consultarse el profundo trabajo realizado por Luis Castillo Córdova, en su obra «Comentario al Código Procesal Constitucional», Universidad de Piura, Ara Editores, 2005, pág. 111.

la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la Acción de Amparo... Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población». Es decir, en primer término, el Tribunal afianza la fuerza normativa de la Constitución en torno a los derechos sociales, considerándolos «obligaciones concretas por cumplir».

Con relación a la interpretación de la undécima disposición final y transitoria y el principio de legalidad presupuestaria del gasto público (en el caso se había alegado que el Estado no podría atender lo solicitado por la recurrente, ya que se trata de un gasto no presupuestado), el Tribunal consideró que «aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibles la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos. Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos... Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen 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. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas».

En torno a la posibilidad del control de las omisiones inconstitucionales por parte del Poder Judicial, expresamente concluye que «en consecuencia, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud, *per se*, consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta



difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de *Inconstitucionalidad por omisión*».

Es decir, se habilita el control de la Inconstitucionalidad por omisión, sin que ello implique el cuestionamiento de políticas del Estado, en este caso, de salud, sino sí la exigencia de «acciones concretas del Estado para el logro de resultados» y el control sobre la inacción prolongada. Ello surge expresamente del tenor del pronunciamiento en análisis, donde el Tribunal sostiene que «conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada, como se ha subrayado en los fundamentos anteriores, ya que ello devendría en una omisión constitucional... Es necesario, entonces, recomendar acciones concretas por parte del Estado para la satisfacción de estos derechos, sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas, como se ha podido observar en el caso de autos, en la medida en que el Ministerio de Salud viene implementando acciones concretas para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA». De este modo, este Tribunal concluye concediendo protección jurídica a un derecho social, como lo es el derecho a la salud, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan.

Cabe aclarar que el presente caso constituye un supuesto de omisión del Poder Ejecutivo, y no del Poder Legislativo. Sería un supuesto de omisión inconstitucional indirecta, donde la omisión del mandato legal también implica una violación a la norma suprema. Ello es resaltado por el Tribunal al sostener que «este pronunciamiento a favor de la recurrente se fundamenta no solo por la afectación potencial del derecho fundamental a la vida, sino por razones fundadas en la propia legislación de la materia que ha dispuesto los cauces para la máxima protección de los enfermos de SIDA, mediante la promulgación de la Ley N.º 28243, que modifica la Ley N.º 26626; más aún cuando actualmente se viene promocionando una campaña de tratamiento gratuito de antirretrovirales para pacientes en condiciones de extrema pobreza, en cuyo grupo debe ser considerada la recurrente, toda vez que cuenta a su favor con una medida cautelar otorgada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos».

En consecuencia, el Tribunal resuelve declarar fundada la Acción de Amparo, ordena que se considere a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirán tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluirá la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dis-



puesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad, exhorta a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N.° 26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA. Ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada 6 meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento de la recurrente.

Un criterio semejante es adoptado mediante la decisión dictada el 5 de octubre del mismo año, en el Expediente 2016-2004-AA/TC. En el mismo se analiza la Acción de Amparo intentada por el recurrente contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud, solicitando que se otorgue tutela a sus derechos constitucionales a la vida y a la protección integral a la salud en su condición de paciente con VIH/SIDA, la que deberá consistir en: a) la provisión constante de medicamentos necesarios para el tratamiento del VIH/SIDA, que deberá efectuarse a través del programa del Hospital Cayetano Heredia; y b) la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiera.

Del análisis de las decisiones citadas, puede concluirse que el Tribunal ha advertido el carácter nocivo de la Inconstitucionalidad por omisión. Se habría admitido, *obiter dictum*, el control de las omisiones legislativas que carecen de impacto presupuestario. Respecto a las omisiones cuyo control afecta las arcas del Estado, o implica la alteración de las condiciones económicas, recientemente se habría habilitado el control respecto de las omisiones del Poder Ejecutivo, en caso de inacción plena, es decir, de carencia de acciones. Este vuelco jurisprudencial ha llevado a algunos autores a sostener que «el hecho de que se haya reconocido expresamente la posibilidad de tutelar por vía del Amparo atributos como el trabajo, la educación, la seguridad social o la salud, según se ha visto con anterioridad, pareciera ratificarnos una lectura en tal sentido. Sin embargo sigue siendo una interrogante el tratamiento procesal que habrá de dispensarse ante el eventual reclamo por un derecho programático carente de condiciones de desarrollo»<sup>(129)</sup>. Es decir, aún queda pendiente el problema de la omisión por parte del Poder Legislativo, cuando el control de la misma implica la adopción de criterios de política legislativa en torno al condicionante económico del derecho conculcado.

El tema ha recibido una respuesta jurisprudencial similar en Argentina, donde pueden citarse los antecedentes de los casos «Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ Amparo ley

---

(129) Sáenz Dávalos, op. cit., pág. 142.

16.986»<sup>(130)</sup>, dictado en fecha 1.º de Junio de 2000, y «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas», de fecha 24 de octubre del 2000, donde se consagró el control de la Inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo en la instrumentación de las medidas necesarias para la no vulneración del derecho a la preservación de la salud<sup>(131)</sup>, y los cuales han recibido una amplia repercusión jurisprudencial.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado contrario a admitir el control de constitucionalidad de las omisiones relativas a través del Proceso de Amparo. En el fallo dictado en el Expediente N.º 1875-2004-AA/TC, de fecha 5 de octubre de 2004, teniendo en consideración la naturaleza del proceso constitucional citado, considera que «la Acción de Amparo es una garantía destinada a proteger los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado; su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional, y su naturaleza es restitutiva y no declarativa de derechos. El Amparo no es un proceso constitucional mediante el cual se puede declarar un derecho ni hacer extensivos los alcances de una norma legal a quienes no están expresamente comprendidos en ella, razón por la cual la presente demanda resulta improcedente. En consecuencia, si bien dicha naturaleza no permite que la presente demanda sea estimada en esta instancia, este Tribunal estima pertinente exhortar al Ejecutivo a efectos de que subsane la omisión del decreto de urgencia materia del presente proceso, e incluya a los magistrados y fiscales provisionales y suplentes como beneficiarios del monto que otorga por gastos operativos...».

El Proceso de Amparo constituye una útil herramienta en torno al control de Inconstitucionalidad por omisión. Nótese, por ejemplo, que algunas de las pautas establecidas por el Código Procesal Constitucional (CPC) resultan sumamente idóneas para el tratamiento de este supuesto.

Por ejemplo, resulta sumamente apropiado, a fines de acotar la figura y exigir carácter de mandato constitucional concreto a la norma omitida, la pauta del artículo 38 del CPC que exige que el derecho tenga un sustento constitucional directo o que esté referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mis-

---

(130) La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 12 de marzo de 2001, págs. 12/31.

(131) Al respecto, puede consultarse a Sagüés, María Sofía, «*La Acción de Amparo como instrumento de control de la Inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud*», Jurisprudencia Argentina, Lexis Nexis Argentina, Boletín 6264.19 de Septiembre de 2001, pág. 50.

mo<sup>(132)</sup>. Otra pauta de útil aplicación es el artículo 44 inc. 5, que establece que en el caso de que el agravio constituya una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista<sup>(133)</sup>. Asimismo, al dictarse la sentencia que declara fundada la demanda de Amparo, el Juez, además de identificar el derecho constitucional vulnerado, indicará la orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia<sup>(134)</sup>. Nótese a tal efecto que la solución que aportaría el CPC sería una solución anoticiadora/imperativa a fin de subsanar la omisión.

Como se ha señalado con anterioridad, uno de los principales conflictos que plantea el control de Inconstitucionalidad por omisión es el de la ejecución de sentencia, frente a los incumplimientos por parte de los poderes omitentes del mandato judicial. El CPC prevé herramientas a fin de dotar de plena imperatividad a la orden judicial. Al efecto, resulta sumamente interesante la previsión del artículo 59, que establece que si el obligado no cumpliera en el 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 contra quien incumplió, o incluso contra el superior si transcurridos dos días no se cumplimenta el mandato. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. También debe recordarse que se tiene en cuenta las posibilidades organizativas del órgano omitente, estatuyéndose que tratándose de omisiones, el plazo de ejecución de sentencias puede duplicarse.

Asimismo, el CPC habilita una última opción en el caso de control de las omisiones ejecutivas, llegando a una solución no sólo imperativa, sino supletoria. Así, el artículo comentado establece que, una vez abierto el sumario administrativo contra el órgano omitente, el Juez adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento de su mandato. Continúa dicha norma estableciendo que «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»<sup>(135)</sup>.

### ***b) El Proceso de Cumplimiento***

El Proceso de Cumplimiento abarca aquellos supuestos de omisiones inconstitucionales indirectas, cuando se ha omitido el mandato estatuido por una norma

(132) Art. 38, C.Pr.Cnal.

(133) Art. 44, inc. 5to., CPC.

(134) Art. 55 inc. 4.

(135) Art. 59, CPC.

legal o bien no se ha ejecutado un acto administrativo, y, justamente, procede para que se acate la primera o se ejecute el segundo<sup>(136)</sup>. Así, el artículo 66 establece que «es objeto del Proceso de Cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente...de 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». Justamente, el supuesto señalado constituye una variable de ilegalidad por omisión. Y, como se ha sostenido anteriormente, «una ilegalidad por omisión desemboca en una Inconstitucionalidad por omisión»<sup>(137)</sup>.

Explica Luis Castillo Córdova que el Proceso de Cumplimiento actúa como un adecuado vía como garantía de cumplimiento del acto debido en el caso de que el mandato emane de una resolución administrativa emitida por autoridad competente, consentida, y que tenga la calidad de cosa decidida<sup>(138)</sup>. Mediante el uso de este mecanismo procesal, «lo que se perseguirá directamente es que el funcionario o autoridad renuente cumpla con la norma legal o el acto administrativo, y como consecuencia de ello, desaparezca la afectación del derecho constitucional correspondiente»<sup>(139)</sup>.

De esta manera el control de las omisiones del Ejecutivo frente a mandatos legales o actos administrativos, es, justamente, el elemento inherente del Proceso de Cumplimiento. Explica Carpio Marcos que, «el objeto de control jurisdiccional mediante este proceso no es el comportamiento comisivo de los funcionarios o autoridades públicas, sino su letargo, omisión, pereza, mora o, simplemente, inactividad en la que puedan incurrir»<sup>(140)</sup>.

El paralelismo entre Inconstitucionalidad por omisión y Proceso de Cumplimiento es resaltado por algunos autores, al recalcar el interés de ambas instituciones en la eficacia de las normas jurídicas. Así, se explica que «la Acción de Cumplimiento, es una garantía constitucional que actúa sobre la base de dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos Legislati-

(136) Art. 2, CPC.

(137) Carrazza, Roque Antônio, «*Acção direta de inconstitucionalidade por omissao e mandato de injunção*», en jurisprudencia Brasileira, Jurúa Editora Ltda., núm. 167, julio-septiembre 1992, págs. 53 y ss.; en concreto pág. 56, cit. por Fernández Segado, «*La Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 29.

(138) Castillo Córdova, «Comentarios...», op. cit., pág. 110.

(139) Castillo Córdova, «Comentarios...», op. cit., pág. 110.

(140) Edgar Carpio Marcos, «El Proceso de Cumplimiento en el Código Procesal Constitucional», en Temas de Derecho Procesal Constitucional, op. cit., pág. 194.

vos, y segundo, la legalidad de los actos administrativos. Pero no basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sean aprobados, cumpliendo los requisitos formales de la norma y que además estén conforme a las disposiciones sustantivas establecidas en la Constitución y en la ley, sino que tengan vigencia. En este sentido, la Acción de Cumplimiento esencialmente busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de las normas legales y actos administrativos por parte de la autoridad, en un Derecho fundamental de los ciudadanos»<sup>(141)</sup>.

Dentro de esta línea, el basamento es encontrado en un nuevo derecho subjetivo que tiene «la suficiente validez para demandar judicialmente la expedición de una orden o mandato judicial de cumplimiento que compela, tanto a las autoridades y funcionarios públicos como a los particulares que prestan servicios públicos, cuando éstas se resistan a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan... Esta nueva garantía constitucional pretende que el Estado de Derecho, consagrado en la Constitución, según los artículos 38 (relativo al deber de los ciudadanos de respetar el ordenamiento jurídico), 51 (referido a la supremacía de la Constitución sobre la ley, de ésta sobre los decretos), y 138 (concebido para que los jueces puedan hacer el control judicial de las leyes), no sean normas meramente declarativas que reconocen la existencia de un sistema de fuentes del Derecho, sino que la misma sea eficaz creando un proceso constitucional especial en caso de incumplimiento»<sup>(142)</sup>.

Al respecto, si bien se ha señalado que el proceso en análisis no constituye en realidad un proceso constitucional propio, sino un proceso ordinario incorporado en el seno de la norma suprema, es decir, un «proceso constitucionalizado»<sup>(143)</sup>, cabe señalar que como instrumento procesal de tutela de la Inconstitucionalidad por omisión indirecta, el mecanismo tiende a garantizar la fuerza normativa de la norma suprema, y, en cuanto tal, resulta una vital herramienta del sistema.

Ahora bien, en miras a señalar el marco de acción del instituto, un primer grupo de hipótesis deben ser excluidas de ser tuteladas vía proceso de cumplimiento. Ya que el mismo «no tiene por finalidad proteger derechos fundamentales... la lesión de cualquiera de ellos (incluyendo el derecho de petición, tras el letargo del pronunciamiento de una solicitud o de un medio impugnatorio en el procedimiento administrativo), no es susceptible de tutela mediante el Proceso de Cumplimiento

---

(141) César Landa, op. cit., pág. 172.

(142) César Landa, op. cit., págs. 172/ 173.

(143) Sentencia del Tribunal Constitucional en Expediente nro. 0191-2003-AC/TC, ver asimismo Carpio Marcos, op. cit., pág. 191.

(inc. 3, art. 70)»<sup>(144)</sup>. Así, solo los supuestos de omisión inconstitucional indirecta son controlables. Asimismo no se da a lugar al proceso a fin de cuestionar la validez de un acto administrativo ya sea que fuera un acto expreso, o bien un acto presunto<sup>(145)</sup>. Tampoco cabría articularlo para cuestionar la validez del acto omitido.

Es importante recalcar el carácter concreto del mandato legal o administrativo omitido se desprende del inciso 5, del artículo 70 que establece como causal de improcedencia cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario. Este punto que, como hemos señalado, es una de las preocupaciones fundamentales a la hora de habilitar el control de Inconstitucionalidad por omisión, ha sido adecuadamente tratado en el CPC, ya que de esta manera, quedan excluidos de la figura las potestades discrecionales de la administración<sup>(146)</sup>. así como aquellos supuestos canalizables a través de la figura de los procesos competenciales<sup>(147)</sup>.

Respecto a los supuestos objetivos comprendidos por la figura, Carpio Marcos se pregunta si la misma resulta abarcativa tanto de los supuestos de omisiones formales como materiales. Tal autor, explica que «existe inactividad formal de la administración cuando al cabo de un procedimiento administrativo, o tras el ejercicio del derecho de petición, los funcionarios, autoridades u órganos de la administración no contestan lo que se solicita o no resuelven los recursos que en el seno del procedimiento administrativo se hayan formulado, pese a existir un mandato constitucional de hacerlo. ... En cambio, se está frente a un supuesto de inactividad material cuando fuera de un procedimiento administrativo, los órganos de la administración o sus funcionarios y autoridades no realizan algo que se encuentra en el marco de sus competencias ordinarias»<sup>(148)</sup>. En este caso, «la autoridad o funcionario público renuente no puede válidamente alegar que tal mandato debe entenderse denegado, tras la aplicación del silencio administrativo negativo, si ese fuere el caso. Mediante esta última técnica, el ordenamiento promueve que el administrado no quede en estado de indefensión por el comportamiento omisivo y displicente de la administración, sino que, producido tal hecho, éste cuente con la posibilidad de acudir a la instancia administrativa superior o, de ser el caso, cuestionar la denegatoria en sede judicial»<sup>(149)</sup>.

---

(144) Carpio Marcos, op. cit., pág. 208.

(145) Carpio Marcos, op. cit., pág. 208.

(146) Ver, en el mismo sentido, Carpio Marcos, pág. 209.

(147) Art. 70 inc. 6, CPC.

(148) Carpio Marcos, op. cit., pág. 194.

(149) Carpio Marcos, op. cit., pág. 195.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto si es posible articular o no el Proceso de Cumplimiento para el supuesto de la inactividad formal de la administración. Así, mientras algunos autores consideran que es posible articularlo para cuestionar ambos tipos de inactividades<sup>(150)</sup>, otros autores, tales como Carpio Marcos, sostienen que el artículo 70 del CPC excluye tal eventualidad<sup>(151)</sup>.

Así, estima que «mediante este proceso no se podrá solicitar la tutela frente a un supuesto de no respuesta o pronunciamiento respecto de una petición o medio impugnatorio en el seno de un procedimiento administrativo, pues el inciso 3) del artículo 70 del CPC excluye tal eventualidad. Y es que si el derecho constitucional de petición también garantiza el recibir una respuesta u obtener un pronunciamiento de la administración, su omisión comportaría una violación del derecho de petición, derecho que al estar protegido por el Proceso de Amparo constitucional, no sería tutelable en el seno del Proceso de Cumplimiento»<sup>(152)</sup>.

Más allá de la discusión señalada, lo que sí queda claro es que el supuesto de incumplimiento material, propio de la Inconstitucionalidad por omisión indirecta, es un supuesto comprendido inherentemente por el Proceso de Cumplimiento, el que, de esta manera, queda estatuido como una técnica o garantía a favor del administrado para que no resulte indefenso frente al letargo en que la administración incurra frente a los mandatos del legislador o los mandatos establecidos por las mismas instancias administrativas competentes.

Como puede advertirse, la figura solo refiere al control de Inconstitucionalidad por omisión del Ejecutivo, ya que solo es legitimado pasivo la autoridad o funcionario renuente de la administración pública a quien corresponde su cumplimiento. Ello se desprende, en principio, del tenor del artículo 200 de la Constitución Nacional, que estatuye que «el Proceso de Cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo.» La utilización de esta vía frente a omisiones legislativas o judiciales se encuentra expresamente prohibido por el art. 70 del CPC, al establecerse que «no procese el Proceso de Cumplimiento, contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones, o bien contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o insistencia de una ley<sup>(153)</sup>.

---

(150) Ver, por ejemplo, Abad Yupanqui, Samuel y otros «El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. Estudio introductorio», en AA.VV. Código Procesal Constitucional, Comentarios, Exposición de motivos, Dictámenes e Índice analítico, Editorial Palestra, Lima, 2004, pág. 77.

(151) Carpio Marcos, op. cit., pág. 195.

(152) Carpio Marcos, op. cit., pág. 197.

(153) Art. 70, incs. 1 y 2.

Explicando estas pautas, Carpio Marcos indica que «dado que el Proceso de Cumplimiento es, en realidad, un proceso materialmente administrativo, entonces es lógico pensar que entre los legitimados pasivamente, en primer lugar, se excluya, por decirlo así, el concepto de «funcionario privado». Sin embargo, cabe señalar que, siendo que el Proceso de Cumplimiento es ubicado entre los procesos constitucionales, y una de sus aplicaciones prácticas más relevantes es el afianzamiento de la fuerza normativa de la Constitución a través de la subsanación de omisiones inconstitucionales indirectas, cabría adoptar una interpretación amplia y no restrictiva de los legitimados pasivos.

Numerosas de las previsiones procedimentales del instituto resultan sumamente acordes a la naturaleza del control de Inconstitucionalidad por omisión. La familiaridad del presente mecanismo procesal con el writ of mandamus es recalcada, entre otros autores, por César Landa<sup>(154)</sup>.

Anteriormente, la Ley 26.301 al regularse la legitimación activa, se anclaba la misma en las pautas pertinentes de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Esta norma, por su parte, al constituir procesos destinados a la protección de derechos subjetivos constitucionales, estructuraba el proceso en torno a los mismos. Así, se concluyó que «la inactividad de la administración que no repercutiese en una lesión o perjuicio sobre un derecho o interés directo del administrado no sea susceptible de cuestionarse a través del Proceso de Cumplimiento»<sup>(155)</sup>.

Actualmente el CPC adopta distinta solución respecto a la legitimación activa, teniendo en cuenta la norma omitida. Si la renuencia se da con respecto a mandatos estatuidos por leyes o reglamentos, es posible que cualquier persona inicie el proceso. Por otra parte, si lo que se procura es 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. Para el supuesto de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación abarca a cualquier persona. Finalmente, se otorga legitimación activa a la Defensoría del Pueblo.

Para el supuesto de omisión de cumplimiento de una ley, la norma ha previsto una legitimación amplia, que puede ser concebida como legitimación pública, o Acción Popular, donde el interés en la ley, o el derecho a la legalidad, actúa como base de acción.

Para el segundo supuesto regulado, es decir, para el caso del proceso de incumplimiento de un acto administrativo, en primer lugar se encuentra legitimado

---

(154) César Landa, op. cit., pág. 173.

(155) Carpio Marcos, op. cit., pág. 198.



aquel lesionado directamente por la omisión administrativa, ya sea aquel que cuenta con un derecho subjetivo vulnerado, o bien aquél que tiene un simple interés legítimo, «para el cumplimiento del deber omitido». Carpio Marcos señala que dicho interés legítimo no puede ser equiparado con el interés personal o directo, del cual resulta abarcador. Ello así, por cuanto «el círculo de intereses vitales afectados por la omisión de actuación administrativa no se limita a los de carácter estrictamente personal, material y concreto, sino que se atribuye también a todos los que se hallen en la reparación del mismo ventajas o utilidades de cualquier tipo. De manera que no solo quien resulte directamente afectado por una omisión podrá encontrarse legitimado para iniciar el proceso, sino, incluso, quien no siendo directamente afectado, tiene un interés legítimo en que la administración cumpla con un mandato establecido en un acto administrativo»<sup>(156)</sup>.

La norma continúa estatuyendo que para el supuesto de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación abarca tanto a cualquier persona. Así, cualquier persona (independientemente de si lo afecta directamente o pertenece, o no, a un grupo de personas determinables en función de un status jurídico), cuenta con legitimación procesal»<sup>(157)</sup>.

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional era positiva en torno a la legitimación activa en la tutela de los intereses colectivos, algunos autores realizan una lectura más escueta de la norma señalada, con relación a los mismos. Así, sostienen que la legitimación amplia estaría referida solo a los intereses difusos. En cambio, con respecto a los colectivos, ya que con respecto a los mismos «el ámbito determinables de sujetos sobre el cual recae la tutela de determinados intereses colectivos, a diferencia de lo que sucede con los intereses difusos, pensamos que debe modular, en sede jurisprudencial, los alcances de la legitimación que plantea el CPC. Es que si los intereses colectivos involucran sólo a un grupo determinable de sujetos, que se hallan vinculados por determinado *status* o relaciones jurídicas, entonces parece razonable pensar que la legitimación otorgada sólo alcance a quienes resulte, individual o colectivamente, lesionados en sus derechos e intereses subjetivos como consecuencia de la inercia administrativa»<sup>(158)</sup>.

Resta preguntarse si es posible que entidades sin fines de lucro, cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos, se encuentran legitimadas, ya que la norma refiere a «cualquier persona», y no a «entidades», como en el caso del Amparo. Sin embargo, el principio de *in dubio pro homine* o *pro libertatis*

---

(156) Carpio Marcos, op. cit., pág. 200.

(157) Carpio Marcos, op. cit., pág. 201.

(158) Carpio Marcos, op. cit., pág. 201.

como pauta interpretativa que actúa como criterio de selección de diversas hipótesis de interpretación recomendaría optar por considerar que el concepto de «persona» resulta abarcativo tanto de la persona física como jurídica<sup>(159)</sup>. Finalmente, el Defensor del Pueblo se encuentra también legitimado para iniciar un Proceso de Cumplimiento, lo cual resulta acorde a la naturaleza institucional de la figura<sup>(160)</sup>.

Es necesario, como requisito previo «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», además de agotar la vía administrativa previa<sup>(161)</sup>. Ello resulta complementario a la idea de exclusión de la vía administrativa previa, dejándose así de lado el artículo 5to. de la Ley 26.301 y adoptándose el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. También se ha derogado la exigencia del requerimiento notarial a que refería la norma citada.

Finalmente, la solución aportada por este proceso es de naturaleza imperativa, ya que la sentencia determinará la obligación incumplida, se pronunciará respecto la orden y descripción precisa de la conducta a cumplir, estableciendo el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días, y establecerá 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. Resulta así una solución escueta si se la compara con la imperativa/supletoria a que se puede arribar vía Amparo, si bien es posible, en virtud del art. 74 del CPC que el Juez haga uso de las normas aplicables al Proceso de Amparo, y adopte así la solución supletoria.

Atento el presente proceso se encuentra regulado en el título correspondiente a la jurisdicción de la libertad, resultan aplicables las disposiciones del Código Procesal Constitucional en torno al tema ejecución de sentencias. Así lo estatuye expresamente el título I, donde se menciona al Proceso de Cumplimiento, y dentro del cual se norman los artículos 17 a 24, y por el artículo 73 que remite a la aplicación del artículo 22 en la ejecución de la sentencia dictada en un Proceso de Cumplimiento, si bien esto ha sido criticado por varios autores<sup>(162)</sup>.

---

(159) Ver en este sentido a Carpio Marcos, op. cit., pág. 202.

(160) Carpio Marcos, op. cit., pág. 204.

(161) Art. 69, CPC.

(162) Carpio Marcos, op. cit., pág. 193.

*c) Pautas relativas a la ejecución de sentencias*

Como se ha reiterado, un talón de Aquiles del control de la Inconstitucionalidad por omisión es el problema de la ejecución de las sentencias. Si bien algunos de los pronunciamientos, en el Derecho Comparado, solamente tienen efecto anoticiador, cuando el efecto es anoticiador/imperativo, se plantea el problema de la falta de cumplimiento por parte del órgano omitente.

En nuevo modelo impuesto por el Código Procesal Constitucional aporta interesantes herramientas a fin de procurar la eficacia del sistema. El mismo parte de considerar que «las sentencias emitidas en los procesos vinculados con la jurisdicción constitucional de la libertad deben cumplirse en sus propios términos por el Juez de la demanda. Se evita así la discutible alternativa de poder eludir el cumplimiento de lo resuelto pagando una indemnización, alternativa que se presenta como francamente aberrante si lo que está en juego es la plena vigencia de los diversos derechos fundamentales»<sup>(163)</sup>. Asimismo, el CPC establece que «la ejecución de lo resuelto en uno de estos procesos constitucionales tiene prevalencia sobre cualquier otro mandato jurisdiccional, bajo responsabilidad»<sup>(164)</sup>. Finalmente, el Juez se ve habilitado al dictado de una serie de medidas sancionatorias en miras a la ejecución del pronunciamiento, abarcativas de multas fijas, multas acumulativas, llegando a la destitución del órgano omitente<sup>(165)</sup>.

Los impulsores de la Ley habían postulado la posibilidad de que se habilite la detención del omitente<sup>(166)</sup>. La norma concluye estableciendo que 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<sup>(167)</sup>. Sin duda, estas pautas aportan herramientas que garantizan el imperio de la decisión jurisdiccional.

(163) Espinosa-Saldaña Barrera, op. cit., pág. 121.

(164) Art. 22, CPC, ver Espinosa-Saldaña Barrera, op. cit., pág. 121.

(165) Art. 22, CPC.

(166) Espinosa-Saldaña Barrera, op. cit., pág. 121.

(167) Art. 22, CPC.

Finalmente, el Proceso de Amparo prevé la posibilidad de la adopción de la solución supletoria, al estatuirse que «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...»<sup>(168)</sup>, y su aplicación sería pasible de extensión al Proceso de Cumplimiento en virtud del art. 74 del C.P.C.

## **B) El Control de Inconstitucionalidad por Omisión a través de un Proceso Competencial**

Los procesos competenciales parecen ser una interesante variable de canalización de algunos supuestos de Inconstitucionalidad por omisión.

Como señala Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, «estamos aquí entonces hablando de la solución en la sede jurisdiccional del Tribunal Constitucional de conflictos que puedan surgir entre organismos constitucionales, entendidos como aquellos que no solamente aparecen en el texto de la Constitución, sino que allí mismo se les reconoce autonomía (mas no autarquía) para el ejercicio de parte de la actividad directa e inmediata del Estado... Esta garantía constitucional protege fundamentalmente dos principios: uno, la separación de poderes y de organismos constitucionales –división horizontal– y dos, la redistribución territorial del poder –división vertical– postulados en los artículos 43 y 44 de la LOTC»<sup>(169)</sup>.

Ahora bien, el mecanismo abarca tanto aquellos supuestos de conflictos positivos como conflictos negativos, es decir, los gestados «mas bien por la inacción de algún o algunos de estos organismos»<sup>(170)</sup>. Así lo explica el autor citado al señalar que «el conflicto atendible a través de este importante medio procesal ya no se dará solamente cuando los organismos estatales involucrados tomen decisiones, sino también cuando deliberadamente rehuyan actuar»<sup>(171)</sup>.

En concreta referencia a la aplicación reseñada en el presente trabajo, el límite en el control está dado por que «el parámetro a tener en cuenta es el de que sus...omisiones hayan afectado la asignación de competencias o atribuciones que la Constitución o alguna Ley Orgánica...haya conferido a otro organismo consti-

<sup>(168)</sup> Art. 59 CPC.

<sup>(169)</sup> Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado, serie de Derechos y Garantías, n.º. 13, Ed. Palestra, Perú, 2004, págs. 102/103.

<sup>(170)</sup> Espinosa-Saldaña Barrera, op. cit., pág. 105.

<sup>(171)</sup> Espinosa-Saldaña Barrera, op. cit., pág. 104.

tucional»<sup>(172)</sup>. En otras palabras solo cubre aquellas omisiones que repercuten en una merma en el margen de acción de otro organismo. Asimismo, «involucra que el perjuicio causado o próximo a producirse tenga una cierta repercusión objetiva, no constituyendo sustento suficiente para ganar estos procesos la mera diferencia de opiniones que no se traduzca o pueda traducirse en la invasión o mediatización de las competencias de unos en mérito al hacer o dejar de hacer de otros.

Finalmente, la sentencia tiene efectos imperativos, ya que se establece que «cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar, en su caso, un plazo dentro del cual el poder del Estado o el ente estatal de que se trate debe ejercerlas»<sup>(173)</sup>.

### C) Vías jurisprudenciales: Las sentencias aditivas o constructivas y sentencias exhortativas

Jurisprudencialmente, el control de Inconstitucionalidad por omisión puede cristalizarse en dos tipos o modalidades de decisiones jurisdiccionales: las sentencias aditivas o constructivas y las sentencias apelativas o exhortativas.

Se ha reseñado con anterioridad como países carentes de una regulación específica en torno a la omisión inconstitucional, tales como Alemania, Italia y España, han generado jurisprudencia a través de la cual se la ha subsanado el conflicto. En alguno de estos casos, el Poder Judicial, o bien el órgano de control de constitucional, ha tomado una postura positiva, «creadora» de Derecho, «innovadora» dentro del ordenamiento jurídico, técnica a la cual la doctrina ha denominado «sentencias aditivas».

A través de las sentencias «aditivas» «se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios»<sup>(174)</sup>. Se puede situar la tipología de sentencia en estudio cercana a lo que se denomina «sentencia interpretativa», de gran aceptación en el Derecho Comparado, y cuya existencia no constituye una novedad en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos. Se advierte que, en numerosas oportunidades, los Tribunales Constitucionales, a través de una tarea integradora de las «lagunas legales» han suplido la inacción del legislador. En estos casos siendo propiamente una «tarea integradora» la misma se encuentra

(172) Espinosa-Saldaña Barrera, op. cit., pág. 104.

(173) Art. 113 CPC *in fine*.

(174) Olano García, Hernán Alejandro, Revista Jurídica del Perú, n°. 62, pág. 208.

consabida por los límites propios de la actividad «integradora», así como de la actividad «interpretativa», no pudiendo el Tribunal ir más allá de las posibilidades que presentan ambas instituciones»<sup>(175)</sup>. Sin embargo, los límites se han flexibilizado, incorporándose otras variables de decisiones jurisdiccionales.

Explicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, Nocilla y Falzea refieren a la existencia de «sentencias interpretativas de admisión»<sup>(176)</sup>, diferentes de las sentencias interpretativas de rechazo. En ellas «presentan sustancia de acto normativo, dando vida a una norma o a un fragmento de norma cuya presencia no había sido inicialmente ‘advertida’ en el ordenamiento»<sup>(177)</sup>.

Acosta Sánchez señala tres tipos de sentencias interpretativas: las restrictivas –que restringen el alcance de una ley– las constructivas o manipulativas –que «tienen por objeto enriquecer el contenido normativo de la disposición de ley en cuestión mediante una extensión de su alcance...»<sup>(178)</sup>– y las interpretativas directivas, →la originalidad de esta técnica estriba en que tiene por objeto determinar, no una regla, sino un principio que, en nombre y respeto de la Constitución, orientará la conducta del aplicador de la ley, sin por ello predeterminarla»<sup>(179)</sup>–.

Dentro de la categoría de «sentencia constructiva» menciona las siguientes modalidades: a) la sentencia aditiva, que «añade o amplía literalmente, o en otro sentido, el texto legal controvertido»<sup>(180)</sup>, b) la sentencia sustitutiva, que implica

(175) Ver F.J. Ezquiaga Ganuzas, «La argumentación en la justicia constitucional española», op. cit., págs. 56/60, H.P. Schneider, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», «Revista Española de Derecho Constitucional» nro. 5, Madrid, 1982, pág. 39, cit. por Figueruelo Burrieza, Ángela, «Incidencia positiva del Tribunal Constitucional», op. cit., pág. 69.

(176) Nocilla, D. «Sentenze interpretativa di accoglimento o sentenza di accoglimento parziale...», en Giur. Cost., 1965, pág. 882 y Falzea, P. «In tema di sentenze di accoglimento parziale», en Giur. Cost. 1986, I, pág. 2600, citados por Acosta Sánchez, José, «Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional - Fundamentos de la democracia constitucional», Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 286.

(177) Crisafulli, «Lezioni di Diritto Costituzionale», II, CEDAM, Padua, 1984, pág. 407, citado por Acosta Sánchez, José, op. cit., pág. 287.

(178) Thierry Di Manno, «Le Judge constitutionnel et la technique des décisions ‘interpretatives en France et en Italie’», Economía, Paris, 1997, pág. 231, citado por Acosta Sánchez, op. cit., pág. 290.

(179) Thierry Di Manno, op. cit., págs. 276, 277 y 278, citados por Acosta Sánchez, op. cit., pág. 292.

(180) Informe a la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, pág. 177, citado por Acosta Sánchez, pág. 291. Dicho autor cita un antecedente del Tribunal Constitucional Italiano, sentencia n.º. 68 de 1978, donde «dicho órgano juzgo que la ley que establecía el

«una interpretación a dos tiempos, ya que persigue, por una parte, retirar de la disposición discutida una norma o un fragmento de norma contrario a la Constitución, y, por otra parte, introducir una norma conforme a las exigencias constitucionales»<sup>(181)</sup> y c) la sentencia de delegación o habilitación «en la que el tribunal, tras declarar inconstitucional una ley, indica los principios que habrá de contener otra sobre el mismo objeto para ser constitucional»<sup>(182)</sup>.

Las «sentencias aditivas», conforme Néstor Pedro Sagüés, son aquellas que resultan «constructoras de las normas reglamentarias faltantes para la eficacia de la cláusula programática constitucional»<sup>(183)</sup>. Una aplicación en concreto se da en aquel pronunciamiento que «suprime obstáculos en beneficio de aquellos a quienes, por omisión, no se les aplicaría esa norma por no estar comprendidos en ella»<sup>(184)</sup>.

La integración de la laguna jurídica puede ser realizada mediante la auto integración –remitiéndose a principios constitucionales, aplicación de la norma análoga– o bien heterointegración –mediante la aplicación de reglas inferidas de los principios generales de Derecho<sup>(185)</sup>. Sin embargo, debe señalarse que algunos autores como Mortati, diferencian las «lagunas» –que imponen al Juez el deber de integrarlas mediante las técnicas que prevé el régimen jurídico–, de las «omisiones», las que suponen un límite a la función jurisdiccional, quedando en manos del Poder Legislativo su subsanación<sup>(186)</sup>.

No resulta conteste la doctrina la distinción entre «laguna» y «omisión». Conforme algunas concepciones, es la existencia de mandato, el incumplimiento

---

procedimiento para el referéndum abrogativo no había regulado concretamente la hipótesis de que sobreviniera en el curso del proceso referendario una nueva ley que abarcara las disposiciones sometidas al voto del cuerpo electoral. El Tribunal imponía en su declaración de Inconstitucionalidad añadir a la ley que regulaba el referéndum, en una nueva redacción, las disposiciones que impedirían que la consulta popular pudiera ser arbitrariamente impedida por el propio parlamento».

(181) Roberto Romboli, «La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado vía incidental», REDC, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, pág. 64, citado por Acosta Sánchez, pág. 291.

(182) Roberto Romboli, op. cit., p. 115, citado por Acosta Sánchez, op. cit., pág. 292.

(183) Sagüés, Néstor Pedro, «*La Interpretación judicial de la Constitución*», op. cit., pág. 196.

(184) Bidart Campos, Germán, «*El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*», op. cit., pág. 351.

(185) Sagüés, Néstor Pedro, «*Elementos de Derecho Constitucional*», op. cit., pág. 112.

(186) Figueroa Burrieza, Ángela, «*Incidencia positiva del Tribunal Constitucional*», op. cit., pág. 68.

de la obligación impuesta por el texto constitucional, lo que permite diferenciar la institución en estudio de las «lagunas normativas»<sup>(187)</sup>. En otra posición se encuentran doctrinarios que consideran que «la omisión tiene relevancia porque provoca una «laguna»; vacío normativo apto para obstaculizar el pleno y útil ejercicio de un Derecho dispensado constitucionalmente»<sup>(188)</sup>. En el mismo sentido otros autores refieren a la «laguna» generada por las omisiones inconstitucionales, etc., diferenciando, en su caso, aquellas lagunas que pueden suplirse vía tarea integradora, de aquellas otras donde existen límites funcionales<sup>(189)</sup>.

Puede entenderse que las sentencias aditivas o constructivas, si bien utilizan técnicas interpretativas e integradoras, y, en cuanto tal, son una variable de las mismas, van más allá de los límites tradicionales –aceptadas por teorías clásicas– de las sentencias de este tipo, al innovar, crear, «constituir normas».

Las sentencias aditivas o constructivas revisten una importancia práctica de gran trascendencia. Han dado lugar a la gestación el desarrollo de teorías tales como el importante aporte de la Jurisprudencia del Tribunal Superior Alemán, relativo a la «exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio» en virtud de la cual se ha arbitrado el recurso de queja constitucional frente a omisiones relativas del legislador, como se ha señalado precedentemente.

Así, mediante las sentencias aditivas se procura un adecuado tratamiento a las omisiones parciales o relativas. Conforme las palabras del mismo Tribunal Constitucional «mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la Inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo...que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la Inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de Inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido»<sup>(190)</sup>.

Sin embargo, a nivel Derecho Comparado, no es uniforme la doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aceptación. Evidentemente, el órgano con facultad pro-

(187) Ver en este sentido Mortati, C. «*Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*», *Il Foro Italiano*, 1970, págs. 153-191, cit. por Figueruelo Burrieza, Ángela, «*La incidencia positiva del Tribunal Constitucional...*», op. cit., pág. 65.

(188) Picardi, Nicola, «*Le sentenze integrative de la Corte Costituzionale*», en *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, 1977, págs. 599 a 634, cit. por Bazán, Víctor «*Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales*» op. cit., pág. 106.

(189) H.P. Schneider, op. cit., pág. 39, cit. por Figueruelo Burrieza, Ángela, «*Incidencia positiva del Tribunal Constitucional*», op. cit., pág. 69.

(190) Expte. 0010-2002-AI/TC, de 03 de enero de 2003.



pia a los fines de innovar dentro del ordenamiento jurídico es el Poder Legislativo. Por lo tanto, la admisión de sentencias innovadoras o constructivas enfrenta la problemática del peligro del sistema de división de funciones y el temor al gobierno de los jueces a que se ha hecho referencia con anterioridad.

En el caso español, por ejemplo, no existe un criterio doctrinario unánime frente a la valoración de la jurisprudencia constructiva. Entre los autores que niegan esta variable interpretativa puede citarse a Santaolalla<sup>(191)</sup>, quien considera equivocada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que le permite actuar ante la ausencia de norma legal. Sin embargo, existen numerosos autores que elogian estas soluciones concretas que permiten efectivizar la normatividad del texto constitucional. Entre ellos podemos citar a Fernández Rodríguez<sup>(192)</sup>, Gómez Puente, entre otros.

Algunos autores si bien reconocen los riesgos de las sentencias innovadoras dentro del orden jurídico, las aceptan, pero limitando estrictamente sus posibilidades. Ahumada considera que estos pronunciamientos aditivos «suponen el territorio límite de actuación de un tribunal ante una omisión inconstitucional y su única justificación está en que ponen orden en la situación inconstitucional provocada por la inercia del legislador»<sup>(193)</sup>. Sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, esta crítica se predica del control mismo de las omisiones constitucionales, por lo que son aplicables al caso las respuestas esbozadas oportunamente.

En los casos de omisiones totales, cuando no existe un precepto legislativo susceptible de ser extendido, o bien cuando no es posible la subsanación de la violación del derecho mediante la acción directa del Poder Judicial, el control de la Inconstitucionalidad por omisión se traduce en un modelo de *sentencia exhortativa*, donde el Tribunal «hace una apelación al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte»<sup>(194)</sup>.

---

(191) Santaolalla, Fernando, «*Televisión por cable y control de las omisiones del legislador (en torno a la STC 31/94, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/94)*» en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 41, mayo-agosto, 1994, Madrid, pág. 173 y ss., cit. por Fernández Rodríguez, José Julio, «*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*», op. cit., pág. 144 y ss.

(192) Fernández Rodríguez, José Julio, «*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*», op. cit.

(193) Ahumada Ruiz, María de los Ángeles, «*El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas*», op. cit., pág. 184, cit. por Fernández Rodríguez, José Julio, «*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la Inconstitucionalidad por omisión*», op. cit., pág. 134.

(194) Olano García, op. cit., pág. 210.

Castillo Córdova pone atención en este punto, señalando como en procesos que típicamente no son articulables para el control de Inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional ha recurrido a estas figuras jurisprudenciales para subsanar las abstinencias de las restantes ramas de gobierno<sup>(195)</sup>.

Cabe formular una aclaración. Generalmente en el Derecho Comparado se admite la siguiente fórmula: verificada la omisión inconstitucional, el órgano controlador dictará una decisión con efecto anoticiador o anoticiador/imperativo. En este extremo se verificaría que este tipo de pronunciamiento, efectivamente, constituye una sentencia exhortativa. Pero no toda sentencia exhortativa presupone la previa constatación de una omisión inconstitucional en sentido estricto.

Así, puede darse el supuesto de que se recurra a esta modalidad de sentencia para exhortar a los poderes públicos a que afiancen el ejercicio de sus potestades y deberes constitucionales en general, y no frente a una omisión concreta. En esta línea parecen encontrarse los fallos dictados en fecha 20 de julio, 2 de agosto y 8 de septiembre de 2004 en los exptes. 007-2004-AI/TC, 0025-2004-AI/TC y 0022-2003-AI/TC, donde el Tribunal, en ejercicio de su función pacificadora, exhortó a las autoridades competentes y a los Poderes del Estado involucrados a asumir las funciones que, conforme al artículo 102°, inciso 7, de la Constitución Política del Perú y a las normas de desarrollo, les corresponde en materia de delimitación territorial, especialmente por lo que respecta a la controversia suscitada en relación con los límites territoriales de las provincias de Cañete y Chincha dentro de la zona denominada Pampas de Concón, Huarochirí, Canta y Lima y de la Isla Lobos de Tierra, respectivamente. Así también en el fallo dictado en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley N° 28658, que permitía que el arresto domiciliario sea abonado automáticamente al cómputo de la pena privativa de la libertad. En dicha decisión ha sostenido que «lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta Inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de Derecho»<sup>(196)</sup>.

(195) Citado por Castillo Córdova, Luis, «Hábeas Corpus...», op. cit., pág. 36.

(196) Tribunal Constitucional, Oficina de relaciones públicas, nota de prensa del 21 de julio de 2005, en [http://www.tc.gob.pe/notas\\_prensa/nota\\_05\\_063.html](http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/nota_05_063.html), 28 de julio de 2005.

Dentro de esta línea jurisprudencial puede ubicarse el Expediente N.º 2729-2004-HC/TC, donde si bien rechaza la pretensión, exhorta a los magistrados del Poder Judicial a que, en el caso de dilaciones indebidas que inciden sobre el derecho a la libertad, demuestren mayor celo y diligencia profesional al tramitar un proceso en el que se encuentre inmerso un preso preventivo. En el mismo sentido, en la causa 1508-2004-HC/TC, había dispuesto exhortar a las autoridades peruanas, tales como la Corte Suprema de Justicia de la República, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que, a la mayor brevedad posible, realicen acciones tendientes a conocer el estado real del procedimiento de extradición iniciado y, consiguientemente, esclarecer la situación jurídica de la favorecida, de modo tal que el emplazado –quien debe ser el principal promotor de estas acciones– pueda contar con los elementos necesarios que le permitan lograr los fines del proceso penal instaurado. Asimismo, en la causa Exp. N.º 0442-2003-AA/TC, de abril del 2004, el Tribunal exhortó al Poder Judicial para que las causas que han merecido atención estimatoria en este Tribunal por la violación de garantías al debido proceso, tengan una atención inmediata, por que junto no se puede agregar a un justiciable, que ha tenido que recurrir a un sistema de control constitucional para encontrar amparo, la agresión de sufrir dilaciones indebidas. Estos supuestos no constituyen, específicamente, control de Inconstitucionalidad por omisión, puesto que, como se ha señalado, la omisión del mandato genérico de legislar, o bien, del mandato genérico de la responsabilidad institucional propio del sistema republicano no constituye una Inconstitucionalidad por omisión propiamente dicha.

También puede ocurrir que el órgano encargado de control de constitucionalidad interprete la norma suprema, y, dentro de este marco, indique la adaptación de la legislación a dichas pautas interpretativas. Así, ante una Acción de Inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional si bien rechazó la misma por improcedente, ha exhortado al Congreso de la República a modificar la legislación. Por ejemplo, en el Expediente 0006-2003-AI/TC, del 01 de diciembre de 2003, lo exhortó a reformar la Constitución Política conforme a sus fundamentos, así como a reformar su Reglamento<sup>(197)</sup>. Similar es el fallo dictado en el Expediente N.º 2791-2005-PA/TC, en fecha 10 de junio de 2005, donde exhortó al Congreso de la República a dictar una ley que impida a los partidos políticos el uso indebido de los espacios en radio y televisión de propiedad del Estado. Finalmente, en el fallo dictado en fecha 29 de diciembre de 2004, Expediente N.º 37712004-HC/TC, el Tribunal recalcó el carácter indebido de la mala praxis judicial consistente en dilaciones injustificables en la administración de justicia con

---

(197) Citado por Castillo Córdova, Luis, «Hábeas Corpus...», op. cit., pág. 36.

respecto de crímenes no convencionales, lo cual repercute en que los procesados resultan favorecidos, en numerosos casos, con la excarcelación inmediata. Así, exhortó al Congreso de la República a que, dentro de un plazo razonable, dicte la legislación correspondiente a fin de penalizar la conducta de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial que incumplan con dictaminar o sentenciar en los plazos previstos por la ley de la materia.

Otro supuesto a verificarse es que, declarada inconstitucional una norma, el Tribunal exhorte al dictado de la nueva legislación. En la causa N.º 010-2002-AI/TC, el 3 de enero del 2003 el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N.ºs 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2º, 3º, incisos b) y c); y 4º, 5º y 9º del Decreto Ley N.º 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N.º 205 de esta sentencia. Finalmente, también lo exhorta a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.

Cabe aclarar que en dicho pronunciamiento el Tribunal expresamente explica que dicha exhortación tiene su origen en la declaración de Inconstitucionalidad resultante, lo cual genera un vacío normativo que reclama el dictado de la legislación nueva, acorde a las pautas estatuidas por la sentencia. Específicamente el Tribunal considera que «debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N.º 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N.º 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29º del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

No obstante lo anterior, la Inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de la figuras típicas reguladas por los artículos 2º, 3º literales «b» y «c», 4º y 5º del Decreto N.º Ley 25475.» En el mismo sentido, en la causa Exp. N.º 2762-2002-AA/TC, del 30 de enero de 2004, el Tribunal sostiene «exhortamos al Congreso a que, tomando en

cuenta estas consideraciones, ajuste la normatividad vigente a lo dispuesto por la Constitución, estableciendo en la Ley del IGV e ISC, cuyo Tuo fue aprobado por Decreto Supremo N.º 055-99-EF, *parámetros suficientes* en la regulación de las tasas del Impuesto Selectivo al Consumo, en respeto al principio de reserva de ley, conforme se ha fundamentado en la presente sentencia».

Efectivamente, declarada la Inconstitucionalidad de una norma, el órgano Legislativo debe suplir el vacío generado por la misma. En el mismo sentido, si se verifica una mutación en la interpretación constitucional, los restantes poderes públicos también deben adecuar su actuación a estas nuevas pautas. Si ello no se verifica, es controlable vía control de la Inconstitucionalidad por omisión. Como se ha señalado con anterioridad, el elemento temporal juega aquí como pauta determinante de la gravedad de la omisión. Los presentes supuestos pueden ser considerados como una variable de normas prognosis, o bien de Inconstitucionalidad por omisión sobreviniente, como se ha señalado anteriormente.

Resulta interesante como el Tribunal, en el pronunciamiento dictado en la causa N.º 010-2002-AI/TC, el 3 de enero del 2003, analiza si la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad resulta inconstitucional. En primer lugar, si bien no utiliza el término expresamente, señala que el presente no es un supuesto de Inconstitucionalidad por omisión total, ya que dicha no concesión «no es, *per se*, contrario al inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de Inconstitucionalidad». Ahora bien, posteriormente, pasa a analizar, también sin utilizar la terminología, si es posible concebir tal situación como un supuesto de omisión relativa. Así sostiene, «el problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2º, inciso 2º, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica». Finalmente concluye que la igualdad jurídica no se habría visto afectada por la no concesión citada.

Conforme indica Nogueira Alcalá, estos fallos pueden abarcar distintas hipótesis, y referir tanto a un mero consejo por parte del órgano controlador, como fórmulas más coactivas, imperativas. Así, «en algunos casos las sentencias exhortativas llevan también aparejadas lo que la doctrina denomina bloqueo de aplicación, consistente en que la norma es inaplicable a los casos concretos que dieron lugar al

examen de constitucionalidad, quedando suspendidos los procesos hasta la entrada en vigencia de la nueva normativa que regulan las respectivas situaciones»<sup>(198)</sup>.

Un ejemplo puede encontrarse en la jurisdicción constitucional colombiana. En el pronunciamiento dictado en el caso C'436 de 1994<sup>(199)</sup>, la Corte ha señalado que «con esta modalidad de exhorto, esta Corporación no está, en manera alguna, desbordando su competencia o invadiendo la órbita de actuación del Congreso. Por el contrario, el profundo respeto por la estructura del Estado y por la libertad de configuración política del Legislativo es lo que explica que la Corte se haya abstenido de delimitar materialmente el concepto de servicios públicos esenciales... El exhorto no debe, entonces, ser visto como una ruptura de la división de poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado... Además, este tipo de exhorto no es en manera alguna innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que éste surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador».

Ahora bien, desde la luz aportada por el Derecho Comparado, cabe señalar que los cauces procesales a través de los cuales se ha canalizado el control de omisiones inconstitucionales mediante sentencias exhortativas no siempre resultan los más adecuados a la figura. Un grave problema, por ejemplo, se presenta en el hecho de que no siempre se prevén adecuados mecanismos en miras a garantizar la ejecución de tal decisión jurisdiccional. En consecuencia, los instrumentos procesales de control de la Inconstitucionalidad por omisión, que generalmente prevén tales supuestos, resultan idóneos para salvar tales inconvenientes.

#### **D) Evaluación**

Como se ha señalado, la Constitución Peruana guarda silencio respecto al control de Inconstitucionalidad por omisión. El CPC repite tal fenómeno, haciéndose eco del silencio. Quien ha alzado su voz es el Tribunal Constitucional, encontrando en algunos instrumentos procesales y en algunos modelos de sentencias, medios idóneos para el ejercicio de la jurisdicción constitucional en el control de algunos supuestos de Inconstitucionalidad por omisión.

En este sentido, la carencia de un tratamiento expreso de la figura puede presentarse como un primer punto negativo. Sin duda, la recepción normativa, tanto en

---

<sup>(198)</sup> Citado por Olano García, *op. cit.*, pág. 211.

<sup>(199)</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-436 de 1994.

el ámbito constitucional como legal, contribuye a aportar claridad y coherencia al sistema, por lo que, en principio, resultaría recomendable. Sin embargo, en la experiencia peruana el silencio legal y constitucional ha dado lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial, donde el Tribunal Constitucional actuado con mayor campo de acción, sobre la base de figuras procedimentales ya propias del sistema, es decir, sin recurrir a elementos anómalos o extraños. El primer extremo negativo, relativo a la carencia de claridad generado por la ausencia de una norma expresa, se ha así canalizado en un mayor margen de acción tanto del Tribunal Constitucional, como de los mecanismos propios del sistema, consustanciales al mismo.

Ahora bien, ante la ausencia de mecanismos propios, tal como la acción de control de Inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional ha recurrido a la figura jurisprudencial de la sentencia exhortativa para cubrir algunas abstinencias o inercias de los poderes del Estado. Incluso, ha utilizado tales directivas en supuestos en que se había resuelto el rechazo de la pretensión articulada, por no resultar adecuados los medios procesales intentados. En consecuencia, los aspectos positivos del desarrollo jurisprudencial reseñado no omnubilizan la conveniencia de recurrir también a otras formas procesales que permitan al Tribunal canalizar de manera más directa el control de la Inconstitucionalidad por omisión, en particular la generada por parte del legislador, que permita dar un tratamiento a la fórmula de las sentencias exhortativas con este específico contenido a través de una acción autónoma de control de la inconstitucionalidad por omisión que posea las previsiones necesarias para lograr su efectividad. Así, las pautas que se prevén en el Derecho Comparado, en particular al poner el acento en el carácter concreto y directo del mandato constitucional, el tipo de efectos de los pronunciamientos, y, en especial, la posibilidad de adopción de soluciones supletorias e indenminzatorias, contribuyen a garantizar un funcionamiento sistemático y coherente de las diversas posibilidades a que refiere. En el marco de mecanismos procesales previstos por el CPC, los tres que resultan más adaptables al control de la Inconstitucionalidad por omisión son el amparo, el Proceso de Cumplimiento y el proceso competencial.

Con relación al primero de ellos, el CPC realiza un fundamental aporte, al eludir el incorporar una pauta cercenadora de la variante como es el art. 25 de la Ley 23.506. Así, como se ha visto, se ha podido desarrollar una jurisprudencia más acogedora del control de la Inconstitucionalidad por omisión. Entre los espacios positivos, debe señalarse que a través del Proceso de Amparo ya tiene presencia en el ordenamiento peruano el control de la Inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en tutela de los derechos constitucionales, cuando ello no implique alterar las condiciones económicas existentes. También ha sido recepcionado el control de la Inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo cuando se vulneran derechos constitucionales, independientemente de la afec-

tación presupuestaria. El Proceso de Cumplimiento también da a lugar al control de las omisiones en el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo por parte del poder ejecutivo, cuando se vulneran derechos infraconstitucionales.

En estos casos, el CPC realiza un diseño adecuado de las garantías. Así, por ejemplo, resulta beneficiosa el carácter concreto que exige al mandato, así como la amplitud que ha otorgado a la legitimación activa tanto para el Proceso de Amparo o Proceso de Cumplimiento. Asimismo, es elogiable el nutrido espectro de herramientas que se otorgan en lo que hace a ejecución de sentencias. Así, se admite tanto los efectos imperativos, como subsanadores o supletorios, otorgándose al Juez amplias facultades para efectivizar los mismos.

Restan como asignaturas pendiente la incógnita del control vía amparo de la Inconstitucionalidad por omisión, cuando la inactividad del Legislativo acarrea la violación de un Derecho Constitucional, y su control exige el afectar partidas presupuestarias o alterar las condiciones económicas, y el problema de la inviabilidad del Amparo en el control de las omisiones relativas.

Finalmente, el Proceso Competencial lleva a un nuevo plano el juego del control de Inconstitucionalidad por omisión, en miras no ya a la tutela de aquellas inercias de los órganos constituidos del Estado que generen la vulneración de los derechos, sino a la afectación del diseño constitucional. Este último punto, sin duda, aporta una variable útil e interesante para la efectiva vigencia del sistema de control recíproco, tan valioso para todo Estado de Derecho. Sin embargo, no se repiten aquí las interesantes herramientas que se han otorgado a los jueces en el ejercicio de la jurisdicción de la libertad para garantizar la efectividad del cumplimiento de las sentencias. En virtud del diagrama del CPC, la extensión analógica de las mismas no es posible, por lo que su previsión normativa hubiese sido recomendable.



SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU

# EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR: UN ANÁLISIS PRELIMINAR

SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU (\*)

**SUMARIO: I.** Introducción. **II.** El control de las normas infralegales en Perú. Antecedentes. **III.** Finalidad del proceso constitucional de Acción Popular. **IV.** Normas objeto de control. **V.** Órgano jurisdiccional competente. **VI.** El proceso de Acción Popular. Aspectos procesales. **VII.** Efectos de la sentencia.

## I. INTRODUCCIÓN

El Perú, siguiendo a nuestro constitucionalista Domingo García Belaunde, tiene un sub-modelo de control de constitucionalidad, al cual denomina *dual o paralelo*. Es decir la fórmula por la que hemos optado, toma de los dos modelos imperantes de control de constitucionalidad originarios: el control judicial de constitucionalidad, norteamericano o difuso, encargado a todos los jueces; y el concentrado, europeo o kelseniano, encargado a un órgano especializado, *ad hoc* denominado Tribunal Constitucional, siguiendo a la gran mayoría de países que han optado por este sistema.

De este modo en nuestro país, ambos sistemas coexisten en forma independiente, situación que se presenta desde 1979, pues la Constitución de dicho año, instauró el sistema de control concentrado de la constitucionalidad; y en el art. 236 elevó a rango constitucional el control judicial de constitucionalidad<sup>(1)</sup>, ten-

---

(\*) Profesora de la Academia de la Magistratura y de diversas Escuelas de Postgrado del país. Autora de diversos libros y publicaciones en materia constitucional. Miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Vocal Superior Titular del Distrito Judicial de Lima.

(1) Conviene precisar que en nuestro ordenamiento la Constitución de 1856, en el art.10 estableció: «*Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos*

dencia que continúa la vigente Constitución, conforme es de verse del contenido de los arts. 138 y 202 inciso 1<sup>(2)</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta las peculiaridades de nuestro sub-modelo de control de constitucionalidad, en el cual el Poder Judicial lleva a cabo un *control concentrado de constitucionalidad de las normas infralegales* a través del proceso de Acción Popular, que desde que se consagró en la Constitución de 1933 es una atribución exclusiva del Poder Judicial, y continuará siéndolo conforme a lo dispuesto por el art. 85 del Código Procesal Constitucional.

El primero de diciembre del 2004, entrará en vigencia el Código Procesal Constitucional regulando en los Títulos VI al VIII, lo relativo a los «Procesos Constitucionales de control normativo». En efecto, el Título VII está dedicado al Proceso de Acción Popular y el VIII al Proceso de Inconstitucionalidad, mientras que el Título VI contiene Disposiciones Generales de ambos procesos, los que en la actualidad son normados por la Ley N° 24968, Ley Procesal de Acción Popular; y la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En el Proceso de Acción Popular, la nueva regulación introduce algunas modificaciones referidas al plazo de prescripción, no admisión de control previo, no participación del Ministerio Público, efecto retroactivo de las sentencias, posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, entre otras; que son analizadas en este estudio introductorio y que, sin duda, será ampliado posteriormente.

## II. EL CONTROL DE LAS NORMAS INFRALEGALES EN PERÚ. ANTECEDENTES

Cuando hablamos de la Acción Popular nos estamos refiriendo a una acción de carácter judicial, que puede ser emprendida por cualquier ciudadano, independientemente de que la norma que se impugne lo afecte o no, pues procede ante un supuesto que perjudique a la colectividad. A través de ella se reconoce a todo ciudadano la posibilidad de defender un interés que no le concierne como simple

---

*igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes».*

(2) Siguiendo el modelo español, el Tribunal Constitucional peruano, según el art. 202 de nuestra Constitución, lleva a cabo las tres importantes funciones: a) Examen de constitucionalidad de las leyes, en instancia única a través del control abstracto mediante la Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra normas que tienen rango de ley; b) Jurisdicción constitucional de la libertad, pues conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento; y c) Solución de los conflictos de competencia o de atribuciones entre los diversos órganos del Estado.

particular, sino como un miembro de una determinada colectividad<sup>(3)</sup>. Siguiendo a Domingo García Belaunde, la Acción Popular está pensada en una suerte de control que ejerce cualquier ciudadano sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, y más en particular, contra el Poder Ejecutivo, en la medida que la administración, mediante su propia actividad, puede vulnerar las leyes y la Constitución<sup>(4)</sup>.

Una mirada breve a los *antecedentes de este proceso*, se remontan a la *actio popularis, pretorias y penales* del Derecho Romano. En ese sentido, el Digesto en su libro 47, Título 23, Ley 1, establecía: «Llamamos Acción Popular la que ampara el derecho propio del pueblo», autorizándose así a cualquiera del pueblo a ejercitar una acción de carácter penal por asuntos relacionados al interés de la colectividad.

En nuestro ordenamiento jurídico un antecedente importante lo constituye el art. 255 de la Constitución de Cádiz de 1812, que establece: «*El soborno, el cohecho y la prevaricación de los Magistrados y jueces producen la Acción Popular contra las que la cometan*».

A finales del siglo XIX, se extiende como un recurso de carácter penal o administrativo, y de este modo se legitima a cualquier persona para que formule denuncia contra las autoridades que cometan infracciones públicas o delitos contra los deberes de función, con la finalidad de que sean procesados y sancionados. Como *acción de inconstitucionalidad o legalidad*, se introduce por primera vez en la Constitución venezolana de 1858 y posteriormente en Colombia en el proceso de reforma constitucional de 1901.

En Perú se constitucionaliza en 1920, cuando en el art. 157 de la Norma Fundamental se señala que: «*Producen Acción Popular contra magistrados y jueces, la prevaricación, el cohecho, la abreviación o suspensión de las formalidades judiciales, el procedimiento ilegal contra las garantías individuales y la prolongación indebida de los procesos sumarios*».

Una disposición similar, pero ampliándola contra los miembros del Ejecutivo, se encuentra en la Constitución Política de 1933, que en su artículo 231 establece: «*Hay Acción Popular para denunciar los delitos contra los deberes de función que cometen los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus fun-*

---

(3) Fernández Segado, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*, Editorial Dykinson, segunda reimpresión, Madrid, 1997, pág. 789.

(4) García Belaunde, Domingo. «Garantías Constitucionales en la Constitución de 1993». En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* (Serie N° 10), Comisión Andina de Juristas, Lima, pág. 261.

*ciones. También hay para denunciar los delitos contra la ejecución de resoluciones judiciales que cometan los funcionarios del Poder Ejecutivo».*

Sin embargo, como mecanismo de control de constitucionalidad y legalidad, se introdujo en el art. 133, en los términos siguientes:

*«Hay Acción Popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos, contra las resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general y que infrinjan la Constitución o las Leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente».*

Según Ernesto Blume, del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931, se desprende que el propósito que llevó a los constituyentes a su consagración fue el haber comprobado que el Poder Ejecutivo, al ejercer su facultad de reglamentar las leyes, había expedido multitud de disposiciones reglamentarias que infringían la Constitución o las Leyes, por lo que resultaba aconsejable y prudente poner limitaciones a tales excesos<sup>(5)</sup>.

Disposición que no tuvo mayor aplicación debido a que no fue desarrollada, lo que ocurrió recién en el art. 7 de la Ley N° 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, del 25 de julio de 1963, que estableció su procedimiento en la vía ordinaria como *proceso de puro derecho*, con la intervención del Procurador General de la República en representación del Estado. La Constitución de 1979 la reiteró<sup>(6)</sup>, y la vigente la mantiene en el art. 200 inciso 5<sup>(7)</sup>, si bien ésta última a diferencia de lo establecido en las Constituciones de 1933 y 1979, no señala que debe ser interpuesta ante el Poder Judicial.

En consideración a lo antes indicado, concluimos que el proceso de Acción Popular en Perú, es un proceso de control abstracto, concentrado, de normas infralegales de carácter general, confiado en exclusiva al Poder Judicial, órgano

---

(5) Blume Fortini, Ernesto. «El Control de la Constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectivas)». En: *Derecho Procesal Constitucional*, Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora), Jurista editores, segunda edición, Tomo I, Lima, 2004, pág. 236.

(6) Art. 295 (parte *in fine*): *«Hay Acción Popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la Ley contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos Regionales y los Locales y demás personas de Derecho Público».*

(7) Art. 200 inciso 5: *«La Acción Popular procede, por infracción de la Constitución y de la Ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen».*

jurisdiccional que en un proceso directo, declarará si éstas resultan ser compatibles o no, con la Constitución o la ley<sup>(8)</sup>.

### III. FINALIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE ACCIÓN POPULAR

Según el art. 75 del Código Procesal Constitucional, (en adelante el Código) los procesos de Acción Popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, que pueden ser directas o indirectas, de carácter total o parcial; y tanto por la forma como por el fondo. Esta disposición forma parte del Título VI dedicado a las disposiciones generales a ambos procesos de control normativo, precisándose en el art. 76 las normas contra las cuales procede interponer Acción Popular, colocando como presupuesto básico que infrinjan la Constitución y la ley, lo que implica además un control de legalidad. Por esta razón como es sabido, a través de este proceso, se garantizan los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, establecidos en el art. 51 de la Constitución Política.

La infracción a la ley puede darse del mismo modo que la infracción a la Norma Fundamental, es decir, por infracciones que pueden ser directas o indirectas<sup>(9)</sup>, de carácter total o parcial; y tanto por la forma como por el fondo. De este modo, se precisa lo dispuesto por la Ley N° 24968, Ley Procesal de Acción Popular (en adelante la Ley) que sólo establece la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas infralegales, cuando contravienen las disposiciones de la Constitución y de las leyes en su totalidad o en parte, o por la forma o el fondo.

### IV. NORMAS OBJETO DE CONTROL

El art. 76 del Código desarrollando el art. 200 inciso 5 de la Constitución Política, establece que la Acción Popular procede por infracción de la Constitu-

---

(8) En tal sentido, compartimos el criterio de José F. Palomino Manchego, quien sostiene que el objeto principal del litigio se ha de centrar en determinar la adecuación o compatibilidad de las normas infralegales, tratándose de un control abstracto de normas de carácter general que se realiza en un proceso principal destinado a ese único propósito, y no de carácter incidental como ocurre con el control judicial de constitucionalidad, previsto en el art. 138 de la Constitución vigente. Ver: Palomino Manchego, José F. «Control y Magistratura constitucional en el Perú». En *Derecho Procesal Constitucional*, Castañeda Otsu, Susana (Coordinadora), Jurista editores, segunda edición, Lima, 2004, págs. 277 a 295. Sobre el tema, *cf.* Danós Ordóñez, Jorge. «La Garantía Constitucional de la Acción Popular». En: *Serie sobre temas constitucionales 4*, Comisión Andina de Juristas, primera edición, Lima, 1990.

(9) Sobre el tema *cf.* Carpio Marcos, Edgar. «Normas Interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad (el caso peruano)». En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002, pág. 101 y ss.

ción y de la ley contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen, disposición que reitera en la parte final, la infracción por la forma a que se refiere el art. 75, cuando textualmente señala: «... o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso».

El rasgo común de todas las normas contra las que procede la Acción Popular es su carácter general, la obligación de ser acatadas por cualquier persona, a diferencia de las normas particulares en las que el texto de las mismas identifica a un sujeto determinado como el llamado a cumplirla. Dentro de las normas particulares están los actos administrativos, para los que de conformidad con el artículo 148 de la Constitución está contemplada la vía del proceso contencioso-administrativo.

Entre las normas de alcance general, podemos mencionar a las siguientes:

### **1. Normas de carácter general de los Gobiernos Regionales**

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales<sup>(10)</sup>, en el Título III: Ordenamiento Normativo Regional, Capítulo I: Régimen Normativo, establece como norma de carácter general a los Decretos Regionales, los que según el art. 37 en concordancia con el art. 40, son dictados por el Gobierno Regional a través de la Presidencia Regional, quien los aprueba y suscribe con el Acuerdo del Directorio de Gerencias Regionales.

Constituyen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la Administración Regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano; y contra ellas procede la Acción Popular de conformidad con el art. 43, como una de las garantías del ordenamiento regional.

Como se recordará, la normativa anterior consagrada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Bases de Regionalización<sup>(11)</sup>, establecía entre las normas de carácter general a los Decretos Regionales y los Decretos Ejecutivos Regionales, definiendo a éstos últimos como aquellas normas que reglamentan disposiciones generales emitidas por la Asamblea General y regulan la normatividad sectorial en ejercicio de las funciones del Consejo Regional y son puestas en vigencia por el Presidente del Consejo Regional, refrendados por éste y los miembros del Consejo, dando cuenta a la Asamblea Regional.

El inciso 2 del art. 70 de la Ley antes referida establecía la procedencia de la Acción Popular ante el Poder Judicial contra los Decretos Regionales y los De-

---

(10) Aprobada mediante Ley N° 27867, publicada el 18 de noviembre de 2002.

(11) Aprobado mediante Decreto Supremo N° 071-88-PCM, publicado el 14 de junio de 1984.

cretos Ejecutivos Regionales que aprueben normas o resuelvan asuntos de carácter general desnaturalizando o contraviniendo la Constitución o la ley. La legislación vigente, ya no contempla los Decretos Ejecutivos Regionales y sólo se limita señalar que los Decretos Regionales pueden ser impugnados mediante Acción Popular, si bien omite precisar su procedencia cuando contravengan la Constitución o la ley, por lo que en este caso es de aplicación directa el art. 200 inciso 5 de la Constitución y el art. 76 del Código, que establecen que atacadas vía proceso de Acción Popular cuando infrinjan la Constitución y la ley.

## **2. Normas de carácter general de los Gobiernos Locales**

La primigenia Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 23853 publicada el 9 de junio de 1984, establecía entre normas de carácter general a los Edictos y los Decretos, definiendo a los primeros como las normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos municipales y el Reglamento de Organización Interior; y a los Decretos, como aquellas disposiciones que establecen normas de ejecución de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la Administración Municipal o resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario.

En el inciso 2 del art. 124 establecía la procedencia de la Acción Popular ante el Poder Judicial contra los Edictos y Decretos de Alcaldía que aprueben normas de aplicación de las Ordenanzas o resuelvan cualquier asunto de carácter general en contravención con las normas legales vigentes. La Octava Disposición Transitoria de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que estará vigente hasta el 30 de noviembre de este año, establece que los Edictos se entenderán comprendidos dentro de la categoría de las Ordenanzas para efecto de su control por el Tribunal Constitucional en tanto se apruebe la nueva Ley Orgánica de Municipalidades<sup>(12)</sup>.

La nueva Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972 publicada el 27 de mayo de 2003, ya no establece como norma municipal a los Edictos, y según el

---

(12) No obstante esta disposición la Corte Suprema, en un proceso de Acción Popular seguido entre la Minera Agregados Calcáreos S.A. contra la Municipalidad Distrital de Santa Cruz de Palpa, con el fin de que se declare la inaplicabilidad del Edicto Municipal N° 002-97-MDSC del 16 de mayo de 1997 que declara como zonas no mineralizadas diversas canteras de agregados, piedras calizas y otros que se encuentran dentro de su jurisdicción; y del Decreto de Alcaldía N° 002-97-MDSC de 2 de junio de 1997 que establece un cuadro de multas y sanciones administrativas, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda y en consecuencia inaplicable las normas impugnadas. Ver: Ejecutoria Suprema del 28 de enero de 1999 recaída en el expediente N° 1136-98.



art. 40, las materias que eran reguladas por éstos pasarán a serlo por las Ordenanzas, ya que mediante éstas entre otros aspectos se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Esta Ley otorga el carácter general a los Decretos de Alcaldía, a través de los cuales el Alcalde ejerce las funciones ejecutivas de Gobierno y establece normas reglamentarias y de aplicación de las Ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente Administración Municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del Concejo Municipal. En el inciso 2 del art. 52, se establece que agotada la vía administrativa procede la Acción Popular ante el Poder Judicial contra los citados Decretos que contravengan las normas legales vigentes.

### **3. Normas de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo**

Entre las normas de carácter general de rango infralegal que expide el Poder Ejecutivo a través de los órganos de la Administración central, se encuentran los Decretos Supremos, Resoluciones Supremas, Resoluciones Ministeriales, o Directorales, Reglamentos y otras normas administrativas (como Circulares, Directivas, etc.)

### **4. Normas administrativas de carácter general dictadas por otros órganos**

Aquí encontramos aquellas normas de carácter general que emiten los Órganos expresamente autorizados por la Constitución como son: Banco Central de Reserva (art. 84); y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (art. 186). Además otros órganos constitucionales y entidades públicas que según ley están facultadas para dictarlas, como son, entre otros: Tribunal Constitucional<sup>(13)</sup>, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones<sup>(14)</sup>, Insti-

---

(13) Artículo 2, segundo párrafo de la Ley 28301: El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial *El Peruano*.

(14) Artículo 4 literal *j* del Decreto Legislativo N° 197: Son atribuciones de la *Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones* (Ley N° 28484, Ley de reforma constitucional de los artículos 87, 91, 92, 96 y 101 de la Constitución Política del Perú): Dictar disposiciones normativas de carácter general en lo concerniente al control y estabilidad económica y financiera de las instituciones sujetas a supervisión.

tuto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y el Poder Judicial<sup>(15)</sup>.

## V. ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

En nuestro sistema de control de constitucionalidad como ya se expuso coexisten los dos principales sistemas: el control judicial de constitucionalidad, conocido también como difuso, americano o *judicial review* –previsto en el art. 138–; y el control concentrado, europeo o kelsiano –previsto en art. 202 inciso 1–, ambos dispositivos de la Norma Fundamental, con la particularidad de que además se otorga en forma exclusiva al Poder Judicial, el control concentrado de las normas con menor rango a la ley, a través del proceso de Acción Popular.

Precisamos que tanto la Constitución de 1933 como la de 1979 otorgaron este control al Poder Judicial y que la vigente guarda silencio, por lo que pudo haberse otorgado este control al Tribunal Constitucional; sin embargo, el legislador al aprobar el Código Procesal Constitucional, ha continuado con la tendencia iniciada en 1933.

Conviene recordar que el Anteproyecto de Ley de Reforma Constitucional en el art. 80 otorga la competencia al Poder Judicial, mientras que el posterior Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución da un giro radical, ya que asigna tal competencia al Tribunal Constitucional, incurriéndose en una contradicción, ya que en el art. 191, al establecer lo que comprende la potestad jurisdiccional, en el inciso 5 consignó «*El control de la potestad reglamentaria*».

Según los arts. 85, 93 y 95 del Código, sigue siendo el Poder Judicial el competente para conocer este proceso constitucional, en dos instancias:

**Primera instancia:** a) La Sala de turno que corresponde, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la Acción Popular es de carácter regional o local; y b) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

**Segunda instancia:** La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

## VI. EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR. ASPECTOS PROCESALES

Entre los aspectos procesales, analizaremos lo relativo a la legitimación procesal activa, los requisitos de la demanda, las causales de inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, y su tramitación, con especial énfasis en el rol que le corres-

---

(15) Artículo 82 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Son funciones y atribuciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Inc. 34: Aprobar el Reglamento de Organización y Funciones del Poder Judicial y los demás que requiera conforme a ley, salvo lo establecido en el artículo 113.

ponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, quien debe garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas sujetas al control concentrado.

## 1. Legitimación procesal activa

La legitimación procesal viene a ser la situación en la que se encuentran las partes con respecto a la relación jurídica material que se discute en el proceso y que, por estar expuesta a la mutación consiguiente de los efectos materiales de la cosa juzgada, le habilita para comparecer en él, bien para sostener la pretensión (legitimación procesal activa) o para oponerse a ella (legitimidad procesal pasiva)<sup>(16)</sup>.

Este concepto, que en la teoría procesal es considerado uno de los presupuestos de eficacia de los actos de las partes procesales, se conecta con el derecho a obtener una tutela jurisdiccional efectiva –derecho reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución peruana de 1993–, que en la actualidad ha trascendido su vinculación a la titularidad de derechos subjetivos o de intereses legítimos, pues existen casos en que es necesario que se extienda a cualquier ciudadano por su condición de tal, por el interés que éste tiene para la defensa del interés común o particular.

En tal sentido, la legitimación en la Acción Popular la tiene cualquier ciudadano, aunque no tenga interés directo o personal, sea material o moral, ya que se trata de una acción que se plantea en defensa de las normas infralegales que forman parte del sistema jurídico, sistema que regula las relaciones de la vida en sociedad. En la Acción Popular, no es preciso ser titular de un derecho subjetivo o portador de un interés legítimo para tener acceso a la jurisdicción, sino que basta con invocar la defensa de la legalidad objetiva que se considere vulnerada y que sirve para proteger los intereses colectivos<sup>(17)</sup>.

En atención a lo expresado, el Código en su art. 84 señala: «*La demanda de Acción Popular puede ser interpuesta por cualquier persona*», a diferencia de lo dispuesto en la Ley, que establece una enumeración taxativa de los sujetos legitimados<sup>(18)</sup>, optando por una fórmula que aunque más breve sigue siendo igual de abierta<sup>(19)</sup>.

---

(16) Cascajo Castro, José y Gimeno Sendra, Vicente. *El Recurso de Amparo*, Tecnos, reimpresión, Madrid, 1992, pág. 110.

(17) Fernández Segado, Francisco. *op. cit.*, pág. 790.

(18) Art. 4 de la Ley 24968. «Pueden interponer demanda de Acción Popular: 1. Los ciudadanos peruanos en el ejercicio pleno de sus derechos, 2. Los ciudadanos extranjeros residentes en el Perú, 3. Las personas jurídicas constituidas o establecidas en el Perú, a través de sus representantes legales, 4. El Ministerio Público.

(19) Sáenz Dávalos, Luis. *Código Procesal Constitucional. Módulo 2 (Procesos Constitucionales y Órganos Competentes)*. Academia de la Magistratura, Lima, 2004, pág. 19

En el tema de la legitimación, el art. 200 inciso 3 de la Constitución, considera al Defensor del Pueblo como uno de los órganos unipersonales<sup>(20)</sup> que están facultados para promover el Proceso de Inconstitucionalidad. El art. 9 inciso 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, amplía la legitimación para la interposición de los demás procesos consagrados en el art. 200 de la Constitución, y en mérito a esta disposición, el Defensor del Pueblo ha interpuesto algunas acciones populares. Es el caso de la interpuesta contra el art. 5 del D.S. N° 017-96-PCM, argumentando que afecta expresos principios y derechos constitucionales que deben orientar la actuación de los poderes públicos, pues la prohibición de reingreso al sector público atenta contra la reserva de ley, interdicción de la arbitrariedad, principios de razonabilidad y proporcionalidad, y el derecho a la igualdad<sup>(21)</sup>.

En atención a la legitimación prevista en la Ley, también podemos mencionar la demanda de Acción Popular interpuesta por la Asociación Civil de Retirados de las Fuerzas Policiales del Perú, representada por su presidente Jorge Velásquez Santander, contra el artículo 92 del nuevo Reglamento del Decreto Ley 19846, Ley de Pensión Militar, aprobado por Decreto Supremo N° 009-DE del 8 de enero de 1988<sup>(22)</sup>.

## 2. Requisitos de la demanda

Existe gran similitud con la regulación anterior, conforme se advierte de la comparación entre el art. 11 de la Ley, y el art. 86 del Código. Los requisitos que continúan vigentes son los siguientes:

- a) La designación de la Sala ante quien se interpone.
- b) La identificación del demandante y su domicilio.
- c) La denominación precisa de la norma y el domicilio del órgano emisor.
- d) El petitorio que comprende la indicación de la norma o normas constitucionales y/o ilegales que se suponen vulneradas.
- e) Copia simple de la norma objeto del proceso precisando el día, mes y año de su publicación.
- f) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.

---

<sup>(20)</sup> Los otros dos órganos unipersonales son el Presidente de la República y el Fiscal de la Nación. Para una ampliación del tema, *cfr.* Castañeda Otsu, Susana. *Derechos Constitucionales y Defensoría del Pueblo*, Editorial Alternativas, Lima, 2001.

<sup>(21)</sup> Demanda presentada el 12 de junio de 1997, admitida a trámite el mismo mes y año, pero mediante D.S. N° 034-97-PCM publicado el 26 de julio, se derogó el art. 5 materia de la acción.

<sup>(22)</sup> La demanda y el auto admisorio fueron publicados en el Diario Oficial El Peruano el 7 de abril de 1989.

Se adiciona el inciso 7 que establece que la demanda debe contener la firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado. La novedad consiste en que ya no se admite *el control previo* de las normas al haberse eliminado el requisito previsto en el último párrafo del inciso 4 del art. 11 de la Ley que consigna lo siguiente: «*Si aún no ha sido publicada se expresa la forma en que el demandante ha tomado conocimiento de ella*».

La Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Constitucional no se pronuncia respecto de las razones por las cuales se suprime este control; y como quiera que ha sido hecho suyo por la Comisión y como tal aparece en el Proyecto de Ley N° 09371, nos quedamos con la duda. Pero suponemos que se ha recogido el criterio de algunos profesores universitarios dedicados al Derecho Constitucional, quienes al analizar la Ley consideraron erróneo el art. 5 de la misma. Es el caso de Marcial Rubio Correa, para quien esta disposición que contempla el *control preventivo* resulta ser equivocada porque «*la norma no tiene validez antes de su publicación y, por consiguiente, no es norma jurídica (...) el hecho que la Ley haya sido aprobada antes de la Carta que nos rige no afecta en lo más mínimo la observación, porque la disposición sobre la exigencia de publicación de las normas jurídicas para su validez también se encontraba en el artículo (ver art. 87 de la Constitución de 1979)*»<sup>(23)</sup>, criterio que hace suyo Enrique Bernalles.

Sobre el tema de la obligatoriedad de la publicación de las normas como requisito de eficacia de las leyes, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en términos similares. Así en la sentencia recaída en la Acción de Amparo interpuesta por Carlos Israel Ramos Colque<sup>(24)</sup>, en la que señaló:

*«... la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109 de la Constitución política del Estado, (...). Si bien dicho precepto constitucional establece que es la «Ley» la que tiene que ser publicada... en dicha frase debe entenderse, prima facie, a cualquier fuente formal del derecho, y en especial aquellas que tienen una vocación de abstracción. A juicio de este colegiado, la publicación de las normas en el Diario Oficial El Peruano es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria».*

---

(23) Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pág. 115. Bernalles Ballesteros, Enrique. *La Constitución de 1993: Análisis Comparado, Constitución y Sociedad*, ICS editores, tercera edición, Lima, 1997, pág. 832.

(24) Expediente N° 2050-2002-AA/TC (párrafo 24), publicado en el Peruano el 30 de noviembre de 2003.

Como sabemos el control concentrado de leyes que se hace valer a través del Proceso de Inconstitucionalidad, desde que fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico en las Constituciones de 1979 y 1993, no acepta el control preventivo, es decir, contra los proyectos de Ley<sup>(25)</sup>, a diferencia de la Acción Popular, que en la regulación vigente establece la posibilidad de plantear la demanda aun cuando la norma no haya sido publicada<sup>(26)</sup>, en cuyo caso el demandante debe expresar la forma en que ha tomado conocimiento de ella, disposición que permite el control de normas aun no publicadas y también de las secretas. Control preventivo que a partir de la vigencia del Código ya no se admitirá; y que a nuestro criterio no debió suprimirse ya que representa una defensa anticipada de la constitucionalidad y de la legalidad, orientada a impedir la consumación de una violación constitucional o legal, pues la norma pese a esos vicios que la invalidan puede ser aplicada afectando derechos fundamentales.

### 3. Inadmisibilidad e improcedencia de la demanda

El art. 88 del Código establece que interpuesta la demanda de Acción Popular, la Sala debe resolver dentro de un término no mayor de cinco días desde su presentación. Sobre su inadmisibilidad, la Sala debe indicar el requisito incumplido y el plazo para subsanarlo, introduciendo una modificación en relación al art. 12 de la Ley, que establece que contra a resolución de inadmisibilidad procede el recurso de apelación dentro de los tres días posteriores a su notificación.

La *improcedencia* es un nuevo supuesto contemplado por el Código en la última parte del art. 88, pues no existe norma alguna en la Ley que haga referencia

---

(25) Es el caso de Chile, que el art. 82 de su Constitución Política establece que el Tribunal Constitucional tiene potestad para: «1. Ejercer el control de constitucionalidad de las Leyes orgánicas antes de su promulgación (...), 2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de Ley (...).» Y Colombia, que en el inciso 8 del art. 241 de su Constitución Política, señala como una de las competencias del Tribunal Constitucional: «Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de Ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación».

(26) Según César Landa, el art. 5 de la Ley N° 24689, permite el control constitucional y legal de normas administrativas, por ejemplo, secretas. Pero añade, que esta posibilidad no significa que en la práctica que preventivamente cualquier ciudadano pueda iniciar una Acción Popular; en la medida que no existe ley que obligue a las autoridades administrativas a la prepublicación de las normas que van a dictar para conocimiento, opinión o críticas de los interesados; sino que depende del acceso a la información de dicho proyecto de norma secreta, que a pedido de conocimiento oficial del Juez deja de tener ese carácter. Cfr. Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra editores, Lima, 2003, pág. 149.

a ello. Si bien no establece en que casos se debe declarar improcedente la demanda, limitándose a señalar que si la decisión fuese apelada se pondrá la resolución en conocimiento del emplazado, consideramos que en aplicación analógica del art. 104 del Código que establece los supuestos de improcedencia liminar de la demanda del Proceso de Inconstitucionalidad, podemos recurrir a él, pues ambos son procesos de control normativo abstracto de normas.

En tal sentido, la improcedencia de la demanda de Acción Popular se presentaría cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el art. 87.
- b) Cuando se haya desestimado anteriormente una demanda de Acción Popular contra la misma norma, sustancialmente igual en cuanto al fondo.
- c) Cuando el Órgano jurisdiccional carezca de competencia para conocer la norma impugnada. Supuesto que se daría cuando se interpone Acción Popular contra una norma con rango de ley, o ante una Sala que no sea competente por razón de la materia.

En cuanto al plazo de prescripción de la Acción Popular, el art. 87 del Código establece que se produce a los cinco años contados desde el día siguiente de la publicación de la norma, lo cual modifica el art. 6 de la Ley que diferencia los plazos de prescripción en función de la jerarquía de la norma que sirve de contraste para el control: cinco años en el caso de normas violatorias de la Constitución, y tres años, cuando se trate de normas que contravienen la ley.

Esto no impide que vencido el plazo de prescripción, los jueces en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 138 y 51 de la Constitución Política, en caso de conflicto entre una norma constitucional y otra legal, una norma legal y una norma administrativa, prefieran la norma superior sobre otra norma de rango inferior.

#### **4. Tramitación del proceso de Acción Popular**

##### **A) Admisibilidad de la demanda**

Tanto el Código como la Ley establecen que admitida la demanda, la Sala debe:

- a) Correr traslado de la demanda al órgano emisor de la norma objeto del proceso. Si se tratara de más de un órgano emisor, se notifica al de mayor jerarquía, si son de igual jerarquía la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. En el caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará por intermedio del Ministro que la refrenda; si fuesen varios, por el que haya firmado en primer término. Si el órgano emisor ha dejado de operar, corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

- b) Ordenar la publicación del auto admisorio por una sola vez, en el diario oficial «El Peruano» si la acción es promovida en Lima o en otro medio oficial de publicidad si se promueve en otro Distrito Judicial. Al respecto, el Código establece en su art. 89 además de ello que el auto admisorio incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, exigencia no contemplada en la Ley.
- c) En atención a lo dispuesto por el párrafo primero del art. III del Título Preliminar del Código, que establece como principio procesal, la dirección judicial del proceso, se dispone que el Juez puede ordenar de oficio en el auto admisorio que el órgano remita el expediente conteniendo los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto del proceso, dentro de un plazo no mayor de diez días, contados desde la notificación de dicho auto bajo responsabilidad y disponer las medidas y reservas pertinentes para los expedientes y las normas que así lo requieran.

La finalidad de las publicaciones radica en que la ciudadanía resulte advertida de que se esta cuestionando en la vía jurisdiccional la legitimidad constitucional y/o legal de una determina norma, y que el funcionario público que la aplica conozca que está siendo cuestionada.

La Ley en el art. 8 establece expresamente que la admisión a trámite de la demanda, no suspende la norma objeto de Acción Popular y tampoco determina la inaplicación temporal de la misma, disposición que no se encuentra prevista en el Código, lo que consideramos correcto, toda vez que mientras la norma no haya sido declarada inconstitucional o ilegal despliega sus efectos pues goza de presunción de constitucionalidad y legalidad; y además el art. 94 del Código establece que se puede solicitar una medida cautelar destinada a suspender la eficacia de la norma considerada vulneratoria.

### ***B) Contestación de la demanda***

El art. 91 del Código al igual que el art. 16 de la Ley establece el plazo de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la misma al órgano emisor, para contestar la demanda. Se establece además que la contestación debe cumplir con los mismos requisitos de la demanda en lo que corresponda, superándose la omisión en la que incurre la Ley al no señalar los requisitos que debe contener el escrito de contestación de la demanda.

Según lo dispuesto por el art. 92 del Código, la Sala señalará día y hora para la vista de la causa dentro de los diez días posteriores a la contestación de la demanda o vencido el término para hacerlo, en la que los abogados pueden informar oralmente, ampliándose el plazo de cinco días previsto en el art. 17 de la Ley. El Código sólo otorga la facultad de informar oralmente a los abogados, a diferencia de la Ley en que también podían hacerlo las partes.



La ampliación del plazo de cinco a diez días, se justificaría en razón de que ya no interviene el Fiscal Superior<sup>(27)</sup>, omisión que no consideramos adecuada toda vez que el art. 159 inciso 1 de la Constitución Política establece como una de las atribuciones del Ministerio Público la de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. Esta es la razón por la cual, la Primera Disposición Complementaria de la Ley establece que si los jueces y fiscales en el ejercicio de sus funciones, adviertan normas administrativas que sean incompatibles con la Constitución o, las leyes, deben dar cuenta al Fiscal de de la Nación para que previa evaluación, disponga la interposición de la respectiva demanda de Acción Popular.

***C) Apelación o consulta ante la Sala Constitucional y Social, como órgano judicial de control de constitucionalidad***

A la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, el Código de conformidad con el art. 35 inciso 5 del Texto Único Ordenado del Poder Judicial, le otorga la delicada tarea de ser el órgano que uniformice las interpretaciones de la Constitución y también de la ley, ésta resulta ser el órgano especializado y último intérprete de las normas infralegales –reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general– que infringen la Constitución y la ley. Tarea que también realiza cuando absuelve las consultas de las sentencias que le son remitidas por los jueces, en las que hayan aplicado control difuso<sup>(28)</sup>.

Luego de emitida la sentencia por la Sala Superior dentro de los diez días posteriores a la fecha de la vista, el Código establece que procede recurso de apelación (art. 93), el cual contendrá la fundamentación del error. El plazo para interponer el recurso es dentro de los cinco días siguientes a su notificación, ampliándose el plazo de tres días previsto en el art. 18 de la Ley. Se supera el error en que incurre la Ley al señalar que el recurso de apelación se interpone ante la Sala de la Corte Suprema –entiéndase Sala Constitucional y Social<sup>(29)</sup>– ya que procesalmente los recursos impugnativos se interponen ante el órgano que la emite, para que les dé el trámite respectivo.

---

(27) En igual sentido el Ministerio Público ya no participa en los procesos de Amparo, conforme a la normativa vigente. Sin embargo, de manera contradictoria los legisladores establecen la intervención del Fiscal Superior en el procedimiento cautelar, conforme al art. 15 párrafo tercero del Código.

(28) Art. 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(29) De conformidad con lo dispuesto por el art. 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El trámite a seguir en segunda instancia se encuentra establecido en el art. 93. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fija día y hora para la vista de la causa en la misma resolución<sup>(30)</sup>, las partes dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación de la vista de la causa podrán solicitar que sus abogados informen oralmente en dicho acto, a diferencia de la Ley que establece que en el mismo acto de la vista de la causa, las partes o sus abogados pueden formular informes orales sin necesidad de solicitarlo previamente.

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema emitirá sentencia dentro de los diez días posteriores a la vista de la causa, la que será publicada íntegramente en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio, precisándose de conformidad con el art. 96 del Código que la publicación no sustituye la notificación de las partes, a diferencia de la Ley que en la parte in fine del art. 20 dispone que tal publicación sustituye la notificación de las partes. Cabe agregar que el Código establece que en ningún caso procede el recurso de casación

Si no se interpone recurso de apelación contra la sentencia que declara fundada la demanda, los autos se elevan en *consulta* obligatoria a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la que debe absolver sin trámite en un plazo no mayor de cinco días contados desde que es recibido el expediente.

Se aprecia del análisis de los arts. 95 y 96 que el Código al igual que la Ley, omiten disponer que se publique la resolución mediante la cual se aprueba o desaprueba la consulta. Consideramos que no obstante la omisión anotada, la resolución que emite la Sala Constitucional y Social, por analogía también debe ser publicada en el medio de comunicación oficial que corresponda, por las mismas razones que justifican la publicación de las sentencias.

En conclusión, la revisión por parte de la Sala Constitucional y Social resulta ser un mecanismo idóneo, pues garantiza la uniformidad en la interpretación de las normas sujetas a control judicial<sup>(31)</sup>, garantiza además la seguridad jurídica y

---

(30) A diferencia de la Ley que establece que recibido los autos, la Sala mandará ponerlos en Secretaría a disposición de las partes por el término de cinco días simultáneos y que vencido éste se pasan los autos al Fiscal Supremo para que emita dictamen en un plazo no mayor de diez días, luego de lo cual señalará día y hora para la vista de la causa, dentro de los cinco días posteriores a la recepción del mismo.

(31) Algunos autores consideran que resulta incongruente que la Acción Popular siga siendo competencia de la justicia ordinaria, tarea que le corresponde al Tribunal Constitucional. Es el caso de César Landa, para quien si bien la Acción Popular podría tramitarse en sede judicial, debería en última instancia, ser resuelta en sede constitucional, a fin de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución a cargo del Tribunal

guarda conexión con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. VI del Título Preliminar del Código que consigna: «*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*».

## VII. EFECTOS DE LA SENTENCIA

### 1. Carácter declarativo y con efectos retroactivos

La Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Procesal Constitucional reproducido en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 09371, consignan «*Probablemente la novedad más importante sobre esta materia está contenida en el artículo 80, conforme al cual las sentencias que declaren fundada las demandas de Acción Popular determinan la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas (...). Se ha estimado conveniente otorgar carácter declarativo a las sentencias estimatorias, para revitalizar el funcionamiento del proceso de Acción Popular, que ha sido muy pocas veces utilizado, debido a los efectos tradicionalmente limitados de sus sentencias, lo que ha conllevado a que en la practica las veces que se ha querido cuestionar disposiciones reglamentarias, se haya preferido recurrir al Proceso de Amparo, generándose distorsiones en su utilización*»<sup>(32)</sup>. (Nota: El art. 80 del Anteproyecto pasó a ser el 81 del Proyecto de Ley).

Es conveniente precisar que desde que se introdujo en nuestro país el control concentrado de constitucionalidad de las leyes a cargo del Tribunal Constitucional, las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad tienen *carácter constitutivo*, sus efectos son hacia el futuro o *ex nunc*, son irretroactivos<sup>(33)</sup>; efectos que se encuentran previstos en el art. 204 de la Constitución. Este mismo efecto lo tienen las sentencias estimatorias dictadas actualmente por el Poder Judicial en el proceso de Acción Popular, ya que según el art. 22 de la Ley, la sentencia tiene valor desde el día siguiente de su publicación y sus efectos son la inaplicación total o parcial y con efectos generales.

---

Constitucional. Cfr. Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra editores, Lima, 2003, pág. 230.

<sup>(32)</sup> Abad Yupanqui, Samuel y otros. *Código Procesal Constitucional*, Palestra editores, Lima, 2004, págs. 120 y 154.

<sup>(33)</sup> A diferencia de las sentencias de Amparo que son de *carácter declarativo*, lo que implica que sus efectos se despliegan hacia el pasado o *ex tunc*, sus efectos se producen desde la fecha en que se interpuso la demanda, por lo tanto son retroactivas.

En cambio, en la Norma Fundamental no contienen disposición parecida para la Acción Popular, por el contrario el segundo párrafo del art. 200 establece: «*Una Ley Orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas*», lo que ha determinado que a partir de la vigencia del Código, de conformidad con el art. 81 las sentencias estimatorias recaídas en los procesos de Acción Popular tendrán carácter declarativo, teniendo como fundamento la citada disposición constitucional. De este modo, al asignársele efectos retroactivos, se admite la procedencia de las *medidas cautelares* una vez que se expida sentencia estimatoria de primer grado, debiendo su contenido estar limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento. A diferencia de la Ley que al establecer que la admisión a trámite de la demanda no suspende la vigencia de la norma impugnada, implícitamente prohíbe el otorgamiento de medidas cautelares con el fin de suspender la aplicación de la norma demandada.

## 2. Autoridad de cosa juzgada

El valor de cosa Juzgada que se atribuye a todo tipo de sentencias, tiene dos connotaciones: cosa juzgada *formal* y cosa juzgada *material*. En el proceso de Acción Popular, tratándose de una sentencia desestimatoria, conforme al art. 82 del Código, tiene valor de cosa juzgada *formal*, la que concretiza desde el momento en que adquiere firmeza al ser resuelta la apelación o la consulta por la Sala Constitucional y Social, pues ya no cabe contra ella ningún tipo de recurso devolutivo, al haber sido resuelta por la máxima entidad del Poder Judicial en control constitucional.

Pero además, en este tipo de sentencias no podrá plantearse nuevamente la cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad sobre el mismo objeto y por las mismas causas, ya que como consecuencia del valor de cosa juzgada, el Código establece que lo resuelto vincula a todos los poderes públicos y tiene efectos *erga omnes*, lo que explica la necesidad del requisito de la publicación en el Diario Oficial El Peruano, pues no debe olvidarse que nos encontramos ante un proceso objetivo que tiene como finalidad la defensa de la supremacía de la Constitución y de la jerarquía normativa.

Disposición que guarda conexión con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. VI del Título Preliminar, en el sentido de que los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de Acción Popular, lo que implica que se encuentra vedada la posibilidad para los jueces ordinarios, de pretender en vía incidental desconocer que en un control concentrado, tramitado en un proceso principal, el órgano competente se ha pronunciado sobre la constitucionalidad o ilegalidad de la norma infralegal cuestionada.

Lo contrario ocurre tratándose de una sentencia fundada o estimatoria, pues conforme al art. 81 del Código, si se determina la nulidad tendrá efecto retroactivo, en cuyo caso la sentencia debe determinar sus efectos en el tiempo, en cuyo caso también tiene efectos generales, por lo que deberán ser publicadas en el Diario Oficial.

El Código en su último párrafo del art. 82 admite que una sentencia en la que se haya declarado la inconstitucionalidad o ilegalidad de la impugnada por vicios formales, no impide que posteriormente sea demandada por razones de fondo, para lo cual se deberá tener en cuenta el plazo de cinco años que establece el Código. Por lo demás, cabe agregar que tiene la misma autoridad de cosa juzgada<sup>(34)</sup> el auto que declara la prescripción de la pretensión, con lo se afianza lo dispuesto en el art. 139 inciso 13 de la Constitución que señala que la prescripción surte los mismos efectos de la cosa juzgada.

### **3. Inconstitucionalidad e ilegalidad de normas conexas**

Conforme al art. 78 del Código la sentencia que declare la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de *aquella otra* a la que debe extenderse por conexión o consecuencia. El art. 23 de la Ley regula en términos similares al respecto, pero se refiere: «La sentencia que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de los preceptos impugnados, declarará igualmente *la de aquellos otros* a los que debe extenderse por conexión o consecuencia».

Con la nueva redacción concluimos que el Código regula un supuesto más amplio, pues no se trata de los preceptos de la misma norma, sino de una norma y por tanto la declaratoria de ilegalidad o inconstitucionalidad podrá extenderse a otra norma que no ha sido objeto del proceso. Lo mismo ocurre con el Proceso de Inconstitucionalidad, en el cual el art. 78 del Código establece que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia, a diferencia del artículo 38 de la Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,

---

<sup>(34)</sup> En cuanto a los caracteres de la cosa juzgada, en nuestro medio el Tribunal Constitucional tiene establecido que: «La sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada tiene dos atributos esenciales: es coercible y es inmutable. La sentencia es coercible, ya que puede ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado, como lo señala el artículo 715° del Código Procesal Civil, y es inmutable, porque ningún Juez podrá alterar los efectos del fallo ni modificar sus términos, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 178° y 407° del acotado». Expediente N° 1546-02-AA/TC. Caso Luis Carlos Vicente Patroni Rodríguez, sentencia del 28 de enero del 2003. Por otro lado en doctrina, se considera a la inimpugnabilidad como un tercer atributo de la cosa juzgada.

que resulta ser más restrictivo, pues si bien se pronuncia en términos similares establece: «declara igualmente la de *aquellos otros preceptos de la misma norma* a los que debe extenderse por conexión o consecuencia y que hayan sido materia de la causa».

En tal sentido, compartimos la posición de Edgar Carpio Marcos en el presente libro, en su artículo sobre el Proceso de Inconstitucionalidad, para quien la disposición del art. 78 rebasa por completo los alcances del *principio de congruencia* de las sentencias de inconstitucionalidad, pues «... habiéndose eliminado la exigencia de que la inconstitucionalidad por conexión se entienda sólo a normas que forman parte de la fuente enjuiciada y siempre que hayan sido objeto del contradictorio, de ahora en más cabe entender que el legislador orgánico ha apostado por hacer del Tribunal Constitucional no ya el *director del proceso*, sino, incluso, el *dueño* del mismo».

Razonamiento que por nuestra parte hacemos extensivo al proceso de Acción Popular, en el cual la Sala Superior respectiva y la Constitucional y Social de la Corte Suprema resultan ser los «dueños del proceso», por lo que deberán hacer un uso discrecional de tan amplia atribución. De este modo insistimos que no es posible trasladar tal cual los principios procesales comunes (en especial los del proceso civil conforme al art. III del Título Preliminar del Código y otras categorías procesales) a los procesos constitucionales. Advertimos en este caso, que tanto el Tribunal Constitucional –en el Proceso de Inconstitucionalidad– como las Salas Superiores respectivas y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema –tratándose del proceso de Acción Popular– están facultados para ampliar la pretensión, pues la sentencia de inconstitucionalidad o de ilegalidad, se pronuncia sobre otros preceptos de otras normas por conexión o consecuencia. Se produce así una ruptura entre la pretensión y la sentencia, que tiene relación con el fin del proceso, donde efectivamente el órgano jurisdiccional al igual que el Tribunal Constitucional dispone sobre el objeto del proceso.

#### **4. Otras formas de conclusión del proceso de Acción Popular**

La sentencia que estima o desestima la pretensión es el modo normal de conclusión del proceso de Acción Popular. Sin embargo, pueden presentarse otros supuestos que determinen la conclusión del proceso, por lo que cabe preguntarnos si es posible el allanamiento y la sustracción de la materia. Respecto al allanamiento, consideramos que es posible toda vez que es un acto jurídico procesal dispositivo por el cual el demandado al interior del proceso como parte emplazada reconoce ante quien debe resolver el conflicto de interés, la exactitud de los hechos expuestos en la demanda, emitiendo el juzgador un pronunciamiento sobre el fondo. En este supuesto el demandado reconoce la inconstitucionalidad o

ilegalidad de la norma de carácter general impugnada, comprometiéndose a derogarla en un plazo determinado.

Respecto a la sustracción de la materia, el Código no contiene una disposición como la establecida en el segundo párrafo del art. 21 de la Ley que establece<sup>(35)</sup>: «Si al momento de sentenciar la norma impugnada ya no se encontrara en vigor, la resolución deberá ser inhibitoria por sustracción de la materia, debiendo publicarse en el medio de comunicación correspondiente». Consideramos que un acto fuera del proceso, como la emisión de una nueva norma que modifica o deroga la norma impugnada debe ser materia de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional, por lo que recurriendo al art. IX del Título Preliminar del Código, que establece la aplicación supletoria de los códigos procesales afines en caso de vacío o defecto, se debe recurrir a lo dispuesto en el incisos 1 y 2 del art. 321 del Código Procesal Civil que establecen la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional, o por disposición legal el conflicto de intereses deja de ser un caso justiciable.

Y esta situación se presentaría cuando la autoridad que emitió la norma objeto de impugnación la derogue ante la interposición de la demanda, lo que generaría la necesaria inhibitoria por sustracción de la materia por parte del órgano jurisdiccional que conoce el proceso de Acción Popular.

## 5. El principio *iura novit curia*

El Código ya no establece una disposición como la contenida en el art. 24 de la Ley, en el sentido que la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal, aunque no haya sido invocada en la demanda. No obstante esta omisión, el Juez puede aplicar el principio *iura novit curia*, toda vez que el inciso 4 del art. 86 del Código, establece que en el petitorio se debe indicar la norma o normas que se suponen vulneradas y puede darse el caso que se haya omitido la invocación del precepto constitucional o legal que se supone vulnerado o se haya invocado erróneamente.

---

(35) En mérito al cual la Corte Suprema ha emitido diversos pronunciamientos. Es el caso de la Ejecutoria Suprema del 23 de octubre de 1998 recaída en el expediente N° 165-98, sobre la Acción Popular entablada por Carlos Miranda Aspajo contra la Municipalidad de Jesús María, a fin de que se declare inaplicable el Decreto de Alcaldía N° 012-96/MJM del 1 de abril de 1996, que prohibió la circulación de vehículos denominados mototaxis dentro de la jurisdicción del Distrito. El órgano jurisdiccional señaló que al haberse publicado en el transcurso del proceso, con fecha 13 de diciembre de 1997 el Decreto de Alcaldía N° 021-97, que dispuso dejar sin efecto el decreto impugnado, se ha producido *sustracción de la materia* en la forma prevista en el art. 21 de la Ley.

En estos casos recurriendo a este principio general del Derecho, establecido además en el art. VIII del Código, en el proceso de Acción Popular es posible que el órgano jurisdiccional fundamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma, sin que la aplicación de este principio implique atentar contra el principio de congruencia, pues los nuevos preceptos en los que se base el órgano deben tener una relación con la pretensión, de lo contrario asistiríamos a una modificación de la pretensión que terminaría por transformarla en una nueva, situación que no sería correcta de parte de quien debe resolver el proceso de Acción Popular.

## **6. Mecanismos de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional**

La existencia de los dos sistemas de control de constitucionalidad que han determinado el control dual o paralelo en el país, con la particularidad de que el control concentrado de normas infralegales de carácter general es una atribución exclusiva del Poder Judicial, determina la necesidad de establecer mecanismos de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional. Uno de ellos se encuentra previsto en el segundo párrafo del art. VI del Título Preliminar del Código que consigna: «*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*».

De este modo los jueces no pueden inaplicar vía «control difuso», normas cuya constitucionalidad ha sido establecida en un proceso concentrado, directo, de control normativo; con lo que concluimos que este tipo de control se superpone al control concreto, difuso, en vía incidental, que realizan los jueces en mérito al art. 138 de la Constitución.

Otro mecanismo de articulación, se encuentra en el art. 80 del Código, por el cual los jueces deben suspender la tramitación de los procesos de Acción Popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de Inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que se expida resolución definitiva<sup>(36)</sup>. Con lo que concluimos que el control concentrado directo, de control normativo que realiza el Tribunal Constitucional, se superpone al mismo tipo de control que realiza el Poder Judicial.

---

<sup>(36)</sup> Disposición similar encontramos en el último párrafo del art. 21 de la Ley, que dispone que el proceso de Acción Popular se suspende en el caso previsto el artículo 39 de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece: «*Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de Acción Popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de Inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida resolución*».



SUSANA YNES CASTAÑEDA OTSU

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

GIANCARLO ROLLA (\*)

**SUMARIO:** **I.** Las finalidades esenciales del proceso constitucional. **II.** Hacia la convergencia progresiva de modelos originalmente contrapuestos. **III.** La peculiaridad del control de constitucionalidad en vía incidental. **IV.** Algunos institutos procesales aptos para favorecer la tutela concreta de los derechos constitucionales. **V.** El control sobre la validez de la legislación anterior a la constitución. **VI.** Técnicas y cláusulas de interpretación que favorecen, en los sistemas de justicia constitucional en vía incidental, una tutela concreta de los derechos fundamentales. **VI.** Consideraciones finales.

## **I. LAS FINALIDADES ESENCIALES DEL PROCESO CONSTITUCIONAL**

Es indudable que la experiencia del constitucionalismo contemporáneo registra una difusión significativa de la justicia constitucional. Un desarrollo que, sobre todo en estos últimos años, ha afectado de manera homogénea a los más diversos ordenamientos jurídicos, haciendo de los Tribunales Constitucionales la institución más divulgada en las constituciones vigentes y más típica del constitucionalismo del siglo pasado.

La expansión de la justicia constitucional ha alcanzado la totalidad de los países de Europa; por otro lado, el proceso de democratización que ha caracterizado a muchísimos países de Europa Oriental y de América Latina se califica por el reco-

---

(\*) Profesor Ordinario de la Universidad de Génova (Italia).

nocimiento de los derechos fundamentales de muchos institutos típicos del Estado de derecho, por la institucionalización de formas de justicia constitucional<sup>(1)</sup>.

Entre los posibles motivos de consolidación y desarrollo de la justicia constitucional se encuentra el hecho que el proceso constitucional persigue una pluralidad de finalidades, que se pueden atribuir todas –obviamente– a la rigidez de la Constitución, al principio de la supremacía de las normas constitucionales y a la consiguiente ilegitimidad de los actos contrarios.

En primer lugar, el proceso constitucional, de conformidad con la teoría kelseniana de la Corte Constitucional como «legislador negativo», exige al deber de asegurar la racionalidad y homogeneidad del sistema jurídico, de favorecer su íntima coherencia: no solamente anulando las normas de ley contrastantes con las de rango constitucional, sino también eximiendo la tarea de interpretación auténtica del significado de las disposiciones constitucionales o bien de unificación de las orientaciones jurisprudenciales en lo que respecta a los diversos artículos de la Constitución.

Tal papel está, en algunos ordenamientos, expresamente reconocido y codificado<sup>(2)</sup>, en otros, en cambio, aunque sea en explícitas previsiones normativas, se

---

(1) Sobre las experiencias de justicia constitucional en el derecho comparado: L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 39 y ss; G. Lombardi (cur.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Maggioli, Rimini, 1979; J. Luther-R. Romboli-R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000; J. Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 2002; M. Mazza, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova, 1999; M. Verdussen (dir), *La Justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant, Bruxelles, 1997; S. Bartole, *Modelli di giustizia costituzionale a confronto: alcune recenti esperienze dell'Europa centro-orientale*, Quaderni cost., 1996, pp. 230 y ss.

En América Latina puede verse el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. También: D. García Belaunde - F. Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

(2) Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana decide sobre la interpretación de la Ley Fundamental ya sea con ocasión de controversias sobre el alcance de las atribuciones y deberes de un órgano supremo federal, o en los casos de divergencia de opiniones o de dudas sobre la compatibilidad del derecho con la Constitución, o sobre la supervivencia de normas de Derecho federal. Igualmente, el Tribunal Constitucional español es competente para corregir la jurisprudencia de los jueces comunes, mediante las propias decisiones que resuelven los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad,

Para posteriores consideraciones respecto de los alcances del artículo 164.1 de la Constitución española puede verse: G. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986, pp. 278 y ss.

llega a los mismos resultados en vía de praxis: a causa de la existencia del principio del *stare decisis*, que vincula a los jueces al precedente judicial suministrado por las decisiones del Juez constitucional, o en consecuencia de la *auctoritas* de la cual gozan las decisiones de las Cortes Constitucionales, de su fuerza persuasiva, del consentimiento que las mismas adquieren por parte de los operadores jurídicos y los intérpretes del Derecho<sup>(3)</sup>.

En segundo lugar, la justicia constitucional –coherentemente con las elaboraciones en tema de «guardián de la Constitución»– se propone asegurar el equilibrio institucional entre los poderes del Estado y el Estado Central las Regiones (o los Estados miembros en los ordenamientos federales). Los jueces constitucionales refuerzan su posición sistémica de defensores de la Constitución desempeñando un papel arbitral, de garante del respeto formal y sustancial del principio de la separación de los poderes, entendida ya sea en su proyección horizontal como en la vertical. Gracias a la presencia de los Tribunales Constitucionales los conflictos que surgen entre los poderes y entre los diversos niveles institucionales están canalizados en el interior de los procedimientos jurisdiccionales, en lugar de encontrar una solución de carácter meramente político<sup>(4)</sup>.

Por último, según una conocida definición doctrinal que califica a las Cortes como «jueces de las libertades»<sup>(5)</sup>, el proceso constitucional es comúnmente considerado la sede donde se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de los derechos reconocidos por la Constitución: a través del proceso constitucional se controlan los poderes públicos (o sea a los gobernantes), se vigila para que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución:

---

(3) Según A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali. Art. 136, Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, pp.175 y ss. Las sentencias de acogimiento, fijan su eficacia *erga omnes* y deben ser tomadas en cuenta entre las fuentes del Derecho, mientras que las *rationes decidendi* poseen una eficacia persuasiva semejante a aquella que es propia del precedente.

(4) Basta considerar, por ejemplo, el artículo 134° de la Constitución, según la cual la Corte Constitucional italiana juzga sobre los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y las Regiones, y entre las Regiones. El artículo 13° de la Ley del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania que asigna a tal órgano la competencia para decidir, entre otras, controversias de derecho público entre el Estado central y los Länder, entre los diferentes Länder o al interior de un mismo Land, así como sobre las controversias relativas a los alcances de las atribuciones y deberes de un órgano supremo federal o de otros interesados. El Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, referido a los conflictos constitucionales, disciplina tanto los conflictos entre el Estado y las comunidades autónomas, así como aquellos entre los órganos constitucionales del Estado.

(5) Así, M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milano, 1950.

De hecho, se debe tomar en cuenta que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de Derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales<sup>(6)</sup>.

No se debe olvidar que en muchos ordenamientos la actividad de los Tribunales Constitucionales se caracteriza precisamente por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona; además, las decisiones principales de los tribunales constitucionales han constituido una piedra angular en la evolución del Estado de Derecho y de la costumbre. Como se ha afirmado, «en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y escrita ... sucede que los derechos se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por este motivo, que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales»<sup>(7)</sup>.

En este contexto, el proceso constitucional representa la sede en la cual el ciudadano está garantizado por la Constitución a través de órganos y procedimientos específicos<sup>(8)</sup>.

## II. HACIA LA PROGRESIVA CONVERGENCIA DE MODELOS ORIGINALMENTE CONTRAPUESTOS

En el pasado, los diversos sistemas de justicia constitucional han sido ordenados en base de múltiples esquemas clasificadores, de naturaleza preponderantemente dual.

En relación a la determinación del órgano competente para controlar la legitimidad constitucional de las leyes y de los demás actos que poseen fuerza de ley se ha distinguido entre sistemas difusos y centralizados. En los primeros el control es ejercido por cualquier Juez el cual, utilizando en la resolución de una concreta controversia jurídica los poderes interpretativos ordinarios, puede no aplicar las normas que considera viciadas por ilegitimidad constitucional. Son, en cambio, centralizadas aquellas formas de justicia constitucional que reservan tal control a un órgano único, sea éste interno (como en el caso de las Cortes Supremas) o externo (como en la hipótesis de los Tribunales constitucionales) al orden judicial.

---

(6) Para posteriores consideraciones puede verse a: G. Rolla, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, México, 2002.

(7) Así: L. Paladin, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici* (a cargo de L. Carlassare). *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 11.

(8) Cfr. G. D'orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 45 y ss.

Considerando el momento en el cual el control de constitucionalidad puede ser ejercido, se ha diferenciado entre control sucesivo o preventivo. En el segundo caso, la verificación se opera antes de la promulgación y en la entrada en vigencia de la ley; en la primera hipótesis, en cambio, el Juez constitucional se pronuncia acerca de la conformidad en Constitución de normas ya ejecutivas y aplicables.

La distinción fundamental entre control concreto y abstracto –a su vez– considera las modalidades previstas para activar el procedimiento de control. La primera hipótesis está simbolizada por los sistemas de *judicial review*, en el cual el control es llevado a cabo por el Juez en el momento de resolver una controversia determinada. El control abstracto permite, en cambio, valorar la conformidad a la Constitución de una norma de ley independientemente de la subsistencia de un contencioso judicial<sup>(9)</sup>.

En fin, cuando se tome en consideración la fuerza jurídica de las decisiones con las cuales se declara la inconstitucionalidad de una norma, se debe distinguir entre sistemas en los cuales las sentencias tienen efecto *erga omnes* o solamente *inter partes*. En los primeros, la declaración de ilegitimidad constitucional determina la expulsión de las normas del ordenamiento jurídico vigente; las sentencias de inconstitucionalidad que, en cambio, tienen efecto *inter partes* convierten a las normas consideradas ilegítimas, inaplicables en el juicio o en la controversia concreta: así que la norma –aún habiendo sido considerada por el Juez no conforme a la Constitución– continúa formando parte del ordenamiento jurídico y puede, en teoría, ser aplicada por parte de otros operadores jurídicos.

Las clasificaciones contrapuestas que hemos recordado anteriormente se pueden hacer remontar, a su vez, a dos modelos fundamentales: el de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y el austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Tal contraposición –como ha sido ampliamente reconstruida por la doc-

---

<sup>(9)</sup> Ejemplos de control abstracto son proporcionados, en España, por los recursos de constitucionalidad que pueden presentar 50 diputados o senadores, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Gobierno. En la República Federal de Alemania, por la solicitud presentada por el Gobierno federal, por el Gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Congreso federal para que se resuelva una divergencia sobre la compatibilidad formal o sustancial de derecho federal o de los Länder con la Ley Fundamental. En Italia, por las cuestiones de legitimidad constitucional en vía principal o de acción presentadas por el Estado en las confrontaciones de las leyes regionales o de las Provincias autónomas de Trento o de Bolzano, por las Regiones en las confrontaciones con la ley estatal, por las Provincias autónomas de Trento o de Bolzano cuando impugnan leyes el Estado, por las Regiones e Trentino-Alto Adige o de otras provincias. Además, se inspira completamente por el modelo del control abstracto de constitucionalidad el sistema de control preventivo que opera en Francia.

trina<sup>(10)</sup>— se funda en el hecho que en el primero solamente el Juez constitucional es competente para declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma de ley, mientras que en el segundo cualquier Juez puede decidir si una norma determinada no debe ser aplicada por ser considerada en contraste con el texto de la Constitución. Más en particular, la *judicial review* se caracteriza como control difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, en cambio, asume el carácter de un control de constitucionalidad centralizado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*<sup>(11)</sup>.

Tal bipartición posee una indudable relevancia histórica y didáctica; sin embargo, no parece —hoy día— capaz de describir los sistemas concretamente operantes en los diversos países, los cuales terminaron combinando elementos propios de los dos modelos, determinando varias formas de contaminación<sup>(12)</sup>.

Sobre este tema, se ha hablado tanto de formas de justicia constitucional «mixta» —señaladas por la presencia contemporánea de formas concretas y abstractas, preventivas y sucesivas, *erga omnes* o *inter partes*— como de «mezcla» de modelos, o sea de experiencias que se distinguen por la presencia tanto de institutos propios del control concreto como del abstracto. Como se ha afirmado eficazmente «tras la impetuosa expansión del constitucionalismo y de la forma de Estado Liberal democrática, las maneras de hacer justicia constitucional se mezclaron y complicaron aún más»: por lo cual se excluye la perdurable homogeneidad del sistema preventivo de constitucionalidad francesa, en los ordenamientos nos encontramos en presencia de sistemas mixtos y de mezclas de sistemas<sup>(13)</sup>.

Por ejemplo, el modelo italiano fue percibido inmediatamente como un tipo intermedio, que se puede incluir tanto entre los sistemas mixtos como en los híbridos. El carácter híbrido del sistema italiano se deduce del hecho que es superado el monopolio de la Corte Constitucional, dejando márgenes de apreciación a los jueces, que desempeñan una acción de filtro: se determina una coparticipación entre jueces y Corte Constitucional en el proceso constitucional. A su vez, es

---

(10) Se puede ver: F. Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bonomo, Bologna, 2003.

(11) Sigue siendo fundamental el clásico trabajo de M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1973.

(12) Para posteriores consideraciones se puede revisar: G. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in spagna*, Jovene, Napoli, 1986, pp. 40 y ss.

(13) Al respecto: L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 1998, pp.27.

evidente la presencia de elementos que lo distinguen aún como sistema mixto: el sistema está centralizado en el caso de leyes y actos con fuerza de ley, pero difuso cuando el objeto está constituido por una fuente de grado inferior; el control de constitucionalidad se realiza *a posteriori* en el caso de juicio en vía incidental o en caso de impugnativa por parte de las regiones de leyes del Estado, mientras es *a priori* cuando el Estado impugna un Estatuto regional; en fin, las decisiones de la Corte producen efectos *erga omnes* si son de acogida, mientras que tienen efectos solamente *inter partes* si se trata de decisiones desestimatorias<sup>(14)</sup>.

De seguro aparecen híbridos, a su vez, los sistemas de justicia constitucional activos en Grecia y Portugal. En Grecia la previsión del art. 87.2 de la Constitución atribuye a los jueces la competencia a no aplicar las leyes cuyo contenido se considera contrario a la Constitución, mientras que el art. 100.1 de la Constitución atribuye al Tribunal Especial Superior la tarea de pronunciarse acerca de los procesos que tienen por objeto la constitucionalidad de leyes, aunque sobre tales disposiciones existan pronunciamientos contradictorios por parte de los órganos cumbres de la justicia ordinaria. Portugal, a su vez, prevé –de conformidad con su tradición histórica– un control difuso (art. 207), sin embargo ha sido creado también un Tribunal Constitucional cuyas decisiones prevalecen sobre aquellas de los demás tribunales o de cualquier otra autoridad.

Formas mixtas de justicia constitucional se tienen, luego, en muchos ordenamientos constitucionales de Europa oriental, donde conviven formas de control sucesivo (incidental) o con formas de control preventivo, a causa de la influencia del modelo francés (como en el caso de Rumania, Polonia, Hungría, Bulgaria y Rusia)<sup>(15)</sup>.

---

(14) Sobre las características generales del sistema italiano de justicia constitucional se puede revisar las clásicas contribuciones de G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988; C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964; A. M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967; C. Esposito, *La validità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1964; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1984; A. Pizzorusso, Art. 134. *Garanzie costituzionali, Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 1 y ss; F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano, 1970; C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1979; F. Pierandrei, *Corte Costituzionale*, Enciclopedia del Diritto, X, Milano, 1962.

(15) Sobre las experiencias europeas de justicia constitucional: J. Luther - R. Romboli - R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000; D. Rousseau, *La justicia constitucional en Europa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; J. Julio Fernández Rodríguez, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002; P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; L. Favoreu (coord.), *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994; M. Fromont, *La justice constitutionnelle*



A su vez, América Latina constituye «un verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional»: en algunos países coexiste el control concentrado ante un Tribunal Constitucional con el control difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), el control sucesivo con el preventivo (Bolivia, Colombia), el control preventivo del Tribunal Constitucional con el sucesivo de la Corte Suprema de Justicia (Chile), controles de constitucionalidad y recursos de amparo<sup>(16)</sup>.

La experiencia comparada, además, pone en evidencia el desarrollo de dinámicas que interesan a los dos modelos principales de justicia constitucional, haciendo evolucionar los diversos sistemas hacia resultados convergentes. Por un lado, los sistemas «centralizados» parecieran abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*, como lo evidencia la realidad del reciente constitucionalismo ibero-americano, que algunos autores han definido «difuso concentrada»<sup>(17)</sup>, por el otro lado, los sistemas «difusos» registran una tendencia de las Cortes Supremas a monopolizar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de centralización sustancial<sup>(18)</sup>.

En otros términos, se es de la opinión que clasificaciones rígidas basadas en las características de los institutos e instrumentos procesales estén perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. También por esta razón sectores competentes de la doctrina prefieren introducir clasificaciones inspiradas en las finalidades propias del proceso constitucional. Fernández Segado sugiere distinguir entre control de constitucionalidad de la ley y control con ocasión de la aplicación de la ley<sup>(19)</sup>, a su vez, Rubio Llorente distingue entre sistemas basados en las leyes y sistemas orientados en los derechos<sup>(20)</sup>, mientras que Fromont diferen-

---

*dans le monde*, Dalloz, París, 1996; J. González Rivas, *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001; M. Mazza, *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Cedam, Padova, 1999; M. Verdussen (dir), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

(16) Puede verse: D. García Belaunde - F. Fernández Segado, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997; E. Ferrer Mac-Gregor, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Mexico, 2002.

(17) Así: D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2002, pp. 129 y ss.

(18) Para posteriores referencias se puede revisar a: L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit., pp.55.

(19) Cfr., F. Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, op.cit., pp. 106 y ss.

(20) F. Rubio Llorente, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, Estudios sobre jurisdicción constitucional, Mc Graw Hill, 1998, pp. 161 y ss.

cia entre procesos que se inspiran en un lógica subjetiva y concreta y otros que se inspiran en una lógica objetiva y abstracta<sup>(21)</sup>.

En efecto, tomando en cuenta el nexo particular que une a la justicia constitucional con la garantía de los derechos fundamentales, puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la clasificación tradicional entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes, y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos. En este último supuesto, el deber principal de los sistemas de justicia constitucional es el de defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos, y no solo una defensa objetiva de la Constitución.

En general, se incluyen dentro de tal categoría (sistemas centrados en la defensa de los derechos): *a)* los sistemas de *judicial review*, *b)* aquellos que prevén recursos de amparo, *c)* los procesos constitucionales activados en base a una cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que los diferencia en su interior es el hecho que la tutela de los derechos fundamentales de la persona pueda ser directa o bien indirecta.

Se incluyen en la primera categoría los sistemas que prevén formas de recurso individual y directo contra lesiones de los derechos por parte de poderes públicos o privados, como es el caso –en Europa– de la República Federal Alemana: mientras que en Centroamérica se puede recordar, sobre todo, la experiencia fundamental de la Sala Constitucional de Costa Rica, que posee una amplia competencia en materia de hábeas corpus y de recurso de amparo<sup>(22)</sup>.

---

(21) M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996.

(22) Sobre el proceso constitucional para la tutela directa de los derechos fundamentales en España se puede revisar: M. Carrasco Durán, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; J. Cascajo Castro - V.Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1988; J. García Morillo, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994; M. Montoro Puerto, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, II, Colex, Madrid, 1991; J. Oliver Araujo, *El recurso de amparo*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1986; M. Sánchez Morón, *El recurso de amparo constitucional*, CEC, Madrid, 1987; C. Viver I Pi-Sunyer, *El proceso constitucional de amparo, La democracia constitucional*, II, Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 1785 y ss.

Sobre las características de los *recursos de amparo y de hábeas corpus en América Latina*: D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001; R. Hernández

Por el contrario, se incluyen dentro de los sistemas en que la tutela de los derechos opera solamente en vía indirecta, aquellas formas de justicia constitucional que alcanzan una salvaguardia sustancial de los derechos concretamente lesionados en virtud de formas de control concreto de constitucionalidad, o de la relación particular que se instaura, en virtud de las cuestiones de legitimidad constitucional, entre juicio de constitucionalidad de las leyes y proceso que ha ocasionado el juicio del Juez constitucional. Es el caso, por ejemplo, de los ordenamientos que configuran el proceso constitucional como incidente perjudicial que surge en el interior de un proceso: en este caso, el instituto procesal de la «perjudicialidad» permite, de hecho, combinar la técnica del control de tipo norteamericano con la técnica del control concentrado.

### III. PECULIARIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VÍA INCIDENTAL

El juicio de constitucionalidad en vía incidental ha sido definido como una «hibridación» de los dos modelos más antiguos, una especie de *tertium genus* o de vía intermedia, a partir del momento en que el órgano competente en decidir es único como Austria, pero cada Juez puede estar involucrado en el proceso constitucional como en los Estados Unidos<sup>(23)</sup>.

El Juez tiene una doble e importante competencia: la de no presentar una cuestión de constitucionalidad en el caso de que la estime «manifiestamente infundada» y la de controlar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de los actos normativos desprovistos de fuerza de ley. Además, la lesión de un derecho fundamental puede derivarse no solo de una disposición de ley, sino también de una aplicación o interpretación no correcta de la misma. Si el Juez constitucional plantea un remedio a la primera hipótesis por medio de una sentencia; en la se-

---

Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, Juricentro, 2001, pp. 151 y ss; E. Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España*, Porrúa, México, 2002.

En una perspectiva comparada: A. López Pina, *La garantía de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991.

En Italia, se puede ver finalmente a: E. Crivelli, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2003.

En lo que se refiere a la experiencia alemana se puede revisar el trabajo de: P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Giuffrè, Milano, 2000.

(23) Del juicio de legitimidad constitucional en vía incidental, como experiencia de fusión de los modelos más antiguos habla, por ejemplo: L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit., pp. 27. En el mismo sentido: M. Aragón Reyes, *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, Revista de Estudios Políticos, N° 7, 1979, pp. 174.

gunda, es determinante la actividad de interpretación de adecuación de la jurisdicción ordinaria.

Esta peculiaridad influye de forma significativa en la cualidad del sistema. Este no es del todo «concentrado», sino que presenta aspectos característicos de los modelos en los que el control de la constitucionalidad es «difuso». Más aún, la posibilidad de anular de los jueces los actos no legislativos considerados contrarios a la Constitución produce en el ordenamiento efectos similares a aquellos que son propios del amparo constitucional. Cualquier persona que se considere lesionada en un derecho fundamental suyo puede solicitar la anulación o la inaplicabilidad del acto que ha determinado la violación de la norma constitucional<sup>(24)</sup>.

Este tipo de control se define incidental porque el juicio de constitucionalidad no se instaura autónomamente, sino que surge como un incidente en el curso de un procedimiento jurisdiccional que se realiza ante un Juez común: como afirma el legislador italiano el incidente de constitucionalidad sobreviene «durante el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional»<sup>(25)</sup>. El proceso constitucional otorga al Tribunal Constitucional el deber de resolver una cuestión, una controversia cuyos términos, simplificados esquemáticamente, consisten en la duda sobre si determinadas normas derivadas de actos legislativos están enfrentadas con normas de carácter constitucional.

---

<sup>(24)</sup> Sobre las características del juicio de legitimidad constitucional en vía incidental, en Italia se puede revisar: G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, I, *Il sindacato incidentale*, Jovene, Napoli, 1957; P. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950; A. M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967; R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985; Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990.

A propósito de la doctrina española se puede revisar a: J. Jiménez Campo, *El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 63 y ss; P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985; AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

<sup>(25)</sup> Se puede revisar el artículo 23 de la Ley 87/53.

Sobre las características del acceso al juicio de legitimidad constitucional en vía incidental se puede revisar, además de los autores citados en la nota 24: M. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957; M. D' Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991; P. Giocoli Nacci, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Napoli, 1963; A. M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967; P. Calamandrei, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950; AA.VV. *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Giappichelli, Torino, 2002.

Aparentemente, por lo tanto, el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta los caracteres propios de un «proceso de derecho objetivo», que tiene como fin principal, garantizar el objetivo del ordenamiento a la constitucionalidad de las leyes. Tal naturaleza del proceso constitucional parece confirmada por el hecho que la elección de privilegiar, respecto al acceso directo, una forma de instauración del juicio que haga de eje de una actividad preliminar de deliberación de parte del Juez está motivada no solo por la oportunidad de introducir un filtro, para impedir que se den en el juicio de la Corte excesivas cuestiones carentes de base jurídica alguna, sino también por una cierta desconfianza con relación a los institutos típicos de la democracia directa<sup>(26)</sup>.

No obstante, en concreto, la distinción entre sistemas objetivos o subjetivos se presenta menos neta, cuando se considera que garantía del ordenamiento y protección de las posiciones subjetivas no constituyen aspectos antitéticos, pero complementarios, sobre todo cuando se considera que el ordenamiento es más objetivo y justo entre mayor, intensa y directa sea la defensa de los derechos.

Como se ha puesto en evidencia de manera competente, en lo casos en que un derecho fundamental sea lesionado por una norma de ley, «el juicio a la ley es, simultáneamente, tutela de los derechos<sup>(27)</sup>, o bien, como fue afirmado por García-Pelayo «lo abstracto vive en lo concreto y lo concreto es la específica articulación en un caso de normas abstractas»<sup>(28)</sup>.

El juicio sobre la constitucionalidad de la ley se efectúa a la luz de los derechos enfrentados de las partes en el proceso *a quo*; mientras la fuerza *erga omnes* de la decisión del Tribunal Constitucional hace que la salvaguardia del derecho concreto que ha generado el juicio adquiera un valor emblemático para el introordenamiento jurídico. Por esta razón, sectores competentes de la doctrina han definido el juicio de constitucionalidad en vía incidental como «la frontera entre los dos modelos»: el objeto del litigio es la constitucionalidad de la ley en abstracto, pero el planteamiento de la cuestión prejudicial arranca de un caso concreto y tiene por objeto no el puro enunciado de la ley, sino una norma de la que resultan inmediatamente derechos y obligaciones para las partes del proceso<sup>(29)</sup>.

---

(26) Sobre el origen histórico de la justicia constitucional en Italia, se puede revisar: G. D' Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981; M. Battaglini, *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957.

(27) Así: P. Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 491.

(28) Cfr., M. García-Pelayo, *El «status» del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1981, pp. 1, 33 y ss.

(29) Así: F. Rubio Llorente, *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, op. cit., pp. 165.

En el juicio de legitimidad constitucional en vía incidental –como se manifiesta concretamente hoy día– la subjetividad de la persona entra en juego por medio de la relevancia que tiene el caso concreto en la formación de la *ratio decidendi* del Juez. El caso en la base de la ordenanza de remisión puede ser resuelto según justicia solamente modificando el cuadro de las normas aplicables y el Juez constitucional anula la norma de ley, ya que representa un obstáculo para hacer justicia.

Como ha afirmado eficazmente el Tribunal Constitucional español, «la cuestión de constitucionalidad es un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución»<sup>(30)</sup>. El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental permite liberar al ciudadano del *status subiectionis* en relación a una norma inconstitucional. En otras palabras, se puede afirmar que «la justificación de la cuestión de inconstitucionalidad se mueve en dos planos: impedir que el Juez aplique una ley inconstitucional y evitar que se produzcan efectos inconstitucionales e inmediatos sobre posiciones subjetivas enfrentadas en un proceso»<sup>(31)</sup>.

La circunstancia, sin embargo, que la última palabra acerca de la ilegitimidad constitucional de una norma de ley le compete al Tribunal Constitucional, o sea, a un Juez cuyos pronunciamientos tienen eficacia *erga omnes* y resultan vinculantes para todos los operadores jurídicos, produce un efecto ulterior: que se puede sintetizar en el hecho que el Juez constitucional, partiendo de casos concretos, desempeña una actividad orientada en hacer generales las exigencias de justicia proyectadas por el caso concreto; el caso concreto se vuelve ejemplar y la sentencia del Tribunal Constitucional impide que una norma susceptible de lesionar derechos fundamentales de la persona, pueda continuar siendo aplicada.

Cuando un Juez constitucional decide sobre una cuestión, evalúa –en verdad– un caso particular, es decir, asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo Juez constitucional como de los jueces ordinarios y del legislador.

#### **IV. ALGUNOS INSTITUTOS PROCESALES IDÓNEOS PARA FAVORECER LA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Si bien es cierto que la fisonomía de los derechos de libertad asume *concreteza* esencialmente por medio de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales

---

<sup>(30)</sup> Se puede ver STC 17/81.

<sup>(31)</sup> Así: P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, op. cit., pp. 128.

les<sup>(32)</sup>, no se puede subvaluar la importancia que asumen, por un lado, la disciplina de los modos de acceso a la justicia constitucional, y por el otro lado, los institutos en los cuales se articula el Derecho Procesal Constitucional<sup>(33)</sup>.

Los Tribunales constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permiten modificar la praxis anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales.

Esta flexibilidad del proceso constitucional –que ha inducido a evidenciar su carácter necesariamente político– halla una justificación en la especificidad del juicio constitucional y en la diversidad de las funciones que éste persigue. Sin embargo, la naturaleza sustancialmente jurisdiccional del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes no parece «incierta» cuando se considera que: *a)* el control se realiza por un órgano externo al procedimiento legislativo, provisto de unos requisitos de imparcialidad y de profesionalidad muy remarcados; *b)* tiene lugar sobre la base de un procedimiento que presenta los caracteres típicos de un proceso; *c)* se concluye con una decisión admitida utilizando las técnicas propias del método jurídico.

En un proceso orientado en la tutela de los derechos fundamentales, los requisitos procesales no se deben transformar en formalismos procesales, así como la acción de necesario «filtro» que –en los juicios en vía incidental– tiene que ejercer el Juez *a quo* no se debe transformar en una barrera sustancial. En otros términos, el Derecho Procesal Constitucional tiene que asegurar una armoniosa combinación entre seguridad y flexibilidad al interpretar y aplicar los institutos procesales. Es también gracias a esta discrecionalidad según los procesos, que los Tribunales constitucionales pueden valorizar el carácter subjetivo y concreto del juicio de constitucionalidad en vía incidental.

Con el fin de asegurar una tutela efectiva de los derechos reconocidos por la Constitución, parecen relevantes la utilización de algunos institutos procesales y

---

(32) Así: V. Onida, *La corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, Studi in onore di Leopoldo Elia, II, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 1097; G. Rolla, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, op. cit., pp. 126 y ss.

(33) En general, sobre el tema: AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

Sobre la noción de derecho procesal constitucional se puede ver: R. Hernández Valle, *Escritos sobre justicia constitucional*, Dike, San José, 1997, pp. 23 y ss.; D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Témis, Bogotá, 2002.



así mismo el recurso a particulares técnicas interpretativas. En primer lugar, asume relevancia la manera con la cual los Tribunales constitucionales determinan concretamente a los sujetos habilitados a presentar una cuestión de constitucionalidad en vía incidental. Hay que estar atentos a que un posible límite del sistema se pueda constituir por la dificultad de caracterizar, en determinados hechos específicos, a un Juez capaz de presentar una cuestión de legitimidad constitucional.

Solamente así el filtro representado por la cuestión perjudicial no se transforma en un obstáculo indeseado al control de constitucionalidad, no representa un obstáculo irrazonable a la posibilidad de someter una norma de ley al examen de la Corte.

Para conjurar tal riesgo se presentan como determinantes las disposiciones constitucionales en materia de tutela jurisdiccional de los derechos y también las normas que regulan el inicio del proceso constitucional en vía incidental. Las primeras –en los ordenamientos de constitucionalismo maduro– se proponen no determinar lagunas en el sistema de protección jurisdiccional: ya sea reconociendo a todas las personas la posibilidad de actuar en juicio por la tutela de sus propios derechos, ya sea admitiendo siempre la tutela jurisdiccional de los derechos lesionados por actos de poderes públicos.

Las segundas, a su vez, disponen en general que el incidente de constitucionalidad se da durante el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional. Y los jueces constitucionales están propensos a ampliar la posibilidad de acceso dando una interpretación extensiva tanto de la noción de «Juez», como de la noción de «juicio». Por un lado, afirman que se deben comprender como «jueces» no sólo a los órganos jurisdiccionales comunes –es decir, los jueces ordinarios y aquellos especiales– sino también a aquellas autoridades que, aún no estando incluidas en el interior del orden judicial, realizan una labor objetivamente jurisdiccional. Por otro lado, precisan que la expresión «juicio» comprende a todos y cada uno de los procedimientos contenciosos realizados por un Juez, siempre y cuando tengan un carácter decisorio<sup>(34)</sup>.

A través de una interpretación extensiva de las disposiciones sobre el procedimiento, los Tribunales constitucionales intentan hacer que el individuo que se considera lesionado en un derecho constitucionalmente garantizado, pueda tener un Juez a quien dirigirse. Esta exigencia es particularmente fuerte en los casos en que la lesión de un derecho afecte a individuos que se encuentran a menudo al margen del ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, los encarcelados o los extranjeros.

---

<sup>(34)</sup> Sobre la noción de «Juez» y de «juicio» es hasta ahora fundamental la reelaboración de: V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, pp. 267 y ss.



En segundo lugar, la *concretezza* del juicio constitucional es favorecida por las disposiciones procesales según la relevancia y los poderes del Juez *a quo* al configurar la cuestión de legitimidad constitucional. La obligación de motivar la relevancia —o sea de demostrar que el juicio en el cual está comprometido no puede definirse independientemente de la duda de constitucionalidad— induce al Juez *a quo* a solicitar al Juez constitucional la anulación no de «una» norma que considera abstractamente contraria a la Constitución, sino «de la» norma que tiene que aplicar efectivamente en el proceso<sup>(35)</sup>.

Además, el Juez *a quo* es —en algunos ordenamientos como el italiano— el *dominus* de la cuestión que deberá ser decidida por el Tribunal Constitucional: a éste, de hecho, le compete definir el *thema decidendum* del juicio de constitucionalidad, determinando ya sea a la norma de cuya constitucionalidad duda, como la disposición constitucional que supone ha sido violada. Como precisa la normativa italiana, el Juez constitucional debe decidir en los términos de la cuestión planteada y su control debe realizarse «dentro de los límites de la impugnación»<sup>(36)</sup>. Tal aspecto del procedimiento favorece la atención por la especificidad de la situación concreta que ha dado origen al incidente de constitucionalidad, a partir del momento en que se presume que el Juez *a quo* configura el *thema decidendum* en la manera que resulte más funcional para la solución del proceso en el que tiene que decidir.

La propensión de los Tribunales constitucionales en calificar el proceso constitucional en vía incidental no solo en términos de resolución de una duda de constitucionalidad, sino también como instrumento para eliminar del ordenamiento una norma cuya aplicación determinaría la lesión de un derecho fundamental de la persona, surge también del uso que otros dos institutos procesales le han dado.

Me refiero, en primer lugar, al creciente recurso por parte del Juez constitucional a actividades instructorias: o sea, al incremento de la tendencia a recurrir, antes que asumir una decisión, a los poderes instructorios que la normativa determina. De tal manera, el Juez constitucional puede apreciar mejor ya sea los términos efectivos del contencioso o de la cuestión que ha originado la duda de constitucionalidad, o bien los efectos prácticos originados por la sentencia, su impacto sobre la funcionalidad del ordenamiento o sobre el juicio *a quo*<sup>(37)</sup>.

(35) Sobre la noción de relevancia se puede ver: F. Pizzetti – G. Zagrebelsky, «*Non manifesta infondatezza*» e «*rilevanza*» nell'instaurazione incidentale del giudizio delle leggi, Giuffrè, Milano, 1974; S. García Couso, *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

(36) Se puede ver el artículo 27 de la Ley 87/53.

(37) Cfr., T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997.

En segundo lugar, tengo la intención de hacer referencia a la estrecha relación de interdependencia que une el juicio ante el Tribunal Constitucional de aquél común. Un estrecho nexo que se ha reforzado en aquellos ordenamientos en los cuales en el proceso ante el Juez constitucional solamente se admite la intervención de los individuos ligados procesalmente al juicio *a quo*.

Tal posición restrictiva acentúa el nexo entre la cuestión concreta y el juicio de constitucionalidad, a partir del momento en que las partes intervienen, de norma, evidenciando aquellos perfiles de la cuestión de constitucionalidad que tienen mayor relación con los intereses del proceso *a quo*. En cambio, sería diferente la situación si la intervención procesal se pudiera extender también a otras categorías de individuos; por ejemplo a personas que, aún no estando ligadas al proceso *a quo*, tienen un interés específico en la resolución de la cuestión de constitucionalidad; o bien a individuos que solicitan intervenir en calidad de *amici curiae*, teniendo un interés en la justa resolución de la cuestión<sup>(38)</sup>.

Además, no se puede descuidar cómo también la celeridad del proceso constitucional contribuye a favorecer la *concreteza* del juicio en vía incidental. El elemento temporal no es irrelevante acerca de la intensidad de los efectos que las decisiones de los Tribunales constitucionales tienen para las partes que se activaron para recurrir a la justicia constitucional. Un amparo que es otorgado muchos años después de la presentación del recurso ofrece una tutela de los derechos fundamentales menor que una sentencia estimatoria pronunciada<sup>(39)</sup>.

## V. EL CONTROL ACERCA DE LA VALIDEZ DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN

Ameritan la atención también las disposiciones procesales que atribuyen la competencia para decidir acerca de la validez o la aplicabilidad de las disposicio-

---

<sup>(38)</sup> Ver: R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo «senza parti»*, Giuffrè, Milano, 1985; G. D' Orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1988; M. D' Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991; P. Giocoli Nacci, *L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale*, Jovene, Napoli, 1963; M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984; AA.VV., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998; AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>(39)</sup> Los efectos de la reducción de las cuestiones pendientes sobre el proceso constitucional han sido profundizados por: P. Caretti, *L'eliminazione dell'arretrato ed i nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, Quaderni costituzionali, 1989, pp. 391 y ss; R. Romboli, *Il processo costituzionale dopo l'eliminazione dell'arretrato. Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio «senza processo?»*, Quaderni costituzionali, 1991, pp. 612 y ss.; B. Caravita, *Alcune riflessioni sulla collocazione della Corte costituzionale nel sistema politico dopo la fase dello «smaltimento dell'arretrato»*, *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1991, pp. 44 y ss.

nes de ley anteriores a la entrada en vigencia de una nueva Constitución. El problema aparece interesante sea desde el punto de vista de los principios que rigen la interpretación jurídica, como también bajo el perfil de los efectos que la codificación de nuevos valores produce sobre la continuidad del sistema normativo<sup>(40)</sup>.

En lo que se refiere a este último aspecto, es necesario considerar que todo proceso constituyente, sanciona, por lo general, la afirmación de principios alternativos de aquellos que conforman el ordenamiento constitucional anterior; determina una diversa ponderación de los intereses, graduándolos con base en una nueva escala de valores.

La ruptura política con el pasado, expresada por las cartas constitucionales no determina, sin embargo, una cesura en la continuidad del sistema normativo, casi que si desde la entrada en vigencia de una nueva Constitución, se pudiera derivar un cese contextual de eficacia de las normas anteriores, alternativas a ésta.

En otros términos, la extinción o la superación de un determinado orden político no provoca la extinción del derecho producido por éste: las normas perpetúan sus propios efectos aún en el nuevo ordenamiento, continúan formando parte del Derecho Objetivo en vigencia, salvo que, en las maneras expresamente previstas, no se compruebe su incompatibilidad con disposiciones de grado superior o bien de grado equivalente, pero sucesivas. Sin embargo, la innovación constitucional plantea la exigencia política de crear una neta cesura con respecto al pasado, y así mismo depurar el ordenamiento en vigencia de las normas incompatibles, para hacerlo armónico con los preceptos constitucionales en vigencia.

La búsqueda de la autoridad competente para controlar la conformidad a la Constitución de las leyes anteriores se salda con la exigencia de garantizar la mejor manera posible la preceptividad de las normas constitucionales<sup>(41)</sup>. Lo que satisface, entre otras cosas, la exigencia política de afirmar de manera plena y evidente la «ruptura» que la Constitución ha señalado en relación con el pasado régimen.

Sin embargo, si la misma problemática es enfrentada según una óptica formal, ligada a las reglas generales que presiden a la interpretación del Derecho, se hace necesaria una aproximación más profunda. En efecto, se podría sostener que las disposiciones anteriores a la Constitución se habían planteado válidamente,

---

(40) Para más amplias consideraciones al respecto se puede revisar a: G. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, op. cit., pp. 197 y ss.

(41) Sobre la naturaleza inmediatamente preceptiva de las disposiciones constitucionales continúan siendo fundamentales las argumentaciones de: V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

siguiendo las reglas, por lo cual deberían considerarse válidas a la luz del principio *tempus regit actum*.

Tal planteamiento, sin embargo, no se sostiene con más profundas argumentaciones. Ante todo, no se tiene que confundir entre fuente del Derecho y norma jurídica. La primera solo puede surgir según el proceso de formación regulado por la disciplina en el momento vigente, por lo cual sería erróneo controlar su validez sobre la base de las normas planteadas por la Constitución sobrevenida; la norma, por el contrario, objetivándose en el sistema y adquiriendo relevancia autónoma, puede contener prescripciones incompatibles con la nueva Constitución, que –como tales– deben ser removidas utilizando los instrumentos normales que el sistema ofrece para la resolución de las antinomias normativas.

Menos cierta es, en cambio, la respuesta a dar al interrogante si el contraste entre una norma de ley anterior y una norma constitucional sucesiva configura un caso de inconstitucionalidad o bien de abrogación. La solución parece todo menos que unívoca, aunque conceptualmente la distinción entre los dos fenómenos es clara: la inconstitucionalidad brota de un juicio de invalidez, pronunciado utilizando el criterio de jerarquía; la abrogación expresa, a su vez, una situación de incompatibilidad entre normas igualmente válidas y hace referencia al elemento temporal, adhiriéndose al principio de *tempus regit actum*. La inconstitucionalidad se determina en los casos en que se comprueba que una norma no es válida; la abrogación, en cambio, supone una norma válida, pero ya no aplicable a los hechos específicos futuros por la llegada de una norma de grado equivalente, incompatible con la anterior.

En efecto, la posibilidad de recurrir al principio de abrogación o bien al de inconstitucionalidad que se ha llegado a dar, depende de las elecciones normativas realizadas en cada ordenamiento, los cuales parecen, alternativamente, atribuir la tarea de controlar las normas anteriores a la Constitución al Juez constitucional, al Juez común o bien a ambos. A tal propósito, puede ser útil recordar las diversas soluciones adoptadas respectivamente por Alemania, Italia y España.

En la República Federal Alemana, la Constitución ha enfrentado directamente la cuestión, introduciendo una previsión normativa que no deja márgenes de duda: según el art. 123 de la Constitución, en efecto, las leyes anteriores a la primera reunión del Bundestag quedan en vigencia ya que no son contrastantes con la Ley Fundamental. La orientación del Tribunal Constitucional alemán favorable a reconocer la competencia del Juez común sobre las leyes preconstitucionales es plenamente coherente con la carta del texto constitucional, a partir del momento en que el eventual contraste entre Constitución y leyes anteriores configura un control sobre la aplicabilidad de estas últimas.

Viceversa en el ordenamiento italiano, la VII disp. trans. de la Constitución preveía que «hasta que no entrara en función la Corte Constitucional, la decisión

sobre las controversias indicadas en el art. 134 de la Constitución tendría lugar en las formas y en los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigencia de la Constitución»: tal disposición, por lo tanto, se limitaba a fijar una regla válida exclusivamente en la fase «transitoria», en espera de la activación de la Corte Constitucional. Por lo tanto, la competencia de los jueces comunes para no aplicar las normas contrastantes con la Constitución tenía que considerarse circunscrita en un lapso de tiempo bien definido: de cualquier manera no podía reconocerse más allá del momento en que el sistema de justicia constitucional delineado por los constituyentes se hubiera completado con el nombramiento de los jueces y con la concreta constitución del colegio. A partir de tal momento, el contraste entre una ley anterior y la sobrevenida Constitución no puede ser resuelto autónomamente por el Juez común, en vista de su incompetencia en controlar la constitucionalidad de las normas primarias.

En el ordenamiento español, en fin, se ha optado por una ulterior solución, diferente a las anteriores. De la lectura del art. 163 const. se debiera considerar que la competencia en controlar la conformidad con la Constitución de las normas anteriores compete al Juez constitucional. En efecto, el art. 163 const. impone a la autoridad judicial plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal cada vez que en el curso de un proceso considere que una norma primaria, aplicable al caso de cuya validez dependa el juicio, pueda ser contraria a la Constitución. Sin embargo, el tercer inciso de la disposición constitucional abrogativa, precisando que son abrogadas todas las normas contrarias a lo que establece la constitución, permite afirmar que el contraste entre Constitución y ley anterior puede resolverse por el Juez común en sede de juicio sobre la aplicabilidad de esta última.

El Tribunal Constitucional español, cuando ha tenido que medirse, en sede de examen de algunas cuestiones, con esta problemática, prefirió seguir una orientación de compromiso, proyectando, ante la contraposición entre la no aplicación o juicio de legitimidad constitucional, una solución intermedia. Después de haber precisado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad que se dio de esta última, volviéndola inválida e inaplicable, por un lado, reconoció que los juicios no deben aplicar las normas preconstitucionales que consideran en contraste con la Constitución; pero, por el otro lado, admitió que los mismos pueden igualmente plantear la cuestión ante el Tribunal según el art. 163 de la Constitución.

En derogación parcial al principio de unicidad de la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional español ha delineado un sistema binario el cual reconoce la competencia exclusiva del Juez constitucional solo según la legitimidad de las leyes emanadas posteriormente a la Constitución.

A la luz de las diferentes posiciones asumidas por los ordenamientos según la relación entre nueva Constitución y leyes anteriores se pueden sintetizar algunas consideraciones generales acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva del proceso constitucional en vía incidental.

En los ordenamientos que excluyen la competencia de los jueces para controlar la ilegitimidad de las leyes anteriores a la Constitución, la garantía sustancial de los derechos fundamentales de la persona topa con una laguna no secundaria, especialmente en aquellos contextos en los cuales el ejercicio del poder constituyente expresa una voluntad de ruptura y de democratización con respecto al pasado<sup>(42)</sup>. En tal caso, en efecto, las nuevas normas constitucionales no podrían manifestar en sentido pleno la propia preceptividad, inhibiendo la aplicación de normas del pasado régimen que lesionan los derechos fundamentales de la persona.

En cambio, en los ordenamientos que optan por la doble competencia del Tribunal Constitucional y de los jueces al valorar la conformidad en Constitución de las normas anteriores se introduce una especie de diferenciación de los papeles. Por un lado, los jueces, no aplicando la norma en el caso concreto, ofrecen una tutela directa de cada posición subjetiva; por el otro lado, el Tribunal Constitucional, declarando con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad que se ha dado, desempeña un papel de garante abstracto del ordenamiento constitucional en sentido objetivo, depurándolo de las normas ilegítimas.

En fin, en el caso de los ordenamientos que reservan tal competencia al Juez constitucional, permanece la doble naturaleza del control de constitucionalidad en vía incidental, donde pueden prevalecer los perfiles concretos o abstractos del control según como sean interpretadas y aplicadas las reglas procesales.

## **VI. TÉCNICAS Y CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN QUE FAVORECEN, EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL, UNA TUTELA CONCRETA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

La *concreteza* del juicio de constitucionalidad en vía incidental puede ser facilitada también por la utilización por parte de los jueces constitucionales de particulares técnicas de interpretación del dictado constitucional: entre las cuales se distinguen las sentencias de tipo interpretativo y el recurso a la noción de «derecho vivo».

---

<sup>(42)</sup> Al respecto, se puede revisar: G. Rolla, *Luces y sombras de la experiencia de las transiciones pactadas. Breves consideraciones sobre los límites de la Constitución vigente de Chile*, Revista de Estudios Políticos, 2002, pp. 72 y ss; E. Ceccherini, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 19 y ss.

La demanda de justicia que se encuentra en la base de los procesos y que es filtrada por el Juez *a quo* se funda en el supuesto que las exigencias de justicia que deben ser aseguradas en el caso concreto no pueden satisfacerse sin eliminar del ordenamiento una determinada disposición o bien una posible interpretación.

Es intuitivo que los sistemas en vía incidental funcionan excelentemente donde se logra instaurar una «relación comunicativa» entre los dos jueces comprometidos en el proceso: el Juez común (Juez *a quo*) y el Juez constitucional (Juez *ad quem*)<sup>(43)</sup>. El diálogo es alimentado por el hecho que tales individuos intervienen en el proceso, haciéndose portadores de instancias diferentes, pero concomitantes. Las finalidades perseguidas no coinciden, a partir del momento en que, por un lado, el Tribunal Constitucional se propone hacer el ordenamiento jurídico homogéneo a los valores y a los derechos codificados en las cartas constitucionales; mientras que, por el otro lado, los jueces están interesados en remover aquellas normas cuya aplicación impediría resolver según la justicia el caso objeto de juicio.

Sin embargo, tal diversidad de objetivos no impide que entre Juez constitucional y jueces comunes se instaure una relación de colaboración. En efecto, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de una norma de ley solamente si el proceso es activado por un Juez en el curso de un juicio; a su vez, el Juez puede no aplicar una norma lesiva de posiciones subjetivas constitucionalmente garantizadas solamente tras un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

La comunicación entre quien inicia el proceso y quien lo concluye se da en varios planos. Por un lado, los principios del Derecho y la interpretación de las normas constitucionales suministrada por el Tribunal Constitucional –sin representar en sentido estricto un precedente– adquiere valor vinculante para los jueces que deben aplicar directamente la Constitución o decidir sobre la aplicación de los actos carentes de fuerza de ley<sup>(44)</sup>. Por otro lado, el acto de resolver una cuestión de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional tiende a valorar la dis-

---

(43) Sobre las relaciones entre los jueces *a quo* y los jueces constitucionales se puede revisar los trabajos de: A. Gardino, *Giudici e Corte Costituzionale nel sindacato sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1988; V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura Corte Costituzionale, Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977; AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990.

(44) Sobre los efectos formalmente o sustancialmente vinculantes de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales se puede revisar a: G. Rolla, *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, op. cit., pp. 278 y ss; A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1995; Calvo García, *El valor del precedente judicial en el sistema jurídico español, De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985, pp. 309 y ss.



posición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado que resulta de su operatividad concreta en el sistema jurídico. Se refiere, en otras palabras, al derecho vivo, el cual se origina, en particular, de la interpretación y de la aplicación que de él han hecho los jueces comunes, en particular el Tribunal Supremo<sup>(45)</sup>.

La referencia a la norma como vive y opera concretamente en el tiempo, constituye una evidente crítica a las posiciones originarias, las cuales ligan la interpretación de las disposiciones constitucionales al significado atribuido por los constituyentes, sin considerar que los jueces constitucionales no son el guardián de un museo: los jueces constitucionales aplican en la actualidad las disposiciones constitucionales sin limitarse a su interpretación original, sino actualizándolos atendiendo a los cambios sociales, políticos, económicos e ideológicos.

Además, el diálogo entre los «dos jueces» está alimentado por la circunstancia que los jueces *a quibus* poseen algunos márgenes de discrecionalidad antes de plantear la cuestión de constitucionalidad. Por ejemplo, el Juez puede buscar, entre las posibles interpretaciones, aquella conforme a la Constitución, evitando plantear la cuestión ante la Corte Constitucional: operando de esta manera utiliza las normas constitucionales como cánones legales de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente y puede llegar a tal resultado haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A su vez, el Juez constitucional puede solicitar al Juez *a quo* interpretar una disposición de ley de manera conforme a la Constitución adoptando una ordenanza o una sentencia. En el primer caso, considera la cuestión inadmisibile en cuanto a que el Juez *a quo* puede autónomamente resolver el proceso ya que es posible atribuir a la disposición que debe aplicar un significado conforme a la Constitución. Luego, en la segunda hipótesis, el Juez constitucional concluye el proceso constitucional con una sentencia interpretativa desestimatoria. En tal caso, el Juez constitucional declara la cuestión no fundada, por lo que a la disposición impugnada se le puede atribuir un significado normativo diferente de aquel recabado por el Juez, pero conforme a la Constitución.

En otras palabras, entre los posibles significados que una disposición puede asumir, el Tribunal Constitucional elige el que lo hace compatible con la Constitución, dejando de lado aquellos que habían inducido a dudar de la constitucionalidad de la ley.

---

<sup>(45)</sup> Sobre la noción del «derecho viviente» Cfr., A. Anzon, *La Corte Costituzionale e il diritto vivente*, Giurisprudenza costituzionale, 1984, pp. 300 y ss.; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, Milano, 1994; G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente, Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano, 1988.



La atribución a la disposición de un significado particular no tiene eficacia *erga omnes*; la interpretación de la Corte no es vinculante y se puede imponer sólo gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o a la autoridad de la que disfruta dicho órgano colegial. Un vínculo jurídico se puede encontrar por parte del Juez que ha planteado la cuestión en vía incidental: éste no puede aplicar más, en el curso del proceso, la disposición impugnada, atribuyéndole el significado originario; si confirmase, de hecho, tal interpretación, se vería obligado a aplicar una norma de dudosa constitucionalidad.

Bajo otro perfil, la cuestión de constitucionalidad puede ser utilizada no tanto para abrir un juicio sobre una disposición, sino contra una interpretación de la misma. De tal manera –cuando la duda de constitucionalidad sea acogida–, por un lado, se permite al Juez *a quo* resolver la controversia utilizando una norma más coherente con lo que dicta la Constitución; por el otro, se ejerce en relación al ordenamiento jurídico en general una función de unificación interpretativa de una norma de ley.

En estos casos, el Tribunal Constitucional concluye el juicio adoptando, en general, sentencias interpretativas, que constituyen el mejor instrumento que el Juez constitucional tiene su disposición para hacer que el juicio sobre la ley se adhiera lo más posible a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional. Entre éstas, asumen particular relevancia las sentencias interpretativas estimatorias y las sentencias aditivas.

Las primeras consienten al Juez de la constitucionalidad de las leyes elegir, entre los posibles significados que se pueden extraer de una disposición, aquel que es incompatible con la Constitución y declararlo inconstitucional, salvando a todos los demás. Con la sentencia interpretativa estimatoria, el Tribunal Constitucional elimina del ordenamiento jurídico no a la disposición entera, sino a uno de sus posibles significados, o mejor dicho, a una de las normas que puede ser desnucleada; la disposición sigue siendo aplicada y produce sus efectos, con la excepción de la norma considerada inconstitucional<sup>(46)</sup>.

Las sentencias aditivas, a su vez, se caracterizan porque, aún declarando la inconstitucionalidad de la norma, producen efectos positivos, es decir, introducen en el ordenamiento normas «nuevas» que inicialmente no se obtienen del texto normativo<sup>(47)</sup>.

(46) Sobre las características y sobre los efectos de las sentencias interpretativas se puede revisar: A. Martín De La Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali*, op. cit., pp. 175 y ss.

(47) Sobre la tipología de las sentencias aditivas, se puede revisar finalmente el trabajo de G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996.

Semejante tipo de sentencias contradice la convicción inicial de Kelsen, según el cual el Juez constitucional podía ser asimilado a una clase de «legislador negativo»: con estas sentencias se transforma, sin embargo, en un creador de normas, por ejemplo, cuando el Juez constitucional declara la ilegitimidad de una disposición «en los casos en que no prevé una determinada reglamentación de la materia». El carácter innovador o aditivo de estas sentencias es evidente, desde el momento en que el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional, añade una norma a aquellas ya previstas por el legislador inicialmente.

Se trata de tipologías de sentencias a las cuales el Juez constitucional recurre para ponderar mejor los efectos de sus propias decisiones y para calibrar el impacto que pueden producir en el ordenamiento jurídico y las consecuencias en relación del juicio *a quo*.

Luego, las sentencias interpretativas, permiten actuar mejor el principio *pro homine y pro libertatis*, en base al cual las disposiciones deben ser interpretadas de la manera más favorable a la persona humana: en consecuencia, deben ser interpretadas extensivamente aquellas que favorecen a la persona humana y restrictivamente aquellas que introducen limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. En otros términos, en el caso de disposiciones susceptibles de recibir diferentes interpretaciones, se debe utilizar la interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, más favorable al recurrente en el proceso *a quo*<sup>(48)</sup>.

Los casos procesales que hemos recordado evidencian cómo en los procesos constitucionales en vía incidental la defensa de un derecho fundamental no se enfrenta en términos abstractos, pero se ejerce por medio de un control lo más cercano posible a las situaciones en que las vulneraciones de las libertades se producen, apreciando concretamente las consecuencias de la ley, evaluando ya sea el contexto social de cada asunto, como también las características del caso concreto que ha originado la cuestión de constitucionalidad.

Esta atención a la *concreteza* es particularmente evidente en los casos en que el parámetro constitucional del juicio está representado por el principio de igualdad o de proporcionalidad<sup>(49)</sup>, a partir del momento en que el Juez constitucional, en el acto de valorar la racionalidad de las elecciones realizadas por el legislador, difícilmente puede prescindir de un examen atento del impacto que la aplicación de la disposición provoca sobre las posiciones subjetivas que han originado el juicio *a quo*.

---

(48) Se puede revisar: R. Hernández Valle, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., pp. 90.

(49) Se puede revisar, también para posteriores referencias: AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994. También: AA.VV., *El principio de proporcionalidad*, Cuadernos de Derecho Público, 5, 1998.

La atención al derecho concretamente lesionado induce, además, al Juez constitucional a considerar que la inconstitucionalidad puede derivarse no solamente de la presencia de una norma en el ordenamiento, sino también de su ausencia, o sea, de la existencia de una laguna normática. En tal caso, el Juez constitucional recurre a una sentencia de inconstitucionalidad de tipo aditivo, declarando una ley contraria a la Constitución «en cuanto a que no prevé una determinada disciplina».

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

1. El siglo pasado se ha caracterizado por una amplia difusión de la justicia constitucional y entre los motivos de tal desarrollo se debe tomar en consideración el hecho que la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático de Derecho a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales.

2. La evolución de la justicia constitucional ha hecho que los sistemas concretamente operantes en los diversos ordenamientos corresponden siempre menos a las tradicionales, históricas clasificaciones: las cuales están perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acto. De ahí la oportunidad de introducir otras clasificaciones inspiradas en las diferentes finalidades del proceso constitucional.

En este contexto, puede ser útil distinguir entre un modelo que se proponga principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes y un modelo orientado preferentemente hacia la defensa de los derechos.

3. El juicio de legitimidad constitucional en vía incidental presenta aparentemente los caracteres de un proceso de Derecho Objetivo, cuyo fin es el de garantizar el interés del ordenamiento en la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, no se debe olvidar que el nexo particular que une la decisión del Tribunal Constitucional al juicio *a quo* a través del requisito de la relevancia, hace entrar en juego las posiciones subjetivas y los derechos que son objeto del proceso común.

Por esto, el juicio en vía incidental puede ser considerado la frontera entre los sistemas abstractos y aquellos que ofrecen una tutela de los derechos fundamentales. El Juez constitucional, cuando decide acerca de una cuestión de constitucionalidad, asegura la protección del derecho concreto del demandante, pero, al mismo tiempo declarando inconstitucional una norma de ley, vuelve generales las exigencias de justicia planteadas en el caso concreto.

4. La discrecionalidad que los jueces constitucionales poseen según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales atribuye al proceso en vía incidental una cierta flexibilidad: la cual consiente al Tribunal Constitucional reservar mayor atención a las posiciones subjetivas objeto del proceso *a quo*.

Entre los principales institutos procesales que favorecen la *concreteza* de tal proceso constitucional podemos especificar:

- a) la interpretación extensiva de la noción de Juez y de juicio;
- b) los poderes del Juez *a quo* al determinar el *thema decidendum*;
- c) el desenvolvimiento, por parte del Tribunal Constitucional, de actividades instructorias;
- d) la admisibilidad como parte del proceso constitucional solamente de las partes del juicio *a quo*;
- e) la rapidez de los tiempos procesales.

5. La naturaleza subjetiva del proceso constitucional en vía incidental puede surgir también de la manera en que los diversos ordenamientos disciplinan la posibilidad de controlar las normas anteriores a la Constitución. Los procesos constituyentes codifican, en general, principio y valores alternativos a aquellos que conforman el ordenamiento anterior, y la ruptura política con el pasado requiere la plena preceptividad de las nuevas disposiciones constitucionales y la consiguiente posibilidad de controlar las leyes anteriores.

Las soluciones a adoptar pueden ser múltiples. Por un lado, se puede optar por el instituto de la inconstitucionalidad que se ha dado, de la abrogación o de la no aplicación de las normas anteriores incompatibles. Por el otro lado, se puede reservar la competencia sea a los jueces comunes, sea al Tribunal Constitucional, sea a ambos órganos. La amplitud de la garantía concreta de los derechos fundamentales varía, obviamente, según la solución elegida con anterioridad.

6. El control de legitimidad constitucional en vía incidental opera muy bien si se instaura una relación de comunicación entre los jueces y el Tribunal Constitucional. Tal diálogo es favorecido por el desarrollo de las sentencias interpretativas, las cuales consienten hacer el juicio del Tribunal Constitucional adherente a la situación concreta que ha originado el proceso constitucional.

La búsqueda de la interpretación más adecuada para resolver las situaciones concretas donde se ha producido la lesión de un derecho fundamental es particularmente necesaria en los procesos constitucionales donde se utiliza como parámetro el principio de igualdad y de proporcionalidad.

GIANCARLO ROLLA

# LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL MEXICANA Y EL PROCESO COMPETENCIAL PERUANO (BREVES NOTAS COMPARATIVAS SOBRE SUS REGLAS GENERALES) <sup>(\*)</sup>

ALFONSO HERRERA GARCÍA <sup>(\*\*)</sup>

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Derecho procesal constitucional y conflictos constitucionales de competencia y atribuciones. **III.** La controversia constitucional en México. *A)* Materia y objeto de la controversia constitucional. *B)* Sujetos legitimados. *C)* Desarrollo del proceso. *D)* La sentencia constitucional y sus efectos. *E)* Recursos. **IV.** El proceso competencial en el Perú. *A)* Materia y objeto del conflicto de competencia. *B)* Sujetos legitimados. *C)* Desarrollo del proceso. *D)* La sentencia constitucional y sus efectos. *E)* Recursos. **V.** Reflexiones comparativas: semejanzas y diferencias entre la Controversia Constitucional de México y el Proceso Competencial del Perú.

---

(\*) Un primer acercamiento a las reflexiones del presente ensayo (en lo que se refiere a la controversia constitucional mexicana) se encuentra en la ponencia del autor «La controversia constitucional. Particularidades del proceso respectivo en el ordenamiento mexicano» presentada en el XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal y VI Curso Anual de Preparación y Capacitación para Profesores de Derecho Procesal (Ciudad de México, Distrito Federal, 18 a 21 de julio de 2004). El presente apunte se ha preparado para su inclusión en esta obra colectiva en merecido homenaje al doctor Domingo García Belaunde, a quien tanto le debe el constitucionalismo iberoamericano contemporáneo.

(\*\*) Profesor de asignatura de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Secretario del Consejo Editorial de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende ofrecer un esbozo descriptivo y superficialmente comparativo de dos instituciones procesales inscritas cada una en diversos órdenes jurídicos, y que bien pueden considerarse análogas, vigorizadas ambas a propósito de modificaciones sustanciales recientes a los respectivos sistemas de jurisdicción constitucional al que pertenecen.

En primer lugar, la controversia constitucional en México como un proceso constitucional en virtud del cual determinados entes, órganos y poderes del Estado acuden a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dirimir un conflicto por invasión de las competencias que les son definidas y delimitadas por la Constitución federal, y que empezó a tener una importancia real a partir de las reformas constitucionales y legales de 1994-1995; y en segundo lugar, el proceso competencial en el Perú, que cumple homólogo fin, y que fue instituido por la Constitución Política de ese país de 1993, como una de las nuevas competencias del Tribunal Constitucional.

No obstante que la tarea no es nada sencilla por implicar el enfrentamiento de dos instituciones vigentes en entornos tan alejados entre sí, y debido a que no es frecuente encontrar estudios jurídicos en los que se realice el ejercicio comparativo de institutos pertenecientes a estos ordenamientos, son precisamente éstas las razones que nos impulsan a intentar el análisis –si bien constreñido sólo a sus reglas generales– de estos procesos constitucionales.

Pese a que ambos instrumentos son hijos de tradiciones, causas y épocas distintas, los dos se inscriben en lo que se ha dado a denominar la «jurisdicción constitucional orgánica»<sup>(1)</sup>, o bien, en un concepto moderno: «Derecho Procesal Constitucional orgánico»<sup>(2)</sup>, sector del Derecho Procesal Constitucional en el que cabe estudiar los instrumentos para la resolución de los conflictos entre los órganos centrales y locales que integran un Estado caracterizado por una descentralización territorial, ya federal, ya regional.

El ánimo de este estudio resulta acrecentado a propósito de la publicación, el 31 de mayo de 2004, del Código Procesal Constitucional del Perú, que no representa sino la culminación de los esfuerzos que durante años invirtieron connota-

---

(1) Fix-Zamudio, Héctor, «La Constitución y su defensa», en su obra *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2ª. edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2001, págs. 253-328, en págs. 313-318.

(2) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, «Derecho Procesal Constitucional local en México», en su obra *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004 (en prensa).

dos juristas de ese país, que merecen por ello, felicitación y reconocimiento, como son los profesores Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

Este acontecimiento es de gran trascendencia en cuanto que el Código Procesal Constitucional peruano constituye el primer cuerpo normativo unitario regulador de procesos constitucionales en Iberoamérica, con esa denominación sistemática, y de alcance nacional, por lo que representa un modelo en base al cual se producirán, como no es difícil avizorar, códigos similares en otros países del entorno latinoamericano en el transcurso de los próximos años.

## II. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DE COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES

No es materia de este breve ensayo, ni mucho menos –aunque es buena oportunidad para acercarse a la discusión– dilucidar acerca de si todas las cuestiones que tienen que ver con un concepto amplio como es el de la *justicia constitucional* deben estudiarse dentro del exclusivo perímetro del *Derecho Procesal Constitucional*<sup>(3)</sup>, disciplina de reciente factura y en franco proceso de clarificación de su contenido y objeto de estudio<sup>(4)</sup>, al que tanto han contribuido los enjundiosos estudios del doctor Domingo García Belaunde<sup>(5)</sup>.

(3) La acuñación de la denominación se debe al ingenio de don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien ya desde la década de los 40 del siglo pasado la acepta y la da a conocer, inmersa en el título de una de sus obras. *Cfr. Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, S.A., Buenos Aires, 1944. Es curioso cómo ya no la reitera en los títulos de los capítulos en los que divide el libro, contrastando con los dedicados al «Derecho Procesal Civil» (inciso B) y el «Derecho Procesal Penal» (inciso C). En el capítulo en el que reúne sus ensayos sobre el procesalismo constitucional lo intitula «D) Constitución y enjuiciamiento». El mismo Alcalá-Zamora atribuye la paternidad de la disciplina al jurista Hans Kelsen, al haber introducido la idea de la «jurisdicción constitucional» en la Constitución austriaca del 1º de octubre de 1920; *cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, UNAM, México, 2000 (primera edición de 1947), págs. 214-215.

(4) Para una explicación de las cuestiones de contenido del Derecho Procesal Constitucional que requieren ser superadas, acúdase a Sagüés, Néstor Pedro, «Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., tomo I, México, 2003, págs. 507-520.

(5) Botón de muestra lo constituyen sus obras, que han gozado de gran difusión para beneficio de los procesal-constitucionalistas latinoamericanos: *Derecho Procesal Constitucio-*



Lo que parece evidente es que tanto no puede despojarse al objeto del Derecho Procesal Constitucional el análisis de la substanciación procesal de los medios de control de la constitucionalidad, como tampoco puede negarse, con estricta y rígida delimitación al Derecho Constitucional el estudio colateral de la teoría de los controles constitucionales, sin más límite que el que impone el análisis estrictamente procesal de los mismos, contenido innegable de estudio del Derecho Procesal Constitucional –así como, por ejemplo, en el Derecho Penal se estudian los supuestos delictivos y en el Derecho Procesal Penal la debida substanciación de las etapas procesales para resolver sobre la responsabilidad o no de su comisión–.

No debe ser ya motivo de inquietud, en el presente estado de evolución de la disciplina, si el Derecho Procesal Constitucional encuentra o no su origen conceptual en la doctrina o Teoría General del Proceso, pues es evidente que de ésta necesariamente desprende el desarrollo de sus institutos, y desde la plataforma epistemológica de la misma, adapta y caracteriza sus conceptos fundamentales<sup>(6)</sup>.

Una de las muchas preguntas que a la fecha permanece en el tintero de la discusión –por lo menos así nos parece que sucede en el contexto mexicano, y, en cierta medida, en general, en el latinoamericano– es si el Derecho Procesal Constitucional debe comprender, además del estudio de los procesos constitucionales, a procedimientos constitucionales, entendidos estos últimos como las vías para lograr la defensa constitucional sin acudir a un acto auténticamente jurisdiccional.

Vale traer a cuento, en abono de la clarificación de este problema, que: «[...] el procedimiento se refiere a toda secuela establecida por el ordenamiento jurídico para la creación y realización de las normas jurídicas, o en otros términos, las vías formales para dar validez y eficacia a los mandatos jurídicos [...], en tanto que el proceso se circunscribe al conjunto de actos por medio de los cuales se

---

nal, estudio preliminar de Gerardo Eto Cruz, Marsol, Lima, 1998; *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª. edición, Temis, Bogotá, 2002; *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2003; *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Fundap, México, 2004. Véase también el contenido sustancial de estos trabajos en su opúsculo «De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional» en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional*, cit. *supra* nota anterior, tomo I, págs. 303-341.

(6) La tesis es defendida por García Belaunde, Domingo, «El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, número 2, México, julio-diciembre de 2004, págs. 45-55.

forma o actúa el derecho en el caso concreto, a través del ejercicio de la función jurisdiccional [...]<sup>(7)</sup>.

Somos partidarios de que, por ahora, no puede dejar de desestimarse la doble perspectiva del contenido del Derecho Procesal Constitucional: una restringida o estricta y una amplia o flexible. En atención a un punto de vista restringido, sólo pueden ser considerados aquellos instrumentos de naturaleza estrictamente procesal, en virtud de los cuales se ejerce una auténtica función jurisdiccional, excluyéndose de la materia de análisis a los mecanismos meramente procedimentales<sup>(8)</sup>. Bajo la segunda óptica deben ser considerados tanto procesos como procedimientos constitucionales «seguidos en forma de juicio» –para emplear una expresión bien arraigada en el argot forense del amparo mexicano–, cobijados en el argumento de que unos y otros gozan de identidad en el fin perseguido: constituirse en vehículos de la protección y defensa de la normativa fundamental<sup>(9)</sup>. En base a estas someras consideraciones se puede argüir la existencia de un *Derecho Procesal Constitucional* y la de un, si se nos permite la expresión, *derecho procedimental constitucional*, como una suerte de apén-dice imprescindible de aquél.

(7) Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (tesis de licenciatura), UNAM, Facultad de Derecho, México, 1955, pág. 17.

(8) En un trabajo preliminar a estudios mucho más recientes, el conspicuo maestro Héctor Fix-Zamudio apunta que la connotación «Derecho Procesal Constitucional» (así como la de «jurisdicción» y «garantías» constitucionales), resulta restringida, «pues se refieren a los instrumentos estrictamente procesales, que implican el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido propio», razón por la que es preferible utilizar la expresión «justicia constitucional», que permite abordar además de los procesos constitucionales propiamente dichos, también otros instrumentos de solución de conflictos constitucionales que no implican función jurisdiccional, como son, en el ordenamiento constitucional mexicano, el procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia y el seguido ante las comisiones de derechos humanos; *cfr.* «La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano», en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, *cit. supra* nota 1, pág. 150. Claro es que el maestro, con posterioridad, reconsidera el argumento para afirmar que es la expresión «Derecho Procesal Constitucional» la que mejor significa el estudio sistemático de las garantías constitucionales; *cfr. Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, 2002, págs. 19-46.

(9) Esta es la posición más arraigada en la actualidad debido a la penetrante tesis que en los últimos tiempos ha divulgado el propio doctor Héctor Fix-Zamudio. Véanse, en este respecto, entre otros, su libro *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª. edición, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998, págs. 67-143.

Lo que es incuestionable es que el Derecho Procesal Constitucional, en tanto receptor de normas de carácter instrumental, como lo impone la naturaleza de todas las ramas desprendidas del tronco común proveído por la Teoría General del Proceso, ha de orientarse, flexibilizarse y adaptarse de tal manera que se privilegie la consecución del Derecho sustantivo constitucional en base al cual se origina el conflicto, o sea, por un lado, normas que consagran los derechos fundamentales, y por otro, las que contienen atribuciones competenciales y directrices organizacionales de los órganos y poderes públicos.

Siguiendo pues la suerte de las disciplinas jurídicas adjetivas, el Derecho Procesal Constitucional no constituye un fin en sí mismo, sino sólo el medio, instrumento o método, que sirve para realizar el mandato de las normas sustanciales constitucionales<sup>(10)</sup>.

En el contexto de esta sana discusión se inscriben los conflictos constitucionales de competencia y de atribuciones, acaso uno de los institutos más representativos de la convergencia de los conceptos «proceso jurisdiccional» y «ejercicio del poder político», vinculación que da lugar a lo que Pedro Aragonese ha denominado «procesos políticos»<sup>(11)</sup>, o lo que Carl Schmitt llamó «litigios constitucionales»<sup>(12)</sup>, al hablar más específicamente de los conflictos suscitados entre dos o más poderes u órganos del Estado.

Frente a lo aún titubeante de la respuesta de qué es lo que ha de encuadrarse dentro del marco de estudio del Derecho Procesal Constitucional, contrasta

---

(10) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, cit., supra nota 7, pág. 26.

(11) Al estudiar los tipos de proceso en base a las pretensiones fundadas en el derecho público, Pedro Aragonese Alonso concluye la existencia de este tipo de procesos, que son aquellos que sirven «para la satisfacción de las pretensiones que se basan en normas políticas». Cfr. *Proceso y derecho procesal (Introducción)*, 2ª. edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 305-309.

(12) Schmitt, a quien puede considerarse como el fundador del estudio sistemático de la teoría constitucional, distinguió a las «reclamaciones constitucionales» de los «conflictos constitucionales» o «litigios constitucionales» propiamente dichos, ubicando dentro de las primeras a todo aquél «...medio jurídico general del individuo a través del cual se confirma, frente a un acto de las autoridades, una violación de derechos protegidos en ley constitucional» (noción que en la realidad jurídica mexicana puede aplicarse al proceso de amparo), mientras que el «litigio constitucional» auténtico, bajo el contexto político-constitucional alemán de la época, es aquella confrontación entre el Gobierno y la Representación popular dirimido por un Tribunal de justicia política (*Staatsgerichtshof*). Cfr. *Teoría de la constitución (Verfassungslehre)*, tercera reimpression, Alianza Universidad Textos, Madrid, 2001 (publicada por primera vez en 1928), págs. 126-132.

la contundencia de la afirmación de que, en todo caso, los conflictos de competencia y atribuciones de los órganos constitucionales constituyen uno de los instrumentos de su objeto de análisis, y se erigen en método estratégico del que se valen los órganos jurisdiccionales especializados en materia constitucional (ya sea en forma de Tribunal o Corte Constitucional, Sala Constitucional o Corte Suprema con funciones de control constitucional) para cumplir su papel de garantes del debido ejercicio del poder y responsables de preservar la repartición de competencias y el equilibrio orgánico delineado por el ordenamiento constitucional<sup>(13)</sup>.

### III. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la atribución de conocer y resolver, en exclusiva y única instancia, los procesos jurisdiccionales que se ventilan con motivo de las controversias constitucionales (artículos 104, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en adelante LOPJF), circunstancia que le otorga el carácter de Tribunal de conflictos constitucionales, y por tanto, le robustece su naturaleza de órgano jurisdiccional de constitucionalidad por antonomasia.

Una primera observación crítica que debe formularse a este instituto es el de su expresión terminológica. En rigor de términos, todos los procesos constitucionales constituyen «controversias constitucionales», en su acepción de litigios de naturaleza constitucional llevados al ámbito de lo procesal para su resolución<sup>(14)</sup>. Sin embargo, en el contexto del ordenamiento jurídico mexicano se alude a controversias constitucionales cuando se hace referencia a los procesos en virtud de los cuales se realiza la defensa jurisdiccional de la estructura, organización y competencias que la Constitución define e impone a determinados poderes y órganos constituidos del Estado mexicano.

El primitivo artículo 105 de la Constitución de 1917 establecía: «Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado

(13) Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, número 2, México, 2004, pág. 198 (en prensa).

(14) Aunque bajo la teoría de Schmitt, como lo hemos mencionado, pueden distinguirse las meras «reclamaciones» de los «conflictos» o «litigios» constitucionales en estricto sentido, véase *supra* nota 12.

sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte». A partir de 1917, ha sufrido cuatro reformas, si bien la última de ellas afectó únicamente a la regulación de la Acción de Inconstitucionalidad, instituida, desde 1994, en la fracción II.

Con la primera reforma, del 25 de octubre de 1967, se adicionó en su parte final que las controversias en que la Federación fuese parte serían sólo aquellas cuyos casos estableciera la ley. Posteriormente, en el marco de la reforma política del Distrito Federal, con fecha 25 de octubre de 1993, se le agregó su legitimación para participar en la promoción de controversias en contra de otro Estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal. La tercer reforma, sin duda la más importante, fue la del 31 de diciembre de 1994, que reestructuró por completo este precepto al ampliarse los supuestos de procedencia con la legitimación procesal de los municipios<sup>(15)</sup>.

A pesar de que se habían encontrado reguladas desde ese texto original de 1917, y aún en anteriores documentos constitucionales vigentes en el país –tanto en las anteriores Constituciones federalistas de 1824 como de 1857, existieron dispositivos con ese contenido, aunque incipiente–, el ejercicio y operatividad de las controversias constitucionales era casi inexistente, fundamentalmente debido a dos circunstancias. Por un lado, el escenario político homogéneo que prevaleció durante casi 70 años –lo que a todas luces impedía que esos litigios constitucionales trascendieran a sede judicial resolviéndose la gran mayoría de las veces con métodos autocompositivos, o en el mejor de los casos, heterocompositivos, de carácter eminentemente político–, y por otro, la falta de una adecuada regulación que les permitiera auténtica practicidad.

La doctrina ha señalado datos muy divergentes en relación con las controversias constitucionales que se presentaron durante el tiempo de vigencia del artículo 105 entre 1917 y la reforma de 1994. En una primera estimación, el ministro José Ramón Cossío sostiene que se promovieron 55, de las cuales 14 se suscitaron entre la Federación y un Estado, 12 entre Municipios y Estados, y una entre un Municipio y un Estado<sup>(16)</sup>. El mismo autor, en otro estudio, afirma que, según estadísticas proporcionadas por la oficina de Archivo de la Suprema Corte de Justicia fueron cerca

---

(15) Cfr. Márquez Rábago, Sergio R., *Evolución constitucional mexicana*, Porrúa, México, 2002, págs. 617-621.

(16) Cfr. Cossío D., José Ramón, «Artículo 105», *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, Tomo IV, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pág. 125.

de 66<sup>(17)</sup>. Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala el dato diverso de 50 casos<sup>(18)</sup>, añadiendo después que un estudio de la Suprema Corte señala sólo 42 asuntos<sup>(19)</sup>.

No fue sino hasta el año de 1993 cuando se pudo percibir un incremento importante en la promoción de demandas de controversias constitucionales. Entre mayo de ese año y septiembre de 1995, la Suprema Corte de Justicia registró un total de 18 controversias, casi una por mes, cuando el promedio anterior a este periodo había sido de menos de una controversia por año, la mayoría presentadas por municipios en contra de gobiernos estatales<sup>(20)</sup>.

#### A) Materia y objeto de la controversia constitucional

Por conducto de las controversias constitucionales pueden dirimirse tanto actos como normas generales, siempre que no se refieran a la materia electoral –excluida expresamente por el primer párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional–, posibilitándose un amplio campo de impugnación, al comprender cualquier tipo de norma jurídica expedida por los órganos constitucionalmente legitimados<sup>(21)</sup>, incluyendo, además de leyes y reglamentos federales y locales; tratados internacionales (caso en el que sólo procedería por violaciones de carácter estrictamente formal)<sup>(22)</sup>, el decreto de suspensión de garantías durante los estados de emergencia (que prevé el artículo 29 constitucional), y las leyes emitidas en uso de facultades extraordinarias (previstas en el artículo 131 constitucional)<sup>(23)</sup>.

(17) Cossío, José Ramón, «Similitudes y diferencias entre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad», en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis (comps.), *La defensa de la Constitución*, 2ª. reimp., Fontamara, México, 2003, pág. 65.

(18) Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, 2002, pág. 100.

(19) *Cuadro estadístico histórico de asuntos relativos a controversias constitucionales tramitados entre 1917-1994*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2000, citado en *idem*.

(20) Cfr. Fix Fierro, Héctor, «La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994», *Reforma constitucional en México y Argentina*, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, México, 1996, págs. 41-57, en pág. 49.

(21) Cfr. Cossío D., José Ramón, «Artículo 105», *cit. supra* nota 16, pág. 131.

(22) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, 2ª. edición, Porrúa, México, 2001, pág. 851.

(23) Cfr. Carpizo, Jorge, Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, «La jurisdicción constitucional en México», en García Belaunde, Domingo, y Fernández Segado, Francisco

Con la incoación de una controversia constitucional, no basta el sólo planteamiento de inconstitucionalidad de los actos o normas generales impugnadas, sino que debe existir, desde luego, también afectación en el ámbito competencial de alguno de los entes legitimados para promoverla. De esta manera, sólo cuando se alegue contravención a la Constitución por normas o actos de un órgano, poder o entidad que afecten a otro, es que puede entrarse al estudio de los conceptos de invalidez que se hayan hecho valer<sup>(24)</sup>.

En principio, como se ha dicho, el objeto de las controversias constitucionales es el de la preservación de las atribuciones y esferas competenciales que la Constitución impone a los poderes y órganos de la Federación, las entidades federativas (incluido el Distrito Federal) y los municipios. Merced a la actividad jurisdiccional desarrollada a lo largo de la primera década –desde la reforma de 1994–, la Suprema Corte de Justicia, a través de la interpretación jurisprudencial, ha ampliado ese objeto al admitir que también es procedente revisar violaciones indirectas a la Constitución, aunque esta discusión está aun lejos de encontrarse exenta de aristas.

El objeto de las controversias y, consecuentemente, la competencia de la Suprema Corte de Justicia en relación con su estudio y resolución ha sido motivo de profundos debates en el seno del Tribunal pleno, y a partir de ellos se ha empezado a configurar gradualmente, a través de criterios jurisprudenciales, el real alcance de las atribuciones de la Corte<sup>(25)</sup>. Por un lado existe la opinión, sustentada por Elisur Arteaga Nava, de que la competencia de la Corte sólo se surte cuan-

---

(coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, S.L., Ediciones Jurídicas Lima, Editorial Jurídica E. Esteva. Uruguay, Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 1997, págs. 743-804, en pág. 773. El procedimiento de reformas constitucionales, que estos autores estiman debe ser susceptible de impugnación vía controversia constitucional, ha sido señalado por la Suprema Corte como causa de improcedencia; véase la tesis de jurisprudencia: «Controversia constitucional. Es improcedente para impugnar el procedimiento de reformas y adiciones a la constitución federal», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XVI, Septiembre de 2002, Tesis: P./J. 40/2002, pág. 997. Una muy buena sistemática del desarrollo jurisprudencial en controversias constitucionales puede verse en Sánchez Cordero Dávila de García Villegas, Olga y Márquez Rábago, Sergio R., *Prontuario de jurisprudencia. Acciones y controversias de inconstitucionalidad*, Porrúa, México, 2004.

(24) Cfr. Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, *La controversia constitucional. Elemento técnico jurídico de una nueva relación entre poderes*, UNAM, México, 2002, pág. 17.

(25) Respecto de las principales consideraciones que en la Suprema Corte se han vertido para definir el alcance de su competencia en esta materia, de obligada consulta resulta la obra del ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, *Controversia sobre controversia. Discusión en torno al alcance de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversias constitucionales*, 2ª. edición, Porrúa, México, 2001, en la que se reseñan asuntos representativos de los que se han derivado los criterios que al respecto han sido adoptados por ese Tribunal.



do estén de por medio cuestiones de constitucionalidad, ya que como se trata de una competencia privativa, quedan fuera de su conocimiento todas las materias que no estén relacionadas expresa y directamente con la Constitución, por lo que no pueden plantearse en ella asuntos de mera legalidad<sup>(26)</sup>. Por otra parte, José Ramón Cossío sostiene una posición diversa al asegurar que «debido a que las controversias constitucionales están concebidas como procesos de resolución de conflictos entre órdenes u órganos normativos, es importante resaltar que su objeto no necesariamente es la asignación de competencias controvertidas. Por el contrario, el conflicto materia de la controversia puede limitarse a un problema de mera legalidad, como sucedería, por ejemplo, cuando el órgano de un orden jurídico controvierta el acto expropiatorio pero no la ley en que se funde»<sup>(27)</sup>.

La interpretación de la Suprema Corte de Justicia tampoco parece aclarar con precisión y de manera definitiva la disyuntiva de los límites de su competencia en tratándose del conocimiento de esta clase asuntos. Se ha sostenido ya que en una controversia constitucional es procedente el estudio del concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución, alegándose la contravención al artículo 16, siempre que las mismas estén vinculadas de modo fundamental con el acto o la ley reclamados<sup>(28)</sup>. Sin embargo, se ha admitido también que por virtud de la controversia constitucional, suscitada por ejemplo entre un Estado y uno de sus Municipios, sólo le compete conocer a la Corte los planteamientos motivados por violaciones a disposiciones constitucionales del orden federal y no otros<sup>(29)</sup>.

Lo cierto es que la falta de un criterio unívoco en lo que a alcance de las atribuciones de la Corte respecta, en materia de controversias constitucionales, no resulta del todo sorprendente si se atiende a la circunstancia de que se trata de una institución que cumple apenas una década efectiva de desarrollo —en compara-

---

(26) *Cfr.* Arteaga Nava, Elisur, *Tratado de Derecho Constitucional*, Oxford University Press, México, 1999, Volumen 4, pág. 1377.

(27) Cossío D., José Ramón, «Artículo 105», *cit. supra* nota 16, pág. 131.

(28) Véase la tesis de jurisprudencia: «Controversia constitucional. Es procedente el concepto de invalidez por violaciones indirectas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos», siempre que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o la ley reclamados, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo: V, abril de 1997, Tesis: P./J. 23/97, pág. 134.

(29) Véase la diversa tesis jurisprudencial: «Controversias constitucionales entre un Estado y uno de sus municipios. A la Suprema Corte sólo compete conocer de las que se planteen con motivo de violaciones a disposiciones constitucionales del orden federal», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo: XI, abril de 2000, Tesis: P./J. 30/2000, pág. 812.



ción con el frondoso bagaje jurisprudencial de más de siglo y medio del que goza, por ejemplo, el Juicio de Amparo—, por lo que es de esperarse todavía mucho en su sendero hacia la configuración jurídica que habrá de proyectarla en forma definitiva en el futuro, mismo que podría desembocar en modificaciones legales, o incluso constitucionales.

## **B) Sujetos legitimados**

En atención a los sujetos legitimados para presentar controversias constitucionales previstos por la fracción I del artículo 105 constitucional —siguiendo los conceptos ofrecidos por José Ovalle Favela<sup>(30)</sup>— éstas pueden clasificarse en dos grandes grupos: las internas y las externas, y éstas últimas a la vez en horizontales y verticales.

### **1) Controversias constitucionales internas**

Son aquéllas que se suscitan entre los diversos poderes de una misma entidad, es decir, dentro de la Federación, dentro de un Estado o dentro del Distrito Federal. Aquí se ubican los siguientes supuestos generales, según se desprende de la fracción I del artículo 105 constitucional:

- a) *Dentro de la Federación*: Encontramos 4 hipótesis: 1) El Poder Ejecutivo contra el Congreso de la Unión; 2) El Poder Ejecutivo contra la Cámara de Diputados; 3) El Poder Ejecutivo contra el Senado de la República; y 4) El Poder Ejecutivo contra la Comisión Permanente (inciso c del artículo 105-I constitucional).
- b) *Dentro de un Estado*: Existen 5 hipótesis: 1) El Poder Ejecutivo contra la Cámara de Diputados del Estado; 2) El Poder Ejecutivo contra la Diputación o Comisión Permanente del Congreso del Estado; 3) El Poder Ejecutivo contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado; 4) La Cámara de Diputados contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado; y 5) La Diputación o Comisión Permanente del Congreso contra el Tribunal Superior de Justicia del Estado (inciso h del artículo 105-I constitucional)<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> Cfr. Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 5ª. edición, Oxford University Press, México, 2003, págs. 79-81.

<sup>(31)</sup> Aun cuando la fracción I del artículo 105 constitucional es omisa en relación con la legitimación de las Comisión o Diputación Permanente de los Congresos locales, la práctica judicial ha enseñado que ésta es, desde luego, admisible. Véase, por ejemplo, la tesis de jurisprudencia: «Controversia constitucional. La facultad de la diputación permanente del Congreso del Estado de Veracruz-Llave para conocer de los asuntos relacionados con la Hacienda Muni-

- c) *Dentro del Distrito Federal*: Hay 5 hipótesis: 1) El Jefe de Gobierno contra la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 2) El Jefe de Gobierno contra la Diputación Permanente de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; 3) El Jefe de Gobierno contra el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 4) La Asamblea Legislativa contra el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; 5) La Diputación Permanente de la Asamblea Legislativa contra el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (inciso k del artículo 105-I constitucional)<sup>(32)</sup>.

## 2) *Controversias constitucionales externas*

Son las que se entablan entre las propias entidades entre sí, incluyendo a los municipios. Se clasifican en horizontales y verticales:

- a) *Controversias constitucionales horizontales*. Son aquellas que surgen entre órganos del mismo nivel de descentralización política. Aquí pueden observarse 3 hipótesis: 1) Un Estado contra otro Estado; 2) Un Estado contra el Distrito Federal; y 3) Un Municipio de un Estado contra otro Municipio de diverso Estado (incisos d, e, y g del artículo 105-I constitucional).
- b) *Controversias constitucionales verticales*. Son aquellas que se presentan cuando las entidades enfrentadas tienen diferente nivel en la escala de la organización política. Existen 6 hipótesis: 1) La Federación contra un Estado; 2) La Federación contra el Distrito Federal; 3) La Federación contra un Municipio; 4) El Distrito Federal contra un Municipio; 5) Un Estado contra un Municipio del propio Estado; y 6) Un Estado contra un Municipio de otro Estado (incisos a, b, f, i, y j del artículo 105-I constitucional). Dentro de esta cate-

---

cial, prevista en el artículo 41, fracción ix, de la Constitución Política de aquella entidad federativa, no contraviene el artículo 115, fracción iv, de la Constitución federal», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P/J. 35/2002, pág. 902.

<sup>(32)</sup> Como sucede con la omisión que señalamos en la nota anterior para los Estados de la República, en la misma dirección estimamos que la legitimación de la Diputación Permanente del Distrito Federal debe admitirse siguiendo el espíritu de la regla que se prevé para el Poder legislativo federal. Además, hay que tomar en cuenta que por interpretación de la Suprema Corte, aunque no lo establezca expresamente así la Constitución, se ha reconocido la legitimación de las delegaciones del Distrito Federal para promover controversias constitucionales, por lo que habría que agregarlos a las fórmulas de los supuestos de sujetos legitimados. Véase la tesis jurisprudencial: «Controversias constitucionales. Las delegaciones del Distrito Federal están legitimadas para promoverlas», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo: XVIII, diciembre de 2003, Tesis: P/J. 61/2003, pág. 887.

ría, se debe agregar otra sub-clasificación: las de las controversias constitucionales «de arriba hacia abajo» y las de «abajo hacia arriba»<sup>(33)</sup>, en atención a si la acción procesal proviene de un órgano o ente de «mayor ámbito normativo» a uno de «menor ámbito». Esta distinción es necesaria y útil sobre todo, como más adelante se advertirá, para explicar las diversas hipótesis de los efectos de las sentencias.

Destaca que en el proceso jurisdiccional, dado su objeto y su naturaleza jurídica, las partes contendientes siempre son dos órganos del poder público, y que, bajo ciertos supuestos, de los que se hablará después (entre ellos que la sentencia sea aprobada cuando menos por ocho ministros), podrá traer como consecuencia una declaración de invalidez de una ley con efectos generales, una previsión sin precedentes en la historia del sistema de control constitucional mexicano, hasta antes de la reforma de diciembre de 1994. Esta circunstancia es de una importancia mayúscula si se toma en cuenta que no sólo robustece sobremanera la posición de Suprema Corte como Tribunal garante del principio de supremacía constitucional, sino que también hace copartícipes, y más aún, corresponsables, a los sujetos legitimados para materializar ese alto propósito de la reforma, al concedérseles poder procesal bastante para excitar la instancia jurisdiccional a efecto de velar por la regularidad constitucional de los actos y las normas de carácter general.

Los sujetos legitimados encuentran acomodo procesal, según lo dispone el artículo 10 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante: LR105), de la siguiente manera: *a)* como actor, la entidad, poder u órgano que promueva la controversia constitucional; *b)* como demandado, la entidad, poder u órgano que haya emitido o promulgado la norma general o pronunciado el acto objeto de la controversia; *c)* como y tercero(s) interesado(s), las entidades, poderes u órganos, distintas del actor y demandado, que pudieran verse afectados por la sentencia; y *d)* el Procurador General de la República (artículos 102, apartado A, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 6, fracción II, y 11, fracción II, h), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

La intervención del Procurador General de la República se ha pretendido justificar en su carácter de «representante del interés social» y de «defensor del orden constitucional»<sup>(34)</sup>; o en su calidad de agente «responsable de hacer guardar

(33) Para emplear la terminología que sugiere Héctor Fix Fierro; *cfr.* «La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994», *cit. supra* nota 20, pág. 51.

(34) *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, *supra* nota 22, pág. 851.

la Constitución»<sup>(35)</sup>. Sin embargo, ese posicionamiento procesal no ha dejado de resultar polémico en la doctrina. Su papel, se ha afirmado, pudiera ser útil si se le ve como un tercero interventor en controversias que pudieran implicar materias con sensibilidad o delicadeza política extraordinaria<sup>(36)</sup>.

### C) Desarrollo del proceso

Aun cuando resulta muy complejo desentrañar la prosecución del proceso en un estudio de los limitados alcances del presente, se tratará de realizar una muy apretada descripción de sus etapas.

#### 1) *Improcedencia (inadmisibilidad) y sobreseimiento*

Las hipótesis que originan la improcedencia y sobreseimiento del proceso, guardan semejanza –como sucede con muchos de los institutos de la controversia constitucional– con las que se prevén para el Juicio de Amparo (artículos 73 y 74 Ley de Amparo), aunque aquéllas poseen ciertas peculiaridades. Las controversias se declaran improcedentes cuando: *a)* se ataquen decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; *b)* se impugnen normas generales o actos en materia electoral; *c)* se plantee contra normas generales o actos que sean materia de otra controversia pendiente de resolver; *d)* hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia; *e)* hayan cesado los efectos de la norma general o acto impugnado; *f)* no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del conflicto materia de la controversia (lo que recuerda el principio de definitividad imperante en el amparo); *g)* la demanda se presente fuera de los plazos legales; y *h)* cuando así lo disponga la ley.

De la misma manera, se concluye el sobreseimiento del proceso planteado cuando: *a)* la parte actora se desista expresamente de la demanda (con la salvedad de que sólo es procedente cuando se trata de impugnación de actos, no así de normas generales); *b)* cuando durante el desarrollo del proceso sobrevenga alguna causal de improcedencia; *c)* cuando en las constancias de autos haya quedado claramente demostrado que no existe la norma o acto controvertido, o cuando no se probare la existencia de este último; y *d)* cuando haya dejado de existir el acto materia de la controversia por virtud del convenio celebrado entre las partes, sin

<sup>(35)</sup> Cfr. Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, «El artículo 105 constitucional», en *La actualidad de la defensa de la Constitución*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, México, 1997, pág. 299.

<sup>(36)</sup> Cfr. Arteaga Nava, Elisur, «Algunas notas en torno a la controversia constitucional y la Acción de Inconstitucionalidad», en *Responsa*, Año 1, Número 04, marzo de 1996, pág. 27.

que dicha convención pueda versar sobre normas generales (Capítulo III, artículos 19 y 20, LR105)<sup>(37)</sup>.

## 2) *La demanda y su contestación*

El plazo para la presentación de la demanda<sup>(38)</sup> –siguiendo la tónica del Juicio de Amparo– es de treinta días, si se impugnan actos o normas generales, y de sesenta días, si de lo que se trata es de conflictos de límites, siempre que sean distintos de los previstos en el artículo 73, fracción IV, de la Constitución federal (pues en esta hipótesis le corresponde conocer al Congreso de la Unión)<sup>(39)</sup>. En el supuesto de los actos, el cómputo del plazo corre a partir del día siguiente al que en que surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame; al en que se haya tenido conocimiento de ellos, o al en que el actor se ostente sabedor de los mismos. Si se trata de normas, el plazo empieza a contar a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o bien a partir del día siguiente al en que se produzca el primer acto de aplicación. En la hipótesis de conflictos de límites, el plazo se computa a partir de la entrada en vigor de la norma general o de la realización del acto que los origine (artículo 21 LR105).

El escrito por el que se conteste la demanda ha de versar sobre la afirmativa o negativa de los hechos narrados por el actor, o, en su caso, expresar los que se ignoran por no ser propios o exponer cómo ocurrieron tales hechos. También se deben esgrimir las razones o los fundamentos jurídicos por los que se considere debe sostenerse la validez del acto o la norma general impugnada (Capítulo IV, artículos 21 a 23, LR105)<sup>(40)</sup>.

---

(37) Cfr. Gudiño Pelayo, José de Jesús, *La improcedencia y el sobreseimiento en la controversia constitucional*, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, 2002.

(38) Los requisitos que debe contener la demanda son muy similares a los exigidos para las demandas en Juicio de Amparo (artículos 116 y 166 de la Ley de Amparo), ya que en ella deben señalarse: a) la entidad, poder u órgano actor; b) la entidad, poder u órgano demandado; c) las entidades, poderes u órganos terceros interesados; d) la norma general o acto cuya invalidez se demande; e) los preceptos constitucionales que se estimen violados; f) la manifestación de los hechos o abstenciones que le consten al actor; y, finalmente, g) los conceptos de invalidez (artículo 22 LR105).

(39) El artículo 73, fracción IV, de la Constitución, establece: «El Congreso tiene facultad: // IV. Para arreglar definitivamente los límites de los Estados, terminando las diferencias que entre ellos se susciten sobre las demarcaciones de sus respectivos territorios, menos cuando esas diferencias tengan un carácter contencioso».

(40) Véanse como ejemplos de escritos de demanda y de contestación de demanda los deducidos de la controversia constitucional 11/95 promovida por el Estado de Tabasco en Arteaga

### 3) Instrucción y pruebas

Una vez recibida la demanda por el presidente de la Suprema Corte, éste designa a un ministro instructor, por turno, para que ponga el proceso en estado de resolución. Dicho ministro instructor, de oficio o a petición de parte, puede conceder la suspensión del acto que motive la controversia, hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva. Esta medida cautelar no puede otorgarse bajo los siguientes supuestos: *a)* respecto de normas generales; *b)* en los casos en que se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales o las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano; o, *c)* cuando pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con la suspensión del acto pudiera obtener el solicitante (artículos 14, segundo párrafo, y 15 LR105)<sup>(41)</sup>.

Es preciso mencionar que desde la presentación de la demanda hasta la etapa en que se pone el proceso en estado de resolución, sin encontrar base jurídica en la ley sino en un acuerdo plenario –el acuerdo general número 2/1998–, una oficina especialmente establecida para esa tarea dentro de la Suprema Corte de Justicia, la Unidad de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad, se encarga –desde su creación en marzo de 1998<sup>(42)</sup>– del cuidado y la responsabilidad de todo el trámite. La importante función de la Unidad se basa, además, en que de ella emanan casi todos los proyectos de sentencia que son sometidos a la consideración de los ministros instructores, y que son luego discutidos en sesión plenaria.

El ministro instructor, ante la presentación de la demanda, puede adoptar dos actitudes diversas: *a)* desecharla de plano por encontrar un motivo manifiesto e indudable de improcedencia; o *b)* admitirla e iniciar el trámite de sustanciación

---

Nava, Elisur, *La controversia constitucional y la Acción de Inconstitucionalidad. El caso Tabasco*, México, Monte Alto, 1996, págs. 335-395.

(41) *Cfr.* Nava Malagón, Pedro Alberto, «El incidente de suspensión en controversia constitucional», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, cit., *supra* nota 4, págs. 397-415.

(42) Véase el «Acuerdo general número 2/1998, del Tribunal pleno, del día diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho, para llegar al año 2000 sin rezago», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: VII, marzo de 1998, p. 849. La fracción XXI de este Acuerdo dispone que esa Unidad se encontrará bajo la supervisión del Subsecretario de Acuerdos y la responsabilidad de quien se designe como Jefe. Véase también el «Acuerdo número 1/2001, de doce de febrero de dos mil uno, del Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece reglas para acelerar el trámite y la resolución de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XIII, febrero de 2001, p. 1845.

del proceso<sup>(43)</sup>. Si el ministro opta por la segunda de las hipótesis mencionadas, la controversia inicia su fase de instrucción. El procedimiento de instrucción además de la admisión, notificación y contestación, así como ampliación (en su caso) de la demanda, incluye una audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, y de recepción de alegatos por escrito de las partes<sup>(44)</sup>. Concluida dicha audiencia, el ministro instructor somete, desde luego, su proyecto de resolución a la consideración del Pleno, en los términos en los que se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (Capítulo V, artículos 24 a 38, de la LR105, y 7º LOPJF).

En las controversias en que se impugna la constitucionalidad de un acto, al igual que como ocurre en el Juicio de Amparo, es fundamental probar primero la existencia del mismo, para proceder después al examen de si dicho acto es o no constitucional. En cambio, en aquellas en las que se impugnan normas generales, como el contenido del proceso se limita a la evaluación de su constitucionalidad, las pruebas consisten en el señalamiento de un documento público, por ejemplo, el ejemplar del *Diario Oficial de la Federación* o de los diarios o gacetas oficiales de las entidades federativas en donde se publican las normas generales dictadas por los poderes legislativos locales, que son objeto de impugnación, y es sobre esas documentales en que se basa el examen de la inconstitucionalidad alegada<sup>(45)</sup>.

En materia de pruebas, las controversias constitucionales, en términos generales, siguen los lineamientos previstos para los juicios de Amparo indirecto<sup>(46)</sup>. Transcurrido el plazo para contestar la demanda, o, en su caso, su ampliación o la reconvencción (al tenor del artículo 29 LR105), el ministro instructor señala fecha y hora para una audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas, que habrá de tener verificativo dentro de los treinta días siguientes<sup>(47)</sup>. El ministro cuenta con

---

(43) *Cfr.* Serna de la Garza, José María, «Controversias constitucionales. Causas de improcedencia del juicio. Corresponde analizarlas al pleno de la Suprema Corte cuando no sean manifiestas e indudables», en *Anuario jurídico. 1996*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, págs. 297.

(44) Para una explicación de los alegatos en las controversias constitucionales *cfr.* Saíd, Alberto, *Los alegatos*, Oxford University Press, México, 2004, págs. 87-92.

(45) Castro, Juventino V., *El artículo 105 constitucional*, 4ª. edición, Porrúa, México, 2001, págs. 238-239.

(46) Para acercarse a la regulación actual del amparo mexicano y al procedimiento de la vía indirecta o de doble grado, de entre la exorbitante bibliografía mexicana, acúdase a Fix-Zamudio, Héctor, «Breve introducción al Juicio de Amparo mexicano», en su obra *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª. edición, Porrúa, UNAM, México, 2003, págs. 1-96; Burgoa O., Ignacio, *El Juicio de Amparo*, 36ª. edición, Porrúa, México, 1999, especialmente págs. 629-682.

(47) A esta audiencia, el ministro en retiro Juventino V. Castro la denomina «audiencia controversial». *Cfr. op. cit., supra* nota 45, pág. 79.

facultad bastante para ampliar este plazo<sup>(48)</sup>, siempre que a su juicio la importancia y trascendencia del asunto así lo amerite<sup>(49)</sup>.

#### **D) La sentencia constitucional y sus efectos**

Concluida la audiencia, como se ha dicho, el ministro instructor somete su proyecto de resolución a la consideración del pleno (artículo 36 LR105). Para este momento procesal, el ministro instructor habrá valorado el material probatorio, apegado a las reglas de la sana crítica y de la lógica, argumentándolo así en las consideraciones de su proyecto, tomando como base, por no preverlo expresamente la propia LR105, las reglas de valuación establecidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en la materia (artículo 1° LR105).

Uno de los aspectos que parecen poner en riesgo el principio de seguridad jurídica para las partes y para los fines del proceso, es que la Ley no señale término específico para dictar la resolución definitiva en las controversias constitucionales, pues deja el momento de su emisión a la discreción del órgano jurisdiccional, y, más propiamente, al ministro instructor respectivo.

En términos muy generales, las sentencias de controversia constitucional pueden ser de tres tipos: de sobreseimiento, si la declaran improcedente; estimatorias, si se declara la inconstitucionalidad de la norma o acto; y desestimatorias,

---

(48) Las amplias facultades con las que cuenta el ministro instructor en el proceso, justifican la preocupación de la eventualidad de su ausencia. Como respuesta a este riesgo, el Tribunal pleno ha dictado el «Acuerdo número 3/2000, del diecisiete de febrero de dos mil, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la suplencia en caso de ausencia de algún ministro instructor para la sustanciación de los procedimientos de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XI, febrero de 2000, pág. 1153.

(49) Desde nuestro particular punto de vista estos conceptos de importancia y trascendencia (algunas veces se emplea el vocablo «interés») tan recurrentemente exigidos por la normatividad mexicana para definir y justificar la competencia jurisdiccional en ciertos asuntos, como en juicios de amparo (véase, por ejemplo, el artículo 107, fracción V, inciso d, último párrafo, de la Constitución federal), recursos de revisión (véase, verbigracia, el artículo 107, fracción VIII, inciso b, segundo párrafo, de la misma), o, como en este caso, para conceder la ampliación del término en que habrá de celebrarse la audiencia de ofrecimiento y desahogo de las pruebas, son de difícil especificación, y se advierten más bien ambiguos e imprecisos, pues aun cuando la interpretación jurisprudencial de la Corte ha tratado de especificarlos, prácticamente reservan a la total discreción, en este caso del ministro instructor, la determinación de si en un asunto se surten las notas de «importancia» y «trascendencia». En definitiva, la valoración es de todas suertes subjetiva, ya que lo que para unos puede resultar importante y trascendente, para otros puede no serlo tanto, precisamente por virtud de los amplios márgenes de estimación que admiten dichos conceptos.



si declaran la constitucionalidad de la norma o acto, o, por lo menos no se logra decretar su inconstitucionalidad por no haber alcanzado la mayoría requerida<sup>(50)</sup>.

Las sentencias deben contener la fijación breve y precisa de las normas generales o actos objeto de la controversia y, en su caso, la apreciación de las pruebas conducentes a tenerlos o no por demostrados; los preceptos en que se funde; las consideraciones del fallo; sus alcances y efectos; los puntos resolutivos, y, si es preciso, el término en que la parte condenada deba realizar una actuación (artículo 41 LR105).

En lo que hace a los efectos de las sentencias pueden observarse dos hipótesis:

- a) Generación de efectos generales. Si se cumplen los siguientes elementos: 1) que se decrete la inconstitucionalidad de una norma de carácter general (y no de actos propiamente dichos); 2) que se trate de *controversias constitucionales internas y externas de carácter vertical* con actor de «mayor ámbito normativo» en contra de demandado de «menor ámbito» –la Federación impugnando normas de un Estado o Municipio, o el Estado impugnando normas de un Municipio<sup>(51)</sup>–; y 3) que sean aprobadas con el voto de por lo menos ocho ministros (en caso contrario se declaran desestimadas).
- b) Generación de efectos particulares o *inter partes*. Por exclusión, se actualiza este supuesto en todos los demás casos. Es decir, si se trata de *controversias constitucionales externas, de carácter horizontal, y de carácter vertical* con actor de «menor ámbito normativo» contra demandado de «mayor ámbito» (verbigracia, un Municipio impugnando normas o actos de un Estado, o un Estado impugnando normas de la Federación), las resoluciones declarativas de inconstitucionalidad sólo tienen efectos entre las partes (artículos 105 constitucional, penúltimo y último párrafos de su fracción I; y 42 LR105).

Respecto a los efectos de las sentencias en el tiempo, éstos se producen a partir de la fecha en que lo determine la Suprema Corte y no tienen efecto retroactivo, excepto en los casos que se refieran a la materia penal, en los que habrán de regir los principios generales y disposiciones legales aplicables a esta materia (artículo 105 constitucional, penúltimo párrafo, y 45 LR105).

---

<sup>(50)</sup> Cfr. Ortiz Mayagoitia, Guillermo, «La justicia constitucional en México» (ponencia presentada en la III Conferencia de Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España; Guatemala, Guatemala, 22 al 26 de noviembre de 1999), México, 1999, págs. 69-70.

<sup>(51)</sup> Se entiende que, en este caso, la impugnación debe ser en contra de un Municipio del propio Estado, aunque la disposición constitucional no lo diga, pues dada la naturaleza de la relación sería difícil pensar que la impugnación de una norma que enderece un Estado contra un Municipio de otro Estado tuviera efectos generales, además de que, si así fuera, el órgano reformador de la Constitución hubiera incluido en este supuesto la hipótesis homóloga del Distrito Federal contra un Municipio, lo que no ocurre en el texto constitucional.

Una vez dictada la sentencia, el presidente de la Corte ordena su notificación a las partes, así como su publicación íntegra en el *Semanario Judicial de la Federación*, y, si en ella consta la declaración de invalidez de normas generales, en el *Diario Oficial de la Federación* y en el órgano oficial de la entidad federativa en que tales normas se hayan publicado, incluidos los votos particulares que se hubieren formulado, en su caso (artículo 44 LR105).

La LR105, en una disposición que merece especial mención por su trascendencia para el sistema de precedentes judiciales en el país, establece que los razonamientos contenidos en los considerandos de las sentencias, aprobadas por cuando menos ocho votos, son obligatorios para los Tribunales de todo el sistema jurisdiccional mexicano, es decir, para las Salas de la Corte, Tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, Tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, así como los administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales (artículo 43 LR105). Esta regla se ha ampliado al haberse acordado por el Tribunal pleno de la Corte que las consideraciones de las resoluciones de los recursos de reclamación y de queja, aprobadas por cuando menos ocho votos, constituyen también jurisprudencia<sup>(52)</sup>.

Frente al incumplimiento de las sentencias, habrá de atenderse a lo que disponen los primeros párrafos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional (que regula el procedimiento de incumplimiento de sentencias en el Juicio de Amparo). En el tenor de esa disposición, una vez comprobado el incumplimiento inexcusable de la sentencia o la repetición de los actos materia de la protección, la Suprema Corte de Justicia procede a la inmediata separación del cargo de la autoridad infractora, consignándola al Juez federal de distrito que corresponda a efecto de que le inicie un proceso por la comisión de un delito contra la administración de justicia. Si la Suprema Corte resuelve la excusación del cumplimiento tiene la facultad de decretar, de oficio, el cumplimiento sustituto –el que también puede ser solicitado por la parte afectada, siempre que la naturaleza del acto lo permita–, el cual se hace consistir en el pago de daños y perjuicios, siempre que la ejecución del fallo llegare a afectar gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios que pudiere obtener la parte interesada.

Como es evidente, si se trata de una controversia constitucional por la que se impugnan normas generales, la sola declaración de invalidez y su publicación en los periódicos oficiales respectivos, es suficiente para hacer eficaces los efectos anulatorios, por lo que no es necesario identificar posibles supuestos de incumplimiento o buscar cumplimiento sustituto. En cambio, si se verifica la repetición de

---

(52) *Cfr.* «Acuerdo del Tribunal en pleno del día veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y seis», Novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: IV, septiembre de 1996, pág. 773.

un acto concreto de autoridad declarado inválido, la Suprema Corte concede a la autoridad involucrada un plazo de 15 días para que deje sin efectos el acto de que se trate, o para que alegue lo que a su derecho convenga. Si se comprueba por el Tribunal pleno la repetición o la aplicación indebida, se procede a ordenar la separación del cargo de la autoridad y su consecuente consignación penal (artículo 47 LR105). Sólo cuando se trate de sentencias que invalidan actos individualizados, la Suprema Corte puede decidir entre el cumplimiento forzado o la determinación del pago de daños y perjuicios<sup>(53)</sup>.

### **E) Recursos**

Como en todo proceso jurisdiccional, en la controversia constitucional rige el principio general de impugnación<sup>(54)</sup>, aunque por la definitividad de la instancia que caracteriza a la jurisdicción desde la que se dirime y resuelve, no opera contra la sentencia definitiva, sino con resoluciones judiciales subsidiarias. Pueden hacerse valer dos recursos: el de reclamación y la queja. El primero es procedente contra: *a*) autos o resoluciones que admitan o desechen una demanda, su contestación, o sus respectivas ampliaciones; *b*) autos o resoluciones que pongan fin a la controversia; *c*) contra las resoluciones del ministro instructor relativas a incidentes de especial pronunciamiento (artículo 12 LR105), por las que otorgue, niegue o revoque la suspensión, o por las que admita o deseche pruebas; y *d*) contra los autos y resoluciones del ministro presidente que tengan por cumplimentadas las ejecutorias dictadas.

Este recurso de reclamación debe interponerse por el actor, el demandado, los terceros interesados o el Procurador General de la República, en un plazo de cinco días, debiendo en él expresarse los agravios que correspondan y acompañarse las pruebas que los sustenten. Habrá de promoverse ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia, que mandará notificar a las demás partes para que aduzcan lo que su derecho conviniera dentro del plazo de cinco días. Transcurrido ese plazo, el presidente de la Corte turna los autos a un ministro distinto del instructor para que elabore el proyecto de resolución que deba someterse a la consideración del pleno (artículos 51 a 54 LR105).

La queja puede interponerse por la parte actora, la parte interesada en el cumplimiento de la sentencia, o por la entidad u órgano afectado por la ejecución, en los siguientes dos casos: *a*) contra la parte demandada o cualquier otra autoridad, por

---

(53) Cfr. Carpizo, Jorge, Cossío Díaz, José Ramón y Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit. supra* nota 23, pág. 775.

(54) Gómez Lara, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 10ª. edición, Oxford University Press, México, 2004, págs. 34-37.

violación, exceso o defecto en la ejecución del auto o resolución que ha concedido la suspensión; y *b*) contra la parte condenada, por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia. El recurso se promueve ante el ministro instructor, si las violaciones alegadas se relacionan con la concesión de la suspensión, pudiéndose interponer hasta en tanto se resuelva la controversia en lo principal; en cambio, cuando se combata el exceso o defecto en la ejecución de una sentencia, se interpone ante el presidente de la Corte, dentro del año siguiente al de la notificación. Una vez admitido el recurso se requiere a la autoridad contra la que se dirigió para que, dentro del plazo de quince días, deje sin efectos la norma general o el acto impugnado, o bien para que rinda un informe y ofrezca pruebas; en caso contrario, se presumen ciertos los hechos que se imputan. Al final, previa celebración de audiencia de pruebas y alegatos, el ministro instructor –en el segundo de los casos mencionados (b), designado por el propio ministro presidente– elabora el proyecto de resolución que somete después a la consideración del pleno, que decidirá en consecuencia.

#### IV. EL PROCESO COMPETENCIAL EN EL PERÚ

En el Perú el proceso constitucional de conflicto de competencias y atribuciones entre órganos y poderes públicos no nació sino hasta la instauración de la Constitución de 1993 (actualmente en vigor) y, junto con la misma, la del Tribunal Constitucional, con competencia exclusiva y de única instancia para conocer de este mecanismo de control constitucional.

El actual Tribunal Constitucional peruano tiene inmediato antecedente en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979<sup>(55)</sup>, con el cual se adoptó el sistema concentrado de control de constitucionalidad, con las notas características con las que fue concebido por Hans Kelsen en la Europa de la segunda década del siglo XX, si bien se mantuvieron también matizaciones propias del control difuso que opera de manera simultánea<sup>(56)</sup>, por lo que recibió por Domingo García Belaunde una calificación de «modelo dual o paralelo»<sup>(57)</sup>.

(55) Landa, César, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano» en *Pensamiento constitucional*, n.º. 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1995, págs. 73-114.

(56) En efecto, la Constitución vigente, de 1993, establece en su artículo 138, segundo párrafo, lo siguiente: «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». El espíritu de esta disposición constitucional es acogido por el Código Procesal Constitucional en su *Título Preliminar*, artículo VI: *Control difuso e interpretación constitucional*.

(57) *Cfr.* García Belaunde, Domingo, «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo» en su obra *Derecho Procesal Constitucional*, *cit.*, *supra* nota 5, págs. 129-142. Véase

A ese primer órgano de jurisdicción constitucional de 1979 no le fue reconocida una atribución para dirimir conflictos competenciales de rango constitucional. Sin embargo, como nos informa César Landa, ya empezaba a discutirse la posibilidad de su regulación en los debates de la Constitución de ese año, que concedía al Tribunal de Garantías Constitucionales dicha competencia<sup>(58)</sup>, acaso como consecuencia de la previsión de los conflictos que podrían suscitarse con la institucionalización, en esa misma Constitución de 1979, del sistema de descentralización regional y local. Al final, dicha competencia no fue aprobada.

La experiencia peruana en la sustanciación de este proceso constitucional es pues relativamente reciente, al haberse inaugurado, como se ha dicho, con la Constitución de 1993, que en su artículo 202 numeral 3, se limita a establecer, de manera muy general, que es atribución del Tribunal Constitucional «conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley», por lo que no se definen en sede constitucional los entes, órganos o poderes entre los que puedan presentarse los conflictos, como tampoco su materia o contenido.

No obstante el funcionamiento paralelo de los sistemas concentrado y difuso de control de la constitucionalidad y, por tanto, el activismo simultáneo que en esa tarea ejercen los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional<sup>(59)</sup>, la especial organización del sistema de jurisdicción constitucional peruano atribuye como de exclusiva y originaria competencia de este último, además del Proceso de Inconstitucionalidad, el Proceso de Competencia Constitucional<sup>(60)</sup>.

---

también *ibidem*, «La jurisdicción constitucional en Perú», en *ib.*, págs. 25-52, y en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 23, págs. 827-854.

(58) Landa Arroyo, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003, págs. 150-151; *ib.*, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pág. 178.

(59) Cfr. Eguiguren P., Francisco J., «Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Edición 1998, Konrad Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, Buenos Aires, 1998, págs. 37-58.

(60) Sobre el sistema peruano de jurisdicción constitucional, además de los trabajos de Domingo García Belaunde ya citados, *supra* nota 5, véanse los de: Blume Fortini, Ernesto, «El control de la constitucionalidad en el Perú (Antecedentes, desarrollo y perspectivas)», ponencia presentada al II Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional, San José, Costa Rica, 8 y 9 de julio de 2004; Eguiguren Praeli, Francisco J., «La jurisdicción constitucional en el Perú: características, problemas y propuestas para su reforma» en García Belaunde, Domingo (coord.), *La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)*, Lima, Grijley, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional 29, págs. 131-149; Palomino Manchego, José F.,

Es de anotarse, empero, que la del conocimiento de conflictos competenciales no es una de las atribuciones más importantes del Tribunal Constitucional, antes bien no ha tenido una actividad vigorosa con motivo de ella, y tampoco ha desarrollado una jurisprudencia significativa al respecto<sup>(61)</sup>. Pocos son también los estudios publicados sobre el tema<sup>(62)</sup>. Se puede atribuir esa falta de importancia del instituto a tres razones fundamentales: *a)* su relativamente reciente *constitucionalización*; *b)* la caracterización del sistema político del Perú: como Estado unitario, si bien con tendencia descentralizada, supone, al menos teóricamente, menor complejidad conflictual que un Estado federal, en el que, es de presumirse, los entes federados poseen más argumentos para enfrentar al ente federal y viceversa; y *c)* la reconducción de la causa al proceso de la Acción de Inconstitucionalidad a la que obliga el Código Procesal Constitucional (en adelante CPC; artículo 110, párrafo segundo) cuando la impugnación de la que se trata se refiere a normas con rango de ley.

No obstante lo anterior, la revisión de la regulación de estos procesos constitucionales es especialmente relevante por la reciente aprobación y publicación del CPC (Ley No. 28237) en mayo de 2004<sup>(63)</sup>, lo que convierte al Perú en el

---

«Control y magistratura constitucional en el Perú», en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 2002, págs. 435-453; Abad Yupanqui, Samuel, «El nuevo modelo de jurisdicción constitucional en el Perú: Antecedente, balance y perspectivas», en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1998, págs. 1-36

(61) Desde su instalación, a octubre de 2004, al Tribunal Constitucional se le han sometido 25 causas, de las cuales en sólo 7 oportunidades ha emitido sentencia.

(62) De gran utilidad resultan los trabajos de Abad Yupanqui, Samuel, «Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales: dos nuevos procesos constitucionales», en *La Constitución de 1993: análisis y comentarios. Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 10, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994; y de Landa, César, «El conflicto de competencia en la Constitución del Perú de 1993» en *Revista del Foro*, año LXXXI, N° 1, CAL, Lima, 1994.

(63) Véase su publicación oficial en *El Peruano. Diario Oficial*, Lima, Perú, lunes 31 de mayo de 2004, pp. 269424-264436; la exposición de motivos por sus progenitores –entre los que figura el profesor Domingo García Belaunde–, el Anteproyecto, así como el interesante proceso de elaboración del Código puede verse en Abad Yupanqui, Samuel B., Danós Ordóñez, Jorge, Eguiguren Praeli, Francisco J., García Belaunde, Domingo, Monroy Gálvez, Juan y Oré Guardia, Arsenio, *Código procesal constitucional. Anteproyecto y legislación vigente*, Palestra Editores, Lima, 2003. El Anteproyecto del Código puede obtenerse también en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, número 1, México, enero-junio de 2004, págs. 251-282.

primer país de Iberoamérica en adoptar un cuerpo legislativo procesal de esta naturaleza con alcance nacional<sup>(64)</sup>.

El proceso competencial está regulado en cinco artículos (109 a 113) del título IX del CPC, si bien el procedimiento habrá de seguir las reglas, en cuanto lo sean aplicables, que rigen el proceso de la Acción de Inconstitucionalidad (artículo 112, segundo párrafo), además de que debe tomar en cuenta lo establecido por los artículos I a IX del *Título Preliminar* y las disposiciones finales del Título XII del propio Código.

#### A) **Materia y objeto del conflicto de competencia**

A través de este proceso constitucional se posibilita la salvaguarda de las competencias o atribuciones, establecidas por la Constitución o por las leyes, de los poderes del Estado, los órganos constitucionales (entre los que pueden contarse, por ejemplo, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo), los gobiernos regionales o los municipales<sup>(65)</sup>.

Si bien la materia del conflicto, en principio, puede versar sobre actos y normas con rango de ley, merced a lo que podríamos denominar «reconducción procesal» la contienda entre órganos y poderes públicos suscitada por una norma debe canalizarse por el Tribunal Constitucional al proceso de la Acción de Inconstitucionalidad (artículo 110, párrafo segundo, CPC). Ello lleva a afirmar que, al proceso de competencia queda reservado el estudio de las impugnaciones de los actos y de normas de rango inferior a la ley, más no de las leyes propiamente dichas<sup>(66)</sup>.

---

(64) Como era consustancial, el Código Procesal Constitucional declaró derogadas las Leyes No. 23506, de Hábeas Corpus y Amparo; No. 24968, Procesal de la Acción Popular; No. 26301, de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento; los artículos 20 al 63, con excepción del artículo 58, así como la primera y segunda disposición general de la Ley No. 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; así como todos los decretos leyes y leyes complementarias y parcialmente modificatorias de las mencionadas.

(65) Es relevante la primera resolución dictada por el Tribunal Constitucional en torno a esta clase de procesos, la del Exp. No. 001-1995-CC/TC, al haber precisado que no podían someterse al proceso competencial temas vinculados con la delimitación territorial de gobiernos locales.

(66) Véanse las resoluciones del Tribunal Constitucional al Exp. no. 0007-2003-CC/TC, Cusco, Municipalidad provincial de Urubamba, Lima 1 de agosto de 2003; y al Exp. No. 0013-2003-CC/TC, Municipalidad Distrital de Pachacámac, de 29 de diciembre de 2003; en las que se declaró la inadmisibilidad del conflicto promovido en razón de que la controversia debía ser promovida vía Acción de Inconstitucionalidad. En la sentencia pronunciada en el Exp. No.



El objeto del proceso es el de la defensa jurisdiccional de la distribución de competencias que define el ordenamiento jurídico, no sólo constitucional, sino también legal orgánico (según lo disponen, expresa y, en su conjunto, reiteradamente, los artículos 109, primer párrafo, 110, primer párrafo, y 79 del CPC), con lo cual, se constituye, como parámetro de control, una suerte de «bloque de constitucionalidad»<sup>(67)</sup>, en el que deben considerarse normas *sub-constitucionales* en las que se definen ámbitos competenciales, como son las Leyes Orgánica de Gobiernos Regionales, Orgánica de Municipalidades y de Bases de la Descentralización. Queda excluido de la competencia del Tribunal Constitucional cualquier clase de conflicto de índole administrativo o de cualquier otra materia, constituyéndose a favor del Tribunal una «reserva de jurisdicción constitucional»<sup>(68)</sup>.

Se trata de un «proceso de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las competencias constitucionales y legales»<sup>(69)</sup>. En esta tesitura, el Tribunal Constitucional, al avocarse al estudio y resolución de un conflicto de competencia, habrá de interpretar el alcance del catálogo de atribuciones que, por principio de cuentas, provee la Constitución en el título IV («De la estructura del Estado») a cada uno de los entes públicos protagonistas del conflicto, en oscuridad o insuficiencia de las cuales, para los efectos de la resolución del asunto, tendrá que acudir a las leyes secundarias respectivas, necesariamente de carácter orgánico, y no normas de mera «jerarquía legal» o de menor rango, caso en el que la demanda devendría inadmisibile<sup>(70)</sup>. En esta tarea de interpretación del parámetro

---

0013-2003-AI/TC (Lima, Municipalidad de Urubamba, 4 de mayo de 2004), el Tribunal resolvió un Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes cuya demanda se había formulado originalmente como conflicto entre órganos constitucionales (que es el primero de los asuntos mencionados en esta nota).

(67) Sobre el concepto, véase Hoyos, Arturo, «El bloque de constitucionalidad», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, cit. supra nota 4, tomo III, págs. 2797-2818; Carpio Marcos, Edgar, «Normas interpuestas en la Acción de Inconstitucionalidad (el caso peruano)», en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, cit. supra nota 60, págs. 101-115.

(68) Véase la resolución del Tribunal Constitucional deducida del Exp. no. 0013-2003-CC/TC, Municipalidad Distrital de Pachacámac, de 29 de diciembre de 2003 (especialmente 10.1).

(69) Cfr. Quiroga León, Aníbal, «El Derecho Procesal Constitucional peruano», en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, cit. supra nota 60, págs. 471-503, en pág. 498. Véase también *ib.*, «El Derecho Procesal Constitucional peruano», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, cit. supra. nota 4, tomo III, págs. 2901-2958, en pág. 2942.

(70) Véanse, al respecto, las resoluciones del Tribunal Constitucional recaídas a los expedientes no. 370-98-CC/TC, Municipalidad del Centro Poblado Menor «Francisco Bolognesi»,



de control, pero sobretodo de la materia susceptible de ser contenida en el conflicto, siempre será útil la utilización de principios y técnicas especiales para la delimitación de competencias, como lo sugiere César Landa<sup>(71)</sup>.

La interrogante de si se podría promover conflicto de competencia o de atribuciones ante el Tribunal Constitucional respecto de asuntos que le son propios, es contestada puntualmente por su nueva Ley Orgánica (Ley número 28301), que en su artículo 3º, dispone que éste resuelve, de oficio, su falta de competencia<sup>(72)</sup>.

Ahora bien, los conflictos pueden ser de dos clases: *positivos*, cuando la contienda se entabla entre dos o más entes, órganos o poderes del Estado arrojándose cada uno para sí determinada competencia; o *negativos*, cuando, por el contrario, dos o más entes, órganos o poderes del Estado rehúsan asumir, deliberadamente, una competencia específica. Ambos casos han de implicar el desconocimiento de lo establecido por la Constitución o por las leyes orgánicas delimitadoras del marco de actuación de las entidades públicas en disputa.

## **B) Sujetos legitimados**

Se mencionó líneas atrás que la Constitución no define qué órganos o poderes del Estado resultan dotados de legitimación procesal activa para promover conflictos competenciales. Es el CPC el que, al enumerar las hipótesis de las contiendas, da luz acerca de esos sujetos, pero sin establecerlos en forma casuística, sino más bien genérica y abierta. Tal como son mencionados en los supuestos del artículo 109 del CPC, en el Perú se observan dos clases de procesos competenciales: conflictos horizontales y conflictos verticales de competencia.

- a) *Conflictos horizontales de competencia*. Son aquellos en los que litigan dos entes, órganos o poderes del Estado que se encuentran en un mismo rango de jerarquía jurídico-política, por ejemplo, conflicto entre: a) dos poderes del Estado; b) un poder del Estado y un órgano constitucional cualquiera; c) un órgano constitucional contra otro órgano constitucional<sup>(73)</sup>; d) un gobierno regional contra otro; e) un gobierno municipal contra otro.

---

Lima, 28 de abril de 1998; y No. 001-95-CC/TC, Municipalidades de Lima Metropolitana, Lima, 19 de noviembre de 1996.

(71) Landa Arroyo, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, cit., supra nota 58, págs. 155-156.

(72) En su resolución al Exp. no. 0004-2003-CC/TC, el Tribunal desestimó una demanda de conflicto de competencias promovido por un particular en la que solicitaba la precisión de sus propias atribuciones frente a las del Consejo Nacional de la Magistratura.

(73) Los «órganos constitucionales» son aquellos cuyas competencias son asignadas de manera directa por la Constitución, o a través de leyes de «desarrollo constitucional», o bien los

b) *Conflictos verticales de competencia*. Son los que son protagonizados por entes, órganos o poderes públicos ubicados en un nivel distinto en la escala de la descentralización política, por ejemplo, conflicto entre: a) el Poder Ejecutivo contra uno o más gobiernos regionales; b) el Poder Ejecutivo contra uno o más gobiernos municipales; c) un gobierno regional (o más) contra un gobierno municipal (o más).

Cabe destacar que, en el caso de conflictos negativos, aun cuando ahora no lo establezca de manera expresa el CPC, la legitimación procesal activa puede recaer, según se desprende de la legislación anterior (artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, número 26435), en un particular (persona física o jurídica) que se haya visto afectado por la negativa de la entidad estatal para asumir una competencia o atribución, siempre que haya sido agotada la vía administrativa en la que se hubiere dirimido previamente el conflicto<sup>(74)</sup>.

### C) Desarrollo del proceso

Una exposición muy general y sintética de la sustanciación del proceso podría comprender el mínimo de los siguientes aspectos.

#### 1) *Inadmisibilidad e improcedencia*

Conviene recordar que el CPC obliga a seguir las reglas del Proceso de Inconstitucionalidad, en todo aquello que sea aplicable (artículo 112, segundo párrafo), para sustanciar el competencial. Es así que éste (según el artículo 103 CPC) puede truncarse de nacimiento si sobrevienen las siguientes causas: a) la omisión de algún requisito de los exigidos para presentar la demanda, previstos en el artículo 101 CPC<sup>(75)</sup>; y b) la falta de los anexos que pide el artículo

---

que ostenten una naturaleza de «órgano constitucionalmente relevante», por lo que, por ejemplo, un organismo administrativo descentralizado no podría alcanzar legitimación procesal activa o pasiva para contender en un proceso constitucional de competencia. Véanse, al respecto, las resoluciones del Tribunal Constitucional recaídas al Exp. No. 0006-2003-CC/TC, Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo, Lima, 24 de junio de 2003; y al Exp. No. 002-97-CC/TC, Municipalidad Distrital de Paucarpata, Lima, 4 de septiembre de 1997.

<sup>(74)</sup> Véase resolución del Tribunal Constitucional al Exp. No. 0003-2003-CC/TC, Asociación de Ex-trabajadores de Electro Perú S.A. y Sector Eléctrico Nacional, Lima, 11 de junio de 2003.

<sup>(75)</sup> El artículo 101 CPC dispone que toda demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos: 1) La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal; 2) La indicación de la norma que se impugna en forma precisa (en el conflicto competencial se habrá de indicar, desde luego, el acto impugnado); 3) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión; 4) La relación numerada de los documentos que

102<sup>(76)</sup>. En caso de incurrir el demandante en cualquiera de estas hipótesis, el Tribunal lo previene para que integre el requisito omitido, siempre y cuando éste sea subsanable, concediéndole un plazo de cinco días, al término del cual, no habiendo superado el defecto de inadmisibilidad, se declara la improcedencia de la demanda y la consecuente conclusión del proceso (artículo 103 CPC *in fine*). Esta resolución del Tribunal, dada su actuación en última instancia y su calidad de máximo intérprete constitucional, resulta inimpugnable.

El CPC prevé que la improcedencia liminar de la demanda, se actualiza por tres razones diversas: *a*) por haberse interpuesto fuera del plazo previsto en el artículo 100; *b*) por haber desestimado el Tribunal una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en el fondo; y *c*) por incompetencia del Tribunal para conocer de la norma impugnada. Como todas las hipótesis anteriores son directamente valederas para el Proceso de Inconstitucionalidad, son de aplicarse de manera análoga al proceso competencial. Así, por ejemplo, si el Tribunal se encuentra ante una demanda en la que se pide se avoque al estudio de algún conflicto sobre el que ya se ha pronunciado sustancialmente en el fondo, o si encuentra que es incompetente por no tratarse de una real invasión constitucional de esferas competenciales, decreta desde luego la improcedencia. Llama la atención que en el primer supuesto, aplicado a los procesos de competencia, no está claro a cuánto tiempo debe corresponder el plazo para la presentación de la demanda, pues nada se dice en el título IX, y tampoco en el VIII, de aplicación supletoria.

## 2) *Demanda y contestación*

Una vez que el Tribunal Constitucional ha verificado que la demanda no adolece de ningún requisito o anexo, y estima que existe materia de conflicto y que, además, es de su competencia la resolución del mismo, decreta, desde luego, la admisibilidad de la demanda, inmediatamente después de lo cual dispone sobre los emplazamientos respectivos. Sobre ello debe resolver dentro del plazo de 10 días (artículo 103 CPC).

---

se acompañan; 5) La designación del apoderado, si lo hubiere; y 6) Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación (en el caso del conflicto competencial dicha copia habrá de referirse, por supuesto, al acto de que se trate). (Paréntesis nuestros).

(76) Este artículo se refiere, sobre todo, a la certificación del acuerdo en el que conste la aprobación de un órgano unipersonal o colegiado para acudir al proceso constitucional, por ejemplo, la certificación del acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el Presidente de la República (1); o la certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional cuando el actor sea el Presidente de Región (5).

Es de mencionarse que el demandante está facultado para solicitar la suspensión de la disposición, resolución o acto que esté siendo objeto del conflicto. En completa congruencia con lo que el CPC establece como principio de supremacía de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional en el sistema jurídico peruano (artículo VI, párrafo tercero, del *Título Preliminar*), si se promueve un conflicto competencial con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier Juez o Tribunal, éste puede suspender el procedimiento hasta que llegue la resolución del Tribunal de constitucionalidad (artículo 111).

El plazo para contestar la demanda es de treinta días. En caso de que no se conteste una vez vencido, el Tribunal Constitucional declara la rebeldía, al mismo tiempo que señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes (artículo 107 CPC).

### **3) Instrucción y pruebas**

A juzgar por los plazos y términos establecidos por el CPC, se trata de un proceso sumario y sencillo. El Tribunal Constitucional cuenta con amplias facultades para hacerse del material probatorio que considere pertinente para mejor resolver, pues puede solicitar a las partes, poderes del Estado y órganos de la administración pública, toda clase de documentos, informaciones, aclaraciones o precisiones que estime necesarias para tomar su decisión. En estos específicos casos, el Tribunal habilita un plazo a efecto de que las partes puedan conocerlos y puedan alegar lo que a su derecho convenga (artículos 112 y 119 CPC).

Pero no termina ahí la prevalencia del principio de oficiosidad que caracteriza la actuación del Tribunal Constitucional durante el proceso, y de hecho no se limita dicho principio sólo al competencial, sino a todos los procesos constitucionales peruanos. Así lo reitera el propio CPC en diversas disposiciones: desde el *Título Preliminar* (artículo III, párrafo segundo) lo obliga a «impulsar de oficio los procesos» en atención al interés público de la pretensión discutida, con prescindencia de la actividad o interés de las partes (artículo 106); asimismo, antes de pronunciar sentencia, debe subsanar de oficio –aunque también las partes están facultadas para solicitarlo– cualquier vicio de procedimiento en que se haya incurrido (artículo 120).

Los procesos de competencia deben ser resueltos por el Tribunal Constitucional, en todo caso, dentro de los sesenta días hábiles contados a partir de aquél en el que se interpuso la demanda (artículo 112 *in fine*).

### **D) La sentencia constitucional y sus efectos**

El proceso constitucional no puede culminar si no es con una sentencia (artículo 106 CPC). En los conflictos de competencia, ésta vincula a los poderes públi-

cos y tiene plenos efectos *erga omnes*. Debe distinguirse, para especificar los diversos efectos que pueden generarse, entre las sentencias que se pronuncian en procesos de conflictos positivos y las que se emiten por virtud de conflictos negativos.

### **1) Sentencias en procesos de conflictos positivos**

En este caso, la decisión del Tribunal Constitucional: a) determina los poderes o entes estatales a los que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas; b) anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia; y c) resuelve, en su caso, lo procedente acerca de las situaciones jurídicas producidas sobre la base de los actos dirimidos (artículo 113 CPC).

### **2) Sentencias en procesos de conflictos negativos**

Bajo este supuesto, la decisión del Tribunal Constitucional: a) determina la titularidad de las competencias o atribuciones controvertidas, y b) señala un plazo dentro del cual el poder del Estado o ente estatal respectivo, debe ejercerlas (artículo 113 *in fine*).

Una vez dictadas, las sentencias deben remitirse, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha de su expedición, al *Diario Oficial* «El Peruano» para su publicación, que debe realizarse dentro de los tres días siguientes. En su defecto, el presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional (segundo párrafo de la disposición final cuarta, del título XII). Ahora bien, cuando los conflictos competenciales involucren gobiernos regionales o municipales, la publicación de las sentencias debe también verificarse en la sección de avisos judiciales de diarios de esas circunscripciones, y, en los lugares donde no existan, mediante carteles fijados en lugares públicos. Con independencia de la publicación en el *Diario Oficial* y en los diarios regionales o locales, en su caso, las sentencias del Tribunal Constitucional deben constar también en la *Gaceta Constitucional*, órgano oficial del Tribunal (disposición final séptima del título XII).

## **E) Recursos**

Como no podría ser de otra manera, por su carácter de órgano especializado para dirimir litigios constitucionales y, sobretudo, por su calidad de máximo intérprete de la Constitución, las sentencias del Tribunal Constitucional son inimpugnables (artículos 121 y 82, primer párrafo, CPC), si bien el Código es expreso al establecer que se deja a salvo el derecho que pudiera asistirle al demandante para recurrir a los Tribunales u organismos internacionales constituidos de acuerdo con los tratados de los que el Perú es parte.

En el régimen interno, sólo cabe solicitar la aclaración de algún concepto o la enmienda de cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido el Tribunal Constitucional, en el plazo de dos días, contados a partir de la notificación de la resolución, ya de oficio, ya a instancia de parte. Sí existe un recurso de reposición pero para impugnar decretos y autos del Tribunal. Debe promoverse ante él en el plazo de tres días, contados a partir de la notificación del decreto o auto de que se trate. La resolución a este recurso habrá de emitirse en los dos días siguientes (artículo 121 CPC).

## V. REFLEXIONES COMPARATIVAS: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL DE MÉXICO Y EL PROCESO COMPETENCIAL DEL PERÚ

Una vez que se ha hecho superficial exploración a los conceptos y las características más generales de los procesos competenciales en materia constitucional de México y Perú, se pueden esgrimir algunas consideraciones de acercamiento, pero también, con mayor relieve, contrastantes aspectos procesales.

No encontramos razones de tipo histórico, político o jurídico por las que pueda establecerse algún influjo o vinculación directa entre los instrumentos procesal-constitucionales motivo de este apunte. Antes bien sus antecedentes y caracterizaciones normativas responden a circunstancias bien diversas, producto de sus muy particulares contextos jurídicos, lo que permite afirmar que existen entre ellos varias semejanzas o equivalencias, esencialmente en razón de su objeto común, pero a partir de él se advierten muchas diferencias. Su punto de contacto se encuentra en el propósito que ambos mecanismos persiguen en sus correspondientes sistemas jurídicos constitucionales, cual es la defensa jurisdiccional del ejercicio vertical y horizontal del poder político, y, concomitantemente, salvaguardar los marcos delimitadores de las funciones y atribuciones que la Constitución quiere mantener entre los órganos y poderes del Estado.

Una primera reflexión dirigida a distinguir los mecanismos procesales sujetos a estudio, parte de la diversa forma de Estado que caracteriza a México y Perú. Si bien esta es una cuestión de sustancia, incide de manera directa no sólo en la forma en que se ha ideado la instrumentalización de cada uno de esos mecanismos, sino también, desde luego, en la época en que debieron alcanzar su constitucionalización y en su operatividad práctica. México es un Estado federal; Perú lo es unitario, si bien, a partir de la Constitución de 1979, se instituyó un sistema de descentralización territorial y política. En México, las controversias constitucionales se instauraron en la vigente Constitución de 1917, y aún en las anteriores que tuvieron vigencia en el país: ya la de 1824, la primera de factura nacional en la historia independiente, preveía como atribución de la Corte Suprema de Justicia conocer de las diferencias que pudieran suscitarse entre los Esta-

dos de la Federación (artículo 137, fracción 1); y la Constitución de 1857 disponía un mecanismo para la resolución de controversias entre Estados y «aquéllas en que la Unión fuere parte» (artículo 98). No obstante la antigüedad de la institución, su eficacia práctica se verificó, con significativa fuerza, muy recientemente, a partir de las reformas constitucionales y legales de 1994-1995, entre otras razones –derivadas de la redistribución del poder político que experimentó el país en los diversos órdenes de gobierno–, por la ampliación de los sujetos legitimados (al reconocérseles esa condición a los municipios) y una más detallada definición de reglas procesales (con la expedición de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 constitucional). La reiterada previsión de un instrumento como éste en los ordenamientos constitucionales mexicanos se hizo necesaria en gran parte porque fue consustancial al modelo federal, forma del Estado que implicaba la convivencia de una pluralidad de entes: las entidades federativas (en la actualidad un total de 32, y un Distrito Federal, cuyo régimen jurídico se acerca cada vez más al de una entidad federativa) y una Federación, interrelación de la que cabría esperar naturales roces. La controversia constitucional se previó en México desde su enaltecimiento como nación independiente simplemente porque las necesidades de control –si bien así se revelaba desde el plano teórico–, desde entonces fueron connaturales al sistema jurídico-político adoptado.

En el Perú, en cambio, el proceso competencial se instaura, como se ha afirmado, con la Constitución actualmente en vigor, de 1993, como una nueva competencia del Tribunal Constitucional, y no se previó con anterioridad, en toda la vida constitucional del país debido a que, por el contrario, las necesidades de control de invasión de competencias eran prácticamente nulas. En efecto, no empieza a discutirse en el Perú sobre lo obligado que resultaba instituir procesos de competencia sino hasta que se funda un sistema de descentralización y empieza a verificarse el desarrollo legislativo de la regionalización. Ya en los debates de la Constitución de 1979 se confería al Tribunal de Garantías Constitucionales una competencia para dirimir diferendos entre el poder central y los órganos departamentales y regionales. Aunque no permeó finalmente en el texto constitucional, dicha preocupación sí quedó recogida en la Ley de Bases de la Regionalización (Ley número 24650) que en su artículo 71 disponía: «Los conflictos entre un gobierno regional y un gobierno local, entre gobiernos regionales, y entre un gobierno regional y el gobierno central son resueltos por la Corte Suprema, tramitándose el proceso en primera instancia ante la segunda sala civil y en segunda instancia ante la primera sala civil de la Corte Suprema»<sup>(77)</sup>. En significativa medida, fue debido a que el proceso de descentralización quedó incorporado en el

---

(77) Landa Arroyo, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, cit. supra nota 58, pág. 151.

texto constitucional de 1993 que se hizo necesario dejar previsto un proceso constitucional idóneo para resolver previsibles diferencias entre los diversos actores que vienen a convivir en el escenario político.

Otra razón de divergencia sustancial que importa a los institutos sometidos a examen, si bien paradójicamente redundante en una similitud del método, se deriva de la diversa caracterización del modelo de control de la constitucionalidad imperante en México y el Perú. En el primero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano especializado para resolver litigios de naturaleza constitucional, aunque no de manera estricta y exclusiva, al participar también los Tribunales de la federación en la función de control de los actos de autoridad por violaciones indirectas a la Constitución, a través del proceso de amparo. En el segundo, aun cuando, como se ha mencionado, impera un sistema «dual o paralelo», es, en realidad, el Tribunal Constitucional el que cumple el papel de supremo intérprete de la Constitución, mientras los Tribunales ordinarios participan en la dinámica de un control difuso al encontrarse autorizados para inaplicar leyes que estimen anticonstitucionales. Pues bien, un punto de equivalencia emana de esos escenarios de jurisdicción constitucional tan diversos: los conflictos constitucionales de competencia están atribuidos en ambos, en exclusiva y única instancia a los máximos Tribunales de constitucionalidad: la Suprema Corte mexicana y el Tribunal Constitucional peruano.

Otro aspecto de distanciamiento entre ambas instituciones se deriva del tratamiento procesal del conflicto cuando el objeto de la impugnación es una norma con rango de ley. En la controversia constitucional mexicana la impugnación de normas generales no sólo sigue el procedimiento propio de la controversia, sino que además en ese concepto cabe considerar, además de leyes federales o locales propiamente dichas (emitidas por los congresos de los Estados de la República), también reglamentos (federales, estatales y municipales), por lo que el ámbito de impugnación se antoja demasiado extenso. En el Perú, en cambio, opera una especie de «reconducción procesal» (como sucede también en España, por ejemplo), de tal suerte que, cuando la invasión competencial implica la impugnación de una norma con rango de ley, el procedimiento a seguir es el previsto para la Acción de Inconstitucionalidad, limitándose la materia de los procesos de competencia a los actos y a las normas sin rango de ley, como pueden ser los actos administrativos reglamentarios.

Por cuanto hace al parámetro de control al que han de atender sendos procesos constitucionales de competencia, debe decirse que, en México, éste se ha venido delineando a través de la interpretación jurisprudencial que, en un principio, como se ha dicho<sup>(78)</sup>, optó por imponer que la controversia sólo sería proce-

---

(78) Véase *supra* número III. A)



dente si se invocaban violaciones directas a la normativa constitucional; empero, un diverso criterio se pronunciaría después en el sentido de que es perfectamente admisible el estudio de cuestiones *infraconstitucionales*, a propósito de normas o actos estimados contrarios al artículo 16 constitucional –que consagra, en rango constitucional, el principio de legalidad–, a través del cual es posible incursionar al análisis del conflicto por basarse en la inobservancia de leyes secundarias, «siempre que estén vinculadas de modo fundamental con el acto o ley reclamados». En el Perú, la regla es mucho más nítida: el parámetro en base al cual habrá de juzgarse la procedencia del conflicto se corresponde no sólo con el texto constitucional, sino –debido a la existencia de una suerte de «bloque de constitucionalidad»–, con leyes, siempre que sean de carácter orgánico, en las cuales se extiende la definición y delimitación de competencias de los órganos o poderes litigantes.

Otra discordancia a destacar es la cuestión de la amplitud con la que se regulan los procesos, a nivel constitucional y legal, así como la operación de la suplencia de normas aplicables. La controversia mexicana goza de una *constitucionalización* más amplia en la fracción I del artículo 105, al grado de que en ella se enlistan de manera casuística «en grado extremo»<sup>(79)</sup>, los supuestos de conflictos –aunque, como se ha afirmado, se han admitido por la Suprema Corte otras hipótesis fuera de ese marco<sup>(80)</sup>– y además se establecen las bases de los efectos de las sentencias; en tanto que está regulado su procedimiento en la ley reglamentaria del artículo 105, en su título II, en 49 artículos (de los 73 que integran la ley), el cual es principal y preponderante sobre el de la Acción de Inconstitucionalidad, pues el de la controversia constitucional le sirve para su trámite procesal en todo aquello que no se prevea y le sea aplicable (artículo 59 LR105). En cambio, el proceso competencial peruano tiene una incipiente base constitucional, pues se limita, en el artículo 202-3 a señalarse como atribución del Tribunal Constitucional, y en el Código Procesal Constitucional se regula en sólo 5 preceptos, con un procedimiento que es subsidiario frente al proceso de la Acción de Inconstitucionalidad, al que debe sujetarse en todo lo que le sea aplicable.

Otra disparidad se puede encontrar en los sujetos con legitimación procesal activa para iniciar los conflictos. En México esa legitimación corresponde, en exclusiva, a los órganos y poderes del Estado a los que la Constitución confiere esa facultad, y no cabe la posibilidad de que particulares puedan promover demanda alguna. En el Perú, si bien el CPC ahora nada literal dice en relación con la

(79) Carpizo, Jorge, «Algunas garantías procesal-constitucionales en México», en su libro *Temas constitucionales*, 2ª. edición, Porrúa, UNAM, México, 2003, págs. 223-235, en pág. 231.

(80) Véanse *supra* notas 31 y 32.

participación de personas físicas o jurídicas como actores de un conflicto de competencia, si se admite esa posibilidad desde la regulación anterior (artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), además de que se desprende de la regulación de los efectos de las sentencias en conflictos negativos, en los que el Tribunal Constitucional debe señalar la autoridad titular de la competencia rehuída, que importa el interés de un particular gobernado por que dicha autoridad la asuma efectivamente.

Otra diferencia se encuentra, precisamente, en la clasificación que de los procesos de competencia hace la ley en el Perú en conflictos positivos y negativos, cuando en México no se realiza tal distinción. En principio, la ley mexicana sólo admite un conflicto en el que se controvierte la actuación positiva de los entes públicos, sin embargo, vía jurisprudencial se ha aceptado la eventual impugnación de los actos negativos, como se desprende de la tesis P./J. 82/99<sup>(81)</sup>, que al hacer sólo una consideración por demás genérica, su procedencia es todavía poco clara.

Otra distinción, que es de la mayor relevancia al implicar la efectividad del control de la constitucionalidad de los actos contrarios a la Constitución, es la del diverso régimen de las sentencias. En primer lugar es de mencionarse que en México no existe un plazo definido dentro del que la Suprema Corte se encuentre obligada a emitir su resolución; en cambio en el Perú, acorde con el espíritu de presteza del proceso constitucional, se ha establecido que, en todo caso, el Tribunal Constitucional debe resolver dentro de los sesenta días posteriores a la presentación de la demanda. Otra cuestión a destacar dentro del rubro de las sentencias es el del divergente tratamiento de sus efectos. En México existe un sistema complejo del que se derivan dos posibilidades: la generación de efectos particulares o de efectos generales, caso este último que, como se vio, resulta de difícil realización<sup>(82)</sup>. En el Perú se prevé que las sentencias tienen, en todo caso, plenos efectos *erga omnes*.

No puede dejar de destacarse el que quizá sea uno de los más importantes puntos de confluencia entre ambos sistemas que es el de la presencia, en prácticamente todas las etapas del proceso, del principio de oficiosidad que ha de aplicar el Tribunal de conflictos constitucionales. En efecto, la Suprema Corte de Justicia mexicana posee un amplio bagaje de poderes jurisdiccionales en materia de pue-

---

(81) «Controversias constitucionales. Procede impugnar en esta vía las que se susciten entre las entidades, poderes u órganos a que se refiere la ley reglamentaria respectiva, sobre la constitucionalidad de sus actos positivos, negativos y omisiones», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo: X, agosto de 1999, tesis: P./J. 82/99, pág. 568.

(82) Véase *supra* número III. D).

bas para mejor proveer o resolver y de suplencia de la deficiencia del error y de los planteamientos de la pretensión; en tanto que el Tribunal Constitucional peruano está robustecido con similares facultades en materia probatoria, para impulsar de oficio el proceso y para subsanar cualquier vicio de procedimiento. El imperio de la oficiosidad que rige el proceso constitucional se ve justificable si se toma en cuenta que la naturaleza del conflicto es de innegable interés público y se encuentra dotado de la más alta carga política, de suyo tendente hacia intereses partidistas.

Las anteriores son tan sólo algunas de las muchas consideraciones que podrían revelarse a propósito de la galopante revista comparativa de estas garantías procesales de los sistemas mexicano y peruano de control de la constitucionalidad, en ambos con cada vez mayor trascendencia para el mantenimiento y desarrollo de sus respectivos Estados democráticos de Derecho.

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

JUAN CARLOS MORÓN URBINA (\*)

**SUMARIO:** **I.** Introducción. **II.** Conceptualización del proceso de Acción Popular como un proceso constitucional dirigido a defender la constitución frente a infracciones a su jerarquía normativa. **III.** Normas controlables a través del proceso de Acción Popular. **IV.** Supuestos de vicio objeto de control por este proceso constitucional. **V.** Continuidad de la competencia judicial para conocer estos procesos. **VI.** Unificación de los plazos de prescripción para interponer la demanda. **VII.** Legitimación para interponer la demanda de Acción Popular. **VIII.** Admisión de medidas cautelares para suspender la norma acusada. **IX.** El efecto temporal de las sentencias estimativas. **X.** Preferencia del proceso de Inconstitucionalidad respecto de la Acción Popular. **XI.** Omisiones importantes en la codificación a tener en cuenta para el futuro. **XII.** A modo de conclusión.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El Derecho Constitucional peruano ha dado un paso firme adicional en su desarrollo científico, con la aprobación del nuevo Código Procesal Constitucional. A partir de su nueva organización, sistemática y de la naturaleza perfeccionada de sus instituciones y procesos, los operadores del Derecho Constitucional

---

(\*) Profesor en el área de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(jueces, justiciables y abogados) tendrán a su disposición un mejor instrumento para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía del ordenamiento constitucional sobre la voluntad de las autoridades de turno.

Dentro de este contexto, el presente ensayo está dirigido a aportar algunos elementos de juicio –con énfasis en las modificaciones introducidas a la normativa preexistente– respecto al régimen jurídico creado para el control concentrado<sup>(1)</sup>, abstracto<sup>(2)</sup>, en vía principal<sup>(3)</sup> y con efectos generales<sup>(4)</sup> sobre la constitucionalidad y legalidad de las normas reglamentarias, es decir, la Acción Popular<sup>(5)</sup>.

Con la frase la «*revitalización de la Acción Popular*», la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Constitucional resume su voluntad de innovación legislativa sobre el tratamiento de este antiguo proceso constitucional<sup>(6)</sup>. Indudablemente, a despecho de la antigüedad de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ha sido la cenicienta de los procesos constitucionales, por su prácticamente desuso por los operadores y el escaso interés por estudiarla por sus autores<sup>(7)</sup>.

---

(1) En términos constitucionales, el proceso de Acción Popular corresponde a la tipología del control concentrado de constitucionalidad en la medida que la competencia para conocerlo está radicada en el Poder Judicial, y en particular, de la Sala competencia de las Cortes Superiores de la República, y en segunda instancia por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

(2) En términos constitucionales, el proceso de Acción Popular es un proceso de control abstracto, puesto que el Juez tiene en sus manos un proceso de puro derecho, en el que aprecia la existencia o no controversia o antinomia entre la norma reglamentaria y una ley, o entre la primera y la Constitución, sin analizar su aplicabilidad a algún supuesto fáctico (caso controvertido) sometido a su conocimiento.

(3) El proceso de Acción Popular, es un control en vía principal porque el asunto fundamental y único del proceso versa sobre la controversia constitucional sobre la ilegalidad o legalidad.

(4) El proceso de Acción Popular, es un control con efectos generales, por cuanto la decisión de la judicatura tiene por objeto privar de efectos de manera directa, obligatoria e inmediata a la norma reglamentaria acusada de ilegal o inconstitucional, y no se trata de una mera inaplicación para el demandante.

(5) No debe olvidarse que en aplicación del control difuso atribuido al Poder Judicial también, existe la posibilidad de controlar la constitucionalidad y legalidad de los reglamentos en vía difusa, concreta, incidental y con efecto *inter partes*.

(6) La Acción Popular –como se le conocía entonces– apareció en la Constitución Política de 1933, sin embargo su desarrollo ha sido incierto.

(7) Ciertamente, fuera de los manuales y estudios generales sobre procesos constitucionales, los únicos estudios específicos recomendables que recordamos sobre esta figura son los

Por nuestra parte, consideramos correcta esta expresión, en la medida que evidentemente el legislador ha pretendido introducirle las adecuaciones necesarias a la Acción Popular, a fin de activar su ejercicio para la protección del orden constitucional y legal de nuestro país, y controlar mejor judicialmente el ejercicio del «poder reglamentario» por las personas conformantes de la Administración Pública.

En nuestra opinión, las modificaciones esenciales del nuevo Código en esta materia, son las siguientes:

- a) Conceptualizar a la Acción Popular como un proceso constitucional dirigido a defender la Constitución frente a infracciones de su jerarquía normativa y no como un control jurisdiccional sobre la potestad reglamentaria de la administración (art. 75).
- b) La posibilidad de dar efecto retroactivo a la sentencia que declare fundada la demanda y, por ende, la nulidad del reglamento cuestionado (art. 81).
- c) La unificación del plazo de prescripción para interponer la demanda contra toda norma reglamentaria a cinco (05) años a partir de su publicación (art. 87).
- d) La procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos de la norma, en segunda instancia si la sentencia de grado fuera favorable a la demanda (art. 94).
- e) La supresión de la participación del Ministerio Público como instancia dictaminadora en este proceso (en consonancia con la posición que adopta el Código correctamente en esta materia).

## II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR COMO UN PROCESO CONSTITUCIONAL DIRIGIDO A DEFENDER LA CONSTITUCIÓN FRENTE A INFRACCIONES A SU JERARQUÍA NORMATIVA

Un primer aspecto que surge de la codificación realizada referente a la Acción Popular, es haber explicitado su carácter de proceso constitucional dirigido a defender la Constitución Política del Estado frente a las infracciones a su jerarquía normativa (art. 75), en cuya virtud comparte un mismo *telos* y tratamiento jurídico con el proceso de Inconstitucionalidad de las leyes (con el que además se

---

artículos del profesor Jorge Danós Ordóñez («La garantía constitucional de la Acción Popular», publicada en la *Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales* 4, 1990), de Fernando Trazegnies Granda («La nulidad de los Decretos Supremos» publicada en el colectivo *Sobre la Jurisdicción Constitucional* publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990), y el referente clásico de Manuel Álvarez Simonetti (*Debate en torno a la Acción Popular*, publicada en la Revista Derecho, N° 32, PUC, 1974).

les unifica al momento de realizar la codificación constitucional, sin perder su individualidad). Evidentemente, el codificador se preocupa en darle un contenido altamente pedagógico a este proceso, al superar una tradicional concepción de tratarse solamente de un mecanismo de control interórganos del Poder Judicial sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, para hacerle participar de los esfuerzos por proteger la constitucionalidad de los actos del poder constituido con una participación ciudadana abierta al máximo.

En este sentido, la codificación asume la tesis del profesor Landa, cuando señalaba que Acción Popular es «un proceso constitucional de tipo jurisdiccional encargado del control constitucional y legal, contra las normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Constitución y a la ley»<sup>(8)</sup>.

Por ello, siguiendo al mismo profesor, «la Acción Popular, desde el punto de vista sustantivo, está estrechamente vinculada a la Acción de Inconstitucionalidad contra las leyes, en la medida que su objeto también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero, examinando las normas inferiores a la ley. En ese sentido, mediante la Acción Popular los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad con carácter general de las normas infralegal que sea contraria a la Constitución y a las leyes»<sup>(9)</sup>.

Este solo aporte de conceptualización dogmática, aportará –*mutatis mutandi*– a la aplicación de la Acción Popular, el desarrollo teórico y jurisprudencial logrado por el proceso de Inconstitucionalidad de las leyes.

### III. NORMAS CONTROLABLES A TRAVÉS DEL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Un segundo tema que debe tenerse presente para el desarrollo de la aplicación de este proceso constitucional, es el alcance de las normas que estarán sujetas a su control. Para este efecto, el artículo 76 del Código establece la siguiente fórmula:

«la demanda de Acción Popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen...».

Debemos advertir que la frase es equivocada, pero debemos decir, en su descargo, que no proviene del legislador del Código, sino que repite la fórmula del

---

(8) Landa Arroyo, César: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2004, pág.147.

(9) Landa Arroyo, César: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, *ob. cit.*, pág.148.

art. 200 inciso 5 de la Constitución y art. 1° de la antigua Ley No. 24968, Ley procesal de Acción Popular. No estamos frente a tres objetos de control distintos: 1) Reglamentos; 2) Normas administrativas; y 3) Resoluciones de carácter general, sino frente a un solo fenómeno: el reglamento. No existen normas administrativas ni resoluciones de carácter general que no sean reglamentarias, ni tampoco existen normas administrativas –que por antonomasia son generales– que puedan ser singulares. Parece ser, que tan equivocado desdoblamiento se fundamentó en un falso entendimiento de que nominalmente los reglamentos eran las normas expedidas por el Presidente de la República, y que las demás normas administrativas y resoluciones de carácter general, no serían «reglamentos» sino simplemente preceptos generales. Ni la doctrina ni el ordenamiento soportan esta interpretación equivocada.

En síntesis, las normas controlables a través de la Acción Popular son las normas reglamentarias, entendidas como las provenientes de la potestad administrativa para emitir declaraciones unilaterales de voluntad de las entidades públicas con efectos normativos jurídicos generales y directos. Por tanto, la potestad reglamentaria de la Administración, participa de las siguientes notas características: *a)* poseer fundamento constitucional (por tanto no es necesario que cada ley indique al Poder Ejecutivo su competencia para reglamentarla), *b)* unilateralidad (por tanto, el Poder Ejecutivo puede emanar un reglamento sin que nadie se lo solicite o indique), *c)* emanar de un órgano actuando en función administrativa, y *d)* poseer naturaleza normativa (efectos generales e impersonales), pudiendo ser hacia el interior de la administración (como son los reglamentos en materia presupuestal que emite el Ministerio de Economía y Finanzas) o externos (los dirigidos a la ciudadanía en general).

Ahora bien, cuando nos referimos a las normas controlables a través de la Acción Popular, si bien pensamos en un solo tipo de norma (Reglamento), existe diversidad de subespecies que debemos considerar, en función del organismo u órgano que lo emite. En este sentido, la potestad reglamentaria guarda correspondencia con el nivel de descentralización de la acción ejecutiva. En los Estados fuertemente centralizados la atribución reglamentaria radica en el Poder Ejecutivo, mientras que en los Estados descentralizados, dicha potestad se encuentra distribuida, en grado variable, entre las diversas personas públicas descentralizadas, que la hacen dispersa entre la Administración Pública.

La descentralización del poder reglamentario aparece como consecuencia que se le limiten recíprocamente por el principio de la competencia administrativa, esto es, según la materia que le es confiado al organismo que lo apruebe:

- a)* Reglamentos nacionales aprobados por el Poder Ejecutivo: los Ministerios, los órganos desconcentrados (Direcciones nacionales o generales) y los or-



ganismos públicos descentralizados, como por ejemplo, los organismos reguladores.

- b)* Reglamentos provenientes de organismos autónomos, como pueden ser los emitidos por la Superintendencia de Banca y Seguros, Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República.
- c)* Reglamentos emitidos por los gobiernos municipales (Decreto de Alcaldía).
- d)* Reglamentos regionales.

Ahora bien, este cuadro no estaría completo si desconocemos que al interior de cada una de estas categorías –establecidas en función de las materias atribuidas en su competencia exclusiva– existen grados de jerarquía, que determinan también pluralidad de reglamentos, sometidos a su vez, a una relación de prevalencia y superioridad. Por ejemplo, dentro de los Reglamentos nacionales, predominarán los reglamentos aprobados por el Ministro y el Presidente de la República, respecto a los que apruebe una Dirección General de un Ministerio, y sobre los que apruebe un organismo público descentralizado.

La Acción Popular controla los vicios contra la jerarquía constitucional o legal de cualquiera de todos estos reglamentos que acabamos de pasar revista.

#### **IV. SUPUESTOS DE VICIO OBJETO DE CONTROL POR ESTE PROCESO CONSTITUCIONAL**

En cuanto a los vicios objeto de control a través de este proceso constitucional, los artículos 75 y 76 del Código Procesal Constitucional, identifican los siguientes:

- a)* Inconstitucionalidad o ilegalidad directa.
- b)* Inconstitucionalidad o ilegalidad indirecta.
- c)* Inconstitucionalidad o ilegalidad total.
- d)* Inconstitucionalidad o ilegalidad parcial.
- e)* Inconstitucionalidad o ilegalidad formal.
- f)* Inconstitucionalidad o ilegalidad de fondo.

Como se puede apreciar esta tipología de vicios esta desarrollada bajo dos criterios: *a)* La norma afectada por el reglamento (la Constitución o la Ley), y, *b)* La forma en que esta afectación o antinomia se concreta (por el fondo, por la forma, total, parcial, etc.)

Respecto al primer aspecto de la formula legal, debemos tener en cuenta que estamos frente a dos supuestos distintos arquetípicos: *a)* que un reglamento vulnere o afecte la Constitución Política del Estado o, *b)* que un reglamento vulnere o afecte alguna norma legal. Sin embargo, es necesario advertir que en

virtud de la exigencia constitucional para que los reglamentos no puedan desnaturalizar o transgredir a la ley (art. 118), y el principio de supremacía normativa (art. 51), no es posible escindir entre reglamento ilegal y reglamento inconstitucional. Dicho en otros términos, todo reglamento que desnaturalice o trasgreda directamente a una ley será necesariamente un reglamento, a su vez, indirectamente, inconstitucional. Por otro lado, sí es posible identificar un supuesto de reglamento que pueda ser inconstitucional, sin necesariamente ser ilegal, cuando se trata de los reglamentos denominados autónomos o «*praeter legem*» y no de ejecución.

En efecto, tratándose de los reglamentos que dicta la Administración, no para ejecutar una ley en particular, sino para normar alguna actividad dentro del ámbito de interés específico de alguna entidad pública, o de la Administración, en general, sí podrá ser posible apreciar en ella, la existencia de trasgresión constitucional, mas no necesariamente de ilegalidad directa. Ejemplos de estos reglamentos han sido en su momento, el RUA, el RULCOP, y actualmente lo sigue siendo, el Reglamento dictado por el Poder Ejecutivo para la administración de bienes del Estado (D.S. 154-2000-EF) y el Reglamento General de Construcciones.

Ahora bien, desde el punto de vista de la forma de concreción de vicios que afecta el reglamento, el Código nos señala expresamente los vicios directo, indirecto, el total, parcial, formal, y el de fondo<sup>(10)</sup>. Por su trascendencia nos ocuparemos de estos dos últimos.

La trasgresión material o de fondo a las leyes por parte de los reglamentos se produce con motivo de la dación de los denominados «reglamentos de ejecución», esto es, a través de los cuales el Poder Ejecutivo dicta las normas necesarias para precisar, desarrollar, pormenorizar, o asegurar la operatividad correcta de una ley previa, pero sin condicionar su vigencia. Por ejemplo, norma sobre las disposiciones de organización para dar cumplimiento a la ley, los requisitos para su tramitación, la cobertura administrativa para implementar la ley, etc.

En tal sentido, los reglamentos de ejecución presuponen la dación y vigencia de una norma con rango de ley (ley formal, Decreto Legislativo, Decreto de Ur-

---

<sup>(10)</sup> Lamentablemente, el legislador no explicitó la competencia en caso de dos vicios más reconocidos por la doctrina: la inconstitucionalidad o ilegalidad sobreviniente (cuando el vicio aparece *a posteriori* en la norma reglamentaria, por la modificación efectuada a la Constitución o a la Ley que la sustentaba originalmente, y por tanto sobreviene en contradictoria con la jerarquía administrativa), y la ilegalidad por omisión (cuando la Administración se resiste a desarrollar en vía reglamentaria algún aspecto que la Ley le ha encargado). Esperemos que la jurisprudencia desarrolle estos supuestos, en aras de la supremacía jerárquica del ordenamiento constitucional.

gencia, Ley Orgánica, etc.) que contenga una regulación básica de la materia a reglamentar, a la cual se subordina la potestad reglamentaria. En este sentido, el reglamento debe constituir solo y exclusivamente el desenvolvimiento de las reglas incluidas en la ley a la cual pretende reglamentar, pues parte de cada uno de los imperativos contenidos en sus preceptos extrayendo las consecuencias concretas para su mejor aplicación. Por tanto, una norma reglamentaria, no puede tener por objeto: transgredir, desnaturalizar, limitar, corregir ni perfeccionar a la ley que busca ejecutar. Hacerlo implica transgredir la norma legal, por el fondo.

Como bien establece Morell Ocaña, el reglamento: «es una norma jurídica, con valor subordinado a la Ley y sobre materias no reservadas a la misma»<sup>(11)</sup>. Nótese entonces que hay dos valores importantes para apreciar la corrección constitucional de un reglamento: *a)* su valor subordinado a la ley; y *b)* que debe ser ejercido sobre materias no reservadas a ley, esto es «reglamentables».

Por la primera característica, las normas reglamentarias están sujetas a la primacía de la ley por la supraordenación o superioridad jerárquica de esta última, en cuya virtud, el reglamento está subordinado formalmente (por la forma), materialmente (por los temas), y subordinada a los dictados de la ley (por ejemplo, si la ley remite alguna materia a la regulación por vía reglamentaria).

Por la segunda característica, significa que el Poder Ejecutivo no puede desplegar su competencia reglamentaria sobre aquellos aspectos en los que el sistema jurídico reserva para el legislador ordinario, de modo, que se veda la existencia de normas reglamentarias sobre aspectos que el ordenamiento atribuye su desarrollo a la ley formal. En el mismo orden de ideas, la Administración no puede pretender reglamentar normas legales que nos corresponda aplicar (por ejemplo, normas a ser aplicadas por los jueces –como los códigos procesales– o que vinculan a los ciudadanos directamente, como por ejemplo, los derechos de las personas consignados en el Código Civil o las tipificaciones del Código Penal), esto es, que sea asunto normativo administrativizado, en el sentido, en el que es la Administración la llamada a ejecutarlo. No toda ley es susceptible de reglamentación.

No estaría completo este panorama de la ilegalidad de fondo de los reglamentos, si no informáramos sobre la tesis denominada del «complemento indispensable» que constituyen los reglamentos respecto de las leyes que ejecuta. Por esta tesis, se reconoce la posibilidad –de ordinario excepcional– que puedan incorporarse en vía reglamentaria aquellos aspectos que se consideren complemento indispensable para la aplicación de una determinada Ley. A ello se refiere Morell Ocaña cuando afirma que: «*el Reglamento ejecutivo debe incluir todos aquellos*

---

(11) Morell Ocaña, Luis: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, págs. 101 y ss.

*preceptos que sean indispensables para la correcta aplicación de la Ley; pero no podrá introducir más que lo que sea estrictamente indispensable. Esto supone que la potestad reglamentaria cuenta con el natural margen de apreciación que siempre es obligado reconocer a la Administración ejecutante. Pero no podrá, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidos en la Ley misma»<sup>(12)</sup>.*

En el mismo sentido se pronuncia Santamaría Pastor, para quien la tesis del «complemento indispensable» comprende dos aspectos: «Primero, el que el reglamento no puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables que la ley establece, ni tampoco ampliar o endurecer las obligaciones o situaciones desfavorables. Y segundo, el reglamento debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar estos fines (solo lo indispensable)»<sup>(13)</sup>.

Presupone una norma con rango de Ley (comprendida del modo extensivo, de modo que comprenda ley formal, Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Ley Orgánica, etc.) que contenga una regulación básica de la materia a reglamentar, a la cual se subordina la potestad reglamentaria.

Por su parte, la ilegalidad formal, adjetiva o procesal, está referida a cualquier contravención que se produzca en el proceso de formación del reglamento, incluyendo la competencia del órgano que lo aprueba, el procedimiento de deliberación, *quórum* y aprobación, e incluye el de su publicación completa y necesaria en el Diario Oficial «El Peruano». Ciertamente es que, dentro de nuestro Derecho, no se ha regulado un procedimiento propiamente reglamentario, sino solo para la producción de actos administrativos (Ley N° 27444), sin embargo, no puede dejarse de desconocer que sectorialmente existen algunas exigencias mínimas a ser acatadas, tales como prepublicaciones de los proyectos, audiencias públicas, periodos de información pública, etc., cuya trasgresión o desnaturalización, acarrearán la ilegalidad por la forma del reglamento así aprobado.

## V. CONTINUIDAD DE LA COMPETENCIA JUDICIAL PARA CONOCER ESTOS PROCESOS

El Código ha optado por mantener la competencia para conocer el proceso de Acción Popular en el Poder Judicial, no obstante la tendencia existente a favor de atribuir la competencia al Tribunal Constitucional, de modo que concentre el conocimiento de los procesos en defensa de la legalidad constitucional.

(12) *Op. cit.*, págs. 106 y ss.

(13) Santamaría Pastor, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, tercera edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., pág. 349.

A decir del profesor Landa<sup>(14)</sup>, en opinión que compartimos, la competencia judicial respecto de estos procesos: «(...) resulta incongruente (...) cuando es la jurisdicción constitucional a quien le corresponde la función de control constitucional y eventualmente legal; en este sentido, la Acción Popular, si bien podría tramitarse en sede judicial, debería, en última instancia, ser resuelta en sede constitucional, a fin de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional»<sup>(15)</sup>.

En este sentido, los artículos 85 y 93 del Código Procesal Constitucional radican la competencia de primera instancia del proceso en el segundo nivel de la estructura judicial nacional: las Cortes Superiores, según «el Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la Acción Popular, es de carácter regional o local» y de la Sala correspondientes de la Corte Superior de Lima, en los demás casos. Por tanto se entiende que para determinar la competencia territorial de las Cortes Superiores deberá estarse al tipo de norma reglamentaria a impugnarse, y no al o los domicilio(s) de la entidad. Si fuere emitido por el nivel de Gobierno Nacional, incluyendo al Poder Ejecutivo, propiamente dicho, por algún órgano de los Ministerios, por un organismo público descentralizado, o un organismo constitucional autónomo, corresponderá conocer a la Corte Superior de Lima.

La segunda instancia, de apelación, recae en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

## VI. UNIFICACIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN PARA INTERPONER LA DEMANDA

Corrigiendo el equivocado planteamiento de la Ley No. 24968, el Código Procesal Constitucional unifica los plazos de prescripción para interponer la demanda de Acción Popular, dejando de lado el criterio del tipo de vicio acusado al reglamento. Ahora, el artículo 87 del Código, establece que: «*el plazo para interponer la demanda de Acción Popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de la publicación de la norma*»<sup>(16)</sup>.

Nótese que el inicio del cómputo del plazo se realiza a partir de su publicación –que no puede entenderse sino en el Diario Oficial «El Peruano»– por lo que

---

(14) Landa Arroyo, César: *op. cit.*, pág. 150.

(15) No obstante, el Anteproyecto de Reforma Constitucional en actual trámite por el Congreso de la República, asigna al Tribunal Constitucional esta competencia.

(16) Una falencia al tratamiento de la prescripción, constituye no haber esclarecido si las normas reglamentarias vigentes antes del Código Procesal Constitucional seguirán con los plazos anteriores, o la vigencia de este nuevo plazo reinicia el plazo para poder cuestionar no solo los reglamentos aprobados durante su imperio sino también a los anteriores.

de no haber dicho acto, el término inicial no se llegaría a producir. No bastaría la difusión de la norma en diarios regionales, en periódicos murales, o en la página web, pues se trata de medios complementarios a la publicación oficial, por lo que igualmente estarían habilitados permanentemente los ciudadanos a demandar la Acción Popular en estos casos<sup>(17)</sup>.

Por otro lado, creemos que por congruencia este plazo obligaría a revisar el plazo menor (de un año en sede administrativa y dos en sede judicial) que la Ley N° 27444 previo para prescribir la facultad anulatoria de oficio de los actos administrativos, y probablemente, el previsto para la prescripción de la demanda contenciosa administrativa. De no darse esta compatibilización, se podrían dar situaciones contradictorias, como que la administración no pueda anular de oficio su acto administrativo, ni el particular pueda reclamarlo en sede judicial, pero sin embargo, se puede demandar –y eventualmente, anular– la norma reglamentaria que sustenta ese acto administrativo inconstitucional o ilegal, pero ya inatacable.

Finalmente, conforme a criterios constitucionales el acaecimiento del plazo prescriptorio señalado, no impide dos fenómenos jurídicos contrarios a la norma viciada: su derogación por la autoridad administrativa o alguna Ley, ni la inaplicación por parte de la judicatura. En efecto, la judicatura en cumplimiento del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución y artículo VI del Título Preliminar del mismo Código, inaplica la norma reglamentaria que se estima incompatible con la Constitución Política del Estado y la Ley, en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Para ello, bastará la alegación en vía incidental dentro de cualquier otro proceso judicial ordinario en los que ello sea relevante para resolver la controversia y que no sea posible interpretar la norma reglamentaria conforme a la Constitución<sup>(18)</sup>. No es óbice para ello, que el Código Procesal Constitucional haya suprimido el artículo 7 de la Ley anterior, cuyo texto contemplaba esta situación expresamente.

## VII. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR

El artículo 84 del Código ha optado por simplificar al extremo, la calificación de los sujetos legitimados para interponer la demanda. Sucintamente dice: *«la demanda de Acción Popular puede ser interpuesta por cualquier persona»*. Con esta redacción se debe entender que califican como «persona» todos los su-

<sup>(17)</sup> Queda por dilucidar únicamente, como interpretara la judicatura el requisito de señalar la fecha de Publicación de la norma para poder demandar en Acción Popular (art. 86).

<sup>(18)</sup> En igual sentido se pronuncia Landa Arroyo, *op. cit.*, pág. 150.

puestos que estaban en el artículo 4 de la Ley N° 24968, esto es, personas nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, etc.

Acaso el único supuesto por resolver casuísticamente, sea el de las personas jurídicas estatales de Derecho Público, esto es, las entidades u organismos públicos. Por nuestra parte consideramos procedente que los organismos públicos (no los órganos o dependencias internas) puedan interponer demandas de Acción Popular, no solo por la amplitud del término «persona» con que esta norma legitima a los demandantes, sino por cuanto reconocemos que las distintas entidades tienen intereses públicos asignados para su concretización, y que se pueden ver afectados por normas reglamentarias emitidas por otros organismos estatales. Claro está, que si se trata de la misma entidad, aunque sean gestiones distintas, corresponderán acudir al mecanismo de la derogación de la norma.

### **VIII. ADMISIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA SUSPENDER LA NORMA ACUSADA**

Por primera vez, se admite que el Poder Judicial al apreciar en control abstracto una norma reglamentaria pueda dictar la medida cautelar para suspender su vigencia con efecto *erga omnes*, conforme lo prevé el artículo 94 del Código Procesal Constitucional. Este artículo indica que:

«Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento».

En general, las medidas cautelares contra la Administración ha sido un fenómeno históricamente resistido, acudiendo a innumerables argumentos, que han ido cediendo paulatinamente a favor de su admisión moderada. Desde la presunción de constitucionalidad de las normas hasta el interés público detentado por la Administración, han sido planteado como pretextos para negar la posibilidad que el Juez pueda suspender una norma jurídica. Ahora bien, el Código Procesal Constitucional ha dado un paso importante a favor de la constitucionalidad al habilitar –aunque moderadamente– la procedencia de las medidas cautelares que suspendan reglamentos ilegales o inconstitucionales.

Como se sabe para la procedencia de la medida cautelar se requiere como un elemento importante, la verosimilitud del derecho, esto es, la credibilidad que el Juez debe adquirir sobre el derecho que invoca el demandante. En este caso, *mutatis mutandi*, deberá adquirirse credibilidad no de algún derecho en particular, sino de la situación de ilegalidad de la medida reglamentaria bajo control. La regulación

dada, permite inferir que el legislador ha considerado como condición esencial para la procedencia de la medida cautelar, que exista sentencia estimatoria de la demanda en primera instancia, ya que con ello entiende que se objetiviza más la existencia de la verosimilitud de la situación de ilegalidad existente. Ahora bien, ¿podría la Corte Suprema hacer su propia apreciación de la verosimilitud del derecho, en contra de lo ya pronunciado en la sentencia de grado, y –eventualmente considerar que no habría verosimilitud de la ilegalidad del reglamento– ?

## IX. EL EFECTO TEMPORAL DE LAS SENTENCIAS ESTIMATIVAS

Otra de las novedades importantes del Código Procesal Constitucional es el reconocimiento del efecto nulificante que posee la sentencia final favorable a la demanda. En efecto, el artículo 81 de este cuerpo normativo, determina que: «(...) *las sentencias fundadas recaídas en el proceso de Acción Popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial «El Peruano».*

Contrariamente al carácter facultativo que parece desprenderse del texto del artículo 81, la Exposición de Motivos del Código es precisa sobre el carácter declarativo de la nulidad de la norma reglamentaria ilegal o inconstitucional. En esta justificación de la norma se indica: *«probablemente la novedad más importante sobre la materia está contenida en el artículo 80, conforme al cual las sentencias que declaren fundadas las demandas de Acción Popular determinan la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas (...). Se ha estimado conveniente otorgar carácter declarativo a las sentencias estimatorias, para revitalizar el funcionamiento del proceso de Acción Popular, que ha sido muy pocas veces utilizado debido a los efectos tradicionales limitados de sus sentencias, lo que ha conllevado a que en la práctica las veces que se ha querido cuestionar disposiciones reglamentarias, se haya preferido recurrir al proceso de Amparo, generándose distorsiones en su utilización».*

Conforme a esta regla, la sentencia que estima inconstitucional o ilegal un reglamento, restituye la legalidad vulnerada mediante el contrafuero incurrido por la Administración Pública, declarando un vicio que ya existía en la norma. Por tanto, se suprime la existencia del reglamento desde el inicio mismo de su vigencia, debiendo deshacerse los efectos que el hubiera podido producir durante su eficacia. Las tesis a favor del efecto de inaplicación, o de la anulación, a partir de la constatación del vicio por la autoridad, han cedido en favor de la tesis objetiva de la juridicidad. El Poder Ejecutivo ya queda advertido, si incurre en una inconstitucionalidad o ilegalidad cuando apruebe un reglamento, no podrá beneficiarse de su transitoria vigencia, pues cuando la autoridad judicial lo declare –a pedido de cualquier ciudadano– tendrá un efecto *ab initio*.



Debemos advertir que la frase insertada en el artículo en el sentido que «*la sentencia determinará sus alcances en el tiempo*», parecería abrir subrepticamente la puerta, para que la autoridad judicial solo declare la ilegalidad o inconstitucionalidad, a partir de una fecha posterior (desde la notificación de la demanda, la sentencia emitida de última instancia, cuando la sentencia queda firme, o con su publicación). Una interpretación así, ciertamente permitiría un arbitrio judicial no conforme con la Constitución, pues equivaldría a constitucionalizar su vigencia hasta la sentencia.

Por otro lado, ciertamente un problema irresuelto por este Código es la situación de aquellos derechos adquiridos de buena fe por los justiciables, en función de la norma que se reputaba constitucional en su momento.

#### **X. PREFERENCIA DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA ACCIÓN POPULAR**

El artículo 80 del Código Procesal Constitucional, incorpora a su cuerpo, el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sobre la necesaria suspensión de los procesos de Acción Popular que se siguieran en el Poder Judicial, si se acusaran en estos procesos a normas reglamentarias sustentadas en normas legales acusadas a su turno en un proceso de Inconstitucionalidad.

La regla incorporada plantea una técnica organizativa dirigida a asegurar coherencia en el accionar del sistema peruano de control constitucional, a fin de evitar tratamientos diferenciados por parte del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, tratándose del control constitucional a normas vinculadas. Indudablemente, es conforme al rol predominante del Tribunal Constitucional y del proceso de Inconstitucionalidad de las leyes, que deba proseguir un proceso de control abstracto dirigido a verificar la constitucionalidad de una ley, y suspenderse el o los procesos de Acción Popular que estuvieren en trámite, sobre la legalidad o inconstitucionalidad de su reglamento.

Para la aplicación de esta norma, entendemos que deben darse los siguientes presupuestos:

- a) Existencia de un proceso de Inconstitucionalidad abierto ante el Tribunal Constitucional contra una norma legal.
- b) Existencia de uno o más procesos de Acción Popular seguidos ante el Poder Judicial contra una norma reglamentaria que se sustenta en la norma legal acusada ante el Tribunal Constitucional. A nuestro criterio no bastaría que se trate solamente de normas vinculadas entre sí, por ser la ley y su reglamento recíprocamente, sino que la norma reglamentaria acusada (el precepto reglamentario acusado debe sustentarse en la disposición legal contenida en la ley

que se acusa ante el Tribunal). La norma será de aplicación, aun cuando la acusación de inconstitucionalidad o ilegalidad efectuada al reglamento, sea distinta al vicio imputado a la ley que la sustenta.

## **XI. OMISIONES IMPORTANTES EN LA CODIFICACIÓN A TENER EN CUENTA PARA EL FUTURO**

Por ultimo, la codificación constitucional presenta algunas omisiones importantes, con relación a la normativa anterior, o en comparación con el tratamiento dado a los otros procesos constitucionales.

### **1. Supresión de la Acción Popular «previa» contra reglamentos o normas generales no publicados previsto en la Ley N° 24968 (art. 5)**

Consideramos una insuficiencia de norma, la exclusión de la posibilidad de demandar en esta vía la inconstitucionalidad de los reglamentos que la Administración dicta, pero no publica. Como bien expresa Ortecho Villena, la Ley N° 24968, traía la novedad: *«de admitir acciones antes de que la norma administrativa cuestionada haya sido publicada. Ello implica que la norma ya sea conocida en forma extraoficial, es decir, que se sepa que ya fue aprobada»*<sup>(19)</sup>.

Esta disposición servía para afrontar bajo este proceso los casos en los cuales la Administración aprobaba normas, no las publicaba (o lo hacía parcialmente), pero la aplica a los justiciables. Por el contrario, con el nuevo Código Procesal Constitucional, solo podrá presentarse demandas de Acción Popular contra reglamentos ya publicados, pues es un requisito su señalamiento en la demanda (art. 86). Ante la imposición de un reglamento no publicado, el administrado deberá seguir esperar su aplicación en el caso concreto (solo si fuere un reglamento heteroaplicativo), e impugnarlo dentro de la vía administrativa, agotarla, y acudir al contencioso administrativo, o al Amparo, sino poder ser protegido por la tutela judicial inmediata.

### **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**

El artículo 26 de la Ley No. 24960, contenía la pedagógica regla de prohibir la reedición de la norma reclamada y confirmada como ilegal o inconstitucional

---

<sup>(19)</sup> Ortecho Villena, Víctor J.: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Rodhas, 2000, pág. 220.

del Poder Judicial, de modo que se vedaba expresamente al mismo organismo o algún otro, a aprobar una nueva disposición reglamentaria con contenido parcial o totalmente idéntico.

La supresión, obviamente, no significa la permisión de tal inaudita acción por parte de la Administración. Sin embargo, expresa una declaración legal importante para desalentar y, eventualmente, responsabilizar a la autoridad que insiste en aprobar una norma reglamentaria análoga a la enjuiciada y descalificada por la autoridad. La situación es más relevante cuando el Código Procesal Constitucional tampoco contempla el tratamiento a seguir si la administración deroga durante el proceso la norma acusada pretendiendo la sustracción de la materia, y luego repone la disposición reglamentaria.

## **XII. A MODO DE CONCLUSIÓN**

El tratamiento dispensado por el Código Procesal Constitucional ratifica en su esencia la naturaleza jurídica de la Acción Popular, como un proceso de control constitucional de tipo concentrado, abstracto, en vía principal y con efectos en búsqueda de defender la jerarquía del ordenamiento jurídico. Las innovaciones incorporadas, se orientan a incrementar la eficacia y oportunidad de este proceso constitucional para controlar los contrafueros constitucionales y legales en que incurren los titulares de la potestad reglamentaria; sin embargo posee aun algunas insuficiencias sensibles, que abrigamos la esperanza, puedan ser suficientemente atendidas por el Poder Judicial a través de la jurisprudencia creadora.

Lima, 24 de octubre de 2004.

# ***E)* JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL**



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

ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA (\*)

**SUMARIO:** I. El marco doctrinario internacional. II. La constitución peruana de 1993 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

## I. EL MARCO DOCTRINARIO INTERNACIONAL

### 1. Las normas internacionales de derechos humanos y el derecho nacional de los Estados

Dada la amplitud normativa alcanzada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la universalidad de sus principios, está fuera de duda la influencia y estrecha relación existente entre esta rama del Derecho Internacional y el derecho nacional de los Estados. En realidad, los derechos fundamentales son aquella parte de los derechos humanos que suele ser incluida en los textos constitucionales. La amplitud de éstos y su carácter orientador universal mantiene toda su fuerza.

Para Carlos Villán Durán la interrelación es intensa y fluida. Si bien en sus orígenes, es decir, en los antecedentes históricos, las normas de derechos humanos aparecen a consecuencia de procesos nacionales que cristalizan en la constitucionalización de preceptos básicos, hoy en día, luego de la Segunda Gue-

---

(\*) Profesor de la Academia de la Magistratura y profesor universitario. Egresado del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ha sido asesor de la Comisión de Constitución del Congreso de la República para la reforma constitucional y ex Viceministro de Defensa.

rra Mundial, es la comunidad internacional la que con mayor riqueza de contenido e innovación ha legislado en materia de derechos humanos, ejerciéndose desde allí una influencia decisiva sobre el derecho interno de los Estados.

Villán Durán recalca que un conjunto de factores favorables facilitaron la penetración de los derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional. Para ello fue decisiva la interpretación progresiva del artículo 2.7 de la Carta de San Francisco, en el sentido de que se ha ido aceptando poco a poco la idea de que la protección de los derechos humanos no pertenece al ámbito exclusivo del Estado, sino que, al contrario, es deseable su desarrollo en el ámbito internacional. Conseguida la aceptación de este principio, los Estados han prestado su consentimiento para la realización de una progresiva institucionalización internacional de la protección de los derechos humanos, acompañada por el desarrollo progresivo y la codificación de un cuerpo normativo de derechos en el ámbito internacional<sup>(1)</sup>.

Se trata pues, de una relación basada en la interacción del derecho internacional y el derecho interno, generándose entre ambos ordenamientos jurídicos una influencia recíproca. Sobre esta materia, Héctor Faúndez se refiere en primer lugar a la naturaleza de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Señala al respecto que todos los Estados que han asumido una misma obligación internacional, tienen un mínimo común denominador que identificado y hecho explícito, lleva a que los órganos estatales asuman la eventual adaptación de la legislación interna para que resulte compatible con los derechos humanos.

Este es el caso de las asambleas legislativas. Pero en lo que se refiere al Poder Judicial, el análisis lleva a establecer situaciones en las que la relación funciona como control internacional para que determinadas instancias se pronuncien sobre la compatibilidad del derecho interno con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. También la situación inversa, en la que el Estado no requiere legislación internacional adicional y los tribunales aplican un derecho que en su origen es internacional<sup>(2)</sup>.

Sobre esta temática se ha abierto un debate fecundo, que rescataremos brevemente a continuación.

---

(1) Villán Durán, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Estrasburgo, Francia, 1993, pp. 17-18.

(2) Faúndez, Héctor: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1992, pp. 33-34.

## 2. La incorporación de las normas internacionales en la legislación interna

En el punto anterior nos hemos ocupado de la relación que existe entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho nacional de los Estados. Nos referiremos ahora a los mecanismos mediante los cuales las normas internacionales se incorporan a la legislación interna, en algunos casos de manera expresa y constitucional y en otros por medio de su invocación y aplicación.

### 2.1. Las teorías dualista y monista

En las relaciones entre el derecho interno y el Derecho Internacional, han subsistido dos corrientes doctrinarias que se refieren a la independencia o a la interconexión entre ambos sistemas jurídicos. Nos estamos refiriendo al dualismo y al monismo. ¿En qué consisten ambas?

En principio, el profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>(3)</sup> nos recuerda que el dualismo como doctrina fue fundada por el jurista alemán Triepel. Esta corriente sostiene que las personas no pueden ser obligadas ni beneficiadas por las normas del Derecho Internacional; sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con otros Estados. Para que las normas del Derecho Internacional alcancen a los individuos, deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno.

El razonamiento de Triepel recordado por Nogueira es el siguiente: «El Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son partes diferentes, sino sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca»<sup>(4)</sup>.

Concluye finalmente el profesor Nogueira: «La oposición por razón de las fuentes y del contenido entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, calificada como dualismo o pluralismo, hace convivir al Derecho Internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados conviven en las relaciones internacionales»<sup>(5)</sup>.

Lo anterior quiere decir, en concreto, que para que una norma internacional pueda ser invocada y aplicada en el derecho interno de un Estado determinado,

---

(3) Nogueira Alcalá, Humberto: *Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su relación con el Derecho Convencional Internacional a la luz del artículo 5 de la Constitución chilena*. En *Boletín*, Comisión Andina de Juristas, N° 36, Lima, marzo de 1993, p. 9 y ss.

(4) Triepel: *Droit international et droit interne*. En Nogueira, op. cit., p. 10.

(5) *Ibidem*, p. 9.



deberá ser formalmente incorporada a su legislación interna, de modo que aquélla sea calificada como vinculante.

Por su lado, la teoría monista sostiene que el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Es decir, según esta corriente, se produce la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno<sup>(6)</sup>.

Debe remarcarse que, en la práctica, ambas corrientes han encaminado la jurisprudencia internacional; esta última es una jurisdicción de reparación y no de anulación. Por tanto, si una norma interna es contraria a una norma internacional, el Estado responsable podrá recibir sanciones de distinto tipo: diplomáticas, económicas, obligación de indemnización o de proporcionar una satisfacción adecuada, pero no produce la anulación de la norma afectada, sino que sólo pone en juego la responsabilidad internacional del Estado.

Coincidimos por ello con el profesor Nogueira cuando sostiene que existe una tendencia generalizada en el Derecho Constitucional Comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno.

## ***2.2. Obligaciones para los Estados-parte de los tratados internacionales***

La primera regla a establecer es que las convenciones y tratados de derechos humanos tienen contenido específico y diferencial, con lo que queda configurada como una rama singular, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La segunda regla es que estos instrumentos son obligatorios para los Estados que voluntariamente los han ratificado o adherido, salvo en aquellas partes en que han hecho reserva expresa que no sea incompatible con el objetivo del tratado. Esta obligatoriedad alcanza también a los Estados que no son parte, cuando se emplean en vía de interpretación las declaraciones Universal y Americana, según el Derecho Internacional Consuetudinario. Lo mismo se puede decir cuando se aplica en relación al Derecho Interno<sup>(7)</sup>.

Un dato interesante es la existencia del Derecho Internacional Consuetudinario, conformado por disposiciones cuya práctica constante y la aceptación de ciertas normas, configura su obligatoriedad. Como señala O'Donnell: «en el ámbito de los derechos humanos, cada vez que un órgano internacional competente

---

(6) Nogueira, Humberto: Op. cit., p. 11.

(7) O'Donnell, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas. 1ª. edición, Lima, 1988, pp. 18-19.

concluye que un país ha violado una determinada norma o le invita a respetar una, y el gobierno no rechaza la obligatoriedad de ésta, está ratificando implícitamente su aceptación de la obligatoriedad de dicha norma»<sup>(8)</sup>.

El consentimiento y el asentimiento de los Estados es esencial para entender las obligaciones de ellos respecto de los tratados internacionales de los que forman parte expresamente, y más ampliamente y en su conjunto, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como ya se ha mencionado, la Declaración Universal y la Americana son los mejores ejemplos de textos que no habiendo sido obligatorios en su origen, su práctica y reiterada invocación para fundamentar resoluciones de la materia, los han convertido en Derecho Internacional Consuetudinario, obligatorio para los Estados.

Siguiendo nuevamente a O'Donnell, destacamos que la amplitud con la que se ha codificado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha facilitado su aplicación en muchos Estados: «Todos esos instrumentos, sean tratados, declaraciones, principios básicos o reglas mínimas, pueden eventualmente englobar entre sus disposiciones normas de Derecho Consuetudinario. Por lo tanto, cuando surjan dudas sobre el contenido de un derecho o libertad que figure en la Declaración Universal o en la Convención Americana, por ser normas de carácter internacional, los otros instrumentos adoptados por la comunidad internacional deben ser una de las fuentes principales a ser consultadas, junto con la doctrina de los órganos internacionales competentes»<sup>(9)</sup>.

En síntesis, estamos ante una situación jurídica en la que los Estados-parte de los tratados internacionales han adquirido por razón de su vinculación con ellos, obligaciones contractuales. Pero también esas normas valen y pueden ser invocadas en su conjunto como normas consuetudinarias del Derecho Internacional, que son aplicadas por los Estados. Esta relación es más claramente observable cuando frente a situaciones de violación de derechos humanos, el individuo acude a los tribunales de justicia. Estos aplicarán normalmente el Derecho Interno protectorio de los derechos humanos, pero en ausencia o deficiencia de su formulación, o en la necesidad de aclarar alcances, el Juez está habilitado para recurrir a las normas internacionales que contemplan genéricamente el tipo legal.

Pero además existe para los países que la han aceptado, la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana, la que es competente cuando se han agotado las vías internas. Las reglas que aplica la Corte son siempre provenientes

<sup>(8)</sup> O'Donnell, Daniel: *Ibíd.*, p. 20.

<sup>(9)</sup> O'Donnell, Daniel: *Ibíd.*, p. 27.

de los tratados y convenciones internacionales. Pero lo que prima es, sobre todo, la decisión de los Estados de incorporar las normas internacionales de derechos humanos a su legislación interna, convirtiéndolas así en derecho nacional, exigible ante los tribunales del país.

Para Imre Szabo, la aplicación en el ámbito interno de las normas internacionales está ligada al hecho mismo de la obligatoriedad de cumplirlas que asume el Estado, en el momento en el que al ratificar una convención de derechos humanos no sólo se está comprometiendo a respetar las cláusulas que contiene el texto del cual es parte, sino también a tomar las medidas adecuadas para mantener y establecer un estado de cosas «acorde con las convenciones y proporcionar un sistema de apelación al alcance de los ciudadanos»<sup>(10)</sup>.

En síntesis, la evolución de los derechos humanos ha logrado un progreso consistente en materia de declaraciones y de pactos que protegen a la persona humana de manera integral e indivisible. Pero lo más sugestivo son las obligaciones adquiridas por la comunidad internacional, en todo lo referente al cumplimiento de los preceptos.

Como se señala en los textos de divulgación del Centro de Derechos Humanos de Ginebra, «la entrada en vigor de los Pactos (se refiere a los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en virtud de los cuales los Estados parte aceptaron la obligación jurídica y moral de promover y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, no disminuyó en modo alguno la influencia general de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por el contrario, la existencia misma de los Pactos y el hecho de que contengan las medidas de aplicación necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos humanos y las libertades enunciados en la Declaración, infunden a ésta mayor vigor»<sup>(11)</sup>.

Una situación similar es aplicable a la Declaración Americana y al Pacto de San José. Cuando se trata de cumplir las obligaciones referentes a la protección de los derechos humanos, los Estados no deben actuar con dos registros diferentes; uno el de los pactos internacionales y otro el de la legislación nacional. De lo que se trata es más bien de una sola concepción y de aplicarlos como si estuviesen integrados, puesto que los Estados están obligados a poner en práctica los com-

---

(10) Szabo, Imre: «Fundamentos Históricos de los Derechos Humanos y Desarrollos Posteriores». En *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*. Ediciones del Serbal. Barcelona, 1984, pp. 72-79.

(11) Centro de Derechos Humanos de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Carta Internacional de Derechos Humanos. Ginebra, 1989, Folleto N° 2, p. 18.

promisos asumidos al ratificar los convenios internacionales de derechos humanos, sea porque se aplican expresamente, como parte del compromiso adquirido, porque se incorporan de manera explícita a la legislación nacional, reforzándola o modificándola si hubiera contradicción, o porque finalmente, se realizan a través de la práctica reiterada como Derecho Internacional Consuetudinario.

### **3. Relaciones entre la norma internacional y la constitucional**

En términos generales, la relación entre la norma internacional y la constitucional es directa y fluida, aunque los modos y sobre todo las relaciones de jerarquía normativa tienen soluciones diferentes, de acuerdo al modelo político jurídico adoptado por los Estados. Una primera cuestión inspirada en principios, pero también en la evolución histórica de la conquista de la democracia, nos lleva a una constatación sustantiva: los derechos fundamentales se estructuran y son reconocidos como una limitación al poder estatal, que se sanciona constitucionalmente. Como sabemos, por su propia naturaleza estos derechos fundamentales que se refieren a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley y a la seguridad de las personas, entre otros, son universales. A su vez, la Constitución es siempre un acuerdo y una concreción política y jurídica, que es sólo válida para el Estado nacional que se rige por ella.

La parte de contenido universal que contiene la Constitución, es lo que en la teoría se denomina «dogmática constitucional», que está compuesta por los derechos fundamentales, mientras que la parte positiva de organización del Estado puede tener como antecedentes inspiradores, principios políticos tales como la separación de poderes, o el sistema de gobierno presidencial o parlamentario, pero con modalidades específicas, diferenciales y de vigencia temporal. Una Constitución puede cambiar su modelo político de gobierno y pasar de un régimen presidencial a otro de tipo parlamentario; pero no podría, en cambio, suprimir el derecho a la vida o restringir las libertades individuales, al extremo de declarar que unos hombres son libres y otros no, según su raza o su color.

Ahora bien, dentro de este contexto, presentaremos los lineamientos más importantes respecto de cómo operan los mecanismos constitucionales de incorporación de las normas internacionales. Trabajaremos en este aspecto siguiendo el análisis de Daniel O'Donnell. Sostiene el autor citado que en el ámbito interno las normas internacionales dependen principalmente del valor atribuido al derecho internacional por la Constitución, la legislación y la doctrina de los tribunales nacionales superiores.

Igual criterio expone Nogueira, cuando sostiene que el Derecho Constitucional de cada Estado y no el Derecho Internacional determina la mayor o menor cercanía con las doctrinas dualistas o monistas. Ello se ha evidenciado, especial-

mente, en las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las que se encuentran dispositivos que establecen que los tratados o las reglas generales del Derecho Internacional son parte del Derecho del Estado<sup>(12)</sup>.

En otros países ha sido la jurisprudencia la que ha establecido el principio de que «el Derecho Internacional es parte del derecho del Estado (*part of the lay of the land*) y han aplicado inmediatamente disposiciones de los tratados que son susceptibles de ejecución inmediata (*self-executing*)»<sup>(13)</sup>.

La revisión en el Derecho Constitucional Comparado latinoamericano, no arroja un criterio uniforme respecto de esta cuestión. Para Colombia, por ejemplo, los tratados y convenios internacionales se incorporan a la legislación nacional a través de leyes ordinarias. Parece ser que es ésta la vía que más se utiliza en nuestros países; tal el caso de Ecuador, Panamá, Venezuela, Nicaragua, México, Santo Domingo, entre otros.

En otros países, la incorporación está prevista como un mecanismo constitucional, en cuyo caso inclusive se llega a establecer la primacía de la norma internacional sobre la nacional, en caso de conflicto. Tal el caso de la Constitución Política de Costa Rica, cuyo art. 7 declara que los convenios internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa «tendrán autoridad superior a las leyes».

La Constitución reciente de Colombia ha hecho suyo de manera directa el temperamento de la primacía de los tratados. El art. 93 dice lo siguiente: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». Por su parte, la Constitución del Brasil señala en su art. 4 que en sus relaciones internacionales, el Brasil se rige por, inciso II, «la prevalencia de los derechos humanos». A su vez la Constitución del Paraguay dispone en su art. 9 que admite los principios del Derecho Internacional, refiriéndose específicamente «al respeto de los derechos humanos y a la soberanía de los pueblos»<sup>(14)</sup>.

---

(12) Nogueira, Humberto: «Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y su relación con el Derecho Convencional Internacional a la luz del artículo 5 de la Constitución chilena». En Boletín. Comisión Andina de Juristas, No. 36, Lima, 1993, p. 10.

(13) Jiménez de Arechaga, Eduardo: *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno*. Ediciones Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1990, pp. 28-31.

(14) Cfr. Eastman, Jorge: *Constituciones políticas comparadas de América del Sur*. Parlamento Andino, Colombia, 1991, pp. 522-523.

En términos generales, podemos sostener que en sus versiones más avanzadas, el constitucionalismo latinoamericano ha incorporado y otorgado rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos. Las más recientes se han referido específicamente a ellos, como principios internacionales que inspiran a toda la Constitución, en su concepción de modelo y en su aplicación normativa. Ello ha llevado a que el profesor Ayala Corao escriba que: «en el constitucionalismo contemporáneo existe una tendencia marcada a equiparar los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, con los derechos constitucionales. En otras palabras, otorgarle a los derechos humanos internacionales el mismo rango y valor de los derechos explícitamente consagrados en la Constitución»<sup>(15)</sup>.

### ***3.1. El reconocimiento expreso de la jurisdicción supranacional***

El texto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos crea en su Capítulo VIII la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una institución de la mayor importancia, porque constituye una instancia internacional que garantiza la protección efectiva a los derechos humanos reconocidos en los Pactos Internacionales de los que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), son parte. Desde luego, sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.

Esto último pareciera constituir una dificultad insalvable, puesto que un individuo no puede presentar directamente su caso ante la Corte. Sin embargo, este impase se obvia a través de la Comisión Interamericana, no sólo porque ella está en capacidad de acoger la denuncia, investigarla y procesarla ante la Corte, sino que puede incluir dentro del informe que se presenta ante la Corte al propio denunciante.

Pero la principal dificultad, sin embargo, radica en el artículo 62, que como sabemos exige que todo Estado parte al momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención o por Convención especial, declare que reconoce la competencia de la Corte para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sean sometidos.

Por su parte, el artículo 68 dispone que: «los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean parte». Se trata, como se puede observar, de una instancia supranacional que genera efectos internos en los Estados parte, los mismos que formulada una senten-

---

(15) Ayala Corao, Carlos: *Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como institutos para la Protección de los Derechos Humanos*. En Héctor Fix-Zamudio. *Liber Amicorum (Libro Homenaje a Héctor Fix-Zamudio)*. Tomo I. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1998, p. 351.

cia que contradice la expedida en la vía interna, están obligados –por el compromiso del artículo 68– a aplicar esta sentencia, porque es la que prevalece.

La Constitución peruana de 1979, señaló expresamente en el segundo párrafo de su Disposición General y Transitoria Décimo Sexta, que ratificaba «la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de La Corte Interamericana de Derechos Humanos». Tal precepto mantiene hoy en día su vigencia.

Lo mismo puede decirse de la aceptación expresa por parte del Perú de la jurisdicción supranacional. En efecto, el artículo 305 de esa Constitución señaló lo siguiente: «Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los Tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú». El mismo texto se ha reiterado en la nueva Constitución de 1993 bajo el numeral 205.

Como es obvio, al ser el Perú parte de la Convención de San José y haber reconocido expresamente la competencia de la Corte, puede acudir a ésta para solicitar opiniones consultivas que en vía de interpretación aclaren los alcances del Pacto de San José, tanto en su texto como en relación con el derecho interno del país, así como ser susceptible –sujeto activo de la relación procesal– de una denuncia internacional.

En materia de opiniones consultivas, la Corte no depende exclusivamente de los pedidos que le formulan los Estados-parte. Ella puede pronunciarse, a tenor del artículo 64 de la Convención, sobre las consultas que le formule cualquier Estado miembro de la organización, aunque no fuese parte del Tratado, acerca de la interpretación de la Convención y cualquier otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, así como sobre la compatibilidad entre sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales. También pueden consultarla los órganos de la OEA establecidos según su Carta: La Asamblea General, la Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo Permanente, el Consejo Interamericano Económico y Social, el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Secretaría General. De todos estos órganos el más activo en la solicitud de opiniones a la Corte es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

### ***3.2. El Derecho Constitucional de cada Estado y la jerarquía de los tratados***

La actuación jurisdiccional especialmente de la Corte Interamericana, de acuerdo a las atribuciones que la Convención Americana le ha delegado, ha generado en las últimas décadas un arduo debate interno en cada Estado afectado, respecto

de sus decisiones. Bueno es decir que a ningún Estado le causa satisfacción el hecho de ser sancionado por la Corte y menos aún cuando ésta le dice que sus órganos jurisdiccionales internos se han equivocado.

Es por ello que, con más apresuramiento que lógica, algunos Estados han insinuado en repetidas oportunidades el carácter «soberano» de los mismos, pretendiendo desconocer las decisiones de la Corte. Para ello han buscado proponer algunos tamices internos previos a la aplicación de esas decisiones; en otros casos inclusive se ha opinado la necesidad de excluirse de la competencia de la Corte.

Ni una ni otra idea tienen sustento. En efecto, repetimos que el moderno Derecho Constitucional admite la incorporación automática de las normas internacionales en el orden interno de los Estados. Debe precisarse en principio que la Constitución tiene, en palabras del profesor Eduardo García de Enterría, una supremacía normativa, una «superlegalidad material, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente»<sup>(16)</sup>.

Lo anterior significa que, cuando una Constitución ha reconocido la incorporación automática interna de los convenios internacionales suscritos por determinado Estado, éstos han adquirido primacía constitucional, y su modificación o renuncia sólo será posible de acuerdo a los procedimientos establecidos para la reforma constitucional. Aún esta última posibilidad es discutible, tratándose de pactos protectivos de los derechos humanos, ya que éstos no pueden ser desconocidos ni reducidos por ningún Estado, de acuerdo a la práctica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El profesor Germán Bidart Campos, a propósito del comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño, ha dicho que: «a los tratados internacionales hay que adjudicarles lo que se da en denominar ‘fuerza normativa’. Quiere decir que son normas jurídicas, que son derecho, que obligan y vinculan, que tienen aplicabilidad directa y que, (para que) esa fuerza normativa desemboque en la eficacia de la función sociológica del mundo jurídico, es menester que cuenten con un mecanismo garantista. Siendo así, reaparece el sistema judicial de control para descalificar las transgresiones, para superar las omisiones en el cumplimiento (que también son transgresoras e inconstitucionales), para desarrollar la interpretación, etc.»<sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Cívitas. Madrid, 1985, p. 50.

<sup>(17)</sup> Bidart Campos, Germán J.: «Constitución, tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención sobre Derechos del Niño». En (Varios) *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*. Huancayo, Perú, 1996, p. 12.



En el caso concreto de los tratados internacionales y su relación con la normativa interna de cada Estado, y siguiendo los lineamientos de Nogueira<sup>(18)</sup>, se pueden distinguir en el Derecho Constitucional Comparado diversos sistemas:

A) Los sistemas que colocan en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas:

En este caso, la Constitución o la costumbre asumen la equivalencia jerárquica entre ambos, lo cual indica que en un eventual conflicto competencial o aplicativo, tanto los tratados como las leyes estarán sujetos al control jurisdiccional de los órganos concentrados o difusos diseñados para esa tarea.

Los países que asumen este modelo son, entre otros, Estados Unidos, Inglaterra, Italia y Argentina.

B) Los sistemas que establecen la superioridad del tratado respecto de la ley:

Mediante este modelo, es la propia Constitución la que establece la prelación jurídica, otorgándole a los tratados suscritos de acuerdo a los procedimientos comunes una clara jerarquía superior. Se inscriben en este sistema Francia, Costa Rica, Alemania, entre otras naciones.

Debe recordarse que el Perú se encontraba con la Constitución de 1979 en esta modalidad, ya que el art. 101 establecía con claridad que «en caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalece el primero». Posteriormente se modificó esta línea con la Carta de 1993 que, como lo veremos más adelante, se inscribe más bien en el primer modelo.

La Constitución de Francia de 1958 (art. 55) señala:

«Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte».

Por su parte, el art. 7 de la Constitución de Costa Rica establece lo siguiente:

«Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes».

---

(18) Nogueira Alcalá Humberto: Op. cit., pp. 11-12.

C) Los sistemas que establecen a los tratados con rango constitucional:

Mediante este modelo, todo tratado se incorpora al derecho interno de los Estados a través de la propia Constitución; es decir, sus alcances y obligatoriedad tienen el mismo trato que para cualquier cláusula constitucional. En consecuencia, si un tratado afectara un dispositivo constitucional, su incorporación al derecho interno deberá realizarse mediante un procedimiento de reforma constitucional.

Debe recordarse, igualmente, que esta posición era asumida por la Constitución peruana de 1979, cuyo art. 103 estipulaba:

«Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República».

Al respecto, debe anotarse que la Carta de 1979 diseñaba, en realidad, dos tipos de contenido. Así lo sostuvieron Enrique Bernales y Marcial Rubio, cuando escribieron que este modelo depende de la forma de aprobación por el Congreso.

Así, «si afectan materia normada por la Constitución del Perú deberán ser aprobados mediante el procedimiento que rige la reforma de la Constitución». Adicionalmente, «si la materia de un tratado es relativa a los derechos humanos, según el art. 105 de nuestra Constitución de 1979, tiene jerarquía constitucional y no puede ser modificado sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución». Empero, si el tratado «no afecta materia normada por la Constitución, entonces deberá recibir una ratificación que, tradicionalmente, ha operado bajo la forma de resolución legislativa (...)».

Concluyen ambos autores sosteniendo: «De acuerdo a estas formalidades, los tratados reciben por mandato mismo de la Constitución, una ubicación específica dentro de nuestro sistema legislativo: serán normas de rango constitucional en el primer caso, y normas con rango de ley en el segundo»<sup>(19)</sup>.

La conclusión inmediata es que en el Perú bajo la vigencia de la Carta de 1979, regía un sistema dual en lo referido a la jerarquía de los tratados.

D) Los sistemas que establecen los tratados con rango supraconstitucional:

Estos modelos no solamente adscriben la superioridad normativa de los tratados respecto de las leyes ordinarias, sino que asumen igualmente la superioridad

---

<sup>(19)</sup> Bernales, Enrique y Rubio, Marcial: *Constitución y Sociedad Política*. 3ª. edición, Mesa Redonda Editores S.A. Lima, 1988, p. 288.

dad jerárquica de aquéllos sobre la propia Constitución. En realidad, es un modelo escasamente difundido, aún cuando existen Estados que lo asumen, como es el caso de Holanda, cuyo art. 66 de la Constitución de 1953 establece con claridad:

«Cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo haga necesario, un tratado podrá dejar sin efecto las disposiciones de la Constitución».

Se asume que se trata de una cláusula no autoaplicativa sino sujeta a precalificaciones jurídicas. Nótese que el texto citado se refiere al «desarrollo del orden jurídico internacional». Ello sólo podría referirse al marco protectivo de los derechos humanos que, como ya se ha dicho, ha evolucionado notablemente en las últimas décadas.

## **II. LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993 Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

### **1. El modelo político**

Mucho se puede escribir sobre la Constitución peruana de 1993. Aún cuando el objetivo del presente trabajo no radica en el análisis integral de su texto, tomaremos algunos puntos específicos que nos parecen importantes para explicar la inserción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema constitucional peruano.

Sostiene Enrique Bernalles que la Constitución Política, sancionada el 20 de diciembre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre del mismo año «contiene algunas disposiciones novedosas, así como gruesos errores conceptuales que sugieren el desconocimiento de presupuestos básicos de teoría constitucional y deficiencias en su proceso de elaboración». Agrega el profesor Bernalles que «más que una Constitución original, Francisco Fernández Segado la considera como un texto que simplemente ha buscado acomodar la Constitución precedente a la particular concepción de Gobierno del Presidente Fujimori, que oculta mal la gravedad que revisten algunas de sus escasas innovaciones»<sup>(20)</sup>.

El comentario de Bernalles resulta muy interesante cuando apunta:

---

(20) Fernández Segado, Francisco: «El nuevo ordenamiento constitucional del Perú. Aproximación a la Constitución de 1993». En *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Comisión Andina de Juristas, Lima 1994, p.14.

«El análisis de la Constitución de 1993 debe ir más allá de las innovaciones aisladas y del elogio de artículos por separado, para reparar en la lógica del conjunto, en su estructura sistémica; en la conexión del articulado como un todo, de tal manera que podamos establecer la coherencia de la Constitución respecto del modelo político que desarrolla».

«De lo que se trata es de precisar si todas las piezas encajan con exactitud unas con otras. Como apunta Konrad Hesse, es la unidad de la Constitución como un todo lo que permite que ella se aplique sin contradicción. Ello permite eliminar el riesgo de pares antinómicos y de conflictos, por razón de interpretaciones dispares que provendrían de instituciones opuestas y mal concertadas en el momento de la operación constituyente».

«Respecto de la Constitución de 1993 surge como primera cuestión una reserva sobre el conjunto de su texto, que proviene de la forma confusa, dispar y ambivalente como trata lo referente a los conceptos que supuestamente configuran su modelo. Nos referimos a la falta de coherencia unitaria y a los visibles errores que se observan en su sistematización jurídica. La lectura del articulado de esta Constitución produce la impresión de un conjunto de ideas con las que probablemente se ha intentado innovar desde el punto de vista constitucional, pero sin orden ni concierto».

«No es que carezca de un modelo de referencia; al fin y al cabo, hasta la peor de las constituciones lo tiene, sino que se trata de una Carta que ignora precisiones y relaciones elementales cuando prescinde de la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ideologiza la parte económica, y cuando se aboca a definir la organización, atribuciones y relaciones entre los poderes del Estado».

«Una Constitución sabiamente elaborada tiene que inspirarse en la historia, apelar al conocimiento sociológico y al derecho constitucional comparado, pero buscando en la combinación de elementos y en la proporción que garantice el equilibrio de las partes, que ella sea clara, concisa y eficiente. Al parecer, los constituyentes se olvidaron o no quisieron consultar la historia. De haberlo hecho, probablemente habrían trabajado con mayor criterio de justicia y de equidad el capítulo de los derechos económicos, o no se hubieran atrevido a aprobar –por ejemplo– la reelección inmediata (...)»<sup>(21)</sup>.

---

(21) Bernales, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. 5ª. edición. Instituto Constitución y Sociedad. Lima, 1999, pp. 67-68.

Esta larga cita, de inclusión indispensable, nos proporciona lo que hemos denominado el marco normativo de la Constitución de 1993. Coincidimos plenamente con el análisis que de ella hace el doctor Bernales no solamente porque hemos colaborado con él en la investigación del libro de referencia, sino porque entendemos ser partícipes de un elemental «sentimiento constitucional», que nos conduce a manifestar nuestras reservas sobre la Carta de 1993.

Estas reservas no solamente las expresamos respecto del modelo político excesivamente concentrador de poder que consagra, sino también por el tratamiento que le otorga el Capítulo referido a los derechos fundamentales, a la inserción de los tratados internacionales protectivos de éstos en la normativa interna y, finalmente, a la propia práctica estatal, que en el ejercicio del gobierno que promovió la Carta, distó mucho de respetarlos.

## **2. La Constitución de 1993 y los derechos fundamentales**

### ***2.1. La constitucionalización de los derechos fundamentales***

Pensamos que es importante ingresar brevemente a la constitucionalización de los derechos humanos, para luego estudiar de lleno el caso peruano. Un aspecto que nos interesa delinear tiene relación con la incorporación de la dogmática de los derechos humanos en la Constitución escrita, y con el intento de formar un cuerpo unitario e indisoluble. En buena cuenta, lo que representa la evolución constitucional del mundo, especialmente a partir de la segunda post guerra mundial, ha sido el interés por hacer no solamente constituciones más democráticas, desde el punto de vista político, sino también textos fundamentales lo suficientemente claros para reconocer y proteger a los derechos humanos. Así de sencillo.

Quizá por ello el maestro Linares Quintana en su monumental obra ha identificado a este nuevo constitucionalismo con la configuración de un moderno Estado de Derecho:

«A diferencia del *Estado Policial*, inspirado en el principio de que el fin justifica los medios y dentro de cuya concepción, la autoridad actúa discrecionalmente, y sin traba alguna frente a los individuos, el *Estado de Derecho* únicamente se desenvuelve *secundum legem* y, en sus relaciones con los ciudadanos, se somete él mismo a un régimen de derecho: por cuanto, como dice Carré de Malberg, encadena su acción respecto a ellos por un conjunto de reglas, de las cuales una determinan los derechos otorgados a los ciudadanos, y otras establecen previamente las vías y los medios que podrán emplearse con vistas a realizar los fines estatales; dos clases de reglas

que tienen por objeto común limitar la potestad del Estado, subordinándola al orden jurídico que consagran»<sup>(22)</sup>.

No existe duda alguna que la libertad y dignidad de la persona humana derivan de su propia naturaleza en igual medida que su sociabilidad. La historia de la humanidad ha sido escenario desde la antigüedad de este conflicto entre la libertad y el poder, entre el individuo y la autoridad, y es a partir de la instauración de la democracia representativa como forma política del gobierno que se logra un sano equilibrio entre ambos términos.

Pues bien, lo anterior nos lleva a sostener que el sujeto de los modernos derechos individuales es el individuo aislado o si se quiere, inmediatamente conexionado con la humanidad o con el Estado<sup>(23)</sup>. Es por ello que entre los límites impuestos al poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que, como lo anota Loewenstein, el Leviatán no puede penetrar<sup>(24)</sup>.

El reconocimiento y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales son el núcleo esencial del sistema político de la democracia constitucional. El Estado constitucional se identificó con el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales clásicos por los destinatarios y los detentadores del poder. Es así que, como nuevamente lo escribe Loewenstein, la victoria a nivel mundial culminó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre por las Naciones Unidas en 1948.

La noción de libertad individual va ligada a una determinada concepción política y económica, la concepción liberal, cuya idea central es que los individuos sólo deben contar consigo mismos para realizar su destino. Esta afirmación nos lleva inmediatamente al *jus naturalismo* clásico. Recordemos que esta teoría lleva en su seno la afirmación de unos derechos naturales que nacen con los hombres. Tales derechos se revelan inmediatamente a la razón y en consecuencia son anteriores y superiores al Estado, que no los «establece», sino que simplemente los reconoce.

---

(22) Linares Quintana, Segundo V.: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo II, 3ª. edición. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 550.

(23) En cambio, en la Edad Media lo era en cuanto miembro de un grupo social concreto interferido entre el individuo y el poder central. Sus derechos no lo eran a título individual, sino en calidad de noble, clérigo, mercader, etc.

(24) Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1976, p. 417.

A manera de repaso, podemos identificar la evolución de las declaraciones de derechos, orientadoras del posterior reconocimiento constitucional de los mismos: la Carta Magna (15 de junio de 1215); el Acta de Hábeas Corpus (26 de mayo de 1679); el *Bill of Rights* (16 de febrero de 1689); la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776); la Declaración de Derechos de Pensylvania (11 de noviembre de 1776); la Constitución de los Estados Unidos (1787); la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789), entre otros textos fundamentales.

En el sentido expuesto, coincidimos con Jellinek cuando sostiene que la historia de los derechos fundamentales empieza con las declaraciones formuladas por los Estados Americanos en el siglo XVIII. Recuérdese que la primera de ellas fue emitida por el Estado de Virginia; para Jellinek, la Declaración de Virginia fue el modelo para las demás que vinieron<sup>(25)</sup>.

En los siglos XIX y XX el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre pasó a formar parte de las constituciones de numerosos Estados, entre ellos: Suecia en 1809; España en 1812; Noruega en 1814; los Países Bajos en 1815; Bélgica en 1831; Dinamarca en 1849; Prusia en 1850; Suiza en 1848 y 1874. También los países latinoamericanos, casi sin excepción en el siglo XIX y XX. Algunos Estados asiáticos también se alinearon a esta tendencia: China en 1931 (modificada luego por la Constitución de 1978) y Japón en 1946.

En la perspectiva anterior, podemos anotar hasta tres etapas definidas en la evolución de los derechos fundamentales, dentro de lo que podemos denominar un contenido «formal»:

- A) Primero fueron las «declaraciones de derechos», documentos solemnes, de carácter filosófico-político, antes que jurídico. Estas surgieron especialmente en los procesos de la independencia de los Estados Unidos, la afirmación del Parlamento de Inglaterra y la Revolución Francesa. La más célebre y aún vigente de estas declaraciones es la de los «Derechos del Hombre y del Ciudadano», aprobada en 1789.
- B) En segundo lugar, la influencia de estas declaraciones invadió el campo jurídico y paulatinamente los «derechos del hombre y del ciudadano», fueron incorporados al texto de las constituciones y de la legislación, adquiriendo propiamente el carácter de «derechos» en un sentido jurídico-positivo. La enumeración de tales derechos integra un aspecto sustancial del contenido de toda Constitución.

---

(25) Jellinek, Georg: *Teoría General del Estado*. Ediciones Albatros, Buenos Aires, 1981.

C) En tercer lugar, los derechos humanos se «internacionalizan», al convenir los Estados, en forma creciente, declaraciones y más recientemente tratados y convenciones que han otorgado a los derechos de la persona humana una dimensión universal que comprende no sólo su enunciado, sino también los mecanismos internacionales para garantizar su vigencia y respeto efectivos.

En cuanto contenido, la evolución de los derechos se puede dar en este plano: derechos individuales; derechos sociales (cuyo hito importante es la Constitución de Querétaro y la de Weimar de 1919, que consagró 63 artículos sobre derechos fundamentales): derechos de la tercera generación, como el derecho a la ecología o ambiente adecuado, derecho al desarrollo, al ocio, entre otros

La evolución de los derechos fundamentales tiene también como fuente principal al constitucionalismo social. Veamos por qué.

Se ha dicho con razón que los derechos fundamentales son aquellos que se afirman frente a la autoridad del Estado. Se afirma una esfera de libertad del individuo frente al Estado; una esfera no afirmativa sino negativa: se pide la abstención del Estado en aquellos aspectos inherentes a las personas. Sin embargo, esta concepción sería revisada luego, casi finalizando la Primera Guerra Mundial. A partir de la Revolución Mexicana que dio a luz la Constitución de Querétaro (1917) y la Constitución de Weimar (1919) en Alemania, se enfoca el tema de los derechos dentro de un nuevo orden, que ya no exige la abstención del Estado sino su intervención programática. Luego sería la Constitución española de 1931 y, finalizada la Segunda Guerra Mundial, todas las constituciones posteriores han recogido estos preceptos. En el plano del derecho internacional, existen valiosos instrumentos que consagran estos derechos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es quizá el más importante de ellos.

Es así como la principal consecuencia de la irrupción de los derechos sociales en la vida política, es la intervención creciente del Estado en el desarrollo de la vida en sociedad. Pero la naturaleza y estructura de los derechos sociales resulta de la consecuencia de haber profundizado en la idea de igualdad, la lista de las libertades se ha completado con derechos que se denominan «derechos sociales» y que tienen un carácter muy diferente de las libertades tradicionales.

Escribe al respecto el profesor Loewenstein:

«El resultado visible de este proceso es que las exigencias de una mayor seguridad económica y justicia social quedan concretadas en los derechos fundamentales de contenido social y económico. Estos nuevos ‘derechos’ fundamentales se diferencian esencialmente de los recogidos por el antiguo catálogo liberal. No están destinados a garantizar la libertad frente al Estado, sino que son



pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado. El Estado tiene primero que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales»<sup>(26)</sup>.

Se trata, por ejemplo, del derecho al trabajo, a la instrucción gratuita, a la salud, a la seguridad material, al descanso, al tiempo libre, a la asistencia en casos de invalidez, etc. En esta nueva perspectiva, los derechos o libertades no constituyen ya para los individuos un poder de actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte del Estado.

Dentro de la esfera jurídico-política individual ingresaban no sólo los derechos frente al Estado, sino también los de participación en la formación y ejecución de la voluntad del Estado, cuya raíz es más democrática que liberal. De aquí que fuera clásica la calificación de los primeros como derechos civiles y la de los segundos como derechos políticos. Los primeros pertenecen a todos los individuos que componen la nación y frecuentemente son extensibles a los extranjeros residentes en territorio nacional, mientras que los segundos no pertenecen más que a los ciudadanos a quienes la ley ha concedido su ejercicio.

Pero el desarrollo constitucional posterior, con su predominio de los principios democráticos sobre los liberales y con la penetración del socialismo en la estructura constitucional, ha dado lugar, por un lado, a que se exija del Estado ciertas prestaciones o a que ciertas actividades del Estado se desarrollen en un determinado sentido; y por otro lado, a que junto a los individuos se reconozca a las personas colectivas como sujetos de derechos.

Los llamados derechos individuales son libertades; consiguientemente exigen que el Estado actúe lo menos posible para no interferir la acción de la libertad. Pero en los derechos sociales las premisas son diametralmente opuestas. Los derechos sociales sólo pueden darse mediante una acción enérgica y permanente del Estado. Es denominador común de todos los derechos sociales el evitar que la vida del individuo se desenvuelva bajo el signo de la necesidad o la miseria.

El catálogo de derechos sociales –como afirma Loewenstein– es una curiosa mezcla de colectivismo moderno y liberalismo clásico. Lo que para unos es derecho individual, puede para otra doctrina ser considerado como derecho social. Así, el derecho de reunión o de asociación que algunos califican como social, tiene un marcado tinte individual. La propiedad, paradigma de los derechos individuales, responde hoy a un señalado carácter social.

---

<sup>(26)</sup> Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución*. Op. cit., p. 400.

## 2.2. *La ubicación jurídica de los derechos fundamentales*

Apunta el profesor Domingo García Belaunde que el problema constitucional de los derechos humanos tiene varias facetas: «Una es analizar el mismo texto constitucional, y ver la manera como él recoge los derechos fundamentales. Otras, complementarias, e importantes son las siguientes: *a)* la existencia o no de tribunales de excepción (...); *b)* la competencia de tribunales militares sobre los civiles; *c)* la posibilidad de leyes de excepción que pongan en suspenso determinados derechos fundamentales; *d)* la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno, sus métodos de incorporación y grado de vigencia; *e)* la existencia de situaciones de emergencia, que pueden enervar los derechos consagrados; *f)* la no interferencia de los poderes públicos en el Poder Judicial; *g)* la ratificación de los pactos internacionales y sobre todo el Pacto de San José de Costa Rica; *h)* la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros aspectos más»<sup>(27)</sup>.

Como se puede apreciar, el campo de análisis constitucional sobre los derechos humanos es muy amplio y variado. En realidad, al corresponder éstos a la parte dogmática de toda Constitución, es decir a la filosofía que la inspira y a los principios fundamentales que la presiden, atraviesan transversalmente todo su contenido, marcando inclusive las características del régimen político y de la propia estructura del Estado.

Los derechos humanos pertenecen a una categoría jurídico-filosófica que, para el moderno Derecho Constitucional, significa el intangible mínimo de toda Constitución democrática. Es decir, una Constitución podrá variar su tratamiento respecto a las instituciones políticas, a los órganos del Estado y su funcionamiento, a la configuración propia del régimen económico, por citar sólo algunos campos; sin embargo, esa Constitución, para ser democrática, no deberá cambiar jamás el plexo esencial de derechos reconocidos y protegidos universalmente. Si ello ocurriera, no solamente se configuraría un contrasentido constitucional, sino que también pasaría a formar parte del muestrario –que todavía existe– de constituciones ilegítimas, antidemocráticas y permisibles a la violación de los derechos humanos, generalmente existentes en regímenes autoritarios.

Al fin y al cabo, ya lo ha dicho Carl Schmitt hace varias décadas: «... son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado (...). Todos los derechos fundamentales auténticos son dere-

---

<sup>(27)</sup> García Belaunde, Domingo: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*. Tomo II, Ediciones Justo Valenzuela. Lima, 1993, p. 249.

chos fundamentales absolutos, esto es, no se garantizan ‘con arreglo a las leyes’; su contenido no resulta de la ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales»<sup>(28)</sup>. Estos derechos fundamentales, en conclusión, no pueden ser ignorados o desconocidos ni por el Estado ni por la propia Constitución.

Retomando el esquema propuesto por García Belaunde, debemos precisar que el interés del presente punto es el estudio de «la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno» peruano; en suma, cómo ha logrado esta nueva rama jurídica insertarse en el constitucionalismo peruano, con avances y retrocesos propios de cada época, aunque –debe precisarse– con una tendencia marcadamente regresionista en el caso de la Constitución de 1993.

Entendemos que para abordar la temática descrita, es imprescindible revisar brevemente la clasificación que sobre los derechos humanos, o más concretamente sobre los derechos fundamentales, desarrolla la Carta de 1993.

Sobre el particular, el Título I de la Constitución tiene el siguiente rótulo: *De la Persona y de la Sociedad*. Aún cuando el título no es técnicamente el más adecuado, y quizá en este aspecto la Carta de 1979 tenía una definición más acorde con los derechos que se consagraban y protegían<sup>(29)</sup>, contiene esencialmente los principales derechos que en general son promovidos por la dogmática de los derechos humanos.

El Título citado contiene cuatro capítulos: Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona; Capítulo II, De los Derechos Sociales y Económicos; Capítulo III, De los Derechos Políticos y de los Deberes; y, Capítulo IV, De la Función Pública.

En un anterior trabajo sostenemos que en el Perú tardó más en reconocerse los derechos civiles y políticos, primero, y luego, de los económicos y sociales:

---

(28) Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*. Alianza Universal Textos S.A., Madrid, 1982, pp. 170-172.

(29) En efecto, la Constitución de 1979 denominaba al Título I: *Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona*, que contenía 8 capítulos en los que se desarrollaba con amplitud el contenido de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. Estos capítulos eran: Capítulo I, *De la Persona*; Capítulo II, *De la Familia*; Capítulo III, *De la Seguridad Social, Salud y Bienestar*; Capítulo IV, *De la Educación, la Ciencia y la Cultura*; Capítulo V, *Del Trabajo*; Capítulo VI, *De la Función Pública*; Capítulo VII, *De los Derechos Políticos*; y Capítulo VIII, *De los Deberes*.

«Desde los albores de la Independencia se fueron dando los primeros pasos para allanar este camino. Uno de los primeros documentos constitucionales, el Estatuto Provisional de 1821 promulgado por el General José de San Martín, ya reconocía, por ejemplo, el derecho de todo ciudadano ‘a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad y su existencia, y no podrá ser privado de ninguno de estos derechos sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes’. A partir de la Constitución de 1823 en adelante todos los textos peruanos incluyeron un capítulo especial referido a los derechos y garantías civiles, teniendo a la Carta de 1979 como la máxima expresión de este reconocimiento, que, inclusive, significó la ubicación de los derechos y deberes fundamentales de la persona en el primer Título de la referida norma».

Agregamos que «los derechos sociales tardaron un poco más en incorporarse. Fue la Constitución de 1920 la primera en ocuparse de ellos; posteriormente fueron reconocidos extensamente por los textos de 1933 y 1979. Los derechos sociales comprendían la protección de la familia; el derecho de educación de los hijos; la libertad de reunión; la libertad de asociación; la libertad y secreto del voto; el derecho de petición; la igualdad de sexos; el igual acceso a empleos públicos; y, finalmente, una serie de normas sobre la carrera del funcionario del Estado»<sup>(30)</sup>.

La evolución brevemente anotada nos relata sobre la manera en que, progresivamente, los derechos humanos en general fueron incorporados en el constitucionalismo peruano.

Sin embargo, y regresando a la Carta de 1993, podemos formular, de inicio, una reserva en relación al Título I. En efecto, se separa a los derechos fundamentales de los derechos sociales y económicos, dando a entender una prelación jerárquica que en la práctica no existe. No resulta ajeno a la moderna teoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el afirmar que la diferencia normativa entre ambos grupos de derechos no existe más, ya que ha quedado establecida la *integralidad* de todos los derechos humanos. Lo que existe es, naturalmente, unos derechos más protegidos –desde el plano estrictamente jurisdiccional– que otros; empero, ello no puede significar que unos derechos sean más importantes que otros no.

Sobre el particular, pensamos que debiera primar la tesis que inspira al Estado Jurisdiccional de Derecho, en virtud de la cual una vez asumido el Estado Constitucional de Derecho, todo el conjunto normativo protectivo de los derechos fundamentales es justiciable; vale decir, se puede recurrir a los órganos de la

---

<sup>(30)</sup> Otárola Peñaranda, Alberto: *La Constitución explicada*. 2ª. edición, ICS Editores, Rao Jurídica S.A. Lima, 1998, p. 26.

Administración de Justicia para reclamar la violación de cualquiera de estos derechos, dejando un amplio campo de interpretación y aplicación a los jueces, los que sin embargo no podrán dejar de proteger estos derechos, una vez que se compruebe con las garantías del debido proceso legal la violación de los mismos.

En el sentido expuesto, consideramos que tanto los derechos fundamentales como los derechos económicos y sociales son parte de lo mismo; es decir, del grupo de derechos reconocidos, protegidos y por ende justiciables. Sobre el particular, el profesor Francisco Eguiguren es particularmente crítico a la posición asumida por la Carta de 1993: «Guiados por el dogmatismo neoliberal casi ‘fundamentalista’ que postulan muchos representantes de la mayoría parlamentaria, la posición que han asumido en este caso contradice abiertamente las concepciones predominantes en los instrumentos internacionales y la doctrina jurídica más difundida, que consagran la unidad, indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos»<sup>(31)</sup>.

Justo es plantear, sin embargo, un tema que ha convocado nuestro interés de manera acentuada. Hemos sostenido que todos los derechos reconocidos constitucionalmente pueden ser justiciables, aún aquellos que no están taxativamente en la Carta pero que se inspiran en los objetivos esenciales de la misma. ¿Podría plantear, en consecuencia, un ciudadano una Acción de Amparo contra el Estado por no garantizarle, por ejemplo, su derecho a una vivienda digna?

La respuesta no es fácil. Sobre el particular, Rubén Hernández Valle denomina como *derechos prestacionales* a todos aquellos que plantean *prestaciones* desde el Estado. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al ya citado derecho a una vivienda digna, a un seguro de desempleo o a un ambiente sano, por citar sólo tres casos.

El autor citado tiene una posición al respecto: «En nuestro criterio, las normas constitucionales que consagran tales prestaciones no confieren auténticos derechos subjetivos públicos en favor de los ciudadanos sino que se trata, más bien, de verdaderas normas de legislación o programáticas, cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente los Parlamentos»<sup>(32)</sup>.

---

(31) Eguiguren Praelli, Francisco: «Derechos Humanos y Garantías Constitucionales». En *Análisis Internacional*, Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales, N° 4, octubre-diciembre de 1993, p. 46.

(32) Hernández Valle, Rubén: «La tutela jurisdiccional de los derechos prestacionales en el sistema interamericano en relación con las legislaciones nacionales». En *Héctor Fix-Zamudio. Liber Amicorum (Libro Homenaje a Héctor Fix-Zamudio)*. Volumen II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1998, p. 865.

Al respecto, entendemos que la Constitución otorga un derecho subjetivo público a los ciudadanos con el reconocimiento de estos derechos, lo cual implica un definido derecho de acción. Sin embargo, no calificaría la interposición de un Amparo *per se*, pues éste, por lo menos en el Perú, implica una violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, la que debe ser tangible e inminente. Siempre poniéndonos en el lugar del derecho a una vivienda digna, entendemos que éste es un derecho subsidiario o complementario, que puede fortalecer un Amparo cuando, por ejemplo, se demande en el principal un desalojo ilegal o una expropiación ilegítima. El hecho concreto es que, no por tratarse de derechos complementarios, están exentos de ser justiciables; pueden serlo, pero siempre en refuerzo de un derecho fundamental sujeto de tutela jurisdiccional efectiva.

### 3. La incorporación de los tratados en materia de derechos humanos en el derecho interno peruano

#### 3.1. Los tratados y la legislación interna

Escribe el profesor Marcial Rubio que los tratados «son acuerdos que toma el Estado con otros Estados-partes o con los organismos internacionales. Como palabra formalmente empeñada, son disposiciones obligatorias y por lo tanto deben ser cumplidas. Esto les da fuerza jurídica y plantea por consiguiente el problema de cómo se insertan dentro del sistema de Derecho»<sup>(33)</sup>. Para resolver esta cuestión, los textos constitucionales han diseñado los mecanismos de incorporación de los tratados en las legislaciones internas, proponiendo una o varias modalidades.

En el caso peruano, debe decirse con toda claridad que la Constitución de 1993 trata de manera escueta el punto referido a los tratados, en general, y ha eliminado de un plumazo las cláusulas protectivas establecidas en la Carta de 1979 en materia de tratados referidos a los derechos humanos. Es por ello que coincidimos con la visión panorámica sugerida por Javier Ciurlizza, cuando sostiene que «el nuevo articulado de la Constitución de 1993 implica un serio retroceso en el trato brindado al Derecho Internacional en general, y a los derechos humanos en particular, lo que, desde el punto de vista del Derecho Interno, tiene en definitiva efectos negativos para una mejor protección de los derechos fundamentales»<sup>(34)</sup>.

<sup>(33)</sup> Rubio Correa, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III, Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho. Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, marzo de 1997, p. 118.

<sup>(34)</sup> Ciurlizza, Javier: «La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993. Retrocesos y conflictos». En *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Comisión Andina de Juristas, Tomo II, p. 66.

Con relación al régimen que en esta materia tenía la Constitución de 1979 se observa, pese a las deficiencias que posteriormente analizaremos, un intento de orden y clarificación de las competencias del Congreso, por un lado, y del Presidente de la República, del otro, para determinar según la naturaleza de los tratados a quién corresponde su aprobación.

No obstante, la Constitución de 1979 tenía la ventaja de una mayor claridad en cuanto a la opción de hacer prevalecer el tratado internacional sobre la ley interna en caso de conflicto<sup>(35)</sup>.

Si se tratase de comentar la inserción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución de 1979, el asunto sería relativamente fácil, pues el citado art. 101 resolvía con claridad un probable conflicto entre una norma interna y un tratado. Así, un tratado referido a derechos humanos no solamente pasaba a formar automáticamente parte del derecho nacional, sino que también se encontraba jerárquicamente ubicado por encima de la ley, pues tenían rango constitucional. En consecuencia, un Juez al momento de resolver un conflicto jurídico de esta naturaleza, no necesitaba otro instrumento que este art. 101 para determinar la prevalencia normativa en cuestión y resolver un asunto contencioso.

Con la Carta de 1993 esta orientación cambia, o mejor dicho retrocede. En efecto, se ha eliminado la cláusula resolutive de conflictos y simplemente se ha dejado la parte referida a la incorporación de los tratados al derecho interno. El doctor Enrique Chirinos Soto comenta al respecto que: «para la Constitución de 1993 propuse la fórmula de la Constitución de Francia, según la cual el tratado prevalece sobre la ley a condición de que todas las partes contratantes sigan la misma regla, vale decir, el principio de reciprocidad que yo reclamé para la Constitución de 1979».

Agrega el doctor Chirinos: «Pero la mayoría, en la Comisión Principal, optó, quizá con buen criterio, por el silencio constitucional sobre la materia». Admite, sin embargo, que «será, llegado el caso, la jurisprudencia de los tribunales la que determine si el tratado, en la circunstancia concreta, prevalece sobre la ley»<sup>(36)</sup>.

Discrepamos con el doctor Chirinos en los dos temas que toca. En primer lugar, no creemos que el principio de reciprocidad pueda ser el criterio adecuado

---

<sup>(35)</sup> Constitución de 1979, Art. 101: *Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero.*

<sup>(36)</sup> Chirinos Soto, Enrique: *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*. Op. cit., pp. 100-101.

al momento de resolver un conflicto entre un tratado y la ley. Ello quizá sea aplicable, aunque con ciertas condiciones, en el Derecho Internacional Privado, disciplina en la que el principio de reciprocidad rige para las relaciones o conflictos jurídicos entre personas naturales o empresas de derecho privado de distinta nacionalidad, en cuyo contexto la ley fija ciertos supuestos en los que la norma internacional puede ser aplicada para una determinada relación jurídica<sup>(37)</sup>.

En el caso del Derecho Internacional Público, cuya fuente principal son los tratados, el principio de reciprocidad también existe, pero para materias muy concretas, como es por ejemplo, la extradición o el derecho de asilo. Sin embargo, cuando se trata de convenios referidos especialmente a los derechos humanos, que son en su inmensa mayoría multilaterales, la reciprocidad se ve invadida por una dificultad de elemental presencia: la inviabilidad de exigirla por el número de Estados que suscriben un tratado, muchos de los cuales, pese a tener problemas con sus legislaciones internas, adscriben los mismos en un ánimo común de acatamiento internacional de los compromisos firmados, siendo por tanto, en ese contexto, irreal e impracticable la tesis de la reciprocidad.

Bajo la tesis del doctor Chirinos Soto el Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo, debiera ser inaplicable para el Perú si es que algunos de los Estados firmantes no adoptaran el modelo constitucional de incorporación de los tratados a sus legislaciones nacionales; ello debido al mal enfocado concepto de reciprocidad. Este supuesto, sencillamente, no ocurre. El Perú ha quedado vinculado al

---

(37) Al respecto, sostienen María del Carmen y Javier Tovar Gil: «Las relaciones jurídicas de carácter internacional se regulan en primer término por los tratados internacionales, ratificados por el Perú, sean éstos de derecho internacional privado propiamente dicho, es decir de sistemas basados en normas de conflicto, por ejemplo en el Código Bustamante de 1928, o de derecho sustantivo supranacional, como pueden serlo los tratados sobre propiedad intelectual ratificados por el Congreso del Perú» (Cfr. Tovar Gil María del Carmen y Tovar Gil, Javier: *Derecho Internacional Privado*. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente. Lima, 1987, p. 19). Lo anterior nos lleva a sostener que, en materia de Derecho Internacional Privado y en caso de que no exista un tratado aplicable a la relación jurídica concreta, serán utilizables las normas contenidas en el Libro X del Código Civil peruano. Los autores citados agregan que: «el espacio que corresponde al Libro X es el dejado por los tratados internacionales ratificados por el Perú, espacio hoy día bastante amplio. Por su parte, el doctor Antonio Boggiano sostiene que: «el supuesto de hecho o tipo legal describe un aspecto de un caso jusprivatista multinacional, y la consecuencia jurídica dispone la reglamentación del tipo mediante la elección del derecho aplicable» (Boggiano, Antonio: *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Argentina, p. 255). Obviamente el derecho aplicable no puede ser otro que la norma conflictual internacional que, para el caso peruano, está regulado por el art. 2047 del Código Civil. La reciprocidad es, en ese contexto, una excepción contemplada por la ley.



Pacto de San José independientemente de lo que digan los otros Estados respecto de la incorporación interna del mismo.

Por lo demás, internacionalistas destacados, como el doctor Eduardo Ferrero Costa han expresado que la sugerencia del doctor Chirinos Soto: «fue totalmente inconveniente, porque no puede aceptarse la reciprocidad en el caso de tratados multilaterales, donde hay 100 ó 150 Estados, siendo también absurdo pensar que el Perú para aplicar un tratado tiene que observar cómo lo aplican los demás Estados. Lo que interesa es que el tratado una vez aprobado, es parte del derecho interno y el principio que rige hoy es que el tratado prima sobre la ley».

Concluye el doctor Ferrero: «El agregado que propuso el doctor Chirinos Soto fue tomado de la Constitución francesa del año 30 y constituye un retroceso en la evolución del Derecho en general y el Derecho Internacional en particular. Más aún, la Constitución francesa del año 58, también tiene otras cosas que están superadas por la realidad y fue una mala idea tratar de escoger ese ejemplo»<sup>(38)</sup>.

Por otro lado, el doctor Chirinos Soto asume como criterio acertado de la mayoría oficialista en el Congreso Constituyente Democrático que sancionó la Constitución de 1993, el hecho de no pronunciarse respecto al tema del conflicto del tratado y de la ley. Este vacío constitucional, como lo veremos más adelante, ha generado gruesos problemas a los órganos jurisdiccionales peruanos cuando han tenido que resolver problemas concretos de aplicación. En este punto, creemos, el silencio constitucional ha sido dañino no solamente para la estructura normológica de la propia Carta, sino también para la protección efectiva de los derechos humanos de la ciudadanía, especialmente de los justiciables.

Del mismo modo, también se ha eliminado de la Constitución y probablemente por razones pragmáticas, el dispositivo relativo a la prevalencia de los tratados de integración latinoamericanos, sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes. Javier Ciurlizza sostiene que es adecuada esta supresión, por la confusión que podía generar en su aplicación<sup>(39)</sup>.

No compartimos esta opinión. Entendemos que en un mundo globalizado, en el que las relaciones comerciales se han basado en la presencia de bloques comerciales que requieren su integración acelerada para una presencia más fuerte en el contexto del mercado, la idea propuesta por la Carta de 1979 era de avanzada. El anterior texto quería, a través del precepto glosado, que el Estado peruano

---

(38) Ferrero Costa, Eduardo: «Estado, Nación, Territorio y Tratados». En *Análisis Internacional*, Revista del Centro Peruano de Estudios Internacionales, N° 4, octubre diciembre de 1993, p. 34.

(39) Ciurlizza, Javier: Op. cit., p. 68.

priorizara la suscripción de tratados de integración con sus pares latinoamericanos, precisamente para protegerse, en conjunto, de los nuevos retos del mercado. Desde el punto de vista jurídico, entendemos que no existe dificultad en señalar la prevalencia de ciertos tratados sobre otros, máxime si esta prevalencia existe en el propio ordenamiento jurídico interno, en relación a las leyes y normas de menor rango.

Pero volvamos al art. 55, que ha sido podado por la Carta de 1993 y que ha quedado de la siguiente manera:

«Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

Este artículo recoge –diríamos acepta casi con desagrado– el principio aceptado internacionalmente de incorporación de los tratados al Derecho Interno, de manera tal que una vez debidamente celebrados, ingresan a la normatividad jurídica general, con el rango correspondiente a la función con la que fue aprobado: si la aprobación proviene del Congreso tendrá rango de Ley y si viene del Ejecutivo tendrá rango de Decreto Supremo.

La regulación que contiene el art. 55 proviene de una larga experiencia internacional, en virtud de la cual el incremento sostenido de convenios internacionales, en diversas materias, creaba un problema objetivo para las legislaciones nacionales, en el sentido del grado de vinculación, ubicación interna y obligatoriedad de los tratados celebrados. Es así que surge la necesidad de incorporar constitucionalmente los tratados y trasladarlos a la legislación interna, para su validez plena. De ello deriva la afirmación que sostiene que los tratados «forman parte del derecho nacional»; es decir, son legislación interna obligatoria, y los organismos políticos y jurisdiccionales peruanos tienen la obligación, derivada del precepto constitucional, de velar por su obligatorio cumplimiento.

En consecuencia, entendemos que existen tres rangos de tratados en la Constitución de 1993:

- A) Tratados con rango constitucional. Esta categoría resulta de la lectura del segundo párrafo del art. 57, que dice: «Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República».
- B) Tratados con rango de ley, que se produce en los casos en que los tratados deben ser aprobados por el Congreso en el ejercicio de su potestad legislativa. Este concepto se basa en el art. 56 de la Carta.

- C) Tratados con rango de norma administrativa, que es el caso de los tratados que puede aprobar por sí mismo el Presidente de la República, dando cuenta al Congreso, tal como lo dispone el art. 57 de la Constitución.

### **3.2. El proceso de aprobación y ratificación de los tratados**

El art. 56 de la Constitución establece que los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; Defensa Nacional; y, obligaciones financieras del Estado.

También preceptúa que deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Sobre el particular, debe tenerse presente que el procedimiento que perfecciona un tratado está dividido en dos etapas: aprobación por el órgano competente, y ratificación por el órgano que lleva adelante las relaciones exteriores.

En el caso del Perú, a partir de la Constitución de 1993 se tienen dos posibilidades de aprobación de tratados:

- A) Los temas contenidos en el art. 56 serán aprobados por el Congreso mediante una Resolución Legislativa, que es norma con rango de ley. Por consiguiente, estos tratados tendrán rango de ley en el Derecho Interno.
- B) Los demás tratados que serán aprobados por el Poder Ejecutivo, según manda el art. 57<sup>(40)</sup>.

Como regla general, el principio seguido para atribuir la aprobación por el Congreso de los tratados enumerados en el art. 56, ha sido la vinculación temática del tratado de que se trate con aquellos contenidos que son reserva de la ley en el sistema jurídico peruano. Por reserva de la ley entendemos aquellas mate-

---

<sup>(40)</sup> Constitución de 1993, art. 57: *El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.*

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

*La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.*

rias que no pueden ser legisladas por norma de inferior categoría. Los cuatro incisos del art. 56, así como los casos especiales incluidos en el párrafo final, cumplen este requisito.

La adopción de este criterio resuelve los problemas que creaba la fórmula demasiado general de la Constitución de 1979, para que fuera el Congreso el que aprobara los tratados internacionales. En efecto, esto era lo que disponía el art. 101, mientras que el 104 autorizaba por excepción al Presidente de la República a celebrar convenios internacionales sobre materias «de su exclusiva competencia», sin el requisito de la aprobación del Congreso y sólo dándole cuenta inmediata. ¿Cuáles eran esas materias de exclusiva competencia del Presidente de la República?

En la década del ochenta fue éste un asunto que provocó discusiones entre parlamentarios que sostenían que no habiendo *strictu sensu* ningún asunto de exclusiva competencia del Presidente, todos los tratados internacionales debían ser aprobados por el Congreso, pues se trataban de acuerdos expresivos de la soberanía. Pero en el mismo Parlamento y en el Ejecutivo no faltaron opiniones que sostuvieron que cuando los asuntos del tratado no eran materia que a nivel interno requiriesen ley, «eso era asunto de la exclusiva competencia del Presidente de la República»<sup>(41)</sup>.

Esta disquisición ha quedado resuelta con el texto de los artículos 56 y 57 de la nueva Constitución.

Adicionalmente, y en concordancia con el art. 56, se encuentra vigente una norma muy importante, referida precisamente, a los actos de perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano, que comprende las normas de aprobación interna de los tratados, la publicación del texto íntegro de los mismos y la difusión de su entrada en vigencia e incorporación al derecho nacional. Se trata de la Ley N° 26647, publicada el 28 de junio de 1996.

La referida ley establece, entre otros principios contenidos en la propia Constitución, que la aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el art. 56 de la Constitución corresponde al Congreso, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo. Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el art. 57 de la Carta. En ambos casos, el Presidente emite, además, el respectivo instrumento de ratificación.

(41) Bernales, Enrique: Op. cit., p. 299.

Por otro lado, y según la ley citada, los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular. Esta última previsión de la norma citada reconoce implícitamente la prevalencia normativa de los tratados sobre la ley, en tanto que delega al Derecho Internacional tal precisión; por tanto, y por práctica y normativa internacionales, que son unánimes en esta materia, los tratados tienen prevalencia sobre la ley.

En cuanto a la publicación de los tratados, la Ley N° 26647 manda que éstos sean publicados en el Diario Oficial en un plazo máximo de treinta días, debiendo el Ministerio de Relaciones Exteriores comunicar al Diario Oficial, en cuanto se hayan cumplido las condiciones establecidas en el tratado, para que publique la fecha de entrada en vigor del mismo, a partir de la cual se incorpora al derecho nacional.

Debe precisarse que los tratados celebrados y perfeccionados por el Perú sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo a dar cuenta al Congreso.

Finalmente, el art. 57 de la Constitución se refiere a las atribuciones del Presidente de la República para la celebración o ratificación de los tratados<sup>(42)</sup>.

En concreto, todo tratado que no verse sobre los contenidos indicados en el art. 56, será aprobado y ratificado por el Poder Ejecutivo. Se establece la obligación de dar cuenta al Congreso. Este requisito obedece a la función de control político del Congreso sobre los actos normativos del Presidente de la República.

---

(42) Constitución de 1993, art. 57: *El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.*

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

*La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.*

El presente artículo debe ser concordado con la Ley N° 26647, publicada el 28 de junio de 1996, ya comentada anteriormente<sup>(43)</sup>.

El tratado que afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado mediante el procedimiento de reforma de la Constitución establecido en su art. 206. La norma es coherente con el supuesto, porque si se aprobara un tratado que luego es inconstitucional, no podría regir y eso complicaría las relaciones con los otros firmantes. Para evitar problemas, se establece que se use el procedimiento de reforma constitucional, porque lo que en realidad sucederá es que si el tratado colisiona con la Constitución, al aprobarlo ya operó la modificación constitucional en el sentido que dice el tratado. La solución es adecuada para garantizar la integridad y coherencia del sistema jurídico nacional.

El último párrafo del art. 57 trata de la denuncia de los tratados. Este es el procedimiento por el cual un Estado quita validez para sí mismo a un tratado firmado por él y del que se está retirando unilateralmente. Entendemos que la denuncia de un tratado opera en consonancia con las reglas de aprobación:

- A) El Congreso aprobará previamente la denuncia de los tratados cuya aprobación inicial hizo.
- B) El Presidente de la República denuncia por sí –pero con acuerdo de al menos un ministro que firme– la denuncia de un tratado que él haya aprobado de acuerdo al art. 57.
- C) Hechas las aprobaciones anteriores, el Presidente de la República –siempre con acuerdo de al menos un ministro– deberá comunicar la denuncia a las otras partes interesadas. Dice nuevamente la Constitución que el Presidente debe dar cuenta al Congreso. La razón es la misma que para la aprobación; sin embargo, para la denuncia debe añadirse otro argumento, que es el que se refiere a la necesaria coordinación de estos órganos del Estado en política exterior.

### ***3.3. Los tratados referidos a derechos humanos***

Como ya se dijo párrafos arriba, otra ausencia importante, que también tiene relación directa con el contexto general otorgado a los tratados por la Carta de

---

(43) Asimismo, con la Resolución Legislativa N° 26168, del 23 de enero de 1993, que declara que es potestad del Poder Ejecutivo aprobar los convenios internacionales sobre materia de su exclusiva competencia y, por ello, le corresponde aprobar y, en su caso, ratificar los actos y convenios de los cuales ha dado cuenta al Congreso. La norma declara, del mismo modo, que estos convenios son obligaciones válidas de la República, plenamente exigibles.

1993, se da en el caso de los tratados relativos a derechos humanos. Estos, en la anterior Constitución (art. 105) tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que regía para la reforma de la Constitución. La nueva Carta no dice nada al respecto. Solamente una tibia referencia en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, que no aclara el panorama<sup>(44)</sup>.

Vale la pena citar lo que disponía el art. 105 de la Carta de 1979:

«Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución».

Independientemente de los alcances jurídicos que tenía este precepto, de por sí notables, el criterio adoptado por el constituyente de 1979 identificaba a la Constitución anterior con la defensa de los derechos humanos y fue uno de los ejes conceptuales para otorgar valor superior y trascendencia histórica a esa Constitución. Como lo sostiene el profesor Bernal: «el silencio de la nueva Carta en este tema indica que las preocupaciones de quienes la elaboraron han discurrido por asuntos más prácticos. Pero el perjudicado es objetivamente el ciudadano, que ve disminuido el nivel de protección constitucional de sus derechos fundamentales»<sup>(45)</sup>.

En efecto, la referencia que hace la Disposición Final y Transitoria Cuarta tiene alcances limitados. En principio, diseña una fórmula ajustada por la que se intenta tibiamente reconocer la prevalencia interpretativa de los tratados referidos a los derechos humanos, pero exclusivamente para los asuntos referidos a los derechos fundamentales.

El solo hecho de incluir una materia de este tipo en una Disposición Final y Transitoria le quita peso jurídico a lo que allí está preceptuado. La naturaleza jurídica de las disposiciones finales radica en la necesidad de complementar los alcances del cuerpo jurídico principal de la Carta. Estos alcances, además, pueden ser transitorios, es decir, pasajeros o temporales, con lo cual se le quita a la norma comentada el carácter de permanencia, intrínseco a todo dispositivo constitucional.

---

(44) Constitución de 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria: *Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.*

(45) Bernal, Enrique: Op. cit., p. 297.

Fabián Novak opina al respecto que: «... la eliminación del artículo 105 en nuestro nuevo texto constitucional no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no sólo un retroceso a nivel jurídico sino también una verdadera torpeza política, si se considera la actual coyuntura, en la que nuestro país enfrenta una serie de cuestionamientos, fundados o no, en materia de respeto a los derechos humanos»<sup>(46)</sup>.

Sobre el particular, cabe formular una diferencia sustantiva. En tanto que la Carta de 1979 establecía, sin tapujos, la jerarquía constitucional de los tratados referidos a derechos humanos, la citada Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que estos tratados se interpretan de conformidad con los tratados que sobre la materia ha suscrito el Perú. Existe, en consecuencia, un punto oscuro, una ambigüedad evidente. En efecto, una cosa es normar una definida jerarquía normativa y otra, completamente diferente, un criterio interpretativo que deja abierta la duda sobre el rango de estos tratados.

Creemos que existe, evidentemente, un contrasentido constitucional y que debiera promoverse una reforma para regresar a la fórmula del art. 105 de la anterior Carta, que era –lo repetimos– mucho más claro.

De otro lado, el profesor Marcial Rubio plantea, sobre el tema de los tratados y su vinculación con los derechos fundamentales, una tesis interesante y complementaria, que queremos recordar en este punto. Afirma que «en el caso de los derechos humanos (...) el artículo 3 de la Constitución reconoce como tales a otros de naturaleza análoga a los que existan en el texto constitucional o ‘(...) que se funden en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma Republicana de Gobierno».

«Esto equivale a decir –agrega– que los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, declaraciones o tratados y en este último caso, hayan o no sido ratificados por el Perú, pueden ser considerados derechos constitucionales protegibles por las garantías establecidas (...). En este caso hay un claro monismo: por el hecho de existir, esos derechos forman parte del derecho peruano. No hace falta norma jurídica interna alguna para que ello suceda: serán invocados y, de cumplir con los requisitos, deberán quedar amparados»<sup>(47)</sup>.

En el caso expuesto, el tema en cuestión tiene aristas netamente interpretativas y su vinculación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es evi-

---

(46) Novak, Fabián: «Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993». En *Agenda Internacional*. Año I, Nº 2, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales. Lima, julio-diciembre de 1994, p. 91.

(47) Rubio Correa, Marcial: Op. cit., 136.



dente. Lo que quiere decir el art. 3 de la Constitución de 1993 es que, para ser reconocidos como tales, los derechos humanos no requieren ni siquiera una mención explícita por la propia Constitución, sino que, *per se*, pueden ser jurisdiccionalmente protegidos. Esto último es muy importante para el caso de los tratados referidos a los derechos humanos, puesto que lo que deviene del criterio expuesto, es que éstos son válidos y exigibles para el Perú, aún cuando no hayan sido ratificados.

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

CARLOS AYALA CORAO (\*)

*By freedom I understand social conditions of such a kind that the expression of opinions and assertions about general and particular matters of knowledge will not involve dangers or serious disadvantages for him who express them ...But laws alone cannot secure freedom of expression; in order that every man may present his views without penalty, there must be an spirit of tolerance in the entire population. (Einstein, Albert: «On Freedom», Ideas and Opinions, New York, 1954).*

**SUMARIO: I.** Introducción. **II.** El desconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos. **III.** El establecimiento de la censura previa. **IV.** La validación de las leyes de vilipendio y desacato. **V.** Una reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN

El 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia («TSJ/SC» o «SC») de la República Bolivariana de Venezuela (con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero) dictó la sentencia N° 1942<sup>(1)</sup>,

---

(\*) Presidente de la Comisión Andina de Juristas. Jefe de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela.

(1) El texto completo de las sentencias del TSJ puede ser consultado en la publicación oficial de la página electrónica (web) de ese Tribunal: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

mediante la cual convalidó en el derecho interno –entre ellos– los delitos de expresión conocidos internacionalmente como «leyes de desacato» y estableció la habilitación para la «censura previa» judicial. Esta sentencia contiene una serie de razonamientos y decisiones, que no sólo configuran un abierto desacato a la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos («CIDH») y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sino además un desconocimiento abierto al tratado internacional sobre la materia<sup>(2)</sup>, lo cual puede considerarse en la práctica, como una denuncia del mismo. Se trata así, de una de las sentencias más adversas a las libertades democráticas y a la protección internacional de los derechos humanos que ha dictado la SC desde su creación, la cual ratificó y profundizó la lamentable doctrina «vinculante» que había establecido la SC en su anterior sentencia N° 1013 apenas dos años antes<sup>(3)</sup>.

La sentencia 1942 se originó en la demanda ejercida el 6-3-2001 por el abogado y profesor universitario Rafael Chavero, a través de una acción popular de inconstitucionalidad abstracta contra esas normas del Código Penal<sup>(4)</sup>, que incluyó a las que consagran como delito aquellas expresiones consideradas como irrespetuosas a autoridades, funcionarios e instituciones públicas. Chavero ejerció dicha acción citando como fundamento el Informe de la CIDH de 1994 sobre la incompatibilidad de las «leyes de desacato».

La doctrina de la CIDH desde 1994 en el conocido Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>(5)</sup> ha establecido los límites a la penalización de la libertad de expresión. En este sentido, las «leyes de desacato» son tipos delictivos que equivalen a lo que en otros países como Venezuela se conoce como «vilipendio» u otras figuras delictivas que penalizan la expresión que ofende, insulta o irrespeta a una

---

(2) Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22-11-69 y ratificada por Venezuela, Ley Aprobatoria publicada en la G.O. N° 31.256 de fecha 14-6-77.

(3) TSJ/SC, sentencia N° 1013 de fecha 12-6-01. Sobre el tema ver la publicación: Brewer-Carías, Allan R.; Faúndez Ledesma, Héctor; Nikken, Pedro; Ayala Corao, Carlos; Chavero Gazdik, Rafael; Linares Benzo, Gustavo y Olavarría, Jorge. **La Libertad de Expresión Amenazada. Sentencia 1013**, Caracas/San José, 2001.

(4) Artículos 141, 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 450 del Código Penal de Venezuela.

(5) *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, publicado en CIDH, Informe Anual 1994, Capítulo V. Este informe está publicado por la CIDH, pero pueden igualmente consultarse en la página Web o electrónica de la CIDH: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

autoridad o funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. La CIDH concluyó en su Informe que estas leyes de desacato o vilipendio son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por lo cual desde 1994 ha reiterado su recomendación a los Estados miembros de la OEA para que adecuen sus legislaciones a las obligaciones internacionales sobre derechos humanos, dejando sin efecto esa normativa. En este sentido, la CIDH para llegar a tan importante conclusión hizo un análisis contextual y finalístico de la CADH, para aclarar las restricciones que resultan aceptables a la libertad de expresión con el objeto de permitir la preservación y desarrollo de la sociedad democrática (artículos 13, 29 y 32 CADH).

En efecto, la CIDH estableció en su Informe, que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás frente a los ataques intencionales al honor y la reputación, queda suficientemente garantizada (únicamente) mediante acciones civiles por daños y perjuicios y mediante el ejercicio efectivo del derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, la CIDH descalificó la penalización abierta con delitos como la difamación y la injuria. La doctrina de la CIDH sobre esta materia consiste en autorizar la penalización de la expresión de ideas, que ofendan el honor o la reputación únicamente en aquellos casos extremos que incitan a la violencia anárquica en la sociedad. De allí que una de las tareas que ha asumido el Relator sobre libertad de expresión de la CIDH, es precisamente hacer una supervisión sobre los países que mantienen en vigencia leyes de desacato (vilipendio) en contravención con la CADH, a fin de recomendar su derogatoria. Así por ejemplo, con relación a Venezuela el referido Relator en su Informe Anual aprobado por la CIDH, expresó lo siguiente<sup>(6)</sup>:

#### VENEZUELA

...El Relator quiere observar que una democracia pluralista y tolerante es aquella en que se permite un movimiento fluido de ideas y opiniones y un debate público abierto. Es dentro de este contexto, el cual es crucial para la democracia, en donde los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio de la ciudadanía u opinión pública, ya que son ellos quienes llevan a cabo la formulación y/o aplicación de las políticas públicas, justicia entre otros. Las leyes de desacato buscan precisamente evitar el debate público y que los funcionarios públicos sean objeto de escrutinio o crítica. De esta mane-

---

(6) Ver, **Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión...**, citado *supra*, Capítulo IV. Estos informes son publicados, pero pueden igualmente consultarse en la página Web o electrónica de la CIDH: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

ra, las leyes de desacato más que cumplir una función de protección de la libertad de expresión o de los funcionarios públicos, son normas que limitan la libertad de expresión y debilitan el sistema democrático.

Asimismo, el Relator quiere observar que en muchos Estados del continente aún siguen existiendo normas que consagran la figura del desacato, y que éstas normas siguen siendo utilizadas por las diversas autoridades públicas, con el objeto de acallar a sus críticos, lo que trae consigo una limitación a la libertad de expresión en esos Estados, y que el sistema democrático pueda verse debilitado.

Coincidentemente, estos artículos del Código Penal de Venezuela identificados en el Informe del Relator de la CIDH como incompatibles con la CADH conforme al referido Informe sobre leyes de desacato, corresponden con los mismos artículos (223 y 226) sobre el tipo penal de «vilipendio», que la sentencia N° 1942 declaró constitucionales por resultar a su juicio válidos para exigir las responsabilidades penales ulteriores relativas a la libertad de expresión.

Además de todo lo anteriormente expuesto en el nivel interamericano, mundialmente se ha desarrollado toda una consistente doctrina y jurisprudencia contra las leyes de desacato (vilipendio), determinándolas contrarias al derecho a la libertad de expresión. Así por ejemplo, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión, Adib Hussain, en los últimos años ha recomendado reiteradamente a los gobiernos: *a)* derogar las leyes penales sobre difamación para reducir ésta al ámbito del derecho civil; *b)* limitar las sanciones por difamación para que no coarten la libertad de opinión y el derecho a la información; *c)* prohibir que las autoridades públicas entablen demandas por difamación con el fin de impedir las críticas a su gestión o para mantener el orden público; *d)* que las leyes sobre difamación no atenten contra el debate abierto de las cuestiones de interés público ni contra el principio de que los funcionarios públicos deben tolerar un grado mayor de crítica que el común de los ciudadanos; *e)* calificar de difamatorias solamente las expresiones ostensiblemente exageradas; y, *f)* continuar garantizando que la carga de la prueba recaiga en quien diga haber sido difamado y no en el demandado<sup>(7)</sup>.

La jurisprudencia de la SC establecida en la sentencia 1942 relativa a la validación de las «leyes de desacato» no tardó mucho tiempo en ser invocada por las

---

<sup>(7)</sup> Ver el artículo de opinión de Calixto Ávila Rincón, investigador de Provea, *¿Una libertad de expresión limitada?*, como un aporte al debate sobre la sentencia 1013 del TSJ, publicado en el diario «El Nacional», de fecha 27-06-01, pág. A-9.

autoridades del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela en contra de la libertad de expresión ejercida por periodistas y editores de medios de comunicación. En efecto, con ocasión de la publicación el 25-9-03 en el diario Tal Cual de una foto al lado de un artículo editorial crítico a la utilización de la policía política (Disip) para allanar a la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo y la Guardia Nacional para desalojar las viviendas de los trabajadores petroleros despedidos, en la cual aparece en un montaje el Presidente Hugo Chávez blandiendo una pistola, el Ministro de Comunicación e Información anunció al día siguiente que frente a este ataque denigrante sancionado por el Código Penal, su despacho tomaría «acciones legales» en contra del diario y el editor Teodoro Petkoff «... en el marco de la reciente decisión número 1942 de TSJ que dejó claramente asentado que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado» ya que «la foto alterada es del presidente de la República»<sup>(8)</sup>.

Para llegar a su *dictum* sobre las leyes de desacato, la sentencia 1942 no sólo estableció en Venezuela la habilitación de la censura previa judicial, sino además desconoció las obligaciones derivadas de los tratados relativos a derechos humanos y el sistema internacional de protección de la persona humana. Esta sentencia ha sido objeto de críticas por parte de organismos internacionales de derechos humanos como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA<sup>(9)</sup>, diversos abogados y académicos, periodistas y medios de comunicación social<sup>(10)</sup>, humoristas y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos (ong's). En este sentido, las ong's de derechos humanos Provea, la Vicaría de Derechos Humanos de Caracas, Cecodap y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello se pronunciaron firmemente condenando la sentencia 1942, mediante un comunicado de prensa en el cual, expresaron su rechazo a la doctrina de dicho fallo con base en argumentos sólidos de derecho internacional, derecho constitucional y los principios democráticos, en los siguientes términos<sup>(11)</sup>:

(8) «EL Universal» pág. 1-6 de 27-9-03 y «El Nacional»pág.A-4 de 27-9-03.

(9) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comunicado de Prensa PREN/85/03, de fecha 16 de julio de 2003: «El relator especial para la libertad de expresión lamenta decisión del Tribunal Supremo de Justicia de la República bolivariana de Venezuela que convalida las leyes de desacato».

(10) Ver Entrevistas y Noticias aparecidas en los principales diarios de circulación nacional en Venezuela como son: «El Universal»: [www.eud.com](http://www.eud.com) y «El Nacional»: [www.el-nacional.com](http://www.el-nacional.com) y «Tal Cual»: [www.talcualdigital.com](http://www.talcualdigital.com).

(11) Comunicado de Prensa de fecha 11-8-03: «Provea, Vicaría de Derechos Humanos de Caracas, Cecodap y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, se pronuncia ante la sentencia 1942».

«1) *Rechazamos las expresiones despectivas utilizadas por la sentencia en contra de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de su Secretaría Ejecutiva, al calificarlos de ‘burócratas de los derechos humanos’* (pág. 31); 2) *Rechazamos la doctrina establecida en este fallo conforme a la cual, las recomendaciones contenidas en los informes adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), «no son obligatorias»* (pág. 30). Esta doctrina de la SC/TSJ incumple las obligaciones internacionales asumidas libremente por el Estado venezolano, al ratificar la Carta de la Organización de Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos... El pretendido desconocimiento de la sentencia 1942, a las medidas cautelares expedidas por la CIDH y a las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (pág. 22), configura un grave retroceso al reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos (artículo 23 de la Constitución) y ante la obligación del Estado venezolano de adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 31 de la Constitución). La experiencia hemisférica de la CIDH por más de 50 años y de la Corte IDH por más de 20 años ha demostrado la importancia de las medidas de protección cautelar de estos órganos, para salvar vidas, evitar torturas y otros daños irreparables a las personas; 3) *Rechazamos la doctrina sentada en el fallo según la cual, las sentencias de la Corte IDH, ‘para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía’*; por lo cual –según dicho fallo– el control de las sentencias de la Corte IDH para verificar su constitucionalidad le corresponde al Juez, ‘convirtiéndose el Juez ejecutor en el controlante de la constitucionalidad’ (pág. 26)’. Al contrario de dicha sentencia, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales configuran un límite a la soberanía de los Estados, en virtud de las obligaciones de respeto y garantía que se derivan para todos los poderes públicos. En este sentido, no puede alegarse la soberanía ni la conformidad con el ordenamiento jurídico interno, como causas para ignorar la jurisdicción internacional. Los derechos humanos y la protección internacional de la persona son una conquista irrenunciable de la humanidad. Por ello, las decisiones judiciales emanadas del TSJ que violen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están siempre sujetas al control de los órganos del sistema interamericanos de protección de la persona humana; 4) *Rechazamos la doctrina sentada en el fallo conforme a la cual se habilita al legislador a imponer «censura previa» a la libre difusión de informaciones, ideas, pensamientos y opiniones, que afecten conceptos como las prohibiciones de propaganda de guerra, de mensajes discriminatorios, de anonimato y de la promoción de la intolerancia religiosa, ‘siempre que actos jurisdiccionales la ordenen’* (págs. 35 y 36)... La jurisprudencia internacional ha sido unánime en

desautorizar en principio, la *censura judicial* de ideas, opiniones, informaciones, obras artísticas y otras expresiones culturales so pretexto de hacer prevalecer otros derechos. Ello ha llevado a la Corte IDH a declarar contrarias a la Convención Americana toda norma –incluso de rango constitucional– que autorice indebidamente la censura judicial y en consecuencia, a toda decisión de los tribunales nacionales (incluidos Cortes Supremas o Constitucionales) que impongan indebidamente la censura judicial preventiva o definitiva; 5) *Respecto a la constitucionalidad de las leyes penales que sancionan las expresiones que pudieren resultar ofensivas a las autoridades y a las instituciones del Estado, rechazamos la doctrina establecida por la sentencia, que decidió que las normas del Código Penal impugnadas no son contrarias ni a la Convención Americana ni a la Constitución, estableciendo una doctrina que afecta negativamente el ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática* (págs. 46 a 67)». (Resaltados añadidos).

Por su parte el Editorial del diario «El Nacional» de fecha 2 de agosto de 2003 hizo una crítica a la sentencia 1942 comparándola con la situación del mundo en el año 1942, para así cuestionar el concepto de «soberanía», la penalización de la crítica política y el establecimiento de la censura previa judicial de dicho fallo. En este sentido, entre otros pasajes, el editorial expresó lo siguiente sobre la sentencia 1942<sup>(12)</sup>:

...Sí, ese era el mundo en 1942, pero han pasado ya ¡61 años! y lo increíble es que los venezolanos hayamos sido transportados *back to the past* sin la asistencia de la máquina del tiempo. Esta increíble recreación del pasado jurásico ha sido posible, por obra de la sentencia número 1942 de nuestra creativa Sala Constitucional del Tribunal Supremo (de Justicia). En ella se nos lleva aun más atrás en un fabuloso viaje por la historia, pero pretendiendo hacerla presente por la palabra allí escrita, al afirmarse la «soberanía» del Estado Nacional como lo harían los gobernantes absolutistas en el siglo XV. Así, la sentencia 1942 ignora toda la evolución del Derecho Internacional y en particular de los derechos humanos, ocurrida en los últimos ¡55 años! pretendiendo convertirnos en un gueto frente a la comunidad internacional.

La sentencia 1942 es propia del mundo bizarro, al llegar a cuidar a los políticos como débiles frente a los peligros del irrespeto y la crítica malsana de los ciudadanos (incluidos los humoristas), cuando el problema es todo lo contrario. De esta manera este tribunal de

(12) En particular, ver el Editorial de «El Nacional» titulado *1942*.



fueros olvidó que en las democracias contemporáneas la participación debe hacer realidad la transparencia y el control ciudadano. Este concepto democrático permite que los ciudadanos critiquen, observen, vigilen y hasta sean abusivos en las vidas privadas de los políticos, porque ellos son los que más afectan nuestras vidas con sus conductas y decisiones. Esta increíble sentencia 1942, propia de una pieza de un museo jurídico medieval, llega a habilitar al legislador para que establezca la «censura previa» a la libre difusión de informaciones, ideas, pensamientos y opiniones que a juicio de cualquier Juez (¡ah!) afecten conceptos como las prohibiciones de propaganda de guerra, de mensajes discriminatorios, de anonimato y de la promoción de la intolerancia religiosa. Sería interesante que nuestro laureado *Privy Council* nos hubiera ilustrado con ejemplos sobre qué considera una propaganda de guerra, ya que nuestro original gobernante de turno tiene tantas ideas creativas que ya ha expresado sobre el particular; o, por caso, los insultos que éste le ha propinado a la Iglesia Católica, incitadores de la intolerancia religiosa como quedó demostrado en los agravios póstumos al cardenal Ignacio Velasco. ¿Cómo calificarán las propagandas discriminatorias del programa Aló, Presidente? ¿Cómo calificarían sus agresiones a los propios magistrados del TSJ?

El asunto es que simplemente no creemos en la censura ni previa ni posterior, ni legal, ni constitucional, ni judicial, ni nacional ni internacional. Las informaciones y las opiniones deben circular libremente, y los abusos pueden ser objeto de determinadas consecuencias, cuando se demuestre que quien causó un daño a alguien lo hizo sabiendo que la información era falsa y con la intención de hacer daño («real malicia»).

Los venezolanos no debemos ni tenemos que ser tutelados por un Estado que decida por nosotros qué informaciones y opiniones podemos divulgar o recibir. Esa es una decisión que en una democracia debemos tomarla libre y soberanamente los ciudadanos, porque afortunadamente ¡ya no estamos en 1942!

Más claro imposible: ¡la sentencia 1942 había errado de manera inexcusable frente a un tema clave donde equivocarse es demasiado grave: la protección internacional de los derechos humanos; y la sociedad civil reaccionó rechazando la doctrina del fallo, ya que ella era la víctima directamente afectada por ese error!

A continuación, en el presente trabajo haremos una evaluación crítica de los siguientes tres aspectos contenidos en el *dictum* de la sentencia 1942:

1. El desconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos;

2. El establecimiento de la censura judicial previa; y
3. La validación de las leyes de vilipendio o desacato.

## II. EL DESCONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La sentencia 1942, para apartarse de las recomendaciones tanto del Informe de la CIDH sobre las leyes de desacato como las del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión citadas *supra*, relativas a dejar sin efecto dichas normas penales que restringen la libertad de expresión, optó por desconocer el valor obligatorio de las recomendaciones de la CIDH y de las sentencias de la Corte IDH, sujetándolas a que sus decisiones sean conformes a la Constitución de Venezuela según lo determine el TSJ/SC. En palabras tan simples como las utilizadas por la sentencia en cuestión, las decisiones de éstos órganos internacionales de protección de los derechos humanos no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación o son inaplicables si violan la Constitución o no se hayan agotado los recursos judiciales internos. Lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado. Pero dejemos que la sentencia nos lo diga en sus propias palabras<sup>(13)</sup>:

**A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución**, el cual reza: «*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución*» siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, **éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

(...) La Sala considera que, **por encima del Tribunal Supremo de Justicia** y a los efectos del artículo 7 constitucional, **no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley**

---

(13) TSJ/SC, sentencia N° 1.942 de fecha 15-7-03. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en la publicación oficial de la página electrónica (web) de ese Tribunal: [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)

**así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.**

El artículo 2 del «Pacto de San José de Costa Rica», es claro, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es decir, las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales, y por ende a la Constitución misma.

Ahora bien, si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales que por tener la competencia amparen derechos humanos, con mayor razón, la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares; **e igualmente, la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos por la República. Si en la mayoría de los Convenios, debe agotarse conforme al derecho interno, las vías judiciales, en Venezuela, tal agotamiento debe cumplirse previamente, incluso para el decreto de medidas cautelares por organismos internacionales, si ellas son posibles conforme al derecho interno, a fin de no burlar la soberanía del país, y a su vez para cumplir con los Tratados y Convenios Internacionales. Si con esta tramitación no se cumple, Venezuela no puede quedar obligada por la decisión, que nace írrita.**

(...) Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. **Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, sólo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay**

**lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.**

(...) Planteado así, **ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores.**

(...) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), establece dos órganos competentes: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ambos entes tienen funciones diferentes. La primera puede «formular recomendaciones» (artículo 41.b) a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas «*en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos*». **Si lo recomendado debe adaptarse a la Constitución y a las leyes de los Estados, es porque ello no tiene naturaleza obligatoria, ya que las leyes internas o la Constitución podrían colidir con las recomendaciones. Por ello, el articulado de la Convención nada dice sobre el carácter obligatorio de la recomendación,** lo que contrasta con la competencia y funciones del otro órgano: la Corte, la cual –según el artículo 62 de la Convención– puede emitir interpretaciones obligatorias sobre la Convención siempre que los Estados partes se la pidan, lo que significa que se allanan a dicho dictamen.

(...) Si la Corte tiene tal facultad, y no la Comisión, es forzoso concluir que las recomendaciones de ésta, no tienen el carácter de los dictámenes de aquella y, por ello, la Sala, para el derecho interno, **declara que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no son obligatorias.**

(...) Con relación a la inconstitucionalidad solicitada, las recomendaciones tienen un valor doctrinario que debe ser ponderado por el juzgador, ya que la recomendación particular a que se refiere el accionante, alerta a los Estados miembros para que, a futuro, deroguen o reformen las llamadas leyes de desacato, con el fin de adecuarlas a las leyes internacionales, **pero la recomendación no es más que un punto de vista de la Comisión** y una exhortación a los países miembros para que actúen en el orden interno, sin que

tenga carácter imperativo, lo que es lógico, ya que es necesario que los Congresos o Asambleas de los países, previo el trámite parlamentario y las peculiaridades de cada régimen, hagan los ajustes necesarios, conforme a su Constitución, de los derechos que ella establezca, y conforme a la interpretación constitucional que emana del órgano nacional competente.

Una interpretación diferente es **otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros**, y que –como ya lo apuntó la Sala– lo prohíbe la Constitución vigente. (Resaltados añadidos).

Como si todo lo anteriormente dicho fuera poco, pero quizás evidenciando una de las verdaderas motivaciones que han podido llevar a los magistrados de la SC a utilizar conceptos tan gravemente desconocedores y contrarios al derecho internacional, la sentencia 1942 remata su argumentación sobre este tema, con un exceso injustificado insultando a los miembros de la CIDH en franca violación al tratado<sup>(14)</sup>, llamándolos «burócratas de los derechos humanos»:

(...) **Las recomendaciones** tienen lugar en un tiempo determinado y, por lo regular, **son producto de los burócratas de los derechos humanos que en ese tiempo conforman la Comisión**. (Resaltados añadidos).

En virtud de las críticas que inmediatamente generó este controvertido fallo, apenas dos días después de dictar la sentencia 1942 la SC emitió un Comunicado

---

(14) Estos términos usados por los magistrados de la SC contrastan con el respeto y el aprecio internacional que se ha ganado la CIDH en casi medio siglo de trabajo por la vigencia de los derechos humanos en el hemisferio, como ha sido reconocido mundialmente por las víctimas de violaciones y sus familiares, por los propios Estados miembros de la OEA y por el resto de la comunidad internacional. El exceso verbal de los magistrados de la SC contrasta con la naturaleza de los miembros que conforme a la CADH componen la CIDH órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (art. 33); quienes deben ser personas de «alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos (art. 34); quienes representan a «todos los miembros que integran la Organización de los Estados americanos» (art. 36); quienes –al igual que los jueces de la Corte IDH– sólo perciben unos emolumentos y gastos básicos de viaje únicamente para asistir a las sesiones de trabajo y misiones oficiales, teniendo en cuenta «la importancia e independencia de sus funciones» en la forma que lo determina su Estatuto y el programa-presupuesto de la OEA (art. 72); por lo que para cumplir sus funciones –al igual que los jueces de la Corte IDH– gozan de las «inmunidades reconocidas a los agentes diplomáticos por el derecho internacional» (art. 70).

en el cual «puntualizó» el contenido del fallo frente a la «tergiversación» por parte de periodistas y entrevistados por los medios audiovisuales. Como para que no quedaran dudas de lo decidido por la sentencia sobre el desconocimiento de las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y su sometimiento a la Constitución y por tanto a lo que sobre el particular determine la SC, el referido Comunicado expresó lo siguiente<sup>(15)</sup>:

1) El fallo sostiene que por encima del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, y a los efectos del Derecho Interno, no hay ningún Tribunal supranacional, transnacional o internacional.

En consecuencia, **no se ejecutan en Venezuela sentencias de esos Tribunales que contraríen la Constitución venezolana**, siendo solamente en materia de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 Constitucional) donde pueden transferirse competencias de los Tribunales Venezolanos a los órganos supranacionales.

2) Que **carece de aplicación en el país cualquier decisión de órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales que violen la Constitución, o que no hayan agotado el trámite del derecho interno, en Venezuela.**

3) Que las recomendaciones de los organismos internacionales, en particular la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tienen un carácter diferente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y no son de obligatorio cumplimiento, siendo –como lo dice la propia palabra– recomendaciones, no vinculantes. (Resaltados añadidos).

Ante tan insólito desafío del Estado venezolano, a través de la sentencia 1942 de su más Alto Tribunal, al cumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas la CADH, una reacción de la Corte IDH no se hizo esperar. El hecho es que de manera curiosamente coincidente con la doctrina de la SC contenida en su sentencia 1942 de fecha 15-7-03 citada *supra*, que había establecido el requisito –a juicio de la SC– del agotamiento previo de los recursos internos para que se pueda dar cumplimiento en Venezuela a las medidas cautelares o provisionales de protección del sistema interamericano, el gobierno venezolano osó desacatar el requerimiento del Presidente de la Corte IDH efectuado el 30-7-03, ello es a pocos días después de la sentencia 1942, de adoptar las medidas urgentes de pro-

---

(15) Ver el texto completo del Comunicado del TSJ/SC de fecha 17-7-2003 en [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve).

tección a dos periodistas y de informar de ello a dicha Corte antes del 14-8-03<sup>(16)</sup>. Frente a semejante desacato al requerimiento efectuado, la Corte IDH decidió días después, el 8-9-03, ratificar por unanimidad la mencionada resolución de su Presidente y requerir al Estado venezolano la adopción de las medidas provisionales e informarla de ello en un plazo breve. Hay que resaltar a los efectos del presente trabajo, la respuesta breve pero contundente que implícitamente contiene esta resolución de la Corte IDH, a la errática doctrina del fallo 1942. En los *considerandos* que tuvo la Corte para decidir esta resolución, precisó las responsabilidades de respeto y garantía de los derechos humanos por parte del Estado; y además subrayó la **especial gravedad del incumplimiento** ocurrido frente al **carácter obligatorio de las órdenes de la Corte**, en este caso a través precisamente de medidas urgentes y provisionales. Pasamos a transcribir textualmente algunas de las palabras de la Corte IDH en su resolución, las cuales hablan de manera contundente por sí solas:

11. Que el **incumplimiento por parte del Estado es especialmente grave** dada la naturaleza jurídica de las medidas urgentes y medidas provisionales, que buscan la prevención de daños irreparables a las personas en situaciones de extrema gravedad y urgencia.

12. Que la disposición establecida en el artículo 63.2 de la Convención confiere un carácter **obligatorio a la adopción, por parte del Estado, de las medidas provisionales que el ordene este Tribunal**, ya que el principio básico del derecho de la responsabilidad del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, ha señalado que los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). (Resaltados añadidos).

La errada doctrina del TSJ/SC contenida en la sentencia 1942 del año 2003 no fue creada de manera asilada ni repentina por dicho Tribunal en ese fallo, pues contaba con algunos antecedentes ya preocupantes de los cuales alertamos en su oportunidad<sup>(17)</sup>. En efecto, ya en el año 2000 la nueva Sala Constitucional del

---

<sup>(16)</sup> Corte IDH, Resolución del Presidente de la Corte IDH de fecha 30 de julio de 2003 de Medidas Urgentes solicitadas por la CIDH respecto de la República Bolivariana de Venezuela, caso *Marta Colomina y Liliana Velásquez*.

<sup>(17)</sup> Sobre el particular ver Ayala Corao, Carlos M., «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos» en **La Libertad de Expresión Amenazada. Sentencia 1013**, San José/Caracas, 2001; además seguimos lo expuesto por nosotros, entre otros, en la obra: Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía*

Tribunal Supremo de Justicia había desconocido, en un caso concreto, la naturaleza jurídica de la CIDH y sus implicaciones como órgano internacional de protección de derechos humanos bajo la CADH, con ocasión de decidir una acción de amparo constitucional. La CIDH había decretado medidas cautelares en un caso abierto contra Venezuela, por denuncia de violación de los derechos humanos a la libertad de expresión y debido proceso. Frente a la denuncia de acoso judicial de las dos víctimas (una periodista y el director de la revista «Exceso») y el no funcionamiento oportuno de la acción de amparo intentada por ellos en la jurisdicción interna –casualmente ante la SC del TSJ–, la CIDH acordó medidas cautelares de protección inmediata de las víctimas mientras se tramitaba el caso ante esa instancia internacional, a fin evitar daños irreparables. En la oportunidad de decidir el fondo de la acción de amparo, si bien la Sala Constitucional declaró con lugar el amparo constitucional a las garantías del debido proceso (no así a la libertad de expresión), hizo el siguiente pronunciamiento –por demás innecesario– con relación a las medidas cautelares acordadas por la CIDH, calificándolas de una «inaceptable» injerencia en la competencia e independencia de los jueces venezolanos<sup>(18)</sup>:

**Igualmente considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional,** según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica), que dispone que la petición sobre denuncias o quejas de violación de dicha Convención por un Estado parte, requerirá que «se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos» lo cual fue permitido en el caso de autos, por no haber ocurrido retardo judicial imputable a esta Sala según lo indicado en la parte narrativa de este fallo. (Resaltados añadidos).

---

*constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003, págs. 119 a 128.

(18) Sentencia de fecha 17-5-2000, SC/TSJ, caso «Faitha Nahmens y Ben Amí Fishman» (Revista *Exceso*).



Este pronunciamiento resultó inaceptable por arbitrario al ser contrario no sólo a las obligaciones internacionales del Estado venezolano bajo la CADH, sino además al texto expreso de la propia Constitución de Venezuela.

Posteriormente, con ocasión de la polémica suscitada por la sentencia 1013 de fecha 12-6-01 de la SC<sup>(19)</sup>, el Tribunal Supremo de Justicia dictó el 25 de julio de 2001 un «Acuerdo» en Sala Plena –la cual por cierto incluye a la Sala Constitucional–, expresando su rechazo a las críticas irrespetuosas efectuadas a ese fallo y su solidaridad con los magistrados de la SC. Dicho Acuerdo, atípico en la historia judicial venezolana, contiene entre sus *considerandos*, dos, en los cuales se evidencia claramente la génesis de la doctrina desarrollada dos años más tarde por la sentencia 1942, con relación al desconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos frente a la soberanía nacional y absoluta de la interpretación constitucional autónoma del TSJ en sus fallos<sup>(20)</sup>:

CONSIDERANDO:

**Que las decisiones de este Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre.**

CONSIDERANDO:

**Que los tratados, pactos o convenciones relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y por tanto su interpretación jurídica corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal.** (Resaltados añadidos).

Estos fundamentos del Acuerdo nos merecieron unos breves comentarios<sup>(21)</sup>, que ahora reiteramos frente su total coincidencia con la doctrina más acabada que

---

(19) Sentencia 1013 de fecha 12-6-01 del TSJ/SC, publicada en [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve). Sobre la sentencia N° 1013, ver, Ayala Corao, Carlos M., «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013...» en **La Libertad de Expresión Amenazada**, *op. cit.*

(20) Ver el texto del Acuerdo en [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve); y en Ayala Corao, Carlos M., «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013...» en **La Libertad de Expresión Amenazada**, *op. cit.*, págs. 364-366.

(21) Seguimos lo expuesto en Ayala Corao, Carlos M., «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013...» en **La Libertad de Expresión Amenazada**, *op. cit.*, págs. 156 y siguientes.

fue expuesta por el TSJ/SC en la sentencia 1942 que citamos *supra*, conforme a la cual: *las decisiones de los organismos de protección internacional de los derechos humanos (CIDH y Corte IDH) sólo se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establecen la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en la Constitución; y por encima del Tribunal Supremo de Justicia no existe órgano jurisdiccional alguno, por lo que las decisiones de éstos órganos internacionales que contradigan las normas constitucionales venezolanas, carecen de aplicación en el país pues lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentaría contra la soberanía del Estado venezolano.*

En primer lugar, es incorrecto afirmar que las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales. En efecto, todos los actos del Estado, desde su Constitución hasta los actos administrativos individuales, están sometidos al control de los órganos internacionales de protección de la persona humana creados por los tratados. No puede alegarse la soberanía ni la conformidad con el ordenamiento jurídico interno ni la patria libre como causas para excluir la sujeción de determinados actos del Estado a la jurisdicción internacional y mucho menos a la de los derechos humanos. Los derechos humanos y la protección internacional de la persona son una conquista irrenunciable de la humanidad. En este sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los Estados asumen el compromiso integral de respeto de los derechos humanos como obligaciones emanadas de los instrumentos internacionales. Este compromiso de respeto y garantía plena a los derechos humanos comprende, según los artículos 1 y 2 de la CADH, a las medidas de cualquier naturaleza que deben adoptar los órganos del Estado: legislativos, ejecutivos, judiciales, ministerios públicos, autoridades electorales, defensorías del pueblo, o cualesquiera otras. Las decisiones judiciales emanadas de las Altas Cortes o Tribunales nacionales que violen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están siempre sujetas al control de los órganos del sistema interamericanos de protección de la persona humana. Por el contrario, esos órganos internacionales no tienen por objeto el control de las normas de derecho interno aplicadas por las sentencias emanadas de los tribunales nacionales, cuando éstas son producto del respeto a un debido proceso y no son violatorias de los demás derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales correspondientes.

Por otro lado, es inaceptable afirmar desde el punto de vista del derecho internacional, como lo hace la sentencia 1942, que para que la decisión de un órgano internacional de protección de los derechos humanos creado por un tratado (como son precisamente la CIDH y la Corte IDH) pueda ser aplicado en Venezuela, no puede estar en contradicción con la Constitución. Todo lo contrario, como acabamos de exponerlo, hasta la Constitución está sujeta como Derecho

Interno al Derecho Internacional y debe adaptarse conforme al principio de progresividad, para garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos en un tratado. En este sentido es importante traer a colación el caso de *La Última Tentación de Cristo* en Chile, ya que en el mismo la Corte Suprema de Justicia de ese país mediante un amparo constitucional (recurso de protección), había aplicado una norma constitucional expresa que permitía la censura previa para la exhibición de la producción cinematográfica (artículo 19 número 12). Esa decisión de la Corte Suprema chilena resultaba contraria a la prohibición de censura previa a la libertad de expresión, conforme al artículo 13 de la CADH ratificada por Chile. El caso fue llevado ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos por unas personas que se identificaron como víctimas de la censura previa judicial impuesta a la película y, aunque el Estado argumentó en su defensa la existencia de una norma constitucional expresa y la interpretación soberana que había hecho la Corte Suprema de Justicia de Chile, la Corte IDH en su sentencia en el caso *La Última Tentación de Cristo*, expresó de manera diáfana el principio de la responsabilidad internacional del Estado por todos sus actos, incluyendo sus sentencias y el sometimiento de todo el ordenamiento jurídico incluido la Constitución a la CADH. La Corte IDH estableció la siguiente jurisprudencia sobre el particular<sup>(22)</sup>:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (Resaltados añadidos).

En el caso de *La Última Tentación de Cristo* resultó evidente que la Corte IDH puede actuar para la protección de los derechos humanos conforme a la CADH como un tribunal constitucional internacional en la práctica, ya que si la violación

---

<sup>(22)</sup> Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, párrafo 72. Sobre un desarrollo más en detalle de la responsabilidad internacional del Estado por los actos del poder judicial, puede verse en este fallo el «voto concurrente» del Juez Antonio A. Cançado Trindade.

a estos derechos resulta o se origina en una norma constitucional –aún y cuando su interpretación haya sido validada por las Altas Cortes de derecho interno–, la Corte IDH puede no sólo declarar la norma constitucional y la decisión judicial doméstica que la aplicó como violatorias del tratado; sino además, en aplicación de éste puede ordenar la reparación de la violación, lo cual lógicamente incluye la modificación de la constitución para adaptarla al tratado. En efecto la Corte IDH en su sentencia constató la violación a la CADH por el artículo 19 número 12 de la Constitución chilena y de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del tratado, ordenó al Estado su modificación para adaptarlo a éste instrumento internacional y así permitir la exhibición de la película *La Última Tentación de Cristo* es ese país<sup>(23)</sup>:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. (cfr. «*principe allant de soi*»; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 20, párr. 136). La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

**88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.**

<sup>(23)</sup> Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001.

(...)

90. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(...)

97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película «La Última Tentación de Cristo», ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquellas disposiciones convencionales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención.

Si la violación al derecho a la libertad de expresión sin censura previa contenida en el artículo 13 de la CADH había sido constatada por la Corte IDH, ésta debía disponer de conformidad con el artículo 63.1 de dicho tratado, «que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados» y por lo tanto, disponer asimismo, «que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos». Por tanto, con base en las anteriores consideraciones del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH por unanimidad estableció en los puntos resolutivos de la sentencia, la siguiente orden reparatoria:

- 4. Decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo», y debe rendir a la Corte**

Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto. (Resaltados añadidos).

El Estado chileno dio cumplimiento a la reparación ordenada por la sentencia de la Corte IDH, y por iniciativa del Ejecutivo el Legislativo procedió a modificar la norma contenida en el citado artículo 19 número 12 de su Constitución, con la finalidad de dejar sin efecto la censura previa para la exhibición de películas.

En el caso de las sentencias de la Corte IDH, la propia CADH establece el compromiso de los Estados partes de cumplir las decisiones en todo caso en que sean parte; y en materia de indemnizaciones, las sentencias pueden ejecutarse por los procedimientos internos de cada Estado de ejecución de sentencias contra el Estado<sup>(24)</sup>. Ello ha sido así en algunas jurisdicciones constitucionales en Europa, en virtud del carácter fundamentalmente declarativo que se le atribuye a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a excepción de la condena a las indemnizaciones compensatorias. Así, en el caso de la jurisprudencia constitucional española, el Tribunal Constitucional ha adoptado decisiones contradictorias con relación al carácter «obligatorio» de la ejecución en su derecho interno de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>(25)</sup>.

(24) Artículo 68, CADH. La propia CADH establece en su artículo 25.2.c., que los Estados se comprometen «a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso». Desafortunadamente, dichos procedimientos están llenos de excepciones y privilegios públicos, que no sólo violan las constituciones sino la propia Convención. Sobre el tema en particular ver, Parejo Alfonso Luciano, «*La ejecución de las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el Derecho Español*», Ayala Corao, Carlos «*La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*» y Muci Borjas, José Antonio «*La ejecución según el Derecho Venezolano, de los fallos dictados por los jueces contencioso-administrativos*» todos estos trabajos publicados en **Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías»**, Funeda/EJV, Caracas, 1995.

(25) La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Bultó* (STEDH, Barberá, Messeguer y Jabardo, A.146) fue objeto de un proceso judicial para lograr su ejecución ante los tribunales españoles mediante la nulidad de las sentencias penales condenatorias. Dicho proceso terminó en un amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (TC). En la sentencia definitiva (STC 245/1991) el TC afirmó que la sentencia del TEDH tenía un carácter «obligatorio» incuestionable. Sin embargo, dicha doctrina fue desmontada en un caso siguiente. En efecto, en el caso *Ruiz Mateos* (expropiación *Rumasa*), la sentencia del TEDH (STEDH, A.262), fue objeto de sendos recursos de amparo ante el TC: en el primero negó la ejecución de la sentencia internacional por razones formales; y el segundo fue rechazado por razones de fondo, sobre la base de la supremacía de la Constitución española cuyo intérprete supremo es el

Con relación a las afirmaciones contenidas en la sentencia 1942 según las cuales las recomendaciones de la CIDH «no son obligatorias» ya que «el articulado de la Convención nada dice del carácter obligatorio de la recomendación», llegando al extremo de catalogarlas como un simple «punto de vista de la Comisión», debemos aclarar y precisar que ello constituye otro grave error inexcusable por parte del sentenciador venezolano. En efecto, en el caso de los Informes de la CIDH, la «obligatoriedad» de sus recomendaciones ha sido establecida expresamente por la propia Corte IDH desde 1997, sobre la base del principio de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales libremente adquiridos en el tratado, en los siguientes términos<sup>(26)</sup>:

79. La Corte ha dicho anteriormente que, de conformidad con la regla de interpretación contenida en el artículo 31.1. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término «*recomendaciones*», usado por la Convención Americana, debe ser interpretado conforme a su sentido corriente (Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C. N° 22, Párr. 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C. N° 30, párr. 93).
80. Sin embargo, **en virtud del principio de buena fe**, consagrado en el mismo artículo 31.1. de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, **tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana** que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función «promover la observancia y la defensa de los derechos humanos» en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111).

---

TC, y de la inmutabilidad de la cosa juzgada (Providencias de 31-1-1994 recaídas en los recursos de amparo 2291/93 y 2292/93). Sobre el particular, ver, Ruiz Miguel Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997.

(26) Corte IDH caso «*Loayza Tamayo*», Sentencia de fondo de fecha 17-9-97, Serie C, número 33. Sobre el particular ver, Bidart Campos, Germán J.; Moncayo, Guillermo R.; Vanossi, Jorge R.; Schiffrin, Leopoldo; Travieso, Juan A.; Pinto, Mónica; Gordillo, Agustín; Albanese, Susana; Maier Julio y otros. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997. Cançado Trindade, Antonio Augusto, «*La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la protección de los derechos humanos*» en *El Juez y la defensa de la democracia*, IIDH/CCE, San José, 1993.

Asimismo, el artículo 33 de la Convención Interamericana es un órgano competente junto con la Corte «para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes», por lo que, **al ratificar dicha convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.** (Resaltados añadidos).

Esta jurisprudencia no es más que la aplicación de normas convencionales del derecho internacional, según la cual un Estado no puede alegar sus propios actos para pretender justificarse o eximirse de las obligaciones internacionales derivadas de un tratado. En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por Venezuela), establece en su artículo 27.1 que:

Un Estado parte de un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

Por otro lado, con relación a la doctrina originada en el segundo considerando del citado Acuerdo y desarrollada en la sentencia 1942, en el sentido de que «la interpretación jurídica» de los tratados relativos a los derechos humanos «corresponde a la Sala Constitucional de este Alto Tribunal» de manera excluyente, debe aclararse y precisarse que por el contrario, la interpretación última y auténtica de los tratados le corresponde a los órganos de la jurisdicción internacional. En este sentido, como lo ha recordado el presidente de la Corte IDH y autorizado autor en la materia, Antônio A. Cançado Trindade, «una decisión judicial interna puede dar una interpretación incorrecta de una norma de un tratado de derechos humanos; o cualquier otro órgano estatal puede dejar de cumplir una obligación internacional del Estado en este dominio. En tales hipótesis se puede configurar la responsabilidad internacional del Estado, por cuanto sus tribunales u otros órganos no son los intérpretes finales de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos»<sup>(27)</sup>. De allí que el principio de derecho internacional en esta materia conforme al cual, los órganos de supervisión internacionales, «controlan la compatibilidad de la interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones convencionales, para la determinación de los elementos fácticos

---

(27) Cançado Trindade, Antônio A., **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**, Santiago de Chile, 2001, pág. 275.



a ser evaluados para el propósito de la aplicación de las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos»<sup>(28)</sup>.

Es importante recordar que además de la interpretación de la CADH que hace la Corte IDH con ocasión de sus sentencias en los casos individuales, la propia CADH le otorga una competencia consultiva genérica a la Corte IDH para interpretar dicha Convención y los otros tratados de derechos humanos; y para determinar la compatibilidad de las leyes internas (incluida las constituciones) de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales (art. 64). Ahora bien, en el ejercicio de su jurisdicción nacional, los tribunales de derecho interno pueden aplicar y con ocasión de ello interpretar los tratados relativos a los derechos humanos. En efecto, si bien la competencia judicial interna de Venezuela le asigna a la SC la interpretación última de la Constitución y, por tanto, de los tratados sobre derechos humanos –en virtud de su jerarquía constitucional conforme al artículo 23–, esa disposición debe entenderse en el siguiente sentido: conforme a la Constitución, el Tribunal Supremo de Justicia es su máximo y último intérprete (artículo 335), pero sólo en el orden interno. En efecto, salvo los casos autorizados por el derecho internacional, la jurisdicción de los tribunales nacionales tiene por límite la jurisdicción del propio Estado. Por ello, las interpretaciones que hagan los tribunales de la jurisdicción interna de los Estados deben respetar los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y particularmente la jurisprudencia de sus órganos de protección. Ello quiere decir que si un Estado al interpretar un tratado establece normas más garantistas para la protección de la persona que las establecidas en la jurisprudencia internacional, esa interpretación será válida en virtud del principio de progresividad en la materia (art. 29, CADH). Sin embargo, si la interpretación de un tratado realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resulta contraria a los estándares mínimos de protección establecidos en la jurisprudencia de la Comisión o de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dicha sentencia será contraria a la propia Convención Americana, en virtud del mismo *principio de progresividad* (art. 29.1). En estos casos, como quedó aclarado, la sentencia nacional es susceptible de ser controlada por los órganos de protección internacional, a fin de tutelar los derechos humanos de la víctima conforme a los estándares internacionales y con ello, además, se comprometería la responsabilidad internacional del Estado, por causa de la

---

(28) Cf. H. Mosler, «L'influence du droit national sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersh*, vol. I, Bruxellers/Paris, Brulant/LGDJ, 1972, págs. 540-541; C.H. Schreuer, «The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts», 24 *International and Comparative Law Quarterly* (1975), págs. 153 y 183, citados por Cançado Trindade, Antônio A., **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**, *op. cit.*, pág. 278.

sentencia violatoria del tratado. Por ello en estos casos resulta totalmente improcedente la invocación de la «*soberanía estatal* en lo tocante a la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos vigentes» (cursivas añadidas)<sup>(29)</sup>

De allí, la doble importancia de la aplicación de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por los tribunales nacionales: por un lado, para lograr la protección efectiva de la persona humana con base en esos estándares internacionales como reglas mínimas (principio de progresividad); y por el otro, para evitar hacer incurrir al Estado en la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos, cuando las sentencias nacionales no sean reparatorias de violaciones ocurridas o cuando puedan resultar en sí mismas en violaciones a dichos derechos fundamentales.

En todo caso, la obligación internacional de los Estados partes de la CADH de dar cumplimiento de buena fe a las obligaciones internacionales que se derivan de un tratado y en particular a las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados en dichos instrumentos, se encuentra ahora reforzada mediante su «constitucionalización» en el orden interno venezolano. En efecto, esta constitucionalización es doble entre nosotros, en primer lugar en virtud de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos (art. 23); y en segundo lugar, en virtud de la consagración constitucional del derecho internacional de petición ante los órganos convencionales internacionales de protección de los derechos humanos y el correlativo deber del Estado venezolano de adoptar «las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento las decisiones emanadas de los órganos internacionales» (art. 31), institución que ya desde 1998 habíamos denominado el amparo internacional<sup>(30)</sup>. De esta forma, este derecho humano de petición internacional ahora también derecho constitucional, es exigible para que el Estado cumpla las decisiones de los órganos internacionales de protección, no sólo como una obligación internacional derivada de los tratados correspondientes, sino además en caso de ser necesario, incluso por la vía jurisdiccional del propio amparo constitucional.

Lo que asombra y desilusiona es que una Sala Constitucional con una Constitución con normas progresistas en materia de derechos humanos –que ayudamos con ilusión a redactar–, no aproveche sus directrices básicas para construir una jurisprudencia hemisférica de avanzada en el reconocimiento de la protección internacional de la persona humana, y se esté oponiendo a ello a estas alturas con

(29) Cançado Trindade, Antônio A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, *op. cit.*, pág. 279.

(30) Ver sobre el particular lo expuesto en nuestra obra: Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas/San José, 1998.

argumentos de soberanía o de patria libre o de adecuación a la Constitución. Estos argumentos no sólo son preconstitucionales y anteriores al nacimiento del derecho constitucional contemporáneo, sino además violan los tratados mismos como la CADH ratificada libremente por el Estado venezolano. De hecho la jurisprudencia anterior a la nueva Constitución de Venezuela de 1999, con normas menos progresistas ya había reconocido a los tratados sobre derechos humanos y en concreto a la CADH como «parámetro de constitucionalidad» a los fines de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, llegando incluso a citar para tal fin, las recomendaciones formuladas al Estado venezolano por las instituciones internacionales defensoras de los derechos humanos<sup>(31)</sup>.

Frente a este triste panorama actual de la jurisprudencia constitucional venezolana, contrasta toda una jurisprudencia vibrante que ha venido desarrollando los tribunales constitucionales y cortes supremas de justicia en las américas, la cual pone su acento en el reconocimiento del valor tutelar de la dignidad de la persona humana a través de la protección de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y consecuentemente, en la aplicación directa de las decisiones de la CIDH y la Corte IDH en el orden interno<sup>(32)</sup>. En efecto, la obligatoriedad de las decisiones tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana ha venido siendo reconocida expresamente por las propias altas jurisdicciones latinoamericanas, como son los casos de Argentina, Costa Rica y Colombia.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en 1992 –antes de la reforma del 94 que constitucionalizó tratados sobre derechos humanos– había venido sentando el criterio del *carácter vinculante de las interpretaciones de los derechos humanos realizadas por la Corte IDH*, al indicar:<sup>(33)</sup>

---

(31) Ver, sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena de fecha 14-10-97, publicada el 6-11-97, consultada en original, transcrita parcialmente y comentada en nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos, **La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias**, *op. cit.*, págs. 70 a 78.

(32) Sobre el particular ver lo expuesto más extensamente en nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos, «Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional» en *Libro homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001; Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, *op. cit.*; y Bidart Campos, Germán J.; Moncayo, Guillermo R.; Vanossi, Jorge R.; Schiffrin, Leopoldo; Travieso, Juan A.; Pinto, Mónica; Gordillo, Agustín; Albanese Susana; Maier, Julio y otros. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op. cit.*

(33) CS, Julio 7, 1992 «Ekmkdjiam, Miguel A. c Sofovich, Gerardo y otros». En dicho caso, la Corte aplicó la Opinión Consultiva OC-7/86. Ver referencias en Ariel E. Dulitzky, «La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio com-

Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de san José (Estatuto, artículo 1).

En 1995, dicha jurisprudencia fue consolidada en los siguientes términos<sup>(34)</sup>:

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana y artículo 2º, Ley 23054.

La Corte Suprema argentina ha establecido la *obligatoriedad de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana* para los tribunales argentinos, al disponer la *revocatoria de sentencias de instancia que no sigue la jurisprudencia de la CIDH*.<sup>(35)</sup>

...debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1 ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En Costa Rica, también ha ocurrido un tanto digno de reseñarse y contrastarse. En 1985, ese mismo Estado solicitó a la Corte Interamericana la Opinión Consultiva número 5 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, que fue resuelta determinándose su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención Americana<sup>(36)</sup>. Diez años más tarde, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica sentenció la inconstitucionalidad del

---

*parado*», libro de autores varios, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, *op.cit.* En general, y como introducción al tema, ver «*La jurisprudencia internacional en el derecho interno*» en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, autores varios, San José, 1994.

(34) CS, «Giroldi H. s/recurso de casación» CS, abril 7, 1995, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1995-III, pág. 571.

(35) CS «Bramajo» Sentencia del 12-9-96, en *Jurisprudencia Argentina*, 20-11-96.

(36) Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas que exigía la colegiación de los periodistas para ejercer sus funciones. La Sala Constitucional costarricense motivó su decisión en la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana en la OC-5, asignándole esas sentencias «el mismo valor de la norma interpretada»<sup>(37)</sup>,

**...si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar las leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán –de principio– el mismo valor de la norma interpretada...** (Resaltados añadidos).

Por su lado, la Corte Constitucional de Colombia se ha convertido, en términos generales, en el tribunal con la jurisprudencia más garantista del hemisferio, a través de tesis de avanzada en relación con el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales. Baste citar entre su vasta jurisprudencia, la que comenzó *reconociendo la jerarquía constitucional y hasta supraconstitucional de los tratados sobre derechos humanos* bajo la nueva Constitución.<sup>(38)</sup>

Efectuado el análisis anterior, entraremos a revisar en primer término, cómo el Derecho a la Identidad, se encontraba plenamente garantizado durante la vigencia de la Constitución de 1886 y de igual manera en los preceptos constitucionales que inspiraron la filosofía de la Constitución de 1991.

A partir de 1928 la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia otorgó un valor prevalente a los tratados Internacionales sobre el ordenamiento jurídico legal. Normas estas últimas de naturaleza internacional, que por voluntad del Estado Colombiano entraron a formar parte del ordenamiento jurídico con carácter supralegal. Estableciéndose así la fuerza coercitiva de preceptos a los cuales el Estado firmante, tiene el deber de garantizar su plena efectividad. Valor supralegal expresamente contenido en el artículo 93 de la Constitución política de Colombia y que también tenían pleno valor supralegal, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia:

«Agrégase a ello –continúa– que esa superioridad ha sostenido como doctrina invariable que *«es principio de Derecho Público,*

---

(37) Sentencia N° 2312-95 de 9-V-95, y ver Piza E. R. *op.cit.*, pág. 143.

(38) Sentencia N° T-447/95, de 23-10-95, publicada en *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-Jurisprudencia)*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997.

*que la Constitución y los Tratados Públicos son la ley suprema del país y sus disposiciones prevalecen sobre las simplemente legales que les sean contrarias aunque fuesen posteriores» (negritas y cursivas añadidas)...*

Con relación a las *obligaciones que se derivan de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas dichas obligaciones incluidas en éstas las mismas sentencias constitucionales*, la Corte Constitucional colombiana estableció de manera cierta y afirmativa –en abierto contraste con la posición obstruccionista de la sentencia 1942 de la SC–, *el carácter vinculante de los tratados sobre derechos humanos y el deber de la Corte Constitucional de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos éstos derechos*<sup>(39)</sup>:

...Determinado el **rango supraconstitucional de los pactos internacionales ratificados por el Congreso**, se concluye que **es deber del Estado colombiano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos**. En efecto, esta disposición de orden constitucional encuentra sustento en los contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos artículo 2º ord. 2º, y del Pacto de Derechos Humanos de San José de Costa Rica artículo 2º.

Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normativa internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Interamericana y los pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Interamericana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º ord. 1º). Por ello, estos pactos, que han sido todos ratificados por Colombia y por ende prevalecen en el orden interno (Constitución Política, art. 93), señalan que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, *«las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos (cursivas no originales)»* los derechos humanos (Convención Interamericana art. 2º; Pacto de Derechos Civiles art. 2º ord. 2º). Ahora bien, **la Corte Constitucional, en acuerdo con una**

(39) Sentencia N° T-447/95, de 23-10-95, cit. publicada en **Derechos Fundamentales e interpretación constitucional**, op. cit.

**doctrina muy autorizada en este campo, considera que entre las medidas «de otro carácter» deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas.**

El artículo 2° del **Pacto de San José de Costa Rica**, aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica el 23 de noviembre de 1969, y de **carácter vinculante en el orden jurídico interno** de Colombia a través de la ley 16 de 1972, hace explícita la obligación estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, dándole a éstos rango directamente constitucional».

**...Hay que adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.**

Por consiguiente, **las sentencias de los jueces –como medidas de otro carácter diferentes a las leyes– deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren a la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los Pactos.**

En tal sentido, Bidart Campos señala:

«La Corte tiene la posibilidad de modular de muy diversas maneras los efectos de sus sentencias, pues la Constitución le permite adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permite asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución misma».

**Corresponde entonces tratándose de una materia de interés vital como los Derechos del Hombre, dar la eficacia jurídica a los Tratados Internacionales.**

Esto nos permite desarrollar, que el contenido de distintos preceptos vinculantes en tratados internacionales determinaban desde ya, la plena protección del Derecho a la identidad, manifestación a su vez de la dignidad humana y garantía del libre desarrollo de la personalidad.

*Sobre la fuerza vinculante de los tratados sobre derechos humanos y la garantía derivada del control que sobre su efectividad ejerce la Corte IDH, la Corte*

Constitucional colombiana se ha expresado claramente en sentido favorable en los siguientes términos:<sup>(40)</sup>

De un lado, el artículo 29 inciso *c*) nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

En igual forma, el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al consagrar en su numeral 1: «Toda persona tiene deberes respecto de la Comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad», así como lo preceptuado en el artículo 29 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, quedan expresamente garantizados por el literal *c*) del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica.

La disposición contenida en el literal *c*) del artículo 29 establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y por otra parte otorga un amplio sentido de interpretación, de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar al derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

Esta consideración, nos permite afirmar que el derecho a la identidad como derecho inherente a la persona humana para la época de ocurridos los hechos estaba plenamente garantizado, por cuanto la fuerza vinculante de pactos internacionales así lo determinaba al igual que la consagración del derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad...

**...La fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos, está garantizada por el control que sobre su efectividad ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, ya sea por iniciativa de cualquier Estado (artículo 62 Pacto de San José de Costa Rica), o a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previa evaluación de las denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (art. 44 Pacto de San José de Costa Rica).

---

(40) Sentencia N° T-447/95, de 23-10-95, cit., publicada en **Derechos Fundamentales e interpretación constitucional**, op. cit.



La decisión de la Corte Interamericana en la protección de los derechos humanos, puede consistir en ordenar que se garantice al lesionado en el goce de sus derechos o libertad conculcados; disponiendo, si ello fuera procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Y en caso de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. (Artículo 63 del Pacto de San José de Costa Rica)».

Con relación al asunto nuclear desechado por la sentencia 1942 de la SC relativo a las *competencias de la CIDH y la Corte IDH como mecanismos de protección internacional de los derechos humanos*, la Corte Constitucional Colombiana –lo que evidencia de nuevo un abierto contraste con la rezagada jurisprudencia venezolana– se ha expresado sosteniendo no sólo la *constitucionalidad de éstos mecanismos*, sino además ha afirmado su importancia como parte de una *garantía internacional de los derechos humanos la cual representa un avance democrático indudable; por lo que, de manera alguna vulneran la soberanía, ya que son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución*<sup>(41)</sup>:

**La Corte no encuentra ninguna objeción constitucional a estos mecanismos internacionales de protección pues, tal como tuvo oportunidad de mostrarlo en anterior decisión, esta internacionalización de la garantía de los derechos humanos representa un avance democrático indudable.** De otro lado, los valores de dignidad humana, libertad e igualdad **protegidos por los instrumentos internacionales y por la Constitución, son idénticos.** Además, la propia Carta señala no sólo la **prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos que han establecido tales mecanismos** (CP art. 93) sino que, **además, precisa que Colombia orienta sus relaciones internacionales con base en los derechos humanos**, pues tales principios han sido reconocidos en numerosas ocasiones por nuestro país, que ha ratificado innumerables instrumentos internacionales en esta materia (CP art. 9). Por consiguiente, la Corte considera que **los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana;**

---

(41) Sentencia C-251, de 28-5-1997, Corte Constitucional de Colombia, párrafo 24.

**por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución.** (Resaltados añadidos).

En la práctica, esa jurisprudencia ha sido aplicada por la Corte Constitucional colombiana en abierta progresividad para proteger los derechos humanos con base en las decisiones de los organismos internacionales. Así, en un caso en el que debió analizar la «razonabilidad» de la duración de la prisión preventiva, la Corte Constitucional hizo referencia para ello en su fundamentación, a la jurisprudencia y la doctrina internacionales:<sup>(42)</sup>

La jurisprudencia y la doctrina internacionales han precisado lo que debe entenderse por un plazo razonable para la investigación y el juzgamiento, condicionando sus límites a las circunstancias del caso y a la existencia de un verdadero interés público que justifique la restricción del derecho a la libertad personal sin llegar en ningún caso al extremo de desconocerlo.

Más específicamente, con relación a la tutela de los derechos humanos a través de los mecanismos de amparo constitucional para ejecutar las decisiones de la CIDH y la Corte IDH, la Corte colombiana ha hecho referencia expresa a la doctrina de la CIDH en los siguientes términos:<sup>(43)</sup>

Por su estrecha relación con los cargos a examinarse, esta Corte destaca la atinente al derecho del menor acusado de infracciones a la ley a ser juzgado por Tribunales especializados. La Comisión Interamericana ha puesto de presente la necesidad de respetar esta garantía aun durante los estados de excepción.

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana ha llegado incluso a reconocer expresamente a las decisiones de las «instancias internacionales de supervisión y control de los derechos humanos», como causal para la procedencia para la

---

(42) Sentencia C-301/93, de 2 de agosto de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

(43) Sentencia C-019/93, de 25 de enero de 1993, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barrón. La sentencia hace referencia a una recomendación de la Comisión Interamericana efectuada al Gobierno de Uruguay, en su Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1978, pág. 167.

acción de revisión de las sentencias firmes absolutorias, las preclusiones de investigaciones y las cesaciones de procedimientos, en casos de «violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario», cuando un pronunciamiento de esas instancias internacionales haya «constatado la existencia del hecho nuevo o de la prueba no conocida al tiempo de los debates» o «incluso si no existe un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo de los debates, siempre y cuando una decisión judicial interna o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de los derechos humanos, aceptadas formalmente por nuestro país, constata un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado colombiano de investigar en forma seria imparcial las mencionadas violaciones»<sup>(44)</sup>.

En definitiva, la obligación de los Estados respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados sobre la materia como la CADH, se traducen en la obligación de adoptar las decisiones necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de la CIDH y la Corte IDH, las cuales pueden materializarse en actos de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra<sup>(45)</sup>. Ello dependerá en definitiva de la naturaleza de la medida reparatoria que sea necesaria adoptar en el derecho interno para dar cumplimiento efectivo a la decisión de órgano internacional.

Lo lamentable es, que la doctrina establecida en la sentencia 1942 no sólo desconoce las obligaciones internacionales de respeto, garantía y protección de los derechos humanos del Estado venezolano, sino además, en franca oposición a la moderna tendencia jurisprudencial de los tribunales y salas constitucionales del hemisferio, desconoce a la propia constitución venezolana.

### III. EL ESTABLECIMIENTO DE LA CENSURA JUDICIAL PREVIA

La sentencia 1942 se presenta un falso dilema que resuelve escogiendo la solución que menos favorece al ejercicio del derecho a la libertad de expresión: la

---

(44) Sentencia C-004/03, de 20 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

(45) Una solución complementaria interesante ha sido la dada en Colombia mediante la Ley N° 288: «Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos, en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos Humanos». Conforme a dicha ley, si un informe a la Comisión Interamericana concluye en un caso concreto que el Estado colombiano ha incurrido en una violación de derechos humanos y recomienda que deben indemnizarse los perjuicios correspondientes, el Comité de Ministros al emitir un concepto favorable hace obligatoria la celebración del trámite indemnizatorio interno previsto en dicha ley.

censura previa. En efecto, la sentencia plantea que el derecho a la libertad de expresión en los términos del artículo 13 de la CADH no está sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, por lo que según ella esa norma «colide» con la norma del artículo 57 constitucional que prohíbe la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa. Este falso dilema lo resolvió el sentenciador escogiendo la solución más restrictiva, es decir, la que menos permite el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, como es la censura previa de esas expresiones, ya que a su entender esa solución «favorece más a los derechos humanos colectivos»(¿?). De seguidas el sentenciador pareció arrepentirse y retroceder por el mal camino andado, pero ya era tarde, el mal estaba hecho. En efecto, luego de afirmar que en esos casos, la libertad de expresión simplemente no se puede ejercer ya que está sujeta a una prohibición absoluta mediante la censura previa, que la «ley puede crear» y «siempre que actos jurisdiccionales la ordenen».

Concluyendo podemos concretar la insólita doctrina establecida por la sentencia 1942 en los siguientes términos: la prohibición de las expresiones relativas a la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, se asegura mediante el establecimiento de la censura previa mediante leyes y su aplicación a los casos concretos mediante decisiones judiciales.

Pero de nuevo dejemos que sea la propia SC con sus palabras en la sentencia 1942, la que nos exponga su insólita tesis<sup>(46)</sup>:

**A juicio de esta Sala, el artículo 13.2 colide en cierta forma con el artículo 57 constitucional. Este prohíbe la censura a las expresiones que se difundirán por los medios de comunicación o difusión, lo que es coincidente con la letra del artículo 13.2 comentado, pero el artículo 57 constitucional no permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa, sin diferenciar, al no prohibirla, en qué oportunidad se impedirá su difusión. Como el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación de la expresión e información «sin censura, de acuerdo a los principios de esta Constitución», la Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental.**

(46) TSJ/SC, sentencia N° 1.942 de fecha 15-7-03 citada *supra*.

**A juicio de la Sala, ello puede tener lugar aún antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer**, ya que, de no ser así, el efecto nocivo, que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente.

La Sala anota, que las ideas o pensamientos que el artículo 57 de nuestra Carta Fundamental prohíbe (propaganda de guerra, mensajes discriminatorios o los que promuevan la intolerancia religiosa), colocados en la norma después de la declaratoria de que la comunicación y difusión de las ideas, pensamientos y opiniones, no pueden ser sometidos a censura previa, constituyen restricciones a dicho derecho, ya que luego de establecerse el principio, la norma establece que **no se permitirá ni el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.**

**Para que no se permitan tales expresiones, la ley puede crear censura previa a su difusión o comunicación, siempre que actos jurisdiccionales la ordenen.** Sin embargo, las prohibiciones del artículo 57 constitucional son en parte distintas de aquellas que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla, las cuales nunca pueden ser objeto de censura anterior a su difusión o comunicación, pero que sí generan responsabilidades (de acuerdo con lo que establece la ley) a quien las exprese en cualquier forma. Apunta la Sala que son en parte distintas, ya que hay supuestos contemplados en ambas normas, las cuales al ser diferentes, otorgan efectos distintos a los supuestos coincidentes.

**Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones, y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que, a su vez, establece el artículo 13.2 del «Pacto de San José», por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente si la Ley lo señala.**

El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, sólo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos y, por ello, el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley. (Resaltados añadidos).

En el Comunicado emitido apenas dos días después de dictar la sentencia 1942 y para que no quedaran dudas sobre el contenido de la lamentable doctrina allí sentada, la SC «precisó» lo siguiente<sup>(47)</sup>:

5) Que el artículo 57 Constitucional prohíbe la censura previa, pero a la vez prohíbe la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promueven la intolerancia religiosa, lo que constituye una contradicción dentro del mismo artículo.

6) Que el efecto nocivo que produciría la violación por quienes así se expresen, de **las prohibiciones sobre propaganda de guerra y mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, puede ser impedido por leyes (a dictarse a futuro), que permitan la censura previa, siempre que sean actos jurisdiccionales (y no administrativos) quienes la ordenen.** (Resaltados añadidos).

La doctrina de la censura judicial previa a la libertad de expresión, había tenido su origen dos años antes en la sentencia 1013 del TSJ/SC mencionada *supra*, en la cual se había inaugurado la tesis de *habilitar a los jueces para que prohíban la difusión de informaciones falsas o no veraces o que vacíen el contenido de los derechos de la personalidad, como el honor*. En esa oportunidad la sentencia 1013 estableció esta primera doctrina de la censura judicial previa, en los siguientes términos<sup>(48)</sup>:

El **derecho a la información**, de esencia constitucional, debe ponderarse cuando debe prevalecer sobre **otros derechos constitucionales de las personas, pero estos tendrán primacía, cuando la información no es veraz, por falsa, o por falta de investigación básica del medio que la pública o la utiliza.** (Resaltados añadidos).

Esta tesis de la habilitación al Juez para «ponderar» la prevalencia de otros derechos sobre la libertad de expresión teniendo como fundamento la «veraci-

(47) Comunicado del TSJ/SC de fecha 17-7-2003 citado *supra*.

(48) SJ/SC sentencia 1013 de fecha 12-6-01, puede consultarse el texto completo de la sentencia en [www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve) Sobre nuestra posición crítica con relación la censura previa establecida en la sentencia N° 1013, ver, en Ayala Corao, Carlos M., «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013...» en **La Libertad de Expresión Amenazada**, *op. cit.*, págs. 390-196.

dad» de la información, fue reiterada en la misma sentencia, al sentarse la siguiente jurisprudencia constitucional «vinculante»<sup>(49)</sup>:

**En el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad, el Juez tiene que ponderar los derechos en conflicto, dándole un valor prevalente a los derechos a la libertad de expresión e información en su colisión con los derechos de personalidad, también fundamentales, siempre que aquellos se refieran a hechos o personas con relevancia pública, o estén destinados a la formación y existencia de una opinión pública libre, o no vacíen de contenido a los derechos de la personalidad, o dichas libertades se ejecuten conforme a su naturaleza y función constitucional, o si se trata de información, que ella sea veraz.** Corresponderá a la jurisprudencia en cada caso realizar la ponderación y analizar los conceptos de relevancia pública y **veracidad de la información.** (Resaltados añadidos).

Este límite a la libertad de expresión e información propuesto por la sentencia N° 1013 nos conducía necesariamente al delicado tema de la información «veraz», tema que ha suscitado gran controversia y en relación al cual la CIDH, ha sostenido que «**no sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor**»<sup>(50)</sup>. Por eso lo importante no es que alguien o algo pretenda erigirse en Juez o censor de que una información es «veraz, imparcial y oportuna», sino la pluralidad de fuentes de información que permita a toda persona formarse su propia conclusión sobre el valor de la información que recibe. Es la otra «dimensión» social de la libertad de expresión que la Corte IDH ha destacado como un derecho de la sociedad a estar informada<sup>(51)</sup>.

La CADH simplemente prohíbe la censura previa y en caso de que una prohibición sea desobedecida, esas expresiones únicamente están sujetas a las responsabilidades ulteriores. Por ello, en caso de conflicto con otros derechos, debe optarse a favor del interés colectivo de toda sociedad democrática a recibir información

---

(49) TSJ/SC sentencia 1013 de fecha 12-6-01 citada *supra*.

(50) Ver, Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión..., citado *supra*.

(51) Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 5/85, citada *supra*, párrafos 33-34.

implícito en la libertad de expresión. En este sentido, la jurisprudencia de la CIDH al interpretar el artículo 13 del Pacto de San José, ha sostenido que el mismo<sup>(52)</sup>:

Engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad en general a recibir todo tipo de información y opiniones.

Más recientemente, la CIDH en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión ha reiterado la prohibición general de la censura previa de cualquier tipo en los siguientes términos<sup>(53)</sup>:

5. La **censura previa**, interferencia o presión directa o indirecta **sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida** por la ley. **Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.** (Resaltados añadidos).

(...)

7. **Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales.** (Resaltados añadidos).

Sin embargo, además de los casos de censura judicial previa creados por la sentencia 1013 autorizada en los casos de (i) información no veraz o (ii) que vacíe el contenido de los derechos de la personalidad como el derecho al honor, la SC mediante la sentencia 1942 ha establecido supuestos adicionales de habilitación a los jueces para imponer la censura previa en los casos determinados por las leyes,

<sup>(52)</sup> Caso N° 11.230, 3 de mayo de 1996, Informe N° 11/96, caso «*Francisco Martorell vs. Chile*», en **Informe Anual de la CIDH 1996**.

<sup>(53)</sup> *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, aprobada por la CIDH durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre de 2000.



relativos a las expresiones de (iii) propaganda de guerra, (iv) los mensajes discriminatorios y (v) los que promuevan la intolerancia religiosa.

La sentencia 1942, acogió esta tesis que habilita la censura judicial previa como jurisprudencia «vinculante», de manera ligera y sin hacer realmente un *test* de su razonabilidad ni mucho menos de justificación de la finalidad perseguida. La SC en el falso dilema que presentó, optó por escoger la solución que menos favorece al derecho humano a la libertad de expresión, prefirió optar por la solución más restrictiva, al ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, como es la censura previa de esas expresiones, invocando para ello una referencia abstracta a los derechos colectivos. Es decir, se escogió anular el derecho de las personas y de la sociedad democrática a recibir libremente las informaciones y opiniones de toda índole, en nombre de un colectivo que estaría por encima de la sociedad misma.

El requisito de que sea el legislador quien establezca los casos y el Juez quien ordene aplicarles la censura previa no es ninguna garantía, ya que el daño estará causado al crear supuestos de informaciones y opiniones que a juicio de unos censores del Estado encuadran en las categorías para ser prohibida su difusión aún antes de que la sociedad las pueda conocer y razonar. En este sentido es importante resaltar que la doctrina y la jurisprudencia tanto internacional como comparada, ha desautorizado la *censura judicial* de ideas, opiniones, informaciones, obras artísticas y otras expresiones culturales. Ello ha llevado a la Corte IDH a declarar contrarias a la CADH toda norma –incluso de rango constitucional– que autorice la censura judicial y en consecuencia, a toda decisión de los tribunales nacionales (incluidos Cortes Supremas o Constitucionales) que impongan la censura judicial preventiva o definitiva. En el caso de la censura confirmada por la Corte Suprema de Chile a la película *La Última Tentación de Cristo* con base en una norma constitucional expresa, a fin de hacer prevalecer otros derechos como honor, reputación e imagen (religiosa), la Corte IDH al declarar dichas decisiones contrarias al tratado, sentó la siguiente jurisprudencia<sup>(54)</sup>:

70. Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que le permite en el caso de los espectáculos públicos pero **únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida**

---

<sup>(54)</sup> Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo*, sentencia de fondo de fecha 5 de febrero de 2001, citada *supra*, párrafos 70 a 73.

**preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.** (Resaltados añadidos).

Entonces podemos concluir, parafraseando la doctrina de la CIDH arriba transcrita, que «no sería lícito invocar un derecho del colectivo a ser protegido frente a las expresiones de propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar estas informaciones que serían tales al sólo criterio del censor». Por lo cual, en su razonamiento en la sentencia 1942 la SC erró de manera inexcusable al no haber adoptado una interpretación pro libertad como pauta interpretativa del derecho a la libertad de expresión como derecho humano, ya que éstos únicamente pueden ser limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una *sociedad democrática* (art. 32.2, CADH).

#### IV. LA VALIDACIÓN DE LAS LEYES DE VILIPENDIO O DESACATO

El tercer aspecto relevante de la sentencia 1942 que comentaremos a continuación, se refiere propiamente a lo que era el objeto de la demanda de inconstitucionalidad y por tanto el *dictum* del fallo. Es decir, como lo explicamos en la introducción al presente trabajo, la pretensión del demandante ante la SC constituyó la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad de varios artículos del Código Penal, entre los cuales se encuentran los delitos de vilipendio conocidos como leyes de desacato. Estos delitos en términos generales penalizan aquellas expresiones consideradas como irrespetuosas a autoridades, funcionarios e instituciones públicas. Como lo ha expresado la Relatoría sobre Libertad de Expresión, «las leyes que consagran el desacato otorgan un privilegio a los funcionarios públicos, y son el legado de contextos sociopolíticos absolutamente diferentes a los actuales. La mayoría de la doctrina ubica el nacimiento de estos delitos entre los que el Derecho Romano denominaba ‘*crimen lesae maiestatis*’ o delitos de lesa majestad. Durante el Antiguo Régimen, previo a la Revolución Francesa, los crímenes de lesa majestad eran concebidos como delitos contra el Emperador, y no tanto contra el Estado. Esta transformación surgió dada la fuerte identificación del Estado con el Emperador. Por ello, los ataques dirigidos a funcionarios, que representaban al Emperador, eran ataques dirigidos contra el propio Estado. Estas ideas son las que fundan las normas que perviven en nuestra época bajo el nombre de ‘desacato’. Pero con toda evidencia, son absolutamente anacrónicas e incompatibles con una sociedad democrática»<sup>(55)</sup>.

(55) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comunicado de Prensa PREN/85/03, de fecha 16 de julio de 2003.

Como lo expresamos en la introducción a este trabajo desde 1994, la CIDH en el conocido *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*<sup>(56)</sup>, ha recomendado a los Estados miembros de la OEA, dejar sin efecto este tipo de normativa en virtud de ser incompatible con el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH. Más recientemente, distintas organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales de todo el mundo se han expresado en forma uniforme por la necesidad de abolir las leyes de desacato, que limitan la libertad de expresión al castigar las expresiones que pudieran ofender a los funcionarios públicos<sup>(57)</sup>. Siguiendo estas recomendaciones de la CIDH y de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, diversos Estados miembros de la OEA han progresivamente derogado, anulado o en definitiva dejado sin efecto las leyes de desacato<sup>(58)</sup>.

En sentido contrario a lo que ha sido esta tendencia mundial a la crítica y a dejar sin efecto las leyes de desacato, la SC en la sentencia 1942 las «convalidó» en el ordenamiento jurídico venezolano, con argumentos que recuerdan la *razón*

---

(56) Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, op. cit.

(57) Entre quienes se han expresado por la derogación de estas leyes se encuentran: el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión; el Banco Mundial; y muchas Organizaciones No Gubernamentales como la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP); Alliance of Independent Journalists, Indonesia; Article 19; Association of Journalistes du Burkina; Canadian Journalists for Free Expression, Canada; Center for Human Rights and Democratic Studies, Nepal; Center for Media Freedom and Responsibility, Filipinas; Centro Nacional de Comunicación Social, México; Committee to Protect Journalists, EEUU; Ethiopian Free Press Journalists' Association, Ethiopia; Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Canada; Free Media Movement, Sri Lanka; Freedom House, EEUU; Freedom of Expression Institute, Sudafrica; Independent Journalism Center, Moldavia; Independent Journalism Centre, Nigeria; Index on Censorship, Reino Unido; Instituto Prensa y Sociedad, Perú; International Federation of Journalists, Bélgica; International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) - Free Access to Information and Freedom of Expression (FAIFE), International Press Institute, Austria; Journaliste en danger, Congo; Media Institute of Southern Africa, Namibia; Pacific Islands News Association, Fiji; PERIODISTAS, Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente, Argentina; Press Union of Liberia; Thai Journalists Association, Tailandia; Timor Lorosa'e Journalists Association; West African Journalists Association, Senegal; World Press Freedom Committee, EEUU.

(58) Entre otros, Argentina, Panamá, etc. Ver los **Informes Anuales sobre Libertad de Expresión de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH**, estos informes son publicados, pero pueden igualmente consultarse en la página Web o electrónica de la CIDH: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

*de Estado*, tales como la protección de la «seguridad nacional», el «orden público», las «Fuerzas Armadas», los «órganos de seguridad», la «protección de la salud», la «moral pública», la protección del «Estado», el «honor y la reputación de los funcionarios públicos», la «defensa de las instituciones», la «reputación de los cuerpos políticos, administrativos y judiciales», el «honor, reputación y decoro de una persona encargada de un servicio público» y la «protección del servicio público» en sí mismo. Pero de nuevo dejemos que sea la sentencia la que nos lo exprese en sus propias palabras con las que justificó la constitucionalidad de las leyes de desacato en Venezuela en pleno siglo XXI<sup>(59)</sup>:

**En consecuencia, lo que debilite, atente o enerve los fundamentos de la *seguridad nacional*, conforme al artículo 13.2 aludido, puede generar responsabilidad, si es que las acciones en ese sentido provienen del ejercicio de la libertad de expresión.** Toda expresión que busque debilitar a las *Fuerzas Armadas* y a los *órganos de seguridad ciudadana*, como elementos de la *seguridad de la nación*, pueden igualmente producir responsabilidades legales.

En tercer lugar, **las expresiones que atenten contra el orden público, también pueden generar responsabilidad de quien las emite**, responsabilidad que puede ser civil, penal, administrativa, disciplinaria, etc.

En cuarto lugar, la *protección de la salud, física o mental*, **permite exigir responsabilidades** a quien abusando de la libertad de expresión, incite al consumo de sustancias de cualquier clase que dañen la salud, o que debilite o enerve campañas sanitarias, o que atente contra la salud mental de la población o de sectores de ella y hasta de particulares, generando histeria, odio, depresiones, sentimientos de intolerancia, adicciones y otros sentimientos afines.

(...) Asentados los anteriores criterios, pasa la Sala a analizar las supuestas inconstitucionalidades de las normas impugnadas:

Los artículos 148 y 149 del Código Penal son del tenor siguiente:

Artículo 148.

*«El que ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República o a quien este haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses, si la ofensa fuere grave y con la mitad de esta pena, si fuere leve.*

La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

<sup>(59)</sup> TSJ/SC, sentencia N° 1.942 de fecha 15-7-03 citada *supra*.

Parágrafo Único.

*Si la ofensa fuere contra el Presidente de alguna de las Cámaras Legislativas o el Presidente del Tribunal Supremo de justicia, la pena será de cuatro meses a dos años, cuando la ofensa fuere grave y con la mitad de esta pena, cuando fuere leve».*

Artículo 149.

«Cuando los hechos especificados en el artículo precedente, se efectuaren contra el Gobernador de alguno de los Estados, o contra los Ministros del Despacho, Vicepresidente Ejecutivo de la República, Alcalde Mayor del Distrito Metropolitano de Caracas, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, los Presidentes de los consejos Legislativos de los Estados y los Jueces Superiores, o contra la persona que este haciendo sus veces, la pena indicada en dicho artículo se reducirá a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los Alcaldes de los Municipios».

Las normas antes transcritas prevén las **ofensas e irrespetos de palabra o por escrito, o de cualquier manera, dirigidas contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, el Presidente de la Asamblea Nacional o del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 148), así como contra los gobernadores, Ministros, Vicepresidente Ejecutivo de la República, Alcalde Mayor del Distrito Metropolitano, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidentes de Consejos Legislativos de los Estados y Jueces Superiores.**

**Ofender** es humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien; mientras que **irrespetar** es no tener consideración o deferencia con alguien que, por su condición merece acatamiento, veneración u otros sentimientos similares.

Las expresiones y mensajes que buscan que las personas públicas, señaladas en ambas normas, cumplan con sus deberes legales no pueden ser consideradas ni ofensivas ni irrespetuosas, así el lenguaje utilizado sea duro; pero **el ataque personal denigrante dirigido contra las personas que la norma señala, y que por sus cargos conforman la cúpula del Estado, que atropella la dignidad de esos sujetos (determinada conforme a máximas de experiencia comunes), y que presenta públicamente a los dignatarios del Estado –en lo personal– como seres indignos, tiende a debilitar las funciones que ejercen, al menos ante la opinión pública, pudiendo crear estados de preanarquía.**

Interpretando las normas en el sentido expuesto en el capítulo anterior, y al que se hizo referencia como la interpretación que se adapta

a la Constitución, **ninguno de los artículos impugnados colide contra la libertad de expresión o información, ya que se trata de normas que exigen responsabilidad personal a quienes incitan a acciones ilegales contra los sujetos de las normas, que afectan al respeto que merecen como personas (seres humanos), lo que a su vez asienta el respeto por las instituciones, evitando que se afecte la moral pública;** porque unas instituciones dirigidas por personas contra las que se potencia el odio, sin razones fácticas serias que lo sustente, entorpece socialmente la labor de las instituciones que dirigen o a las que pertenecen. Los artículos 148 y 149 del Código Penal tratan **una doble protección: a la persona humana y al cargo, con el fin de no debilitar al Estado.**

**Epítetos sin hechos concretos que los fundamenten, desligados del «juego» político, con intenciones aviesas, son nocivos para el Estado y mal pueden evadir sus autores las responsabilidades que el artículo 13 del Pacto de San José y los artículos 57 y 58 constitucionales, previenen.**

Por lo tanto, ambas normas no coliden con la Constitución y el citado artículo 13, y así se declara.

También se impugnó el artículo 150 del Código Penal, que es del tenor siguiente:

Artículo 150.- *«Cualquiera que vilipendiere públicamente a la Asamblea Nacional, al Tribunal Supremo de Justicia o al Gabinete o Consejo de Ministros, así como a alguno de los Consejos Legislativos de los Estados o algunos de los Tribunales Superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses.*

En la mitad de dicha pena incurrirán los que cometieren los hechos a que se refiere este artículo, con respecto a los Consejos Municipales.

La pena se aumentará proporcionalmente en la mitad, si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas Corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales».

**El denigrar públicamente a las instituciones (vilipendio) puede perseguir su debilitamiento con fines de desprestigio, para así lograr un desacato colectivo a lo que ellas –conforme a la ley– deban obrar o cumplir.**

El **vilipendio**, como parte de un plan o de un movimiento tendente a la desobediencia pública, al caos, a quebrar el orden o la moral pública, no puede ser tolerado por el Estado, ya que, con tal tolerancia, podría estar jugándose su subsistencia.

Una cosa es la crítica fundada en hechos que se exponen, lo cual es aceptable en una sociedad democrática, y que permite a la institu-

ción, según sus estrategias, callar o defenderse ante ellas, y otra es el **vilipendio como arma para destruir** las *instituciones del Estado*. Éste no puede estar inerme ante esos ataques y, desde ese ángulo de visión del problema, el vilipendio subversivo puede ser penalizado para que el artículo 2 constitucional se cumpla.

En ese sentido, el artículo 150 del Código Penal no colide con la Constitución en sus artículos 57 y 58, ni con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de mecanismos legales de defensa del Estado democrático y sus poderes, y así se declara.

Impugnó también el accionante los artículos 223, 224, 225, 226 y 227 del Código Penal, los cuales rezan:

Artículo 223.

*«El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:*

*1.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.*

*2.- Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas».*

Artículo 224.

*«Si el hecho previsto en el artículo precedente ha sido acompañado de violencia o amenaza, se castigará con prisión de tres a dieciocho meses.*

*Cualquiera que de algún otro modo y fuera de los casos previstos en el Capítulo anterior, haga uso de violencia o amenaza, contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, si el hecho tiene lugar con motivo de las funciones del ofendido, será castigado con las mismas penas».*

Artículo 225.

*«Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes se haya cometido contra algún funcionario público, no por causa de sus funciones sino en el momento mismo de estar ejerciéndolas, se aplicarán las mismas penas reducidas de una tercera parte a la mitad».*

Artículo 226.

*«El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político*

*o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años.*

*Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.*

*El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.*

*Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente».*

Artículo 227.

*«En los casos previstos en los artículos precedentes, no se admitirá al culpable prueba alguna sobre la verdad ni aun sobre la notoriedad de los hechos o de los defectos imputados a la parte ofendida».*

El ejercicio abusivo de la libertad de expresión, conforme al artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, genera responsabilidad en quien la ejerce, cuando se afecta el *respeto y la reputación de los demás*.

El artículo 60 constitucional concuerda con el citado artículo 13.2, cuando otorga a toda persona el derecho a la *protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación*, ya que dentro del respeto a los derechos humanos, que protege el artículo 13.2 tantas veces aludido, se encuentra inmersa la protección al honor, la vida privada, la intimidad, la imagen y la confidencialidad.

Es más, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza a toda persona el derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, y establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Es a los valores señalados en el artículo 11 del «Pacto de San José» a los que el artículo 13.2.a) de la misma Convención Americana se refiere, al instaurar la protección legal que asegure: *«El respeto a los derechos o a la reputación de los demás».*

Por ello, leyes que penalicen el irrespeto a esos derechos no son atentatorias contra la libertad de expresión, y así se declara.



Con relación al humor, la sentencia 1942 estableció su carácter criminal cuando ridiculiza u ofende al funcionario público, en los siguientes términos<sup>(60)</sup>:

(...) En consecuencia, las normas impugnadas son parcialmente nulas, sólo en cuanto a las ofensas de palabra (oral o escrita), ya que en cuanto a la obra ofensiva, acompañada de violencia o amenaza, y que a juicio de esta Sala, se refiere a la vía de hecho o al accionar, al ataque gestual o mímico, que ridiculiza y ofende al funcionario, la norma sigue vigente, ya que este tipo de ofensa, así sea al honor, la reputación o la dignidad, no se subsume ni en la difamación (imputación de un hecho determinado a la víctima) ni en la injuria (comunicación de un hecho ofensivo).

**De la gestualidad ofensiva y ridiculizante deben estar protegidas las personas y es esta –al menos– una forma de protección.**

**En Venezuela se han ido criticando de palabra las actuaciones de los Asambleístas y funcionarios públicos, y mediante obras de humor (teatrales o televisivas), caracterizadas por desfiguraciones de los personajes, disfraces y otros medios de burla, se ha atentado contra el honor y la reputación de las personas, infringiéndose así valores protegidos en el artículo 60 constitucional.**

**De la lectura del artículo 227 del Código Penal se colige que las ofensas deben fundarse en hechos o en defectos, es decir, en cuestiones concretas que se imputan al ofendido, no en ridiculizaciones gestuales o mímicas generales para identificar al funcionario, y es a estas actuaciones gestuales, mímicas o de índole similar, imputando hechos o defectos concretos, a los que la Sala considera que producen la responsabilidad penal tipificada en las normas, las cuales se anulan parcialmente y se las elimina de su texto la frase «ofensa de palabra», por lo que deberán leerse los artículos 223, 224 y 225, así:**

Artículo 223.

*«El que por obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigues, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:*

*1º.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses.*

---

(60) TSJ/SC, sentencia N° 1.942 de fecha 15-7-03 citada *supra*.

2°.- *Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año según la categoría de dichas personas».*

Artículo 224.

«Si el hecho previsto en el artículo precedente ha sido acompañado de violencia o amenaza, se castigará con prisión de tres a dieciocho meses.

Cualquiera que de algún otro modo y fuera de los casos previstos en el Capítulo anterior, haga uso de violencia o amenaza, contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, si el hecho tiene lugar con motivo de las funciones del ofendido, será castigado con las mismas penas».

Artículo 225.

«Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos precedentes se haya cometido contra algún funcionario público, no por causa de sus funciones, sino en el momento mismo de estar ejerciéndolas, se aplicarán las mismas penas, reducidas de una tercera parte a la mitad».

El artículo 226 del Código Penal, textualmente establece:

Artículo 226.

*«El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia será castigado con prisión de tres meses a dos años.*

*Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.*

*El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.*

*Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente».*

**A juicio de esta Sala la norma trata de una defensa de las instituciones, cuyos motivos de protección son los mismos que se expresaron con relación al vilipendio, donde se busca mantener las instituciones que son la base del Estado, y que respetando los límites que la Sala considera son aceptables dentro de un Esta-**

**do democrático, las palabras u obras ofensivas al decoro o dignidad de los cuerpos señalados en dicha norma deben generar responsabilidad para quien trate de debilitar a las instituciones.**

La norma (artículo 226 del Código Penal) protege el honor de los cuerpos judiciales, políticos o administrativos. En opinión de esta Sala, el honor y la dignidad son atributos de las personas naturales, por lo que estos entes morales de lo que gozan es de reputación, y el artículo 226 debe anularse parcialmente en cuanto a la recepción de valores como el honor, decoro o dignidad, ya que sí resultaría violatoria de la libertad de expresión que valores inherentes a las personas humanas, pudieran ser trasladadas a las personas jurídicas y entes similares, limitando así –indebidamente– la utilización de los conceptos que se quieran emitir sobre dichos entes, y así se declara.

En consecuencia, el artículo 226 del Código Penal, tendría el siguiente texto:

Artículo 226.

*«El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera la reputación de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia será castigado con prisión de tres meses a dos años.*

*Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.*

*El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento sólo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.*

*Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente».*

Dado que el artículo 227 del Código Penal es común por los tipos anteriores 223 a 226, dicha norma no transgrede en nada a los artículos 57 y 58 constitucionales y así se declara.

(...) Solicitó el accionante la nulidad del artículo 447 del Código Penal que desarrolla los delitos de difamación e injuria, y que es del tenor siguiente:

Artículo 447.

*«Cuando el delito previsto en el artículo precedente se haya cometido contra alguna persona legítimamente encargada de algún servicio público, en su presencia y por razón de dicho servicio, el culpa-*

ble será castigado con arresto de quince a cuarenta y cinco días. Si hay publicidad la prisión podrá imponerse de uno a dos meses».

El delito previsto en el artículo precedente (446) es el de injuria, el cual se caracteriza por ofensas de alguna manera al honor, reputación o decoro de alguna persona. **Si esas ofensas son contra una persona encargada legítimamente de algún servicio público, en su presencia y por razón de dicho servicio, el culpable será castigado con arresto, y si hay publicidad con prisión.**

**Se trata no sólo de la *protección* de las personas en sus valores básicos (honor, reputación, dignidad), sino en la *del servicio*, para que éste no sufra interrupciones debido a estos actos, y siendo el artículo 446, el cual tipifica el delito de injuria, una norma, en criterio de esta Sala, ajustada a la vigente Constitución y al Convenio Internacional denunciado, el artículo 447, que *protege al funcionario en razón del servicio*, de las injurias, es una norma también adecuada a la Constitución, que no infringe los artículos 57 y 58 constitucionales, y así se declara. (Resaltados y cursivas resaltadas añadidas).**

Pero una argumentación realizada aparentemente sin trascendencia en la sentencia 1942, pareció ser la verdadera justificación del fallo, ya que según el fallo, las recomendaciones del Informe de la CIDH sobre las leyes de desacato no se aplicarían en Venezuela, ya que nuestra «realidad» (¿?) y la razón de Estado así lo impiden<sup>(61)</sup>:

Dichas instituciones no pueden quedar inermes ante este abuso de la libertad de expresión, y **ello hace –al menos para el caso venezolano– que la realidad impida una derogatoria de las «leyes de desacato» que, en alguna forma, sirven de valla ante el abuso e irrespeto de la libertad de expresión y ante esa situación que pone en peligro al propio Estado, y hasta podrían incidir sobre la independencia del país las recomendaciones que produzcan esos efectos no pueden ser vinculantes para Venezuela. (Resaltados y cursivas resaltadas añadidas).**

Pero de nuevo, en el Comunicado emitido apenas dos días después de dictar la sentencia 1942 y para que no quedaran dudas sobre el contenido de la lamentable doctrina constitucionalmente «vinculante» allí sentada sobre la habilitación

<sup>(61)</sup> TSJ/SC, sentencia N° 1.942 de fecha 15-7-03 citada *supra*.

de las sanciones penales para quienes irrespeten a las autoridades y funcionarios públicos, la SC «precisó» lo siguiente<sup>(62)</sup>:

7) Que las otras responsabilidades que prevé el artículo 13 del Pacto de San José, son necesariamente a posteriori de las expresiones que según dicha norma, afecten *el respeto y reputación de los demás, afecten la seguridad nacional, el orden público, la moral pública o que perjudiquen la salud; o que hagan la apología del odio nacional, racial o religioso, que inciten a la violencia o a cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas.*

Se trata de las materias que generan responsabilidades conforme al artículo 132 del Pacto de San José.

8) Que los artículos 148, 149, 150, 151, 152, 223, 224, 225, 226, 227, 444, 445, 446, 447 y 141 del Código Penal vigente, impugnados por nulidad, se refieren a las responsabilidades que conforme al Pacto de San José, pueden surgir por parte de quienes en las áreas generativas de responsabilidades, infrinjan el artículo 13 de dicho Pacto de San José. (Resaltados y cursivas resaltadas añadidas).

La doctrina de la validez de las leyes de vilipendio o desacato, también había tenido su origen dos años antes en la sentencia 1013 del mismo TSJ/SC. En efecto, la sentencia N° 1013 en diversos párrafos, tanto expresa como implícitamente, había dado por válidas las leyes que penalizan la libertad de expresión, particularmente los delitos de vilipendio, difamación e injuria. Sobre este particular, al referirse expresamente a las responsabilidades ulteriores a que está sometida la libertad de expresión, la sentencia afirmó como doctrina «vinculante» que ellas incluyen los delitos mencionados<sup>(63)</sup>:

Puede suceder que, con lo expresado se *difame o injurie* a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se *vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos* (artículos 223 y 226 del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código Civil; o puede formar parte de una *conspiración nacional o internacional, tipificada como delito* en el artículo 144 del Código Penal; o puede ser parte de una campaña destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar

---

<sup>(62)</sup> Comunicado del TSJ/SC de fecha 17-7-2003 citado *supra*.

<sup>(63)</sup> TSJ/SC sentencia 1013 de fecha 12-6-01 citada *supra*.

daños económicos a personas, empresas o instituciones. Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la *libertad de expresión*; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1195 del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un *terrorismo comunicacional*, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos. (Resaltados y cursivas añadidas).

Más adelante, la sentencia N° 1013 pronunció una especie de *nihil obstat* genérico de las sanciones penales a las responsabilidades ulteriores de la libertad de expresión, y dejó sentado lo siguiente:

En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o *los delitos que cometa por lo expresado (en público o en privado) darán lugar a las acciones penales*, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar. (Resaltados añadidos).

En esta oportunidad, frente a la sentencia 1942 que –reiterando la doctrina de la sentencia 1013– validó la constitucionalidad de las leyes de vilipendio o desacato en Venezuela, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA reaccionó de inmediato, pronunciándose en contra de dicho fallo mediante un Comunicado de Prensa en el cual su titular Eduardo Bertoni expresó: «Lamento que en Venezuela el Máximo Tribunal haya mantenido vigente las leyes de desacato, cuando varios países de la región ya las han derogado o están en proceso de hacerlo»<sup>(64)</sup>.

<sup>(64)</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (CIDH), Comunicado de Prensa PREN/85/03, de fecha 16 de julio de 2003: [www.cidh.org](http://www.cidh.org)

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, al expresar que estas leyes son «absolutamente anacrónicas e incompatibles con una sociedad democrática» recordó que «las leyes que consagran el desacato otorgan un privilegio a los funcionarios públicos, y son el legado de contextos sociopolíticos absolutamente diferentes a los actuales». En efecto, «la mayoría de la doctrina ubica el nacimiento de estos delitos entre los que el Derecho Romano denominaba ‘*crimen lesae maiestatis*’ o delitos de lesa majestad. Durante el Antiguo Régimen, previo a la Revolución Francesa, los crímenes de lesa majestad eran concebidos como delitos contra el Emperador, y no tanto contra el Estado. Esta transformación surgió dada la fuerte identificación del Estado con el Emperador. Por ello, los ataques dirigidos a funcionarios, que representaban al Emperador, eran ataques dirigidos contra el propio Estado. Estas ideas son las que fundan las normas que perviven en nuestra época bajo el nombre de «desacato»<sup>(65)</sup>.

En el caso de Venezuela es importante recordar y destacar, que las leyes de desacato contienen categorías de delitos de difamación e injuria, cuyo objeto es proteger el honor y la reputación de las instituciones públicas y de los funcionarios al servicio del Estado; incluso en el caso del delito contenido en el artículo 227 del Código Penal, que prohíbe al culpable de tales delitos probar la verdad de los hechos, su notoriedad o los defectos atribuidos al funcionario<sup>(66)</sup>. El origen de estas normas del Código Penal de Venezuela se remonta al Código Penal monárquico italiano del siglo XIX (Código Zanardelli), durante el reinado de Humberto I de Saboya. Luego de la influencia monárquica española sobre dicho código, se adoptó en Venezuela, previa traducción y ciertas adaptaciones en 1897. Los delitos de desacato fueron copiados del código monárquico italiano casi textualmente, con cambios indispensables como la sustitución de la figura del Rey por la del Presidente de la República. Este breve recuento histórico sirve para evidenciar que los valores contenidos en estos delitos del Código Penal venezolano, son los mismos del Código de Zanardelli: preeminencia del Estado sobre la persona humana, protección del honor y reputación de las autoridades públicas para acallar sus críticas, confusión de las instituciones públicas con sus funcionarios titulares, concepto de peligrosidad de la libertad de expresión no controlada, etc<sup>(67)</sup>.

---

(65) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (CIDH), Comunicado de Prensa PREN/85/03, citado.

(66) Ver, **Código Penal de Venezuela**, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, vol. IV, págs. 239-243.

(67) Ver, Fernández M., Fernando; «Propuestas sobre los delitos de desacato», papel de trabajo fechado en Caracas, 22 de julio de 2003. El Dr. Fernández es actualmente el Coordinador del Equipo Técnico de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional de Venezuela para el estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y Orgánico de Justicia Militar.

Como lo expresamos en su oportunidad respecto a la doctrina establecida en la sentencia 1013 que al igual que la sentencia 1942 validó las leyes de desacato<sup>(68)</sup>, la penalización de las expresiones en general, y en particular las leyes de vilipendio que protegen a las autoridades y funcionarios públicos, son contrarias a la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia. Sobre el particular, la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* adoptada por la CIDH, expresó con claridad la limitación de las sanciones penales frente a los posibles abusos de la libertad de expresión y la incompatibilidad de las «leyes de desacato»(vilipendio)<sup>(69)</sup>:

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.
11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como *leyes de desacato* atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.

Las eventuales acciones para hacer efectiva la responsabilidad ulterior por abusos a la libertad de expresión en ningún caso pueden erigirse en mecanismos para anular o restringir esa libertad, pero en todo caso, dichas acciones –sujetas a determinados requisitos, reglas e interpretaciones– deben ser las establecidas en la ley; y el proceso para establecer y hacer efectiva esa responsabilidad debe

---

<sup>(68)</sup> Seguimos lo expuesto en Ayala Corao, Carlos M., «Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013...» en **La Libertad de Expresión Amenazada**, *op. cit.*, págs. 174 y siguientes.

<sup>(69)</sup> Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la CIDH, cit.

<sup>(70)</sup> Sobre este tema seguimos lo expuesto en nuestro trabajo: Carlos Ayala Corao, «*El Derecho Humano a la Libertad de Expresión: límites aceptados y responsabilidades ulterio-*



tramitarse judicialmente respetando el debido proceso, conforme a las disposiciones legales aplicables<sup>(70)</sup>.

En este sentido es importante resaltar, que la jurisprudencia internacional y la constitucional comparada ha sido especialmente cuidadosa en la interpretación de las «responsabilidades ulteriores» a las cuales puede ser sometido el ejercicio de la libertad de expresión.

Respecto al tema de las responsabilidades penales previstas en las leyes de desacato, debe recordarse que son precisamente los funcionarios públicos quienes están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. De allí que la tendencia en las democracias contemporáneas haya sido a disminuir los privilegios que inhiben las expresiones crítica de los gobernados a los gobernantes. Así por ejemplo, ya desde 1964 la Corte Suprema de Justicia los Estados Unidos en su sentencia en el caso *New York Times vs Sullivan*<sup>(71)</sup> estableció que el Estado debe garantizar la libertad de expresión en sus leyes penales en virtud del «compromiso nacional profundo con el principio de que el debate sobre los asuntos de interés público debe ser desinhibido, robusto, y absolutamente abierto, por lo que perfectamente puede incluir fuertes ataques vehementes, casuísticos y a veces desagradables contra el gobierno y los funcionarios públicos». Las afirmaciones erróneas y las que puedan resultar dañinas a la reputación de los funcionarios están protegidas por la libertad de expresión. La Corte Suprema norteamericana estableció en la opinión de la mayoría, que las leyes que penalicen la difamación de funcionarios deben en consecuencia ser limitadas: no se pueden referir a la crítica general al gobierno o a sus políticas; los ciudadanos son libres de divulgar información cierta sobre sus funcionarios, por lo que en esos casos el funcionario (demandante) tendrá la carga de la prueba de que lo afirmado es falso; y finalmente pero muy importante, en caso de una demanda por difamación, el funcionario debe alegar y probar que el demandado ha hecho las afirmaciones supuestamente difamatorias con «real malicia» (*actual malice*). En esa oportunidad la Corte definió la «real malicia» como el «conocimiento de que (la difamación publicada) es falsa y ello se hace con una ausencia temeraria de diligencia sobre si era falsa o no». Es decir, la regla de la «real malicia» consiste en una garantía constitucional que impide a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada con su conducta oficial, a menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es

---

res» en *Ius et Praxis*, N° 1, **Libertad de opinión e información y derecho a la privacidad y a la honra**, Universidad de Talca, Chile.

<sup>(71)</sup> 376 U.S. 254 (1964)

decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad<sup>(72)</sup>.

En el plano de la jurisprudencia europea, la evolución resaltante de reseñar se inicia en 1976 con el caso *Handyside vs UK*<sup>(73)</sup>, donde la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) afirmó que la libertad de expresión es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, por lo que es válida «no sólo para las **ideas o informaciones** que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que **chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población**. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser **proporcionada al fin legítimo** que se persigue» (resaltados añadidos). Luego, en el caso *Sunday Times vs UK*<sup>(74)</sup>, la Corte EDH estableció la regla de que **las excepciones** al principio de la libertad de expresión, deben «**interpretarse restrictivamente**», ya que la Corte «debe asegurarse que la injerencia era **necesaria**, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias de la causa específica planteada ante ella» (resaltados añadidos). Finalmente, en el caso *Lingens vs Austria*<sup>(75)</sup> la Corte EDH interpretó estrictamente las restricciones relativas a las expresiones de opinión en casos de interés público, ya que a la prensa «... le incumbe, sin embargo, publicar informaciones e ideas sobre cuestiones que se discuten en el terreno político y en otros sectores de interés público. Si su misión es difundirlas, el público tiene derecho a recibirlas».

La Corte IDH ha sido categórica al referirse a las exigencias del principio de legalidad con relación a la responsabilidad por los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, en la Opinión Consultiva N° 5 la Corte Interamericana indicó los siguientes parámetros para el establecimiento válido de estas responsabilidades ulteriores<sup>(76)</sup>:

(72) Ver, Novak, John E., Rotunda, Ronald D., y Young, Nelson J., **Constitutional Law**, t. Paul, Minnesota, 1983, págs. 944 a 948; y Bertoni, Eduardo, **Libertad de Expresión en el Estado de Derecho**, Buenos Aires, 2000.

(73) Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), sentencia de fecha 26 de abril de 1976.

(74) Corte EDH, sentencia de fecha 19 de abril de 1979.

(75) Corte EDH, sentencia de fecha 8 de julio de 1986.

(76) Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC 5/85** del 13 de noviembre de 1985.

39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) **La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,**
- b) **La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,**
- c) **La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y**
- d) **Que esas causales de responsabilidad sean «necesarias para asegurar» los mencionados fines.**

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2. (Resaltados añadidos).

Por lo cual, las reglas del proceso para enjuiciar la responsabilidad ulterior en materia de libertad de expresión, no obstan, sin embargo, para que se establezcan límites en la legislación adjetiva o sustantiva, con el objeto de proteger los intereses de una sociedad democrática, o incluso el interés de la seguridad jurídica del presunto autor del agravio.

Por otro lado, bajo la misma orientación anterior, la jurisprudencia constitucional europea ha desarrollado el tema incluso de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionalmente protegidos –en decisiones no exentas de críticas por la doctrina en sus propios países–. Así, el Tribunal Constitucional Español ha expresado sobre el particular lo siguiente<sup>(77)</sup>:

La libertad de información es... un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo *valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor...* viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución constitucional del Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger. Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción. (resaltados y cursivas añadidas).

---

<sup>(77)</sup> Sentencia 165/1987, citada por Rubio Llorente, Francisco, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, op. cit., pág. 211.

En este sentido, la CIDH ha advertido que el ejercicio de acciones judiciales contra periodistas es precisamente, uno de los mecanismos que se utiliza indebidamente para limitar la libertad de expresión. En este sentido, la CIDH en su Informe anual correspondiente al año 1998, expresó lo siguiente<sup>(78)</sup>:

Los mecanismos que se utilizan para limitar la libertad de expresión son muchos y variados. El abanico de opciones va desde el asesinato a un periodista, a mecanismos más sofisticados como son el **hostigamiento constante de los periodistas por medio de demandas judiciales**, legislación restrictiva, o iniciativa de los gobernantes, que ponen obstáculos innecesarios a la libertad de expresión. Todas las violaciones a la libertad de expresión son graves,... (resaltados agregados).

Por lo cual, si bien es cierto que una persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión, tiene derecho bajo determinadas circunstancias y fines antes analizados, a exigir la responsabilidad ulterior del autor de esa información, es igualmente cierto que esa responsabilidad está sometida a determinadas reglas establecidas en la ley y, en todo caso, debe ser declarada en juicio, de conformidad con las normas procesales aplicables. Por ello, no sería lícito invocar la protección de otros derechos fundamentales, para someter esa responsabilidad a un régimen especial, o para pretender la derogatoria de las reglas procesales en vigor, pues ello limitaría la libertad de expresión más allá de lo permitido por los instrumentos internacionales.

Los derechos fundamentales en general pueden resultar limitados legalmente por el ejercicio o protección de otros derechos fundamentales, siendo esas limitaciones válidas en virtud de que las mismas tienen como fin conciliar el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales como derechos interdependientes. Esta situación jurídica responde además a una formulación clásica conforme a la cual el ejercicio de los derechos de la persona está limitado por los derechos de los demás (art. 32.2, Convención Americana). Por ello, el derecho a la protección por ejemplo, contra los perjuicios al honor y a la reputación no puede ser superior al derecho a la libertad de expresión, como bien lo afirmó la CIDH en la decisión del caso *Martorell*<sup>(79)</sup>, señalando que *no puede aceptar el punto de vista del Gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía*

---

(78) **Informe Anual** de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, **1998**, Capítulo V, Consideraciones Finales y Recomendaciones.

(79) Informe caso «Francisco Martorell» citado *supra*, CIDH.

*superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión.* Posteriormente la CIDH ha reiterado su doctrina sobre el particular al establecer que el posible conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión puede solucionarse en definitiva recurriendo a los límites aceptados a la libertad de expresión<sup>(80)</sup>:

El posible conflicto que pudiese suscitarse en la aplicación de los artículos 11 y 13 de la Convención, a juicio de la Comisión, puede solucionarse recurriendo a los términos empleados en el propio artículo 13.

De allí, que la garantía efectiva de las personas que se vean afectas por informaciones falsas o injuriosas, es el derecho a réplica, es decir, a que se corrija públicamente la información falsa divulgada, sin perjuicio de las demás responsabilidades que podría acarrear ese hecho. Este derecho de rectificación o respuesta está consagrado en el Pacto de San José en los términos siguientes (artículo 14):

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de 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.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la 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.

Esa ha sido la posición de la CIDH al reconocer el derecho de rectificación o respuesta como la verdadera garantía de la protección contra los ataques intencionales al honor y a la restricción, al expresar<sup>(81)</sup>:

La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección

---

<sup>(80)</sup> Ver, Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión..., citado *supra*.

<sup>(81)</sup> Ver, Informe Especial del Relator de la CIDH sobre Libertad de Expresión..., citado *supra*.

estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla.

Por ello, como lo expusimos en la Introducción al presente trabajo, la doctrina de la Comisión Interamericana desde 1994 en el conocido *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*<sup>(82)</sup> ha afirmado los límites a la penalización de la libertad de expresión, y ha declarado a las leyes de desacato como incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocida en el artículo 13 de la CADH. En este sentido, la CIDH para llegar a tan importante conclusión hizo un análisis contextual y finalístico de la CADH, para aclarar las restricciones que resultan aceptables a la libertad de expresión con el objeto de permitir la preservación y desarrollo de la sociedad democrática (artículos 13,29 y 32 de la Convención).

De esta manera, el primer *test* que aplicó la CIDH a las denominadas leyes de desacato fue el de analizar si éstas constituyen una *restricción legítima a la libertad de expresión*. Sobre el particular, la conclusión de la Comisión fue que estas leyes le otorgan a los funcionarios públicos un privilegio de protección que no gozan los demás integrantes de la sociedad; y además, restringen irrazonablemente el derecho de todo individuo y de la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto a la sociedad, el gobierno y las políticas públicas. En este sentido la CIDH expresó en el referido *Informe* lo siguiente<sup>(83)</sup>:

La aplicación de leyes de desacato para proteger el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo. Si se considera que los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial son, a todos los efectos, el gobierno, es entonces precisa-

(82) Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicado en CIDH, Informe Anual 1994, Capítulo V.

(83) Ver, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, citado *supra*.

mente el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública.

Como se dijo antes, el derecho a la libertad de expresión es precisamente el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad. El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión.

El segundo *test* que aplicó la Comisión Interamericana para determinar la compatibilidad de las llamadas leyes de desacato con la Convención Americana, fue el de determinar si éstas son *necesarias para asegurar el «orden público» en una sociedad democrática*. Sobre el particular, la Comisión concluyó que la protección especial que estas leyes brindan a los funcionarios públicos es incompatible con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Es más –acotó la CIDH–, en una sociedad democrática las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas (y no menos expuestas como pretenden las leyes de desacato) al escrutinio y la crítica del público. En este sentido la CIDH expresó en el Informe lo siguiente<sup>(84)</sup>:

Por último, y es esto lo que mayor importancia reviste, la Comisión observa que el fundamento de las leyes de desacato contradice el principio de que una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público. Las leyes de desacato pretenden preservar el orden público precisamente limitando un derecho humano fundamental que es también internacionalmente reconocido como la piedra angular en que se funda la sociedad democrática. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática. A este respecto, invocar el concepto de «orden público» para justificar las leyes de desacato se opone directa-

---

<sup>(84)</sup> Ver, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, citado *supra*.

mente a la lógica que sustenta la garantía de la libertad de expresión y pensamiento consagrada en la Convención.

La protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra un lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público. Ello es especialmente así teniendo en cuenta la función dominante del gobierno en la sociedad y, particularmente, donde se dispone de otros medios para responder a ataques injustificados mediante el acceso del gobierno a los medios de difusión o mediante acciones civiles individuales por difamación y calumnia. Toda crítica que no se relacione con el cargo del funcionario puede estar sujeta, como ocurre en el caso de todo particular, a acciones civiles por difamación y calumnia. En este sentido, el encausamiento por parte del gobierno de una persona que critica a un funcionario público que actúa en carácter oficial no satisface los requisitos del artículo 13(2) porque se puede concebir la protección del honor en este contexto sin restringir la crítica a la administración pública. En tal sentido, estas leyes constituyen también un medio injustificado de limitar el derecho de expresión que ya está restringido por la legislación que puede invocar toda persona, independientemente de su condición.

Es más, la Comisión observa que, contrariamente a la estructura que establecen las leyes de desacato, en una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas –y no menos expuestas– al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.

La conclusión final del *Informe* de la Comisión Interamericana fue, inclusive, más allá de la determinación de la incompatibilidad de las leyes de desacato (vilipendio) con la Convención Americana, al establecer los límites de las responsabilidades ulteriores por los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, la Comisión estableció en su *Informe*, que la obligación del Estado de proteger a los derechos de los demás frente a los ataques intencionales al honor y la reputación, queda suficientemente garantizada (únicamente) mediante acciones civiles por daños y perjuicios y mediante el ejercicio efectivo del derecho de rectificación o respuesta<sup>(85)</sup>:

(85) Ver, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, citado *supra*.



La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante **acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta**. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla. (Resaltados añadidos).

En este sentido, la Comisión descalificó la penalización abierta con delitos como la difamación y la injuria. La doctrina de la Comisión sobre esta materia consiste en autorizar la penalización de la expresión de ideas, que ofendan el honor o la reputación únicamente en aquellos casos extremos que incitan a la violencia anárquica en la sociedad<sup>(86)</sup>:

En conclusión, la Comisión entiende que el uso de tales poderes para limitar la expresión de ideas se presta al abuso, como medida para acallar ideas y opiniones impopulares, con lo cual se restringe un debate que es fundamental para el funcionamiento eficaz de las instituciones democráticas. Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida.

Por lo cual, resulta evidente, que la sentencia 1942 –al igual que la 1013– al validar las leyes de desacato en Venezuela, desaprovechó de nuevo la oportunidad para dejar sin efecto una restricción legal no autorizada por la jurisprudencia y la doctrina internacional que ha interpretado auténticamente la CADH, en el sentido de declararlas contrarias al artículo 13 de dicho tratado, ya que permiten una protección a los funcionarios públicos aun frente a asuntos de interés público, lo cual es incompatible con el pleno ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Con ello, el Estado venezolano no sólo violó su obligación internacional de adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH; sino además, se colocó en una situación de franca rebeldía frente a las modernas tendencias del derecho demo-

---

(86) Ver, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, citado *supra*.

crático universal y lo que es más grave aun, habilitó a sus jueces para consumir violaciones al derecho humano a la libertad de expresión (y a la libertad personal) cada vez que una persona sea condenada en aplicación de las referidas leyes de desacato. Pero debemos recordarle a los jueces nacionales, que ellos tienen el deber (de garantía y respeto) de aplicar directamente los tratados relativos a los derechos humanos y las decisiones de los órganos internacionales de protección como son la CIDH y la Corte IDH, no sólo por ser una obligación internacional derivada de un tratado ratificado libremente por la República (arts. 1, 2, y 13, CADH); sino además, en virtud del principio constitucional de la progresividad de los derechos humanos (art. 19); de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y su aplicación preferente en el orden interno cuando contengan normas más favorables a la propia Constitución (art. 23); y la obligación constitucional del Estado de adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos (art. 31). De no actuar de esa manera, los jueces estarán comprometiendo no solo la responsabilidad internacional del Estado venezolano, sino la suya propia.

## V. UNA REFLEXIÓN FINAL

En una breve entrevista que nos hiciera el diario «Tal Cual» en los días inmediatamente posteriores a la publicación de la sentencia N° 1942, expresamos que «la sentencia 1942 dictada por el Tribunal Supremo de Justicia deja abierta para los afectados por eventuales decisiones judiciales que impongan la censura previa, la posibilidad de acudir a instancias internacionales para denunciar la violación de tratados hemisféricos tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos». Asimismo, «una segunda vía de acción para actuar en contra de la sentencia 1942, es, afirma Ayala Corao, acudir a las denominadas ‘opiniones consultivas’ de la Corte Interamericana de Justicia, las cuales consisten, de acuerdo en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la posibilidad que tienen los Estados o los propios organismos de la OEA de solicitar interpretación de las normas previstas en la Convención y su compatibilidad con las distintas legislaciones internas nacionales»<sup>(87)</sup>.

La verdad es que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela nos habría ahorrado los problemas nacionales e internacionales que dicho fallo ha ocasionado y seguramente seguirá ocasionando, de haber tenido en cuenta los

---

<sup>(87)</sup> Entrevista del diario «Tal Cual» del día jueves 17 de Julio de 2003 a Carlos Ayala Corao sobre la sentencia 1942.

estándares internacionales (mínimos) contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y la interpretación auténtica que de ellos han hecho los órganos internacionales de protección de los derechos humanos creados por esos mismos instrumentos.

Definitivamente que los jueces venezolanos tienen que abrirse al derecho internacional de los derechos humanos y no seguirlo viendo como –en las sentencias 1013 y 1942– un atentado a sus cuotas de poder o a la soberanía del Estado, o a su seguridad y defensa. Ello implica no sólo tener acceso y estar actualizado en las modernas tendencias del Derecho Internacional y la jurisprudencia internacional y constitucional sobre a materia, sino por sobre todo, centrar sus interpretaciones en la protección de la persona humana y los atributos que emanan de su dignidad como son los derechos humanos. Esta revolución copérmica de ver el derecho desde la perspectiva de la defensa de la persona humana y de los valores de la sociedad democrática, sería en sí misma suficiente para construir una verdadera jurisprudencia constitucional de los derechos humanos.

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

CARLOS HAKANSSON NIETO (\*)

**SUMARIO:** **I.** Una dudosa interpretación **II.** Los tratados sobre derechos humanos en la teoría constitucional **III.** La jerarquía constitucional de los tratados en la Carta de 1993. **IV.** Los tratados de derechos humanos y el principio de soberanía. **V.** El sistema internacional de protección de los derechos humanos.

## **I. UNA DUDOSA INTERPRETACIÓN**

La posición constitucional de los tratados sobre derechos humanos en la Constitución de 1993 es cuestionada debido a su falta de claridad en comparación con la Carta de 1979, la cual establecía de manera expresa que, en caso de conflicto, un tratado sobre derechos humanos prevalecía frente a la Carta Magna. La actual Constitución excluyó dicho artículo y ello se ha considerado como un retroceso en la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional. En ese sentido, nuestro propósito es argumentar que si bien la Carta de 1993 ha omitido la cláusula de jerarquía, ello no significa, necesariamente, una marcha atrás si

---

(\*) Doctor en Derecho (Universidad de Navarra); Profesor ordinario de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra *Jean Monnet* sobre Derecho Constitucional Europeo.

concebimos a la Constitución desde una perspectiva clásica y *commonsensical*, como dirían los anglosajones.

Los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado tienen especial importancia porque una vez agotada la jurisdicción nacional es posible recurrir a las instancias supranacionales, creadas al amparo de esos mismos instrumentos internacionales para alcanzar la protección a los derechos que han sido vulnerados en el propio Estado. Por ese motivo, porque los tratados relativos a derechos humanos merecen especial interés y su materia es distinta de otros tipos de tratados, ofrecemos enfocar este problema desde una perspectiva constitucional así como explicar las instancias supranacionales a las que una persona, como nuevo sujeto de derecho internacional público, puede recurrir para alcanzar la protección a los derechos fundamentales que su estado no le reconoce.

## II. LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Hasta la fase de afirmación y segunda difusión de la teoría constitucional por el mundo<sup>(1)</sup>, la alusión a los tratados en las constituciones estaba sólo referida a los procedimientos relativos para su aprobación y ratificación por los órganos competentes, llámense el Ejecutivo y Legislativo respectivamente. Hoy en día las constituciones modernas, concebidas como la norma fundamental donde se deducen los principios del derecho civil<sup>(2)</sup>, exigen que los Estados definan la posición jerárquica de los instrumentos internacionales una vez que forman parte del Derecho Interno.

La protección de los derechos humanos nació con la Constitución, ese fue su principal aporte desde el siglo XIII con la Carta Magna de 1215 y el reconocimiento del debido proceso<sup>(3)</sup>. La protección internacional de los derechos es un avance del siglo XX. Los derechos humanos dejaron de ser protegidos solamente por los estados sino también a través de las cartas, pactos, declaraciones, protoco-

---

(1) Sobre las fases del movimiento constitucional véase Pereira Menaut, Antonio-Carlos: *En Defensa de la Constitución*, Universidad de Piura, 1997, págs. 82-83.

(2) Véase D'Ors, Álvaro: *Derecho y Sentido Común. Siete lecciones de Derecho Natural como límite del Derecho Positivo*, Civitas, Madrid, pág. 93.

(3) «Ningún hombre libre será detenido o encarcelado o privado de sus tierras o derechos o declarado fuera de la ley o en algún otro modo destruido, ni contra él iremos, ni contra él enviaremos a otros, excepto por un juicio justo de sus pares o por el derecho del país» (párrafo 39). Esta fue la «primera piedra» de lo que hoy es conocido como el *due process of law*, o *debido proceso jurídico*; véase Pereira Menaut, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, 1992, pág. 50.

los y tratados celebrados por ellos luego de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial<sup>(4)</sup>. Si bien el reconocimiento internacional de los derechos humanos ha significado un refuerzo para su concreta protección, no debemos olvidar que el reconocimiento y garantía de los derechos humanos fue un proceso iniciado en países de tradición constitucionalista para luego su reconocimiento y protección por la comunidad internacional<sup>(5)</sup>.

Como explicamos anteriormente, las primeras constituciones no se ocupaban mucho de los tratados internacionales y su incorporación en el Derecho Interno. Si echamos un vistazo a la primera Constitución codificada, la norteamericana de 1787, veremos que sólo son tres las referencias que se hacen a los tratados<sup>(6)</sup>. La primera referencia es la prohibición que la Constitución hace a los Estados miembros para celebrar tratados individualmente, por ser una de las competencias reservadas a los órganos federales<sup>(7)</sup>. La segunda es más familiar para los constitucionalistas, porque se trata de la ratificación que el Senado debe efectuar a los tratados aprobados por el Ejecutivo. Un deber que guarda sintonía con la separación de poderes y con su forma de gobierno: el presidencialismo<sup>(8)</sup>. Finalmente, la tercera referencia afirma que la Constitución norteamericana, las leyes que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren bajo su autoridad forman el «supremo derecho de la tierra»<sup>(9)</sup>. Sin embargo, sería un error creer que esa

(4) Nos referimos a la Carta de la ONU, a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, su protocolo facultativo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, entre los más importantes celebrados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

(5) En ese sentido, Kriele nos dice que «la protección contra la detención y la persecución penal arbitrarias, es el derecho fundamental originario, la raíz de la libertad. Pues si este derecho fundamental el hombre está permanentemente amenazado; todo tipo de expresión o actividad espiritual, política, religiosa o de otro tipo puede costarle la libertad personal; el miedo lo obliga a cerrar la boca. Un soberano es siempre sinónimo de terror, aun cuando maneja su poder con medida y con justicia; el súbdito vive con miedo y sin dignidad humana porque nunca puede estar seguro. La protección contra la detención arbitraria es, pues, no sólo históricamente, sino también materialmente, la madre de todos los derechos fundamentales»; *cfr.* Kriele, Martín: *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 209.

(6) Las referencias a los tratados en la Constitución norteamericana de 1787 no se encuentran recogidos en un título o capítulo especial, sino que están dispersas por todo su articulado; ello fue una novedad de las constituciones europeas de finales del siglo XX, como la española de 1978 por ejemplo.

(7) Artículo I, sección 10 de la Constitución norteamericana.

(8) Artículo II, sección 2 de la Constitución norteamericana.

(9) Artículo VI de la Constitución norteamericana.

cláusula establece una jerarquía de normas. En primer lugar, no es así porque el significado de la cláusula de la *Supreme Law of the Land* está vinculada al federalismo y, segundo, porque el derecho anglosajón es abierto y no cerrado como el europeo continental<sup>(10)</sup>.

En la Constitución estadounidense no aparecen más referencias a los tratados internacionales, y no parece que entren en conflicto de jerarquía con los tratados ratificados por el Senado. En otras palabras, no parece que en su derecho constitucional se asomen los típicos conflictos de jerarquía que tanto asustan a los países de tradición europea continental. Pese a que en la actualidad los Estados Unidos han iniciado un proceso de integración gracias al NAFTA, las relaciones entre la Constitución norteamericana y los tratados son más estrechas de lo parece ser a simple vista a lo largo de sus siete artículos y veintisiete enmiendas. Nuestros argumentos son los siguientes:

#### **A) La novena enmienda de la Carta de 1787**

En primer lugar, la novena enmienda de la Carta norteamericana nos dice lo siguiente: «el hecho que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros que también son prerrogativas del pueblo». Es decir, los constituyentes permitieron con este artículo incluir otros derechos no reconocidos expresamente por su Constitución, porque también forman parte de su espíritu y por derivarse de la dignidad humana.

#### **B) Los tratados de derechos humanos también frenan al poder**

Dentro de la relación existente entre la Constitución y las fuentes jurídicas subyace su finalidad: medio para frenar el poder a través del Derecho. Siendo ese el espíritu de la cláusula de supremacía de la Constitución norteamericana, a la que ya hicimos referencia. La Carta de 1787 y las leyes que de ella dimanen, y los tratados que se celebren bajo su autoridad, son «el supremo derecho de la tierra», es decir, son supremos al poder y por eso deberán ser acatados por los estados miembros y las instituciones federales.

#### **C) La Carta de 1787 desde una perspectiva histórica**

En tercer lugar, y sin ánimo cometer una herejía, la Constitución norteamericana desde un punto de vista histórico puede considerarse para su época como un

---

<sup>(10)</sup> Véase Pereira Menaut, Antonio-Carlos: *Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, Tórculo, Santiago de Compostela, 1998, págs. 35-36.

tratado de integración entre las ex colonias británicas. Un fenómeno parecido, aunque con profundas diferencias, al que viene ocurriendo en los Estados de Europa. Sobre todo cuando los juristas empiezan a denominar como Constitución europea material al conjunto de tratados, instituciones, principios, y sentencias que, con el paso del tiempo han consolidado su Unión y dado nacimiento al novísimo Derecho Constitucional europeo<sup>(11)</sup>. Hoy en día el panorama ha cambiado, las constituciones modernas no sólo se ocupan del procedimiento para aprobar y ratificar un tratado, sino además de su posición jerárquica en el derecho interno. Lo cual no se traduce en una operación mecánica cuando se tratan de tratados sobre derechos humanos como veremos a continuación<sup>(12)</sup>.

### III. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS EN LA CARTA DE 1993

Al margen de sus problemas de aplicación, la Carta de 1993 se inscribe dentro de la concepción europea continental de inspiración francesa, más cercana a los planteamientos de Kelsen. En efecto, en las constituciones del siglo pasado, elaboradas bajo la concepción europea continental no se invocaban en los tribunales, ni los jueces interpretaban sus disposiciones y alcances a través de su jurisprudencia. En terminología constitucional, dichas cartas no eran normativas directas. Sin embargo, la historia de estas constituciones empieza a cambiar con los planteamientos de Kelsen cuando nos dice que la Constitución, privada de su contenido político, es la norma jurídica principal que fundamenta un ordenamiento jurídico cerrado, completo y unívoco, pero con cierta apertura al derecho internacional<sup>(13)</sup>. Una tesis que si bien hizo posible que las constituciones europeas e iberoamericanas dejaran de ser, solamente, la carta de presentación de un Estado, también es cierto que en el mundo anglosajón la aplicación del derecho constitucional a los casos concretos fue concomitante con su nacimiento, pues, no olvidemos que la judicatura es coautora del derecho constitucional.

(11) Véase sobre la Constitución europea material: Canela Outeda, Celso: *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*. Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet, Universidad de Santiago de Compostela, A Coruña, 2001, en especial el capítulo cuarto, págs. 305-473.

(12) Gros Espiell, Héctor: «Los Derechos Humanos en la Constitución uruguaya y su protección internacional» en Palomino Manchego, José F. y Remotti Carbonell, José C. (coords): *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Grijley, Lima, 2002, págs. 565-590.

(13) Kelsen, Hans: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, edición autorizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) y el Hans Kelsen-Institut, Lima, 2001, pág. 75.



### **A) Los tratados de derechos humanos y el bloque de la constitucionalidad**

¿Qué relación guardan los tratados con las constituciones kelsenianas? Dijimos que el modelo de Constitución inspirado por Kelsen permite una apertura al Derecho Internacional, concretamente a los tratados que ratifique cada Estado<sup>(14)</sup>. Es decir, sólo queda por determinar el rango que ocupan los tratados en el ordenamiento jurídico, siendo usual que tengan jerarquía de Ley. Pero en la actualidad, en un mundo cada vez más global y con procesos de integración avanzados, como el de la Unión Europea, dichas teorías empiezan a cuestionarse hoy en día, ya que la Teoría del Estado clásica ha cambiado significativamente. La razón es que el concepto real de soberanía –concentración del poder absoluto– cedió el paso a la idea de globalización.

Hoy en día, las relaciones de los tratados con las constituciones no se limitan a la posición que ocupan los primeros en la conocida pirámide normativa. Si dirigimos la mirada hacia una perspectiva más constitucional que estatal, veremos que dichas relaciones son más estrechas de lo que parecen a simple vista y que se vinculan al llamado bloque de la constitucionalidad<sup>(15)</sup>. En efecto, si somos realistas, constataremos que una Constitución, a poco que dure, difícilmente podrá agotarse en un código; ya que, con el paso del tiempo, no terminará de comprenderse si no tenemos en cuenta la jurisprudencia constitucional relevante. En ese mismo sentido, vemos que los tratados internacionales sobre derechos humanos complementan el catálogo de derechos y libertades de las constituciones codificadas, porque forman parte del Derecho nacional. De tal modo, que los jueces también podrían invocar sus disposiciones para proteger: la dignidad, la libertad, la igualdad, y la participación de los ciudadanos, entre otros derechos. Por eso, el bloque de la constitucionalidad, que en realidad no es un invento francés, ya que es tan antiguo como el Derecho Constitucional británico, nos indica que los tratados internacionales sobre derechos humanos también forman parte de la Constitución, aunque esta no lo diga expresamente.

### **B) La Constitución y los tratados sobre derechos humanos**

Luego de estos planteamientos generales sobre la teoría constitucional en el Derecho Comparado, la pregunta que probablemente se haga el lector sea la si-

---

(14) Véase Kelsen: *Introducción a la...*, págs. 81-95.

(15) Sobre el bloque de la constitucionalidad y la recepción del Derecho Internacional véase Manili, Pablo Luis: *El Bloque de constitucionalidad, la recepción el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

guiente, ¿a dónde quiere llegar el autor? La idea que deseo ofrecer es que si bien los tratados se encuentran formalmente fuera de un texto constitucional, la Constitución y los tratados sobre derechos humanos conforman una unidad desde un punto de vista material. Por eso, toda violación a los acuerdos internacionales, o la renuncia a las instancias supranacionales para la protección de los derechos humanos, son un atentado directo a la Carta Magna. Ahora bien, si quisiera aplicar esta afirmación a la realidad del Derecho Constitucional peruano, en principio tendría que preguntarme dos cosas: ¿cuál es la relación de la Constitución peruana con los tratados internacionales sobre derechos humanos, y cuáles son los problemas que impiden consolidar un bloque de la constitucionalidad en el Perú?

Con relación a la primera parte de la pregunta, a diferencia de Carta de 1993, la Constitución anterior reconocía expresamente la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos. No obstante, creemos que sería un exceso de interpretación legalista considerar que el silencio de la Carta de 1993 basta para negar la naturaleza constitucional de estos tratados. Nuestros argumentos son los siguientes:

- 1) En primer lugar, desde la perspectiva internacional, los tratados sobre derechos humanos son normas de *ius cogens*. Es decir, de obligatoria observancia por los Estados, al igual que su Constitución<sup>(16)</sup>. Y desde el punto de vista constitucional, la protección de los derechos humanos implica a los Estados, principalmente, un «no hacer», «no intervenir», para asegurar los derechos liberales (como la dignidad, la igualdad y la libertad), y, a su vez, «un hacer» para la protección de los derechos sociales (como la salud, la educación y el trabajo).
- 2) En segundo lugar, la Carta de 1993, inspirada en la Constitución americana, reconoce como parte de su catálogo de derechos, todos aquellos que se deriven de la dignidad del ser humano. Por tanto, los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales también forman parte de la Constitución peruana. No obstante, si bien esta cláusula propició una abundante jurisprudencia en los Estados Unidos, en el Perú no tuvo el mismo éxito debido a que la novena enmienda de la Constitución americana presupone una tradición de *Common Law*, así como una Judicatura fuerte e independiente que todavía no tiene nuestro país.
- 3) Nuestro tercer argumento es que la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos comparten en el fondo la misma finalidad: servir

---

<sup>(16)</sup> Véase el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 029-2000-RE del 21 de septiembre del 2000.

de freno a los Estados para garantizar la dignidad de la persona y todos los derechos que deriven de ella. Por eso, la Constitución peruana de 1993, dispone en su artículo 205 que «agotada la jurisdicción interna, toda persona que se considere lesionada en los derechos que la Constitución de su Estado reconoce puede acceder a los instancias supranacionales nacidas de los tratados que forme parte el Perú». Por tanto, aquí encontramos una referencia indirecta a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.

La segunda referencia indirecta sobre la jerarquía de los tratados la encontramos en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, que nos dice: «las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Nos parece evidente que si los tratados sobre derechos humanos son fuente de interpretación del catálogo de derechos y libertades de la Carta de 1993, consideramos que la jerarquía de dichos instrumentos internacionales no es distinta de la propia Constitución peruana<sup>(17)</sup>.

- 4) Si el Código Procesal Constitucional establece que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica tienen, o gozan, de efecto directo en la jurisdicción peruana (es decir, que no están obligadas a pasar por un procedimiento de *exequátur*)<sup>(18)</sup>; ello nos hace entender que la jerarquía de dicho Tribunal, y sus decisiones sobre Derechos Humanos son jerárquicamente superiores que los órganos constitucionales, en este caso que el propio Tribunal Constitucional peruano, último garante de los derechos humanos en nuestro régimen jurídico.

(17) Al respecto véase la opinión de Álvarez Vita sobre el valor hermenéutico de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993. Álvarez Vita, Juan: *Tratados internacionales y Ley interna*, Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica, Lima, 2001, pág. 140.

(18) El artículo 115 del Código Procesal Constitucional establece que «[l]as resoluciones de los organismos jurisprudenciales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales»; véase además Landa Arroyo, César: «La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 58 (N°s 1 y 2), Lima, 2001, págs. 369-399.

#### IV. LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA

Como mencionamos líneas atrás, uno de los problemas que enfrenta la aplicación de las resoluciones internacionales en los países agresores de derechos humanos son los argumentos de defensa basados en el principio de soberanía. Un concepto que ha sufrido cambios y que ha pasado de ser «la completa y absoluta concentración del poder» a su versión contemporánea de «la licitud de los actos de gobierno», es decir, utilizada casi como un sinónimo de legitimidad. No obstante, como ya sostuvimos, las relaciones internacionales y la vida política contemporánea nos enseñan que en un mundo globalizado, donde la protección mundial de los derechos humanos sería algo así como precursora del término, el argumento basado en la soberanía dejó de ser determinante para que un Estado decida acatar, o no, una resolución de carácter supranacional<sup>(19)</sup>.

El concepto de soberanía no es propio de la teoría constitucional sino del Estado<sup>(20)</sup>. Su clásica y original noción «máxima concentración del poder» no se identifica con los postulados madre del constitucionalismo: limitación al poder, así como el respeto a los derechos y libertades. Pese a que las constituciones de inspiración europea continental y kelseniana la admiten sin discusión, pero ya no atribuyéndola al Estado sino al pueblo. Lo cual desde un punto de vista realista podría resultar una falacia si consideramos que en la práctica los ciudadanos no tenemos un efectivo poder absoluto para tomar de decisiones de gobierno una vez elegidas las nuevas autoridades.

Los tratados sobre derecho humanos tienen cláusulas que impiden que los Estados se aparten de sus compromisos; así por ejemplo, vemos la imposibilidad de retornar a la pena de muerte, o de incorporar nuevas causales, una vez firmado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

\* \* \*

Por todo lo anterior, y pese a que la Carta de 1993 no lo diga expresamente, los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional en el Perú. Sin embargo, ¿ello es suficiente para garantizar la aplicación de la Constitución de 1993? La respuesta es negativa. La vigencia y aplicación de la Carta peruana para la protección de los derechos y libertades no se limita a las declaraciones

---

(19) García-Sayán, Diego: «La agonía de la soberanía nacional y el Derecho» en *Ius et Veritas*, N° 11, Lima, 1995, págs. 47-54.

(20) Véase Pereira Menaut: *En Defensa de la Constitución...*, pág. 52.

formales, aunque estén bien redactas e inspiradas de otras constituciones e instrumentos internacionales. El problema de fondo está en el contenido material, la poca duración de la constituciones peruanas que se traduce en un permanente déficit democrático, que data desde inicios de la República, y que trae como consecuencia la falta de Estado de Derecho y con él, la falta de garantías para la administración de justicia. Ello impide, entre otras cosas, la creación y consolidación de un bloque la constitucionalidad. Es decir, la posibilidad de apreciar el Derecho Constitucional más allá del típico texto codificado, rígido, ideológico y semántico. Sino más bien desde otras perspectivas, como por ejemplo: las sentencias que frenen el poder de los gobernantes, los principios que nos expliquen sus alcances, la ley orgánica de la judicatura y del Tribunal Constitucional como complemento a las garantías de la administración de justicia. Y los tratados sobre derechos humanos, para confirmar que la Constitución nació para proteger el ciudadano. Finalmente, sólo decir que el reto está precisamente ahí; empezar a comprender que en todo lugar donde descubramos limitaciones al ejercicio del poder, ya sea un código, una sentencia, un principio, o un tratado, también hay Constitución.

A continuación nos ocuparemos las instancias supranacionales para la protección de los derechos y libertades.

## **V. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

El artículo 205 de la Constitución peruana ya citado en este trabajo es algo así como una puerta abierta a cualquier persona que se siga sintiendo lesionado en los derechos fundamentales que reconocidos por la Carta Magna de 1993 y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano. Por ese motivo, y complementando esta disposición, el artículo 114 del Código Procesal Constitucional nos dice que los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona una vez agotada la jurisdicción nacional 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 Estado peruano.

Para el estudio de los sistemas creados distinguiremos el ámbito universal de la región. Desde ese punto de vista, el denominado sistema universal de protección de los derechos humanos se restringe a los instrumentos aprobados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), y por tanto aplicables a sus Estados miembros. Por otra parte, debemos mencionar la existencia de los sistemas regionales, es decir, aquellos que son válidos para América, especialmente en el Perú. Cabe añadir que todos los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos involucran una revisión a los clásicos postula-

dos del principio de soberanía nacional<sup>(21)</sup>. En medida que los Estados reconocen los derechos contenidos en los catálogos de derechos de los tratados internacionales, la competencia de sus tribunales y la aplicación directa de sus resoluciones, aunque sean contrarias a lo establecido por la jurisdicción nacional, vemos como la rigidez del principio de soberanía se ha flexibilizado<sup>(22)</sup>.

#### A) EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

El sistema universal está compuesto por un conjunto de instrumentos y organismos creados gracias a la ONU. Las principales fuentes de este sistema son la Carta de Naciones Unidas (1945), la Declaración de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>(23)</sup>.

El contenido del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, puede dividirse en dos grandes materias. Por una parte se establece un catálogo de derechos y libertades y las circunstancias en que éstos pueden llegar a ser limitados. Por otra, el Pacto contiene una parte orgánica, en la que se crea una institución denominada Comité de Derechos Humanos<sup>(24)</sup>. Dado que los derechos reconocidos en dichos pactos son prácticamente los mismos que recoge cualquier Constitución moderna, en este trabajo abordaremos sólo su parte orgánica.

Las principales funciones del Comité de Derechos Humanos son:

- a) La posibilidad de poder solicitar y recibir los informes que los Estados-partes presenten acerca de las disposiciones que hayan adoptado en reconocimiento de los derechos y libertades recogidos en el Pacto.

---

(21) Véase, además, Corea Salas, Fernando: «Análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su impacto en la soberanía nacional de sus miembros» en *Ius et Veritas*, N° 23, Lima, 2001, págs. 21-40.

(22) Sin embargo hay que precisar que los Estados Unidos, pese a lo dicho por nosotros en la primera parte de este trabajo, es uno de los países que no reconoce la competencia de ningún otro tribunal que no sea su propia Corte Suprema considerándola como la máxima instancia judicial para la resolución de conflictos.

(23) A estos instrumentos hay que agregar los instrumentos internacionales que regulan situaciones particulares, como es son aquellos que prohíben de la discriminación hacia la mujer, los derechos del niño, la prevención y sanción contra la tortura, la esclavitud, entre otros.

(24) Véase Castañeda Otsu, Susana: «La Jurisdicción Supranacional» en *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo II, Jurista editores, 2004, págs 1028-1030; Fernández Segado, Francisco: «Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos» en *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Año VII, N° 6, Huancayo, 1998, págs. 53-137.

- b) Puede recibir y examinar las denuncias que todo Estado-parte formule contra otro Estado miembro por el incumplimiento de las disposiciones del Pacto. Se trata de un procedimiento entre Estados, donde en principio está vedada la intervención de particulares. Por su propia naturaleza (que involucra la ponderación de importantes factores políticos) es un procedimiento de carácter excepcional.

Al Pacto de Derechos Civiles y Políticos se añaden dos protocolos facultativos. El primero encomienda una función adicional al Comité: recibir las denuncias que todo individuo le formule por haber sufrido «una violación de cualquiera de los derechos enumerados en el Pacto, siempre que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles. Como puede apreciarse, a diferencia de las denuncias formuladas entre Estados, es este caso se permite el acceso directo del individuo al Comité. Una característica de la labor del Comité es que la evaluación de las denuncias se reduce a simples declaraciones o informes que son dados a conocer a la opinión pública internacional. No existen en este sistema procedimientos coercitivos para corregir las prácticas atentatorias contra los derechos de los afectados dado que no es un órgano jurisdiccional en sentido estricto<sup>(25)</sup>. El segundo protocolo facultativo al Pacto se refiere a la abolición de la Pena de muerte, el cual fue aprobado en 1989.

### **B) El Sistema americano de protección de los derechos y libertades**

El Sistema americano se parece al sistema de la ONU. Los Estados Americanos también cuentan con un catálogo internacional de derechos y libertades, conocida como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue aprobada por la novena conferencia internacional americana, en Bogot

---

(25) Además de los medios específicos de denuncia, existe un procedimiento general y subsidiario. Es el llamado procedimiento 1.503, y que consiste en la recepción de denuncias sobre violaciones a los derechos humanos por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Caracterizan este procedimiento la confidencialidad de las actuaciones y la exclusión de aquellas denuncias formuladas con un fin político. A este panorama general se une a labor de diversos organismos especializados dependientes de la ONU. Entre ellos encontramos a la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Estos organismos elaboran periódicamente numerosas convenciones sobre distintos derechos en particular. También debe tenerse en cuenta la labor desempeñada por ciertos órganos menores dedicados a cuestiones específicas de derechos humanos, como son el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, entre otras organizaciones.

tá (1948). En ella se fundamenta el principal tratado regional: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica (suscrito en 1969). Al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana está complementada por varios instrumentos relativos a algunos derechos particulares que necesitan reconocimiento y protección especial.

En la Declaración como en la Convención Americana se hace especial énfasis en un aspecto que suele ser dejado de lado al momento de analizar la situación de las personas frente al Estado, nos referimos al tema de los deberes<sup>(26)</sup>. Si la Declaración Universal dedica sólo un artículo acerca de los deberes de la Comunidad (véase el artículo 29), la Declaración Americana contempla todo un capítulo dedicado a los deberes de las personas en sociedad. Lo mismo puede decirse del Pacto de Derechos Civiles y Políticos frente al Pacto de San José, cuyo artículo 32 regula la correlación entre deberes y derechos. Dado que se tratan de instrumentos internacionales no encuentro ninguna objeción al establecimiento de deberes que los Estados deben cumplir para garantizar los derechos. Una opinión distinta sostengo para su inclusión en las constituciones ya que éstas nacieron con una finalidad distinta como es el reconocimiento y garantía de los derechos. Son las leyes las que deben establecer nuestros deberes ciudadanos y son los Estados quienes deben tener presente que una Constitución implica, en sí misma, su deber de cumplimiento.

\* \* \*

A nivel regional, y desde 1959, existe una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue creada por la reunión de ministros de relaciones exteriores, dependiente de la Organización de Estados Americanos, cuya función es servir de órgano consultivo y promover la observancia y defensa de los derechos humanos. Una función que se ejerce respecto a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA en adelante)<sup>(27)</sup>.

Para aquellos estados que además son parte en el Pacto de San José, la Comisión desempeña adicionalmente las siguientes funciones:

---

(26) Núñez, Manuel Antonio: «El Sistema de Protección Internacional a los Derechos Humanos» en *Lecciones de Derechos Humanos*, EDEVAL, Valparaíso, 1997, págs. 360-363.

(27) Véase Maraví Sumar, Milagros: «Los mecanismos de protección de los Derechos Humanos que pone a nuestro alcance el Sistema Interamericano» en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 34, Trujillo, 2002, págs. 1-18.



- a) La Comisión puede recibir y examinar las denuncias que formule un Estado-parte contra otro Estado-parte, alejando la violación de los derechos reconocidos en la Convención<sup>(28)</sup>.
- b) La Comisión puede recibir y examinar las denuncias o quejas que cualquier persona, grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la organización formulen reclamando la violación de los preceptos de la Convención. Hay que destacar que el acceso de la persona a la Comisión es más expeditivo en el Sistema americano que en el de la ONU; en el que sólo se admite la comparecencia de los Estados-partes como denunciantes.

La función de la Comisión en ambos casos se limita a promover el arreglo amistoso entre los involucrados. En caso de no ser posible existen dos opciones: la publicación de un informe elaborado por la Comisión en el que se consignan la opinión y conclusiones de sus miembros respecto del asunto sometido a su consideración, que puede constituir una sanción moral, o el envío de los antecedentes al órgano jurisdiccional creado por el Pacto de San José: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o CIDH).

### C) Una aproximación a la CIDH

El proyecto de Estatuto que la Corte sometió a la Asamblea General de la OEA en 1979 había previsto un Tribunal permanente compuesto por jueces a tiempo. Una propuesta que fue motivada por la preocupación de la Corte de que un Tribunal a tiempo parcial creara la imagen de un cuerpo *ad hoc*, lo que podría restarle el prestigio y la legitimidad necesarios para que sus sentencias fueran cumplidas y respetadas. Pero para la Asamblea General esta propuesta fue inaceptable. La creación de una Corte a tiempo completo sería onerosa y ese gasto no era considerable sino hasta el momento que la Corte tuviera un importante número de causas pendientes por resolver. Por ese motivo, la Asamblea optó por un Tribunal compuesto de jueces a tiempo parcial y aprobó un Estatuto que permite a los jueces el ejercicio de sus profesiones respectivas, con la salvedad que ciertas categorías de empleo, como los cargos oficiales que impliquen subordinación jerárquica ordinaria, son incompatibles con sus funciones judiciales. Por tanto, no se debe entender que los magistrados son empleados de la OEA. No tienen que residir en Costa Rica, y tienen la libertad de ejercer la profesión de abogado, de ejercer la docencia, así como participar en cualquier otra ocupación en su país de origen<sup>(29)</sup>.

---

(28) Artículo 45 de la Convención.

(29) Véase, AA.VV: *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1990, pág. 51.

### ***1) La composición de la CIDH***

La Corte Interamericana es el órgano cuasi jurisdiccional creado por el Pacto de San José<sup>(30)</sup>. La falta de un mecanismo eficaz para hacer ejecutar lo resuelto hace que este tribunal no reúna todas las características de un ente jurisdiccional. Por otro lado, el papel de dicha institución se subordina al reconocimiento de su competencia por los Estados miembros del Pacto. Además de absolver las consultas acerca de la interpretación de los instrumentos americanos de reconocimiento y protección de los derechos humanos, la Corte ejerce una función que podríamos llamar contenciosa, al conocer y resolver los casos sobre violaciones a los derechos contenidos en la Convención. Es importante destacar que sólo la Comisión Interamericana de Derechos y los Estados-parte en el Pacto de San José tienen derecho a someter un caso a decisión de la Corte. Los particulares carecen del derecho a comparecer ante esta instancia para reclamar por sus derechos. Al individuo sólo le queda reclamar ante la Comisión o solicitar la intercesión de otro Estado para formular el reclamo, lo cual es difícil en la práctica. Debemos tener en cuenta que la Corte no actúa de oficio, por eso el primer impulso procesal estará en la interposición de una demanda.

La CIDH se compone de siete jueces, que sólo están vinculados por los derechos y principios de la Convención; a su vez, todos ellos pertenecen a los países miembros de la OEA, actuando de manera personal y que por tanto no ejercen ningún principio representativo de sus propios Estados.

Los jueces interinos deben distinguirse de los jueces *ad hoc*. La Corte también tiene previsto que los Estados puedan en determinados casos nombrar a un especialista, concretamente a un Juez *ad hoc*, con el objeto de asistir a los demás en la legislación de un sistema jurídico distinto que los jueces de la Corte se encuentren resolviendo. Los jueces *ad hoc* son expresamente mencionados en la Convención Americana. Si un Juez nacional declara que si uno de los jueces llamados a conocer del reclamo es de la nacionalidad de uno de los Estados-partes del caso en cuestión, el otro Estado parte podrá designar a un Juez *ad hoc*. Además, los dos Estados tienen el derecho a nombrar jueces *ad hoc* si ninguno de los jueces elegidos es nacional de su Estado. Como los dichos jueces deben tener los mismos requisitos que la Convención dispone para los jueces elegidos, se entiende que la Corte tiene el poder de rechazar a los que no reúnan esos requisitos. El

---

(30) Ver el Capítulo VIII de la Convención; véase además Rosabal de Roth, Ana Lorena: «El Sistema interamericano: De la unión política a la protección internacional de los derechos humanos» en *Revista del IIDH*, N° 23, San José (Costa Rica), 1996, págs. 129-150.

Estatuto de la Corte presume que el derecho a nombrar jueces *ad hoc* se puede renunciar si el Estado no lo designa dentro de los treinta días de la invitación formulada por el Presidente de la Corte<sup>(31)</sup>.

## 2) *Las sesiones de la CIDH*

El Presidente de la Corte, así como su Vicepresidente, son elegidos para un periodo de dos años y pueden ser reelectos. Sin embargo, en la práctica, parece ser que la Corte está a favor de la elección rotativa con períodos únicos para cada cargo. El Presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan a la Corte y preside sus sesiones. El Estatuto dispone que el Presidente presta permanentemente sus servicios<sup>(32)</sup>. Sin embargo, hasta ahora, esta disposición no ha sido interpretada en el sentido que el Presidente resida en la sede de la Corte (Costa Rica) o que deje de ejercer su profesión.

La Secretaría de la Corte es dirigida por el Secretario, el cual es nombrado por la Corte para un periodo de cinco años y puede ser reelecto. Asimismo, puede ser despedido por la Corte. A diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo Secretario Ejecutivo es nombrado y removido por el Secretario General de la OEA, la Corte tiene la facultad de asegurar que su principal funcionario no tenga otras lealtades. Los demás miembros de la Secretaría de la Corte son nombrados por la Secretario General de la OEA en consulta con el Secretario de la Corte. En la práctica, el Secretario General siempre ha hecho los nombramientos recomendados por el Secretario de la Corte. Finalmente, los miembros de la Secretaría están sujetos a las normas administrativas de la Secretaría de la OEA, éstas se pueden aplicar sólo en cuanto no afecten la independencia de la Corte<sup>(33)</sup>.

La Corte puede reunirse en sesiones ordinarias o extraordinarias<sup>(34)</sup>. La Corte podrá cambiar las fechas para realizar sus sesiones si así lo exigen las concretas circunstancias. De acuerdo su estatuto, las sesiones extraordinarias son convocadas por su Presidente o la mayoría de sus magistrados<sup>(35)</sup>. La Convención no resuelve el problema que surgiría si las descalificaciones, renunciaciones o la muerte de unos jueces le privaran a la Corte su quórum. La Corte, sin embargo, anticipó este

---

(31) Véase, AA.VV: *La Protección de los Derechos Humanos...*, págs. 53-54.

(32) Véase el artículo 16 del Estatuto de la CIDH.

(33) Véase, AA.VV: *La Protección...*, pág. 53.

(34) Artículo 11 del Estatuto de la CIDH.

(35) Artículo 12 del Estatuto de la CIDH.

problema al incluir en el Estatuto una disposición que autoriza a su Presidente a pedir al Consejo Permanente de la OEA que nombre uno o más jueces interinos, que servirán hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos<sup>(36)</sup>.

### 3) *La jurisdicción de la CIDH*

La CIDH tiene competencia contenciosa, es decir, aquella para decidir los casos en los cuales se alega que un Estado-parte ha violado los derechos humanos protegidos por la Convención; por otro lado tiene una competencia consultiva que autoriza a la Corte a interpretar la Convención y otros instrumentos de derechos humanos a pedido de los Estados miembros de la OEA. Las sentencias de la Corte deben ser aprobadas en sesión plenaria. La Corte no sesiona en cámaras, como por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos. Su número menor y el requisito del artículo 56 de la Convención que establece que el quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces, parece hacer imposible el sistema de cámaras. El fallo estimatorio de la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados, y si fuere procedente, dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada (véase el artículo 63 de la Convención Americana)<sup>(37)</sup>.

El cumplimiento de lo resuelto por la Corte será oportunamente entregado al Estado agresor. El artículo 68.1 de la Convención establece: «los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes». Si el fallo hubiere dado lugar al pago de indemnizaciones es posible reclamar su ejecución por el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias<sup>(38)</sup>.

### 4) *Una evaluación final a la Corte*

Pese a su idea, finalidades, la normativa y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creemos que no han sido fructíferos sus

---

(36) La tarea de nombrar a los jueces interinos fue encargada al Consejo Permanente porque se reúne regularmente durante el año, mientras la Asamblea General de la OEA tiene una sola sesión corta.

(37) Véase, para el caso peruano, García Belaunde, Domingo: «Amnistía y Derechos Humanos, a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos» en *Constitucionalismo y Derechos Humanos* Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), APDC, Grijley, 2002, Lima, págs. 117-130.

(38) Véase el artículo 68.2 de la Convención.

primeros veinticuatro años de funcionamiento. La doctrina más reciente es categórica cuando afirma que durante ese tiempo sólo ha dictado alrededor de treinta sentencias en materia de protección de derechos humanos para toda la región<sup>(39)</sup>. Por otra parte, unos de los problemas prácticos que adolece la Corte es el desconocimiento que existe entre los profesionales de Derecho acerca de su existencia, oportunidad y vías para acceder a dicha instancia supranacional; incluso, las opiniones de los letrados son pesimistas en lo que se refiere a su eficacia y la creencia de encontrarse ante un proceso oneroso para el ciudadano común.

Finalmente, con relación a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales la Convención estableció que los Estados-partes tienen el compromiso de tomar las medidas que sean necesarias para lograr su realización progresiva. Como era de esperar, una solución similar a la que existe en los países cuyas constituciones contienen prometedores catálogos de derechos sociales. Si bien los derechos sociales en un principio no gozaban de protección jurisdiccional de la Corte, el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (vigente desde 1999), ha empezado a garantizar los derechos sociales más emblemáticos, como es el caso del derecho a la sindicación y el derecho a la educación en lo que respecta a la protección del pleno desarrollo de la persona humana, el pluralismo ideológico, los derechos fundamentales, la justicia, la paz, y la formación de las personas hacia una plena cultura democrática. En ese sentido, el Código Procesal Constitucional garantiza esos mismos derechos mediante el proceso de Amparo<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> Véase la opinión y duros comentarios sobre la eficacia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Remotti Carbonell, José Carlos: «La CIDH como órgano jurisdiccional de protección de los derechos» en Castañeda Otsu, Susana (coord): *Derecho Procesal Constitucional...*, pág. 1072. Véase además 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» en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 1, Lima, 2000, págs. 53-69.

<sup>(40)</sup> Artículo 37, incisos 11 y 17 del Código Procesal Constitucional.

**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** (\*)

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

---

(\*) Abogado. Ha sido profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

## I. PRESENTACIÓN

Es un honor para mí presentar este documento a propósito de un homenaje al Dr. Domingo García Belaunde a quien uno de los actuales vocales del Tribunal Constitucional español, en una conversación informal en Santiago de Chile, a propósito del VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, me dijo que no se le saluda... se le reverencia. Y es que no sólo su contribución académica fue capital para el desarrollo del constitucionalismo peruano y su proyección fuera de fronteras, sino porque es casi inevitable sentirnos, los aficionados como yo y los especialistas en el Derecho Constitucional, vinculados a él. Si bien no tuve la gracia de haber sido su alumno, mi maestro en la academia, César Landa, y mi maestro en la profesión, Alberto Borea, sí lo fueron. Y fue a través de ellos donde se desarrolló una admiración y aprecio hacia él. Quizá sea muy atrevido endilgarme amistad, pero si por lo menos me precio de un diálogo fluido y amistoso con él, sólo posible en el marco de su importante humildad y gentileza.

El documento que presento pretende una actitud crítica respecto del cambio, central en mi modesta opinión, que el Código Procesal Constitucional realiza respecto del proceso constitucional de Amparo (extensible a los demás procesos constitucionales) cuando establece la «residualidad» en vez de la alternatividad<sup>(1)</sup> como uno de los principios rectores de su procedencia.

Admitimos que la residualidad hará extraordinario el proceso constitucional por su dificultoso acceso, pero ¿es esa extraordinariedad la que necesita el proceso constitucional como garantía de los derechos humanos y constitucionales? ¿el proceso constitucional es más tutelar con la residualidad? Es hipótesis del presente trabajo es que no necesariamente y que podría configurarse un incumplimiento de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos. Lo seguido pretende explicar por qué.

## II. ANTECEDENTES

Hacer una historia respecto de los antecedentes de los procesos constitucionales en el Perú, y de las denominadas «vías paralelas» no es aporte si consideramos que tenemos abundante literatura al respecto. Precisamente es García Belaunde quien ha hecho sesudas referencias al respecto por lo que, en aras de centralizar

---

<sup>(1)</sup> Alternatividad relativa puesto que no procede el Amparo cuando se ha optado por la vía regular. La Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley N° 23506, señala como causal de improcedencia: «Artículo 6°.- No preceden las acciones de garantía: (...) inciso 3.- Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria».

nuestra atención en el tema central del trabajo, a ellas me remito<sup>(2)</sup>. Sí es importante, para efectos del Amparo, citar el hallazgo de Daniel Soria de un proyecto de ley del siglo XIX<sup>(3)</sup>, aún cuando no entre en el grupo de normas sino de proyectos. Otro dato a reseñar, siempre en el Amparo y quizás más misceláneo, es un proyecto de ley de 1967 que cita Samuel Abad<sup>(4)</sup> donde proyecta un Hábeas Corpus propio y un Hábeas Corpus civil. Es importante señalar que el proyecto no sólo fue suscrito por el ex-Presidente del Gobierno de Transición, Valentín Paniagua, como diputado, sino que se nos dijo fue su autor.

Lo importante de los antecedentes a nivel de los procesos constitucionales, es señalar que la constitucionalización del Amparo ocurre con la vigencia de la Constitución Política de 1979. Antes de eso existía un Hábeas Corpus omnicompreensivo. Esta Constitución marca, en consecuencia, con el establecimiento del Tribunal Constitucional y diversos procesos constitucionales, destinados a la defensa de los derechos fundamentales y del principio de supremacía constitucional, una evolución del Estado de Derecho en el Perú. Manuel García-Pelayo<sup>(5)</sup>, ex-Presidente del Tribunal Constitucional español, diría que el establecimiento de la jurisdicción constitucional especializada marca la evolución del Estado Legal de Derecho, donde se consagra el principio de legalidad, al Estado Constitucional de Derecho, donde el principio rector es el de constitucionalidad.

### III. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El Estado Constitucional de Derecho, a decir de Karl Loewenstein<sup>(6)</sup>, funda su existencia en dos pilares: el respeto de los derechos de la persona y el establecimiento de mecanismos de control del poder político. Donde lo segundo sirve al fin primero. Y es que el Estado Democrático, cuya soberanía reposa en la nación,

---

(2) García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*. Ed Temis. Bogotá, 2001. Tb. Abad Yupanqui, Samuel. «Acción de Amparo y Vías Paralelas». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 4. Ed. CAJ., 1990 p. 130 y ss.

(3) Soria Luján, Daniel. «El proyecto de Ley de Protección a la Libertad Personal (1849)». FUENTES. En *Pensamiento Constitucional*. Año III. N° 3. Fondo Editorial PUCP. Lima, pp. 379-387.

(4) Abad Yupanqui, Samuel, op. cit., p. 131, cita 26.

(5) García-Pelayo, Manuel. «Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho». En *El Tribunal de Garantías en Debate*. Ed. CAJ., Lima, 1986, p. 28

(6) Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, 2ª. edición, Madrid, p. 151.



que lo hace neutro y con un poderío único en su historia<sup>(7)</sup>, con equilibrio de poderes y la necesidad de una Constitución, consagra el centro de su atención: la persona. Así lo señala el documento central de la Revolución Francesa y burguesa, principal precedente de los instrumentos internacionales conocidos, la Declaración del Hombre y del Ciudadano, proclamada por la Asamblea Constituyente Francesa de 1789.

Este instrumento declarativo, de vocación internacional señala en sus dos primeros artículos:

«Artículo 1.- Los hombres nacen libres e iguales en derechos; las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2.- El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

(...)

Artículo 16.- Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de poderes carece de Constitución».

Sin el propósito de abrir un debate del significado del concepto Constitución en este contexto, lo importante es evidenciar la posición de la persona en el nuevo Estado.

#### **IV. DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHO HUMANOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES**

En el nuevo Estado, son el respeto de sus derechos y su defensa, los ejes de la atención jurídica. Sin embargo, claro está, es con la institucionalización de la justicia constitucional, con la aparición de los Tribunales Constitucionales, cuando el Derecho Constitucional, reiterando a García-Pelayo, se convierte en verdadero Derecho. La reflexión jurídica sobre la doble dimensión de los derechos fundamentales, subjetiva y objetiva, como derecho y como límite al sistema jurídico<sup>(8)</sup>, representa importantísima evolución de la importancia de los Derechos

---

(7) Blanco Valdés, Roberto, *Los partidos políticos*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1997, p. 20.

(8) Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Ed. Jurídicas, Lima, p. 59.

Fundamentales en el Sistema Jurídico. La imposibilidad de la existencia de una norma que afecten derechos fundamentales, sin que merezca repudio y expulsión, evidencia la fuerza excluyente de los derechos fundamentales. Esta fuerza alcanza a los derechos humanos, a quienes el Derecho Internacional atribuye especiales características<sup>(9)</sup>.

Decimos esto porque la evolución del Derecho y del Derecho Internacional en particular, ha diluido la diferencia primigenia entre derechos humanos, fun-

---

(9) **Inherentes:** Porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento por parte del Estado

**Universales:** Por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.

**Absolutos:** Porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.

**Inalienables:** Por ser irrenunciables, al pertenecer en forma insoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título.

**Inviolables:** Porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.

**Imprescriptibles:** Porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de sí se hace uso de ellos o no.

**Indisolubles:** Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su **contenido esencial**, al tener igual grado de importancia

**Indivisibles:** Porque no tiene jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos por encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.

**Irreversibles:** Porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

**Progresivos:** Porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona.

Marcos-Sánchez, José, *Manual de Libertad Sindical*, OIT. Oficina de Actividades para los Trabajadores. Oficina Regional para América y el Caribe.

En: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otros/xviii/cap1/i.htm>

damentales y constitucionales<sup>(10)</sup>; donde los humanos serían aquellos que trascienden fronteras y comunidades sociales y surgen de la dignidad y condición humana, los fundamentales los que emergen en determinada sociedad y los constitucionales los positivizados. Hoy eso ya no tiene sentido dado el desarrollo del Derecho y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular<sup>(11)</sup>. Es más, en casi la totalidad de países donde se han pasado procesos constituyentes o de reforma, con posterioridad a la existencia de los instrumentos regionales o mundiales de derechos humanos, e inclusive a los que tenían constituciones vigentes, la «relación» de derechos fundamentales positivizados coincide con las que presenta(n) el (los) instrumento(s) internacional(es) protectores de Derechos Humanos. Ello evidencia el levantamiento de esas diferencias conceptuales. Seguidamente, nos aproximaremos a la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno para recalar específicamente en el tratamiento del tema en el Perú.

#### V. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL E INTERNO. EL CASO PARTICULAR DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Temas como dualismo o monismo en el enfoque del Derecho Internacional para abordar el tema de la relación entre el Derecho Interno e Internacional, ha sido largamente superado a favor del monismo: «*O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, que são efetivamente chamados a aplicar as normas internacionais. Estas últimas se aplicam sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, não mais portanto se justificando que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estática e compartimentalizada, como o foram outrora...*»<sup>(12)</sup>. Hoy no es de recibo el argumento del Derecho Interno como oponible al Internacional, aún cuando la norma interna de colisión sea la Constitución. Así nos dice Bidart cuando señala que la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno es consagra-

---

(10) Oestreich, Gerhard; Sommerman, Karl Peter. «Pasado y presente de los derechos humanos», Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 25-26.

(11) Esto puede ser debatido por otras opiniones. Léase a Pedro Frías, «Los Derechos Humanos en el contexto cultural en Latinoamérica». En *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, Ed. Grijley, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), pp. 79 y ss.

(12) Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, 2ª. ed., Ed. Sergio Antonio Fabris, Río Grande do Sul, p. 41.

da «*incluida en éste la propia Constitución de los Estados. Este principio es oriundo del derecho de gentes, y quedó plasmado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (art. 27<sup>(13)</sup>)<sup>(14)</sup>*».

Dicho lo anterior, podemos resumir que los temas centrales y básicos de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno son:

1. La verificación de la existencia de la obligación internacional.
2. La verificación de la primacía del Derecho Internacional sobre las normas internas.
3. La calidad del efecto con que la norma internacional se incorpora al Derecho Interno.

Respecto de la primera situación, la verificación se evalúa considerando la existencia de un tratado en vigor y los alcances del mismo considerando la adhesión y ratificación; la segunda, desde el eventual conflicto o colisión entre norma internacional e interna; finalmente, la tercera, verificando si la norma internacional se incorpora directamente o indirectamente (vía regulación) en el Sistema Jurídico interno.

Cuando nos referimos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el tema de las relaciones entre el Derecho Internacional y Derecho Interno, a favor del primero, sin duda, es más evidente. La transnacionalización de los derechos humanos no sólo es un fenómeno de hecho sino de derecho. El tema de los derechos humanos «(...) *ya no interesa solo al Estado donde el individuo habita (lo que en términos jurídicos significaba la aplicación del principio de no intervención en los asuntos de jurisdicción interna); sino a la Comunidad Internacional en su conjunto... hoy en día la internacionalización de estos valores y su afirmación como obligaciones de carácter erga omnes hace que la protección de los*

---

(13) «27. **El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.(...) **46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.** 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. 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».

(14) Bidart Campos, Germán, «Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional», En *Derecho Procesal Constitucional*. Coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor, T. II, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 1104.

*Derechos Humanos sea un interés internacional.(...)»<sup>(15)</sup>. En consecuencia, «(...) la protección de los derechos humanos configura un principio general del Derecho Internacional y tiene categoría de ius cogens, por lo que la cuestión de los derechos humanos ya no pertenece a la jurisdicción reservada y exclusiva de los Estados, sino que es concurrente o compartida entre el Derecho Interno y la jurisdicción internacional.(...)»<sup>(16)</sup>. Compartimos esta opinión plenamente por cuanto los derechos humanos, en tanto formalizaciones jurídicas que apuntan materializar condiciones de dignidad de la persona, no deberían estar condicionados a la consagración de las referidas formas jurídicas o si, existiendo éstas, presenten contenidos que no satisfacen su propósito tutelar.*

## VI. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. EL CASO PERUANO

En el caso peruano la opción monista es clarísima. Esta afirmación se hace considerando el tratamiento del Derecho Internacional hecho por la Constitución de 1979. En esta Constitución, el reconocimiento de algunos instrumentos internacionales era expreso (respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales y de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la colisión se definía a favor del tratado o norma internacional. Es más, se hacía referencia expresa a los tratados de derechos humanos y su especial primacía. El efecto de la norma internacional, como consecuencia necesaria, era directa<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Novak, Fabián y Salmón, Elizabeth, *Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Ed. Fondo Editorial, PUCP, 2002, Lima, p. 57.

<sup>(16)</sup> Bidart, op. cit., p. 1105. Una opinión interesante pero referida a específicos derechos fundamentales, venida desde el Derecho Internacional, es que no todos los derechos humanos tienen carácter obligatorio o *ius cogens* y que podrían sufrir algunas restricciones. El desarrollo de esta afirmación la encontramos en el texto citado precedentemente (Novak y otra, *Las Obligaciones*, op. cit., p. 58).

<sup>(17)</sup> Constitución Política del Perú de 1979:

«Artículo 101°— Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la Ley, prevalece el primero.

Artículo 103°— Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser probado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

Artículo 105°— Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución».

El tratamiento hecho por la Carta fujimorista de 1993 es minimalista y contradictorio, pero monista al fin. Por un lado, hay reconocimiento expreso de las obligaciones internacionales en su propio texto y la expresa incorporación directa de las normas internacionales de los tratados en vigor. Sin embargo, al momento de la evaluación de una situación de conflicto entre norma internacional e interna, apreciamos el minimalismo y la contradicción referidos. En efecto, comienza distinguiendo formas de aprobación que sugeriría gradaciones a nivel de los tratados y de la consecuente responsabilidad internacional del Estado para, inmediatamente, someterlas a un control de «constitucionalidad» vía Acción de Inconstitucionalidad en forma indistinta. Este tratamiento define el rango de ley de los tratados internacionales, aunque el control de constitucionalidad sugiere la posibilidad de expulsar un tratado internacional mediante un proceso constitucional interno, lo que resulta discutible. No obstante lo dicho, debemos señalar lo siguiente:

- a) La primacía de los tratados es en sí una obligación internacional del Estado Peruano desde la suscripción de la Convención de Viena (Derecho de los Tratados) y, así no fuera así, doctrinariamente (como hemos hecho anterior referencia) y jurisprudencialmente<sup>(18)</sup> es considerado derecho consuetudinario<sup>(19)</sup>.
- b) El Derecho Interno no es oponible al Derecho Internacional para evadir la responsabilidad internacional del Estado.

En consecuencia, los límites establecidos en la carta son, en los hechos, letra muerta. Esta afirmación podría considerarse corroborada (no obstante reconocer la particularidad de la situación y no tratarse de una colisión de normas pero si de oponer normas o actos internos contra los tratados internacionales) cuando el Perú alguna vez, durante la dictadura fujimorista, pretendiera sustraerse de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa ocasión, la Corte, en las resoluciones donde definía competencia, en dos casos emblemáticos, rechazó ese retiro y siguió sometiendo a su conocimiento las causas contra el Perú<sup>(20)</sup>. El cuestionamiento de la legitimidad de esta Carta del 93 y

---

(18) «la primacía incondicional del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno ha sido defendida por los tribunales internacionales en diversas ocasiones, por el derecho comparado, por tribunales internos y por la mayoría de los publicistas...». Esto alcanza a normas constitucionales. Ver. Novak Fabian y otra, op. cit., p. 119.

(19) «El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados puede ser considerado, en muchos aspectos, como una codificación del derecho consuetudinario existente». Caso de la Competencia en materia de Pesquería, Reino Unido vs. Islandia. Reprots, 1973, p. 21 en *Ibid*, p. 33.

(20) Los casos son Tribunal Constitucional vs. Perú (caso 11.760) e Ivcher Bronstein vs. Perú (caso 11.762). Los argumentos van, en el primer caso, de los párrafos 31 al 54; en el segundo, de los párrafos 32 al 55.

los intentos de anularla o sustituirla (que incluyen el reconocimiento por el Tribunal Constitucional del origen espúreo de ese documento), a los que añadimos el carácter acumulativo y progresivo de los derechos, nos remiten a que sea el tratamiento de la Constitución de 1979 a los tratados internacionales y de los Derechos Humanos en particular, el correcto e invocable. Habiendo desarrollado lo precedente como marco conceptual, abordaremos el tema de la residualidad establecida por el nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 28237.

## **VII. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS VIGENTES PARA EL PERÚ**

El Perú tiene vigentes diversos instrumentos internacionales. En consecuencia, sobre la base de lo precedentemente dicho, forman parte del Derecho Interno. Los principales referidos a la protección de derechos fundamentales son la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1978); Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (1978); Declaración Americana sobre Derechos Humanos (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) y su Protocolo Adicional (1995).

Todas estas normas consagran obligaciones para los Estados de adecuar sus legislaciones internas para consagrar y coadyuvar a la plena realización de los derechos humanos ahí establecidos, a incorporarlos si no existieran y a respetarlos si a la vigencia del instrumento internacional ya estuvieran reconocidos. Asimismo, obligan a los Estados parte a interpretar maximizando los derechos y prohibiendo las restricciones y limitaciones a los derechos sino media máxima justificación social.

Respecto del tema del presente documento, seguidamente presentaremos las normas de los tratados internacionales pertinentes:

Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(21)</sup> (DUDH):

«Artículo 8.- 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».

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>(22)</sup> (PIDCyP):

---

(21) Aprobado por el Perú: 15 de Diciembre de 1959 (Res. Leg. 13282).

(22) Entrada en vigor para el Perú: 28 de julio de 1978 (16° Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).

«Artículo 2.- (...)

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violada podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

(...)

Artículo 5.-

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.

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 lo reconoce o los reconoce en menor grado».

#### Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDSyC)<sup>(23)</sup>

«Artículo 4.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

---

<sup>(23)</sup> Entrada en vigor para el Perú: 28 de julio de 1978 (16° Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).



Artículo 5.-

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, con el pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce a menor grado».

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (DADDH)<sup>(24)</sup>

«Artículo XVIII

Derecho de justicia

Toda persona puede ocurrir 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 la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente».

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>(25)</sup>

«Artículo 2

Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el Artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

---

<sup>(24)</sup> Entrada en vigor del tratado: 2 de mayo de 1948 (16º Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).

<sup>(25)</sup> Entrada en vigor del tratado para el Perú: 28 de julio de 1978 (16º Sexta Disposición Trans. de la Constitución de 1979).

(...)

#### Artículo 25

##### Protección judicial

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención; aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Los Estados partes se comprometen:

a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

(...)

#### Artículo 29

##### Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

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;

#### Artículo 30

##### Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en las mismas, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas».

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES «PROTOCOLO DE SAN SALVADOR»<sup>(26)</sup>.

«Artículo 4

No admisión de restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que le presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 5

Alcance de las restricciones y limitaciones

Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones y ejercicio de los derechos establecido en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos».

De lo precedentemente descrito no queda duda entonces que:

- a) Que todos forman parte del derecho nacional peruano. Es más, tres (03) de los instrumentos internacionales referidos tienen reconocimiento a nivel constitucional (la Constitución de 1979)<sup>(27)</sup>. Uno de ellos y que merecerá especial examen es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- b) Que es obligación internacional la plena realización de los derechos humanos existentes al momento de la vigencia del tratado. De no existir, es obligación adecuar de los Estados y promover su desarrollo.

---

<sup>(26)</sup> Entrada en vigor para el Perú: 04 de junio de 1995 (Depósito de Instrumento de Ratificación en la fecha).

<sup>(27)</sup> Constitución Política del Perú – 1979

«Título VIII

Disposiciones generales y transitorias

**Decimosexta.-** Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de las Naciones Unidas.

*Se ratifica igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Internacional de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»*

- c) Que no se admiten restricciones y limitaciones de los derechos reconocidos (como materialización de las características de progresividad e irreversibilidad de los derechos humanos) salvo se invoque la «preservación del bienestar general en una sociedad democrática».
- d) Que es derecho humano un recurso que proteja los derechos humanos de la persona. Es recurso debe ser efectivo, sencillo y rápido.
- e) El recurso efectivo, sencillo y rápido (ojo: no se dicen especiales) son, a nuestro modesta entender, los procesos constitucionales que componen lo que se denomina la Jurisdicción de la Libertad como son el Hábeas Corpus, el Amparo<sup>(28)</sup> y el Hábeas Data.

### VIII. LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES COMO LOS RECURSOS EFECTIVOS, SENCILLOS Y RÁPIDOS

En anterior documento hemos hecho referencia a los antecedentes, naturaleza y fines de los procesos constitucionales<sup>(29)</sup>, siempre invocando las respectivas fuentes, por lo que resultaría ocioso repetirlo. Sin embargo, es menester señalar que es su fin la que determina su extraordinariedad: la defensa de los derechos fundamentales o humanos y, en general, la afirmación del principio de supremacía constitucional. Es más, es definido expresamente como una de las garantías de los Derechos Fundamentales<sup>(30)</sup>, constituyendo un argumento para la definición de su naturaleza pública. Siendo así, podemos afirmar que si un proceso constitucional efectiva y exitosamente ha tutelado un derecho fundamental, ello importa a

---

(28) Campos, Joseph, «El Juez Civil y la flexibilización del principio de congruencia procesal en los procesos constitucionales de Amparo. En Derecho y Sociedad. Revista de Derecho. Año XIV, N° 20, PUCP, Lima, 2003, p. 24.

(29) *Ibid*, p. 24 y 25.

(30) «...Cuanto acabamos de exponer explica la pluralidad de garantías a que con anterioridad nos referíamos, garantías que, siguiendo los criterios doctrinales más generalizados, podemos clasificar en: 1.- normativas, 2.- de fiscalización parlamentaria y 3.- jurisdiccionales. Dejando el análisis de estas últimas, objeto central de este trabajo, para un momento ulterior, nos referiremos ahora de modo sumario a los dos primeros tipos de garantías... Los sistemas jurisdiccionales de protección son de muy diferentes tipos. Muy dispares han sido, en consecuencia, las clasificaciones que de ellos se han hecho. Por nuestra parte, los agruparemos del modo siguiente: a. La protección por el Juez ordinario; b. La garantía de los derechos por la jurisdicción constitucional. Y c. La protección transnacional de los derechos, que implica su salvaguarda por órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales.» Francisco Fernández Segado. *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Perú, 1994, págs. 132-142.

todos. Y es que, retomando una de las ideas iniciales del presente documento, es el respeto de los derechos fundamentales uno de los soportes del Estado Democrático y Constitucional de Derecho.

Revisando los procesos contenciosos existentes, podemos afirmar que no existe proceso más sencillo y rápido en términos formales en todo el Sistema Procesal Peruano (no considerando a los no contenciosos) que los procesos constitucionales. En ese sentido, no son ¿acaso los procesos constitucionales previstos en las cartas constitucionales y recogidos en el Código Procesal Constitucional los recursos consagrados en los instrumentos internacionales citados? Definitivamente sí porque son formalmente eficaces<sup>(31)</sup>, sencillos y de plazos procesales que son menores al más sumarísimo de los procesos civiles<sup>(32)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Al respecto es menester precisar algunas interpretaciones hechas por la Corte respecto de lo que entiende por eficaz. Así, en el Caso Velásquez Rodríguez dijo «...*Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido...*» (...) *El asunto toma otro cariz, sin embargo, cuando se demuestra que los recursos son rechazados sin llegar al examen de la validez de los mismos, o por razones fútiles, o si se comprueba la existencia de una práctica o política ordenada o tolerada por el poder público, cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente estarían al alcance de los demás*». También en el Caso 10987 Informe N° 30/97. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997, OEA/Ser. L/V/II.98, doc 6, rev., 13 de abril de 1998. se dice «...*El artículo 25 (1) incorpora el principio, reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención «...los Estados Parte se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8(1)), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción... Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios....*». Ambas citas en *La dimensión internacional de los derechos humanos. Guía para la aplicación de normas internacionales en el Derecho Interno* por Rodríguez Pinzón, Diego y otros, Ed. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1999, págs. 118-121.

<sup>(32)</sup> No incluimos al Hábeas Corpus porque la residualidad propuesta por el Código Procesal Constitucional no lo afecta.

¿Será acaso un argumento que el Amparo sea preexistente a los instrumentos internacionales de derechos humanos para que se considere que los procesos constitucionales no son esos procesos previstos en los citados instrumentos internacionales? Consideramos que no. Hemos citado y comentado normas de los tratados internacionales que reconocen expresamente este tipo de situaciones, donde el derecho preexiste al instrumento internacional. Es más, esto es respondido en el mismo sentido por los que proyectaron la ley al justificar o presentar el tratamiento del Hábeas Corpus<sup>(33)</sup> en el nuevo Código Procesal Constitucional. Entonces, el añejo proceso constitucional de Amparo (para no citar el de Hábeas Data y la híbrida Acción de Cumplimiento), tal como fue regulado en el Perú, es el recurso efectivo, sencillo y rápido.

Y afirmo en tiempo pasado porque consideramos que la residualidad impuesta por el Código Procesal Constitucional, si bien puede convertir al proceso constitucional en extraordinario y hasta «heroico», por lo restringido de su acceso, también puede o lo convierte en un proceso constitucional no sencillo, no rápido y, consecuentemente, ineficaz. Seguidamente, internándonos en el Derecho Procesal, diremos por qué.

#### **IX. LA REGULACIÓN DE LAS CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES**

El Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, establece entre sus causales de improcedencia:

«Artículo 5°.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado:

---

<sup>(33)</sup> «El Hábeas Corpus es básicamente un proceso en resguardo de la libertad personal. Durante mucho tiempo hubo una cierta confusión entre uno y otro, pero hoy se entiende que lo importante en realidad es el derecho a la libertad individual, pero que ésta no puede ser cumplida cabalmente en el moderno Estado de Derecho si no se cuenta con un proceso sumarísimo que lo garantice. Así lo entiende el artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y como uno no se puede dar plenamente sin el otro, existe hoy un reconocimiento no sólo del derecho, sino al instrumento que lo protege y hace posible. Se trata, pues, de dos derechos, uno de ellos sustantivo y otro instrumental, pero no por ello menos valioso. Uno afirma el derecho, el otro autoriza a reclamarlo en la vía correspondiente». Proyecto de Ley N° 09371. En *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004, pp. 139-140.

Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trata del proceso de Hábeas Corpus.

El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;

No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de Hábeas Corpus.

(...)

Artículo 47°.- Improcedencia liminar

Si el Juez al calificar la demanda de Amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código».

El tema de la residualidad se regula, a tenor de lo dicho por los autores, formales y reales, del Código Procesal Constitucional, específicamente en el inciso 2 del artículo 5°. Sin embargo, no resulta clara la razón de mantener los incisos 3 y 4, salvo que se consideren normas para procesos en trámite (inciso 3) y se considere que las vías procedimentales referidas en el inciso 2 no incluyen a los procedimientos administrativos (inciso 4).

Si se mantiene el inciso 3 para procesos en trámite, hubiera sido pertinente su colocación como norma transitoria. Eso hubiera asegurado y afirmado la opción legislativa contenida en el inciso 2. Si se mantuvo el inciso 4, la más importante interpretación que fortalecería el inciso 2, al momento de su interpretación y aplicación, sería considerar que este último no incluye el supuesto de las vías procedimentales o actuaciones procesales en sede administrativa. Entonces, si se quiere llegar a la residualidad absoluta de los procesos constitucionales (menos el Hábeas Corpus), al estilo argentino, ello exigirá una lectura conjunta tanto del inciso 2 y 4. Ello obliga a desarrollar con más amplitud la coexistencia de las causales de improcedencia descritas y establecidas en el Código como situaciones permanentes, porque consideramos pueden perturbar una debida interpretación de los alcances del inciso 2.

#### **X. LA RESIDUALIDAD EN ARGENTINA. LECTURAS DESDE EL PERÚ**

Hemos dicho que el principio de la residualidad del Amparo en Argentina presenta diferencias respecto del tratamiento que hace el Código Procesal Constitucional peruano. En efecto, dice la Ley de Amparo argentina en su artículo e inciso pertinente:

«Art. 2° (casos de inadmisibilidad. Ley 16.986)

La Acción de Amparo no será admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la orientación del derecho o garantía constitucional de que se trate.

Eso llevó a que se considere que: «Conforme el esquema de la Ley 16.986, la Acción de Amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina; reservado (dice la Corte Suprema en su actual composición) «para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales»<sup>(34)</sup>.

Y la residualidad es clara y amplia porque incluyen procedimientos administrativos y judiciales, algo que, como hemos referido líneas arriba, no está completamente abordado por el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional peruano. Aquí la Ley argentina pretende ser excluyente de todo: «*Únicamente es admisible el Amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado: el Amparo, se ha dicho, presupone el desamparo*»<sup>(35)</sup>. Esta opción residual fue propuesta académicamente para el Perú a inicios de los 90 por Samuel Abad. Este autor considera que ella hacía extraordinario al Amparo. También afirmaba que mantener la interpretación hecha hasta entonces por el extinto Tribunal de Garantías Constitucionales (repetida por el actual Tribunal Constitucional) sobre la regla de alternatividad entre el proceso constitucional y el ordinario, exponía al sistema jurídico procesal a un «trastocamiento» porque haría, de hecho, inútiles los procesos ordinarios por falta de uso<sup>(36)</sup>. Por otro lado, recientemente, los autores reales del Código señalan que la alternatividad si bien era bienintencionado y «loable y se basaba en la experiencia, su aplicación trajo inconvenientes y nuevos problemas. De un lado, porque cada proceso tiene una naturaleza y una racionalidad propia, que los hace idóneos o no para la tutela de un derecho, aspecto que no puede quedar librado a la mera voluntad del demandante. De otro lado, porque la norma facilitó la indebida utilización del Amparo por muchos litigantes, aprovechando su carácter de proceso de tutela de urgencia, para la discusión de asuntos que, en estricto, no suponían la protección del contenido

---

(34) Sagüés Néstor Pedro, *Acción de Amparo*, Astrea, Bs. As., 1988, págs. 165 y 166.

(35) Sagüés, *Ibid.*, p. 166.

(36) Abad Yupanqui, op. cit., pp. 142-143.



*constitucionalmente protegido de un derecho o, incluso, ni siquiera de un derecho directamente constitucional. Hubo, sin lugar a dudas, un exceso de amparos que abarrotaron los estrados judiciales...»<sup>(37)</sup>. La exposición de motivos de la Ley se refiere escuetamente al fundamento de la residualidad establecida por el Código «siendo conscientes de que los procesos constitucionales suelen ser usados, de manera deliberada, para resolver conflictos que no son necesariamente de contenido constitucional, con el sólo propósito de aprovechar precisamente su urgencia (celeridad), se ha puesto muy especial celo en construir un sistema que permita al Juez discernir aquellos casos en los que el agravio constitucional es sólo la construcción jurídica realizada por el demandante para «amparizar» la solución judicial de su conflicto. En tal sentido, se regula con extremo cuidado las distintas hipótesis de improcedencia de la demanda, esto es, de rechazo liminar de ésta (artículos 5 y 47)»<sup>(38)</sup>. De lo leído, podemos decir que los argumentos centrales a favor de la residualidad es la contribución directa a su excepcionalidad y, para el caso peruano, será un factor determinante para la «desamparización» de la justicia y harán útiles los procesos ordinarios.*

#### **XI. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA ALTERNATIVIDAD**

Los argumentos precedentes, insistimos, se reducen a considerar valioso en sí mismo el proceso constitucional y, por ende, consideran que hacer dificultoso su acceso lo convierte en extraordinario conforme la gran mayoría de autores amparistas. Sin embargo, al ponderar la residualidad se olvidaron que la alternatividad se estableció en medio de importantes reflexiones jurídico-políticas que podemos resumir en lo siguiente: cómo asegurar el acceso al mecanismo procesal protector de los derechos fundamentales o constitucionales. Esta reflexión es recordada en el Estudio Introductorio ya citado. Así «*La intención de los autores del proyecto que dio lugar a dicha Ley (la 23506), era facilitar la procedencia del Amparo y del Hábeas Corpus, evitando que estas acciones fueran declaradas improcedentes por el órgano judicial, como sucedió muchas veces en el pasado, arguyendo (sin verdadero fundamento jurídico o por sometimiento al poder político de turno) que existían «otras vías» judiciales disponibles y más apropiadas.»<sup>(39)</sup>. Si consideramos el contexto de la Ley N° 23506 (post-dictadura militar),*

---

<sup>(37)</sup> Domingo García Belaunde, *et. al.* Estudio Introductorio. En *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004, p. 68.

<sup>(38)</sup> Exposición de motivos de Proyecto de Ley N° 09371. En *Código Procesal Constitucional...*, *ibid.*, pág. 112.

<sup>(39)</sup> Domingo García Belaunde, *et al.* Estudio Introductorio..., *op. cit.*, p. 68.

así como la frase «*en el pasado*», puesta por la frase precedente, se sugeriría que las vulneraciones de derechos fundamentales o humanos sólo aparecen en contextos autocráticos y son ajenas a las democracias, lectura que no consideramos absolutamente válida. Si fuera así, los instrumentos internacionales claramente expondrían este contexto como circunstancia de su vigencia y no existirían procesos iniciados contra Estados Democráticos por sus acciones tanto ante la Comisión como ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por eso que consideramos que la motivación de entonces, de hacer más accesible el Amparo por la calidad del objeto que protege y ser más tutelar, debe ser la misma ahora. Consideramos, modestamente, que la alternatividad fue, en su época, consciente o inconsciente, un avance en la protección de los derechos humanos y una materialización de lo ordenado por los instrumentos internacionales respecto del mecanismo procesal efectivo, sencillo y rápido que imponen como obligación internacional. Sobre lo que implican estas características reflexionaremos más adelante.

## XII. LAS EXCEPCIONES A LA RESIDUALIDAD. NOTAS Y PREOCUPACIONES

Pero la residualidad no adolece de detractores. La primera oposición se da en la misma doctrina que la apoya cuando evalúan las excepciones a la residualidad. Sagüés cuando nos habla de ellas se refiere al Amparo (nos limitaremos a este proceso aunque formalmente la residualidad es oponible a otros procesos constitucionales): «*a) si no hay remedios o recursos (...); b) si los recursos o remedios no permiten obtener la protección del derecho constitucional;*»<sup>(40)</sup>. Trasladando la excepción del inciso *a)* al supuesto del Código, deberíamos señalar que procederá el Amparo «*si no hay procesos judiciales*». Este supuesto, al igual que en Argentina, es casi inexistente. Recordemos que en todos los procesos contenciosos, no especiales, regulados por el Código Procesal Civil peruano, aplicable supletoriamente al proceso constitucional de Amparo, siempre existe una fórmula abierta para establecer la competencia a las pretensiones: «*que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo*»<sup>(41)</sup>. Es lo mismo decir: cualquier cosa. Y la complejidad del caso (calificación absolutamente discrecional del Juez) sólo determinará una variación en la cantidad de etapas procesales independientes. A esto hay que añadirle las fórmulas amplias que la Ley del Proceso Contencioso Ad-

---

(40) Sagüés, op. cit., p. 168. También es de revisar la revisión peruana del mismo tema hecha por Abad, op. cit., pp. 129-130.

(41) Art. 425° incisos 1 y 3; art. 486° inciso 8; art. 546° inciso 6 del Código Procesal Civil.

ministrativo establece respecto de las pretensiones procesables por esta vía, que ha llevado a algunos autores a señalarla como la vía paralela por excelencia del Amparo<sup>(42)</sup>. La fórmula del Código Procesal Civil y las pretensiones recogidas en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, confirman que esta excepción es casi inexistente.

Si trasladamos el inciso *b)* argentino al Código, sería: «*si las vías procedimentales específicas, no son igualmente satisfactorias*», en consecuencia, para calificarla de igualmente satisfactoria, deberemos ponderar:

La eficacia del proceso alternativo ordinario respecto de la protección del derecho fundamental. Si no es eficaz, no será alternativo al Amparo.

La identidad de las pretensiones, de tal manera que: «para que una vía pueda ser calificada como paralela debe perseguir el mismo fin que el Amparo, con invocación de los mismos hechos y de las mismas partes»<sup>(43)</sup>. Vinculada al anterior, la identidad en legitimidades e intereses sería una condición; sin embargo, en determinados supuestos es importante reflexionar el objeto del proceso constitucional, de naturaleza pública, versus la naturaleza dispositiva del proceso civil ordinario para determinar si ello es posible;

La complejidad del proceso considerando su tramitación, plazos, legitimidades, etc.<sup>(44)</sup> Un proceso lato no es lo que se busca como característica del proceso alternativo al Amparo pues: «...*Si lo que se propone para restitución de un derecho constitucional trasgredido es la conclusión de un proceso ordinario, que la práctica establece que toma entre 4 y 5 años, naturalmente que no se puede hablar de vía paralela posible ni exigible. Aquí existiendo ambas, el demandante puede escoger juzgando él, antes que ninguno si la ur-*

---

(42) Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. «El nuevo Proceso Contencioso Administrativo peruano». En *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ed. ARA, Lima, 2003, p. 253 y ss. Para una revisión específica de las pretensiones de este proceso contencioso administrativo, revisar Priori, Giovanni, *Comentarios a la Ley de Proceso Contencioso Administrativo*, Ed. ARA, Lima, 2002, p. 108 y ss.

(43) Abad, op. cit., p. 144.

(44) Un apunte importante (sin mencionar el tema de las legitimidades procesales) es el hecho por Eloy Espinosa sobre la duración del proceso contencioso administrativo al comentarlo como vía paralela al amparo. Dice «*se tiene la ventaja de que muchos de estos procesos pueden seguirse bajo los parámetros del proceso sumarísimo de conocimiento recogido en el ya mencionado Código Procesal Civil*»(subrayado nuestro). Eloy Espinosa-Saldaña, op. cit., p. 260. Esto quiere decir que existirán algunos se tramitarán por el abreviado, vía procedimental que incorpora una etapa procesal más, lo que podría convertirse en una dilación innecesaria si el derecho es claro, cierto y líquido...

*gencia con que cree debe de restablecerse su derecho, amerita ir por la vía de Amparo...»<sup>(45)</sup>.*

Estas conclusiones han merecida reflexión y preocupación por la doctrina y los mismos actores del proceso legislativo que culminó en la ley del Código. En efecto, dice una de las comisiones opinantes:

«...En el artículo 5° del proyecto, en opinión de esta Comisión, debe suprimirse el inciso 2 por cuanto la causal de improcedencia que prevé dicho inciso, puede llevar a una práctica restrictiva de las acciones de garantía, toda vez que por lo general, respecto de los actos vulneratorios de los derechos constitucionales siempre se encontrará cobertura en alguna vía procedimental ordinaria; empero, aun así existirá la necesidad de recurrir a los procesos constitucionales. En todo caso, debe tenerse presente que el aspecto limitante será la necesidad o no de etapa probatoria respecto del caso concreto. Así, en la legislación actual se establece como causal de improcedencia sólo: «cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (artículo 6 inc. 3 de la Ley 23506), que también es contemplado en el proyecto materia de análisis, en el inciso 3 del artículo 5°, lo que sería suficiente...»<sup>(46)</sup>.

No obstante la claridad de la preocupación planteada en el documento y la trascendencia del inciso respecto del destino del Amparo y los otros procesos constitucionales, esto no fue materia de pronunciamiento alguno por ninguna de los congresistas que participaron del debate. Simplemente se obvió el tema a pesar de su importancia. Y es que la residualidad impone algunos temas que deben merecer preocupación. Ya lo dicen diversos autores como Sagüés, el propio Abad y Borea advierten que la residualidad puede provocar indefensión. Dicen los referidos autores:

«De ahí que el empleo de esta especialísima acción requiera una madurez particular en jueces y letrados: se desnaturaliza tanto el amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándose siempre arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso.....»<sup>(47)</sup>.

«El examen requerido para determinar si en el caso concreto existe una vía judicial idónea que torne improcedente el Amparo, exige

---

<sup>(45)</sup> Borea, Alberto. *La evolución de las garantías constitucionales*, Ed. Fe de Erratas, Lima, 2000, p. 102.

<sup>(46)</sup> Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. En *Código Procesal Constitucional*, Ed. Palestra, op. cit., 250 y 251.

<sup>(47)</sup> Sagüés, op. cit., p. 166.

una madurez particular en nuestra judicatura para no desnaturalizarlo rechazándolo siempre alegando que existen vías judiciales alternativas. Como quiera que nuestros tribunales acogen con frecuencia las opciones interpretativas más restrictivas priorizando las formas procesales sobre el fondo, a través de la exigencia del principio de raigambre argentina podría llegarse a ahogar la función protectora del Amparo»<sup>(48)</sup>.

«.. Este fue el criterio del legislador. Si se utilizara una fórmula cerrada, como la propuesta por el distinguido autor citado (refiriéndose a Abad), podría darse lugar a una mayor rigidez en la interpretación que dejaría aún más inermes a los ciudadanos peruanos. La tendencia de la Corte a no ser muy abierta a las innovaciones, que el propio autor reconoce en su trabajo, podría agravar más el problema. Con la legislación tal como está sería suficiente para evitar, con un buen trabajo interpretativo por parte de los jueces, el abuso que de la institución hacen algunos abogados, y a la vez, para impedir que una interpretación restrictiva perjudique los derechos de las personas...» (añadido nuestro)<sup>(49)</sup>.

Entonces, no queda duda que, para afrontar exitosamente la residualidad, es una exigencia contar con una judicatura de importante maduración y desarrollo académico en materia constitucional<sup>(50)</sup>. Pero ¿esto es una realidad? Lamentablemente no. Hemos comentado que uno de los problemas centrales de la justicia constitucional es la coexistencia de roles en el Juez ordinario<sup>(51)</sup> y su falta de capacitación. Y esto ha sido corroborado en el Informe Final de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (en adelante CERIAJUS), instalado en el régimen democrático y de importante conformación considerando sus prestigiados miembros. En documento electromagnético distribuido públicamente<sup>(52)</sup>, en el *item* destinado a la Modernización del Despacho Jurisdiccional, concluyen como problema, luego de una larga y minuciosa evaluación:

---

(48) Abad, op. cit., p. 145.

(49) Borea Odría, Alberto, *Las Garantías Constitucionales: Hábeas Corpus y Amparo*, Libros Peruanos S.A., Perú, 1992, pág. 82 y 83 tb. *Evolución de las Garantías Constitucionales*.

(50) Igual opinión tiene Eloy Espinosa-Saldaña. *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*, Ed. Palestra, Serie Derechos y Garantías. N° 13, pp. 148-149.

(51) Campos, Joseph, op. cit.

(52) Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. CERIAJUS. 2004.

«p. 34: La ausencia de especialización del Juez civil en temas de Derecho Comercial y de Derecho Constitucional recargan su labor en la medida que necesita mayor tiempo para investigar, analizar y emitir la respectiva sentencia».

Esto evidencia una lamentable realidad: la existencia de límites de calidad en la administración de justicia constitucional. Seguidamente CERIAJUS establece como propuesta en el punto 37 del mismo documento:

«Crear e implementar los juzgados y salas de derecho constitucional».

Entonces, el problema no pasa por entender que necesariamente el problema del Amparo era sólo un tema de demandantes ni que la «amparización» es la causa inmediata de la crisis del Amparo y, con ello, convertirse en justificante del cambio de la alternatividad a la residualidad. Consideramos que no es relevante desde el enfoque del propósito garantista y tutelar de los derechos humanos y fundamentales que ostenta el proceso constitucional. Se pudo haber garantizado la extraordinariedad del acceso mediante el camino jurisprudencial y en ello incluimos una interpretación verdaderamente creadora de los órganos jurisdiccionales y la realización, por lo menos en lo que respecta a la justicia constitucional, de las recomendaciones del CERIAJUS. Es así que la solución pasa por establecer una reforma integral de la justicia constitucional que, mínimamente, considere una magistratura efectivamente especializada (sobretudo en primeras instancias) y con carga procesal igual<sup>(53)</sup>. Será esta magistratura la que estará en capacidad de hacer extraordinario el Amparo mediante la definición de temas como la protección del derecho «cierto y liquido» fundamental<sup>(54)</sup>, de fortalecer la idea de que no se tratan pretensiones de mayor probanza en los procesos constitucionales y de definición de contenidos esenciales del derecho fundamental o humano. Si eso se define debidamente por la magistratura especializada, en particular por el Tribunal Constitucional, con el establecimiento del precedente obligatorio, el Amparo

---

<sup>(53)</sup> Ciertamente esto no significa el remedo que se hizo durante la dictadura fujimontesinista, porque esa experiencia determinó que la Corte Interamericana no cumpliera con las mínimas exigencias o estándares de justicia democrática y sirvió para condenar al Perú por violación del derecho a la protección judicial. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de Fondo. 06 de febrero del 2001, párrafos del 139 y ss.

<sup>(54)</sup> Eguiguren Praeli, Francisco, «Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración del debido proceso». En *Estudios Constitucionales*, ARA editores, Perú, 2002, págs. 218 y 219.

será de una exclusividad cualitativa y verdaderamente extraordinario. Esto nos lleva a insistir que los problemas del Amparo no se resolverán necesaria o exclusivamente con el establecimiento de la residualidad, si consideramos que los operadores del Derecho y administradores de justicia constitucional se mantienen.

### **XIII. EL ESTABLECIMIENTO DE LA RESIDUALIDAD DESPUÉS DE LA ALTERNATIVIDAD. UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**

Siendo el Amparo el recurso efectivo, sencillo y rápido que los instrumentos internacionales exigen a sus Estados Partes, es fundamental entender que la alternatividad era un desarrollo adicional del ejercicio del derecho al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de los derechos fundamentales y a la protección judicial. Dicho de otra manera, no existe discusión sobre la facilidad del acceso al proceso constitucional con el Amparo, cuando las causales de improcedencia se regulan bajo el principio de la alternatividad. Si ello es así, la residualidad que impone el Código Procesal Constitucional, al reducir las condiciones de acceso a la justicia constitucional, constituiría una limitación. ¿Esta limitación es admisible a la luz de la normatividad supranacional? Es muy difícil la respuesta. Explicamos por qué.

Comencemos diciendo que la residualidad existente o no al momento de la vigencia de los instrumentos protectores de los derechos fundamentales, en sí, no vulnera ningún artículo de los instrumentos internacionales reseñados. El tema pasa por determinar si ello ocurre cuando teniendo un ejercicio más pleno del derecho fundamental lo puedes restringir. Se dirá que los derechos no son libérrimos y son susceptibles de ser regulados. Sin embargo, queda claro que esto sería admitir la posibilidad de que sea una opción del legislador regular en un sentido u otro uno de los temas centrales de los derechos fundamentales: sus mecanismos de protección. Institución y Derecho que merece una especial atención inclusive por las propios instrumentos internacionales, aún en estados de excepción. Dice el párrafo 2 del artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 27°.- Suspensión de Garantías:

«2. La disposición precedente (referida a la suspensión de garantías en caso de guerras, de peligro público o de otra emergencia) no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos. 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y Religión);

17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), **ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.** (agregado nuestro y resaltado)»

Esto nos sugiere que la residualidad si bien no es suspensión, si constituye una limitación posterior y, consecuentemente, una restricción. Y esto, como hemos señalado, está proscrito por los instrumentos internacionales. Tal es el caso de lo dispuesto en los citados PIDCyP (artículo 5º), CADH (artículo 29º) y su Protocolo adicional de San Salvador (artículos 4º y 5º). Ahí se expresa claramente que no se admiten restricciones a los derechos ahí reconocidos, donde contamos al proceso tutelar de los derechos fundamentales efectivo, rápido y sencillo, salvo una excepción prevista expresamente en la CADH y su protocolo facultativo: la justificación de interés general. Creemos que el Código Procesal Constitucional, su exposición de motivos y los documentos que se han producido durante el proceso legislativo, han sido muy escuetos respecto de las razones del cambio de la alternatividad por la residualidad, por lo que no se ha presentado claramente la referida justificación. Consecuentemente, podría considerarse que es una modificación legislativa susceptible de ser calificada discutible a la luz de los instrumentos internacionales. No sólo es escueto por una cuestión de dimensión sino de calidad porque, conforme hemos señalado, el mayor argumento es que se estableció la residualidad para remediar la «amparización». No se advierte más.

#### XIV. A MANERA DE RESUMEN Y APORTES

Hemos señalado que el cambio de la alternatividad a la residualidad es un trascendental cambio en el sistema de administración de justicia constitucional que merece una reflexión no sólo desde el Derecho Procesal Constitucional o Derecho Constitucional Procesal, sino desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde el Derecho Procesal Constitucional, es menester tener presente que los procesos constitucionales no serán extraordinarios porque su acceso sea más dificultoso sino porque tiene como objeto de protección uno de los pilares del Sistema Democrático y Constitucional de Derecho: los derechos fundamentales o humanos. Tales derechos en la evolución del Derecho Internacional, tienen específicos instrumentos internacionales de protección cuya vigencia se ha convertido en norma *jus cogens*, cuya legitimidad y reconocimiento trascienden fronteras. El Perú tiene vigente diversos tratados internacionales de Derechos Humanos donde se reconoce el derecho humano a que todos los derechos sean protegidos a través de un proceso efectivo, sencillo y rápido. Ciertamente, este proceso, en el caso peruano por lo menos, son los procesos constitucionales previstos para la defensa de los derechos fundamentales o humanos, en



el caso del Perú, el Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data. Asimismo, los mismos instrumentos internacionales presentan mecanismos normativos de protección de los derechos contra regulaciones que supongan limitaciones o restricciones a los mismos, gravámenes proscritos. Sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo facultativo permiten una excepción siempre que medie interés general.

La residualidad que aporta el nuevo Código Procesal Constitucional no es similar al modelo argentino. En nuestro caso, la residualidad es resultado de una conjunción dos causales de improcedencia reguladas independientemente. También hemos hecho referencia a que la residualidad no sólo tiene adherencias sino también detractores. Si bien contribuye a un extraordinario acceso y puede de hecho «desamparizar» el Sistema Procesal, se priva de un mecanismo que formalmente y en situaciones normales y óptimas se presenta eficaz, sencillo y rápido. Existen diagnósticos serios que inciden en que los problemas de la «amparización» del Sistema Procesal no pasa necesariamente por la existencia de la alternatividad como regla de procedencia sino que está vinculado a manejos de despacho jurisdiccional, exceso de carga procesal, falta de capacitación específica de magistrados y la ausencia de jurisdicción especializada; en consecuencia, la residualidad no presenta una justificación en la realidad. A esto se añade el reciente desarrollo del Derecho Procesal Constitucional en el país y la puesta de en marcha de los contenidos e instituciones directamente vinculadas al proceso constitucional de Amparo que le darían de una positiva exclusividad.

Respecto de las excepciones a la residualidad, las mismas requieren de un desarrollo de condiciones y trabajo jurisprudencial para que ellas efectivamente existan y no se consagre, de hecho, la absoluta inaccesibilidad al Amparo en situaciones de urgencia. En ese sentido, podrían configurarse situaciones de indefensión que lo convertirán en un proceso inútil atendiendo su propósito tutelar. La aplicación inmediata de la ley, evaluada sólo desde el tema de la residualidad (porque existen otros temas que el Código Procesal Constitucional aporta y sí constituyen indiscutible evolución), no levantará problemas de hecho como la excesiva carga procesal o resoluciones que abordan minimalistamente los derechos o cuya dilación vulneran otros derechos. Eso seguirá igual y confirmaría que el problema de la «amparización» era otro. Por último, hemos señalado que la alternatividad contribuye a hacer más pleno el ejercicio del derecho fundamental de protección judicial y el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de los derechos fundamentales, derechos que forman parte del exclusivo grupo de intangibles aún en situaciones de estado de excepción. Sin embargo, si la opción por la residualidad se consolidara, deberá comenzarse haciendo el desarrollo de un argumento particular para justificar (por ser particular el tratamiento peruano

de la residualidad) su establecimiento, en sede legislativa, política o jurisdiccional, porque así lo impone los tratados internacionales de derechos humanos.

A manera de aporte, desde esta modesta y polémica posición que esbozamos, proponemos la evaluación, como primera alternativa, del retorno a la alternatividad mediante modificación legislativa y promoviendo la implementación de las reformas que CERIAJUS propone, referidos básicamente a la instalación de juzgados especializados en materia constitucional y capacitación de magistrados en dicha materia. De no ser el caso y consolidarse la residualidad, establecer legislativamente sus excepciones en tanto duren las reformas al Sistema de Justicia esbozados y se consoliden jurisprudencias, desde el Tribunal Constitucional, esclarecedora y definidoras de instituciones del Amparo y de los derechos fundamentales (contenidos esenciales, etc.). Las incorporaciones podrían ser:

1. Definición de la necesidad de la identidad de pretensiones y partes en los procesos a considerarse igualmente satisfactorios;
2. Considerar que de encontrarse frente a una pretensión que contiene derecho cierto y líquido, será, de no encontrarse regulación procedimental específica, el proceso sumarísimo la vía procedimental igualmente satisfactoria.
3. Bajo las premisas anteriores, definir que el agotamiento de la vía previa prevista (inciso 4 del artículo 5°) no releva la obligación de observar la residualidad
4. Establecer la excesiva mora o dilación indebida de un proceso como habilitador del Amparo.
5. Resolver jurisprudencialmente el tema de la justificación de la residualidad.

Esta es una modesta y respetuosa opinión, que espera ser mejorada o discutida o por lo menos provocar un espacio de discusión.

Lima, octubre de 2004.



## ***F)* MISCELÁNEA**

PETER HÄBERLE

## ASPECTOS DE UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL PARA EUROPA-UN BOSQUEJO <sup>(\*)(\*\*)</sup>

PETER HÄBERLE <sup>(\*\*\*)</sup>

**SUMARIO: I.** Preliminar. **II.** Primera parte: sobre los métodos. 1. Métodos de trabajo para el estudio de la civilización («comunidad constitucional», el «conjunto de

---

(\*) Artículo dedicado al Prof. Domingo García Belaunde. Es un honor y una alegría poder dedicar un artículo a *D. G. Belaunde*. Desde hace muchos años el autor de estas líneas ha estado unido con el homenajeado a través de una amistad científica y personal. Ante todo es necesario dar las gracias: *D. G. Belaunde* ha contribuido con hechos decisivos, gracias a los cuales el autor es muy reconocido en los últimos años en Latinoamérica. Asimismo, él ha editado y hecho las introducciones de diversos libros de este autor (p. ej. la edición peruana de «El Estado constitucional», Lima 2002, así como de «Nueve Ensayos Constitucionales y una lección jubilar», Lima 2004), y además le ha dedicado uno de sus más exitosos libros («De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional», 1ª. ed. 2000, 4ª. ed. 2004). Este autor también le debe (y a *C. Landa*) el doctorado *honoris causa* de la Universidad Católica en Lima (2004). Asimismo el autor agradece al homenajeado el poder ser, desde el 2001, miembro honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Esto es una «primera parte», y va mucho más allá del Perú; también ha sido reconocido como tal en Europa, ha recibido muchas invitaciones (por ejemplo en Berlín, Bayreuth y Sevilla, también en Italia). Se admira mucho el trabajo científico del homenajeado: Él es un maestro de los derechos procesales constitucionales no sólo peruanos, sino también a todo lo ancho y largo de los derechos constitucionales comparados. *D. G. Belaunde* domina todos los géneros literarios: lo mismo la gran monografía (la última: «La Constitución y su dinámica», México 2004) que el ensayo conciso [por ejemplo, «Los Tribunales Constitucionales en América Latina» (*Verfassungsgerichte in Lateinamerika*), en «*Verfassung im Diskurs der Welt*», 2004, p. 595 ss., o el Hábeas Corpus Latinoamericano... (*Latin America Hábeas Corpus...*), *JöR* 49 (2001), p. 513 ss.; también en el *JöR* 52 (2004), p. 79 ss.: «¿Existe un espacio latinoamericano?» (*Is there a Latin American public space?*)]; igualmente la entrevista (por ejemplo, en *Derecho & Sociedad* Año XV, No. 22, 2004) como aquélla en el extenso libro sobre política constitucional («El Poder Judicial en la encrucijada», Lima, 2004) y el artículo conmemorativo (Bilinguismo y multi-linguismo en Iberoamérica, en: «Derecho Constitucional y Cultura», Madrid 2004, p. 97 ss.) Su prestigio como editor de la respetada «Revista Peruana de Derecho Público» permite conocer su gran

constituciones parciales»). 2. La asamblea constituyente en Europa: camino al «método de la convención». 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). 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»). 5. la enseñanza de la Constitución europea como disciplina individual (la aprobación de los «derechos europeos»). **III.** Segunda parte: contenidos (selección). 1. «Identidad europea» - «identidades nacionales», el «Derecho Constitucional nacional de Europa». 2. Preámbulos como forma de arte, de cultura, de literatura y como figura constitucional – una forma populista de texto. 3. La «pregunta decisiva» sobre la referencia a Dios en una Constitución de la UE (el texto alternativo polaco). 4. La Carta de los derechos fundamentales de la UE. 5. Los valores fundamentales y los objetivos de la Unión. 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»). 7. Aclaraciones y dudas en el proyecto 2004 («gestión futura», «extrapolación», deficiencias). **IV.** perspectivas y conclusiones.

## I. PRELIMINAR

Si se trata de esbozar aquí una «teoría constitucional para Europa», sólo puede hacerse con modestia: será tratada desde un «punto de vista alemán», que re-

---

creatividad y alta sensibilidad para las nuevas interrogantes que se presentan en la ciencia, así como su independencia política e integridad personal. También debe ser admirado desde el punto de vista europeo, que el homenajeado tenga mucho crédito dentro del grupo de científicos latinoamericanos. Este artículo conmemorativo reflejará esto con seguridad. Quisiera que se mantuviera también la impresionante personalidad científica y humana y gran carisma del homenajeado en las siguientes décadas de su vida (incluyendo su actividad educativa en toda Latinoamérica).

(\*\*) Traducción del alemán de Johanna Brahim Bianchi.

(\*\*\*) Profesor Dr. Dr. h. c. mult. (Bayreuth/St. Gallen).

querirá complementarse mediante por lo menos otros 24 autores jóvenes y mucho menos jóvenes de los demás países de la Unión Europea. Primero, a partir del *humus* de tales «contratos social y generacional» se podría crear entonces algún día un marco teórico integral para todos y de todos. Acto seguido es necesario un enfoque interdisciplinario en el sentido extenso y profundo de las «ciencias europeas» (¡en plural!), p. ej.: incluyendo una historia europea de la cultura, del arte, de la música y de la literatura, tal como la he resumido en mi memorando para la Universidad germano-húngara en Budapest (1999). Finalmente, debemos nosotros, tanto en teoría como en la práctica, ser sensibles y abiertos a todo, a lo que viene de Europa *oriental*, siendo hoy en día sólo una cuestión de los miembros de la UE como Europa, en un sentido más estrecho, o sobre Europa, en un sentido más amplio, desde el Consejo de Europa (EMRK) y OSCE (en este momento 45 y 55 miembros respectivamente) – las fronteras entre ambas «Europas» son famosas por ser abiertas y movibles.

## II. PRIMERA PARTE: SOBRE LOS MÉTODOS

Cada marco teórico debe revelar su método tanto como sea posible; quisiera admitir también con gusto que este requisito es una característica alemana yacente en las profundidades de la historia de la ciencia. El peculiar pragmatismo anglosajón y el preciso y claro dogmatismo francés, quieren además contribuir a ello y, si fuere necesario, modificarlo.

### 1. Métodos de trabajo para el estudio de la civilización («comunidad constitucional», el «conjunto de constituciones parciales»)

La Ciencia del Derecho en general y la enseñanza del Derecho Constitucional en particular, son una tarea racional en los textos escritos y no escritos, son «el estudio de la civilización y de los textos jurídicos». El I.S. de la Hermenéutica desde *Schleiermacher* hasta *Gadamer*, deberá hacer consciente la «idea preconcebida». La tarea con miras a las constituciones es semejante a los tres libros de religión (Torá, Biblia y Corán), textos que continúan hoy en pie y en el centro de la atención. Quizá las altas autoridades en cuestión constitucional, finalmente adopten desde hoy de manera clandestina una parte de la impresionante legitimidad de dichos libros. La Constitución se concebirá más adelante «como *cultura*» (la «cultura constitucional», la «cultura de los derechos fundamentales» son conceptos posteriores). Las diversas comprensiones convencionales de la Constitución mantendrán su valor relativo (Constitución como «estímulo y límite», como «norma y tarea», como «organización de un proceso de vida liberal», como proceso público), pero el punto de vista *cultural* (junto con la imagen de la Constitución como «contrato social») alcanza recientemente el centro en el foco de aten-



ción. Por ello, ese punto de vista también será el apropiado para la distinción entre los textos de la Constitución en un sentido más amplio, los textos clásicos desde *Montesquieu* hasta *J. Rawls* (La teoría de la Justicia), desde *H. Jonas* (El principio de responsabilidad) y *G. Radbruch*, y los textos de la Constitución en el sentido más restringido de la Constitución positiva escrita, así como los fallos fundamentales de los tribunales constitucionales. Para Europa, serán también relevantes las afirmaciones de *W. Churchill* a *R. Schuman* y *J. Monnet*, de *A. de Gasperi* a *W. Hallstein* y *K. Adenauer*. Así pues, debemos leer la Constitución alemana en parte con los ojos de «*Montesquieu*», y también ver y estructurar los textos jurídicos y la realidad constitucional de Europa «con los ojos» de los padres de la institución. Por ello, es obvio también la relevancia de los contextos culturales: «exponer agregándolo a la memoria»; esto es indispensable para muchos textos, y de ahí se deduce también la diferencia en los contenidos.

Una teoría constitucional para Europa vive del conocimiento de que la UE es una «comunidad constitucional» (debido a ello se recuperará la afortunada frase de «Comunidad Europea» de *W. Hallstein*), y ella requiere el reconocimiento de que Europa, en el sentido más amplio, es un *Conjunto de Constituciones Parciales*: así es considerada la Convención Europea de Derechos Humanos en Suiza respecto de las *fases constitucionales*, también lo es en Austria, desafortunadamente todavía no en Alemania. Europa se acerca a la concepción de la cultura, la economía continúa siendo muy importante como vehículo de integración (los mercados libres no son todavía un fin en sí mismos, no existe una «Teología de los Mercados», ¡sólo tienen una importancia instrumental!). El innegable sentimiento de pertenencia «mutua» de los ciudadanos europeos surge y crece de los complejos procesos de socialización cultural, en los que también tienen efecto las consecuencias emocionales (p. ej. el himno europeo tomado de *Beethoven*, la bandera europea) y las racionales (p. ej. textos de los derechos fundamentales). La «identidad europea», tan afirmada y tan solicitada (posteriormente con este fin), podrá sólo explorarse en las raíces del estudio de la civilización y en la complementariedad de la *pluralidad* de las «identidades nacionales». Debe resaltarse que, desde ese punto de vista, eso también tiene su función en cada «porción utópica» de la asamblea constituyente (situación ya sabida por los padres de la institución desde Ventotene). Tenemos textos clásicos relacionados a esto, desde «La paz perpetua» de *Kant* hasta «El camino recto» de *E. Bloch*. En la discusión esbozada aquí, se tratará de sentar las bases de un concepto de civilización abierta y pluralista (Palabras clave: Civilización culta, cultura popular, cultura diaria, cultura alternativa.) El concepto de «civilización» debemos agradecerlo a *Cicerón*, ¡también un jurista!

## 2. La asamblea constituyente en Europa: camino al «método de la convención»

Una teoría constitucional para Europa puede y debe demostrar que evita una «asamblea *constituyente*». Europa es «constitucionalmente competente», necesita una Constitución escrita («necesidad de una Constitución»). El proceso de constitucionalización gradual y de larga data de Europa, está afortunadamente progresando en la fase del método de la convención: Los miembros de la UE ya no son (más) los «señores de los contratos», sólo son (formales, pero siempre importantes) actores en los procesos pluralistas de la asamblea constituyente. La cercanía al «emergente» Estados Unidos de América es obvia: Lo que allí se desarrolló, tan admirablemente, había sido logrado en los años 1776, 1787 y 1791. Los *Federalist Papers* son textos clásicos, textos de la Constitución en el sentido más amplio de la palabra. Ciertamente, es necesario aún una mayor parlamentarización y democratización del poder constituyente en la UE, aunque el proyecto de Constitución de junio de 2004 trajo consigo marcados avances: sus temas, contenidos, adelantos son de «naturaleza constitucional», es decir fundamental, la categoría constituida de «República Europea».

## 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)

Debido a razones de tiempo, trabajaremos aquí sólo con palabras clave. Hay una opinión pública europea desde hace mucho tiempo respecto al arte y la cultura (desde el Renacimiento, pasando por la Reforma hasta el Siglo de las Luces, evidente en la obra de grandes poetas, filósofos, músicos, pintores y escultores). Primero se desarrolló la opinión pública en relación con esos temas, pero también referente a la política: evidente en las demostraciones que cruzaron las fronteras, en los medios de comunicación y su «opinión pública», en la publicidad de las reuniones del Parlamento europeo, la Corte de Justicia europea, el Consejo de Ministros de la CE. Una parte de la opinión pública sobre la Constitución europea se advierte en la resonancia, no sólo en Internet, que ha encontrado el trabajo en dicha Constitución. No sólo se han escuchado algunos proyectos de Constitución privados (por ejemplo, de *Schwarze/Flauss*), sino también solicitudes, peticiones y literatura científica adjunta de aproximadamente 20 proyectos de la convención. Por cierto, la opinión pública europea tiene deficiencias; por ejemplo en el planteamiento de los hechos; debido a dichas deficiencias, las elecciones europeas de 2004 se discutirán en su mayor parte junto con temas nacionales. Los partidos políticos no se deben constituir más a nivel de la UE. El proyecto de Constitución de la UE de junio de 2004 exige a la Constitución la opinión pública

por derecho (Art. I-49 párr. 2). Desde el punto de vista teórico, la «opinión pública» se concibió a partir de los trabajos en áreas específicas de *I. Kant*, *R. Smend* y *J. Habermas*.

**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»)**

El trabajo en las constituciones, sea de naturaleza de política constitucional o sea interpretativa, se caracteriza hoy en día por los procesos de producción y recepción. Se trata al mismo tiempo de la triada *textos*, *teorías* y *judicatura*. Regional (p. ej. en Europa) y mundial (vía Internet) se consigue a través del «evento de la ósmosis», de recepciones más o menos cuestionadas, y también de «extrapolaciones» creativas. Las influencias recíprocas de los europeos a nivel nacional son en todas partes demostrables. Los mediadores de la recepción son los partidos políticos, los medios de comunicación, pero también, y no por eso los últimos, los científicos como los del Seminario de hoy – tal vez un «taller» representativo. Asimismo, entre las naciones tienen lugar impresionantes efectos y repercusiones, eventos de intercambio: los italianos recibieron su Regionalismo de 1947 de las estructuras de la Constitución de Weimar de 1919. El sistema de los «cuerpos administrativos federales autónomos» de España acoge creativamente el regionalismo italiano (desde 1978) y agrega elementos del federalismo alemán. Ambos afectan hoy a las reformas constitucionales italianas (Palabras clave: «nuevo regionalismo», «senado federal»). Los procesos de recepción hacia Europa oriental son evidentes para todos en el campo de los derechos fundamentales; muchas decisiones del Tribunal Constitucional federal alemán tienen efecto en toda Europa. La «devolution» inglesa encontró ciertamente también respaldo mediante el material de texto, que se ha desarrollado desde hace mucho tiempo a nivel europeo. El «tránsito de un solo sentido» debe evitarse. Ésta es una cuestión de procesos de aprendizaje recíproco, p. ej. la fórmula húngara de los «factores establecidos nacionalmente» para las minorías merece mucha atención no sólo en Europa oriental. Los candidatos a la membresía como los croatas y los rumanos la solicitan aquí.

Un instrumento científico en todos estos eventos es la enseñanza desarrollada en 1989 sobre el Derecho Comparado como el «quinto» método de interpretación (después del clásico cuarto de *Savigny*, aunque también tomado del Tribunal Constitucional de Liechtenstein), así como mi planteo propuesto en 1983/91 sobre los «derechos constitucionales del pueblo europeo» y como el «paradigma gradual del texto» (1989) – la realidad constitucional actual tendrá nuevos textos constitucionales.

## 5. La enseñanza de la Constitución europea como disciplina individual (la aprobación de los «derechos europeos»)

Iniciada en 1999 y luego estructurada en una monografía del mismo nombre en 2001/2002 (2ª. ed., 2004), la «enseñanza de la Constitución europea» se constituyó en un foro científico, en el que se estableció una teoría constitucional para Europa. Hoy en día, hay un «Derecho Constitucional europeo», un «Derecho Administrativo europeo», un «Derecho Civil y Penal europeo», etc. Sin embargo, no hay más un «Derecho europeo» como campo sin límites, a pesar de que esto se transmite en muchos manuales y en comentarios. El «Derecho europeo» era un fenómeno temporal útil, una clase de «acto representativo» para iniciar; pero con Maastricht y Ámsterdam, Niza y Bruselas se han constituido las así llamadas disciplinas parciales. De acuerdo a la auto-comprensión individual en muchos artículos (exceptuando Art. IV-1 hasta 8), el proyecto de Constitución de la UE es una «Constitución», no un «contrato». Según los temas y contenidos, según la sistematología y la forma, es una «Constitución parcial» en el sentido antes mencionado. Presumiblemente, nuestros colegas ingleses piensan algo diferente sobre esto.

### III. SEGUNDA PARTE: CONTENIDOS (SELECCIÓN)

Las palabras clave referentes al contenido para una teoría constitucional europea, ya fueron en parte mencionadas en los métodos – métodos y contenidos que no se desprenden claramente. Aunque algunas opiniones de especialistas sobre los principios constitucionales europeos sean riesgosas, esto no debe permanecer, debido a razones de tiempo, tan incompleto.

#### 1. «Identidad europea»-«identidades nacionales», el «Derecho Constitucional nacional de Europa»

Éstas llegaron a ser el primer lugar en el foco de atención. No pueden ser definidas, en un sentido más restringido, como legales, incluso si por lo general se trata de «derecho», tienen que ser trabajadas considerablemente desde el punto de vista del estudio de la civilización. Finalmente, regresó el concepto de identidad del sistema filosófico; en un contexto jurídico, el comentario de que se trata de una figura legal debería ser suficiente: ciertamente éste no debería emplearse de manera demasiado extensa. La «identidad europea» circunscribe esto a todas las culturas de derecho *comunes* de Europa, por ejemplo los principios del «Derecho Constitucional del pueblo europeo» (la dignidad humana, la separación de poderes horizontal y vertical, la neutralidad ideológica de los Estados, los derechos humanos, la protección a las minorías, la democracia pluralista y la historia de la independencia, tangibles en parte en los criterios de los miembros de Copenhage;

también los métodos de enseñanza y la Ciencia Jurídica les pertenecen). Este punto de vista debe dedicarse por completo a la tendencia de la historia de la civilización europea y a su gran producción. Es inevitable verlo desde un punto de vista geográfico. África del Norte quiere incluirse (asociarse) en el «proceso de Barcelona», pero no es una parte de Europa (a pesar de sus raíces arábigas). Los miembros de la UE de Turquía son un caso relevante que sentará jurisprudencia. ¡Existen fronteras culturales pertenecientes al desarrollo de Europa! Resumiendo, debemos decir que los factores históricos, culturales, geográficos y científicos tienen influencia en la «identidad europea». Las separaciones (más o menos hacia Asia y África) son absolutamente necesarias, los «puentes» hacia EEUU y Latinoamérica, son también mencionados como tales.

La «identidad nacional» es el concepto común entre los europeos. Europa vive de la pluralidad de sus naciones, pudiendo pasar por todas las fronteras, pese a que todos saben que muchos Estados miembros de la UE desde «Schengen» ya no son más países extranjeros y que se tiene que revisar la enseñanza de los tres elementos de *G. Jellinek*, p. ej. sobre la cultura como la «cuarta», cuando no el así llamado primer «elemento nacional». Las características de las culturas de derechos nacionales son muchas figuras, las que han sido desarrolladas por el *Conseil d'État* francés en el Derecho Administrativo, seguido por el Derecho Parlamentario inglés, y el casi «perfecto» conjunto de derechos fundamentales en Alemania. Trascendentalmente relevantes son *Dante* y *Verdi* en la «identidad nacional» italiana, una particular comprensión de la república en Francia, el «Siglo de Oro» en España, también el de los Países Bajos y Dinamarca, la Constitución de Mayo (1791) en Polonia. También entran en escena los traumas y heridas: «Chernobyl» no es por nada mencionado en un artículo de la Constitución de Ucrania (Art. 16).

Un vínculo entre la identidad europea y las identidades nacionales está anexo a mi así llamado «*Derecho Constitucional nacional de Europa*» (1995). Son comunes los artículos sobre Europa como el Art. 23 de la Constitución alemana o el Art. 54 párr. 1 de la Constitución de Berna (1993). España se esfuerza mucho por crear artículos sobre Europa en sus reformas constitucionales actuales, en parte también Italia. Son comunes las referencias textuales sobre la integración europea. Están disponibles en diversos textos: las referencias sobre la Convención Europea de Derechos Humanos, sobre las «regiones de Europa» (colaboración), sobre el órgano de la UE, sobre la comunización a lo largo y ancho de Europa, y también sobre los valores fundamentales. Recientemente, me han sido encomendados tanto por España como por Turquía, algunos «artículos sobre Europa». En ellos muestro, por un lado, la intensa «europeización» de las constituciones nacionales y, por otro lado, internalizo Europa como una nación vigente, es decir, la nación existe, pero se extiende a toda «Europa».

## 2. Preámbulos como forma de arte, de cultura, de literatura y como figura constitucional-una forma populista de texto

Siendo el preámbulo parte de una teoría constitucional europea, ésta debe valerse de su «potencia» específica. Nacionalmente probado (también usado en el Derecho Internacional), un preámbulo logra mucho: éste es similar, desde el punto de vista del estudio de la cultura, al prólogo, a la overtura y el preludio; estandariza un concentrado de la Constitución, es literatura declarada y conocida, procesa la dimensión temporal (herencia cultural y, dado el caso, el desarrollo futuro utópico) y puede alcanzar la plenitud de transmitir fuerza normativa. Escrito en estilo llano, el preámbulo es capaz de «encontrar eco» y de «ganarse» a los ciudadanos literalmente hablando. Tanto la Carta de los derechos fundamentales de la UE, como el proyecto de Constitución 2004 se valieron de la forma de arte del preámbulo –de forma cruzada se encuentra por último, en el párr. 6, sólo una frívola cláusula de agradecimiento– la Constitución comparada es considerada, sin duda mundialmente, única (¿un producto de *Giscard y Fischer*?). Una teoría europea sobre el preámbulo está disponible científicamente; ésta es la piedra angular de la teoría constitucional europea.

## 3. La «pregunta decisiva» sobre la referencia a Dios en una Constitución de la UE (el texto alternativo polaco)

La pregunta decisiva de Fausto: ¿Cuál es tu actitud frente a Dios o la religión? es adaptada hoy en día por los constitucionalistas europeos frente a las argumentaciones sobre una cláusula referente a Dios. Seguramente, no se puede exigir una *invocatio dei*, como se atrevió a hacer nuevamente la Asamblea Federal de Suiza (1999). Sin embargo, y probablemente a mi parecer, puede que haya algo que pensar sobre una referencia a Dios mediante, por ejemplo, el modelo de la Constitución alemana («sobre la responsabilidad frente a Dios»). Francia se resiste a ello en base a su cultura constitucional específica o a su ideología distinta y laica. Hay dos soluciones: O se elige la casi genial cláusula de la Constitución polaca de 1997, que se remite a la alternativa de «valores universales de todo origen», de manera que puedan también vivir los ateos y budistas; o se remite, por lo menos, a una «herencia judeo-cristiana» de la civilización europea. Esta cuestión requiere mucha sensibilidad y respeto de todos los demás. La tolerancia europea puede dar buen resultado aquí; se debe encontrar un equilibrio.

## 4. La carta de los derechos fundamentales de la UE

Ésta es un pieza central para la teoría constitucional europea. En sus soluciones prudentes y pragmáticas, su elaboración creativa a partir de la comparación

del derecho interno europeo ganando estándares en tiempo y terreno, en su innovación y la protección de su validez, esta Carta es una parte exitosa de la cultura jurídica del pueblo europeo. Las particularidades han sido añadidas (a pedido) en la discusión (por ejemplo, sobre la garantía de salario básico, la «solidaridad», el principio de proporcionalidad).

## **5. Los valores fundamentales y los objetivos de la Unión**

El proyecto de Constitución de junio de 2004 los ha decretado y extrapolado (Art. I-2 y 3). Deben bastar aquí las palabras clave sobre la Unión como comunidad legal (*W. Hallstein*), «comunidad pacífica», «comunidad medio ambientalista» y comunidad solidaria, y finalmente, pero no por eso menos importante, «comunidad cultural». Las cláusulas de valores fundamentales son variadamente interrelacionadas con los textos de los derechos fundamentales: los derechos fundamentales son ya, por su parte, «valores fundamentales», éstos servirán de *topos* intérpretes en el trabajo diario de políticos y juristas. Pienso que se hará un buen trabajo en los artículos relevantes del proyecto de la UE de 2004. En particular, deben referirse a la nueva política de vecindad.

## **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»)**

Luego de lo dicho, es obvio que las cortes anteriormente mencionadas son «Tribunales Constitucionales», teniendo únicamente competencia concerniente a las «constituciones parciales», pero por cierto, con todas las características formales y materiales de los Tribunales Constitucionales. Son «custodios» de las constituciones parciales europeas, que reconozco no es sencillo; al fin, cada uno de los ciudadanos europeos es custodio de la Constitución. La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución europea muestra esto.

## **7. Aclaraciones y dudas en el proyecto 2004 («gestión futura», «extrapolación», deficiencias)**

Una teoría constitucional para Europa debe ser capaz de nombrar las aclaraciones y dudas de los textos positivos. Ésta es la tarea de las partes que se desarrollarán mañana en nuestro Seminario. Un «coro» de muchas voces en la casa europea será escuchado. Tal como yo lo veo, hay todavía unos pocos temas clave: La deficiencia de la democracia continúa; desafortunadamente no hay un referéndum a nivel de Europa sobre el supuesto de una Constitución europea (la democracia participativa sigue siendo puntual: iniciativa de los ciudadanos), el populismo

y la transparencia son sólo exitosos en parte, por ejemplo, en el preámbulo y en los derechos fundamentales, así como en los artículos relativos a los valores fundamentales. Todo es más bien una «gestión futura» desde el confiable punto de vista suizo, en parte una exitosa extrapolación y un arduo compromiso. Debiera durar mucho, hasta que la *realidad* europea esté en los textos. ¿Se puede comparar este proyecto con los clásicos «Federalist Papers» de EEUU?

#### IV. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

Europa sigue siendo un proyecto abierto con una «finalidad» abierta. Las ciencias europeas sólo pueden contribuir a que las fronteras y opciones del proceso de constitucionalización de Europa, sigan siendo hechos conscientes. La casa europea tiene muchas habitaciones, en una de ellas trabajamos nosotros los científicos. Finalmente, lo importante son los ciudadanos (la Europa de los ciudadanos). Ellos tienen que confiar en los avances pedagógicos intensos de las instituciones europeas respecto de la Constitución. Esto requiere un trabajo diario arduo, mucha opinión pública europea y también, para el futuro, una «porción utópica» (p. ej., la idea de un contrato social europeo), que nosotros los padres de la institución tan ricamente hemos ejemplificado y mostrado.



EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

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

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (\*)

## I

En España está debatiéndose en estos mismos momentos los problemas de ejecución de un juicio de inconstitucionalidad de una Ley, por cierto que con posiciones enfrentadas entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en su Sala 3ª., que es competente en la materia contencioso-administrativa.

El problema ha surgido con ocasión de la Sentencia Constitucional 173/1996, que anuló un recargo tributario, exigible por una sola vez (un semestre), sobre las máquinas de juego, envite o azar. La Sentencia del Tribunal Constitucional se basó en que la Ley de 29 de junio de 1990, que fue la que creó ese recargo, lo hizo de forma retroactiva, cuando ya el período de devengo tributario (primer semestre de 1990) había ya vencido, entendiendo que ello violaba el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos que formula el art. 9.3 de la Constitución vigente de 1978. El Tribunal Constitucional no dispuso nada en su Sentencia sobre los efectos de esa inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo se encontró con una serie de reclamaciones de las empresas titulares de las máquinas gravadas que exigían la devolución del recargo tributario anulado seis años después de haber sido creado y pagado. Una serie de Sentencias en cadena dio lugar a esas pretensiones; en este momento un centenar de Sentencias (que van desde las de 22 y 29 de febrero, 13 de junio y 14 de julio de 2000, hasta las de 8 y 15 de julio de 2004) amparan esa conclusión, basándose sustancialmente en las siguientes razones:

---

(\*) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid (España).

- § La competencia de los Tribunales contencioso-administrativos para determinar los efectos de las Sentencias de inconstitucionalidad cuando las mismas no han precisado su alcance concreto. Esta competencia debería ejercitarse aplicando los principios generales del Derecho como fuente subsidiaria ante la ausencia de una regulación expresa.
- § La base de esta doctrina jurisprudencial se ampara en la doctrina de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de liquidación del tributo, en cuanto habían aplicado una Ley inconstitucional, nulidad entendida de forma absoluta y prácticamente ilimitada, pues frente a ella no sería oponible el transcurso de plazo alguno desde el pago, en virtud del principio de la *actio nata*: la acción de demandar daños al Estado como autor de la Ley declarada inconstitucional no habría surgido sino desde la publicación de la Sentencia de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado».
- § Incluso el argumento se utiliza para negar la intangibilidad de la cosa juzgada, esto es de Sentencias firmes que habían desestimado la improcedencia de los pagos tributarios. Se dice, además, que una cosa es la fuerza de cosa juzgada, que se refirió al pago del tributo, y otra la acción de responsabilidad patrimonial del Estado dirigida contra el Estado como autor de la Ley anulada, cuestión no considerada en los procesos firmes anteriores.
- § Por supuesto, con más facilidad aún se declara que tampoco es obstáculo para el ejercicio de esa acción la existencia de actos administrativos liquidatorios firmes por haber transcurrido los plazos de recurso disponibles sin ejercitar éstos, lo que en Derecho español se entiende como «consentimiento» de la decisión administrativa de que se trata.
- § La acción de responsabilidad contra el Estado tiene un plazo de ejercicio de un año en Derecho español, pero ese plazo comienza a transcurrir sólo, dice esta jurisprudencia, desde la publicación de la Sentencia constitucional anulatoria de la Ley.
- § Hay que decir que el Tribunal Constitucional conoció en vía de Recurso de Amparo de una pretensión análoga referida a la misma Ley anulada por parte de un contribuyente que tenía en su contra una Sentencia firme; el Tribunal Constitucional desestimó este Amparo por entender que este límite es expreso en el art. 40.1 de la Ley Orgánica de 1979 del Tribunal Constitucional: Sentencia 159/1997, de 2 de octubre, criterio ya expresado en otras varias Sentencias del propio Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo, que conoció esa decisión, proclama abiertamente su discrepancia con el criterio del Tribunal Constitucional y salva únicamente los supuestos en que la Sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad (lo que no era el caso en la Sentencia de que se trataba) hubiese dispuesto algo concreto sobre sus efectos propios.

§ Finalmente, hay que notar que en muchas de esas Sentencias se dice que la posición del Tribunal Supremo está amparada en el Derecho Comparado y en la propia jurisprudencia del Tribunal, proclive últimamente –asegura– a declarar responsabilidades patrimoniales por hecho de las leyes.

Hay que decir que esta jurisprudencia dio lugar a la publicación de una obra en dos gruesos volúmenes (autor: Concheiro) en la que se animaba al público a ejercer acciones de responsabilidad patrimonial por cualquier daño que pudiera conectarse a cualquier Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, ilustrando a los lectores incluso de cuáles podían ser éstas.

## II

Esta jurisprudencia, aun tan nutrida, nos parece infundada, simplemente. Todos y cada uno de los argumentos en que se apoya resulta criticable, a mi juicio <sup>(1)</sup>. Lo haré aquí en términos esquemáticos.

a) La competencia para resolver estas cuestiones en la vía contencioso-administrativa, que puede aceptarse como inicial, no obsta a que el propio Tribunal Constitucional pueda pronunciarse directamente sobre algo tan relevante para su posición constitucional como es el efecto de sus propias Sentencias. En efecto, son ya muchas las Sentencias constitucionales que han admitido y resuelto recursos de Amparo contra Sentencias del Tribunal Supremo referentes a este específico problema de los efectos de una Sentencia de inconstitucionalidad. Como es sabido, en el sistema español el Tribunal Constitucional, además de los recursos y cuestiones incidentales de inconstitucionalidad de las Leyes, tiene jurisdicción para resolver recursos de Amparo (art. 161 de la Constitución y Ley Orgánica del Tribunal de 1979, arts. 41 y ss.), recursos que proceden en protección de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución y que se sobreponen a Sentencias dictadas por cualquier órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta que el Recurso de Amparo sólo procede cuando se han agotado previamente todas las instancias judiciales ordinarias. Entre estos derechos protegibles está el formulado por el art. 24.1 de la Constitución, así definido:

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

---

(1) Un resumen de la argumentación que se desarrollará a continuación puede verse en la 9ª. edición del tomo II del *Curso de Derecho Administrativo*, en colaboración con Tomás R. Fernández, Madrid, 2004, págs. 419 y ss.

El Tribunal, que es restrictivo en cuanto al alcance de este derecho (que es el más frecuentemente invocado en los recursos de Amparo), no ha dudado en admitir que el mismo está implicado, y determina en consecuencia su propia competencia para resolver el correspondiente recurso de Amparo, cuando se trata de cualquier problema de ejecución de sus propias Sentencias de inconstitucionalidad de Leyes (así Sentencias 60/1986, 159/1997, 6/1998). Incluso ya notamos que existe una Sentencia de Amparo referente al propio caso de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Tributaria que ha dado lugar a la jurisprudencia que ahora estudiamos, la Sentencia 159/1997, ya citada. La competencia del Tribunal Supremo para resolver por sí solo estas cuestiones, en que se basa como fundamento de la jurisprudencia que estudiamos, es, pues, una competencia inicial, revisable siempre en vía de Recurso de Amparo por el Tribunal Constitucional, que es quien tiene, pues, la última palabra sobre estas cuestiones, como por lo demás resulta completamente lógico.

Por lo demás, tampoco es exacto que no exista previsión legal sobre los efectos de una Sentencia que declare la inconstitucionalidad de una Ley. Nada menos que la propia Constitución, en su art. 161.1.a), dice:

«... la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la Sentencia o Sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

El art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, por su parte, declara:

*«Las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos con fuerza de cosa juzgada»,*

salvo en el caso de Sentencias penales o sancionatorias cuando resulte tras la declaración de inconstitucionalidad que las Leyes aplicables sean más benévolas (retroactividad *in bonus*).

Por otra parte, en Derecho español tampoco puede admitirse la discrepancia de criterios que exhibe el Tribunal Supremo, invocando una competencia propia para determinar los efectos de las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, con la doctrina establecida por las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre los efectos de sus propias Sentencias, declarados normalmente en Sentencias de

Amparo (como ha hecho el Supremo en el caso estudiado, como hemos visto, al rechazar expresamente los criterios del Tribunal Constitucional incluso sobre su propia Sentencia de inconstitucionalidad). No sólo es de sentido común entender que para opinar sobre los efectos propios de Sentencias del Tribunal Constitucional, éste tenga algo que decir, pues sus decisiones no están sometidas a ningún control judicial posterior, opinión que tendrá, por fuerza, una autoridad superior a la que corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, cuya misión propia es controlar la legalidad de la actuación de la Administración, carácter que no tiene, como es obvio, la jurisdicción constitucional. Pero, además, la Constitución misma, por una parte (art. 161.1.a), ya citado) y, por otra, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 declaran:

«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».

La regla esencial de la interpretación conforme a la Constitución de todas las normas se concreta, como se ve, en la interpretación que de aquella hace el Tribunal Constitucional «en todo tipo de procesos» y, por tanto, también al resolver recursos de Amparo. No hay discrepancia posible entre este Tribunal y cualquier Juez o Tribunal ordinario, incluido, por supuesto, el Tribunal Supremo, al que la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial vinculan a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

*b)* No resulta admisible, en modo alguno, la abierta contradicción en que se ha situado el Tribunal Supremo de no respetar la fuerza de cosa juzgada de aquellos contribuyentes cuyas reclamaciones fueron rechazadas por Sentencias contencioso-administrativas firmes ya en el momento en que se produjo la declaración de inconstitucionalidad de la Ley tributaria que se les aplicó. Esas Sentencias firmes son las que ordena respetar el art. 161.1.a) de la Constitución y el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya transcritos más atrás. El argumento que utiliza el Tribunal Supremo, según el cual una cosa es la fuerza de cosa juzgada de esas Sentencias y otra la acción de responsabilidad patrimonial que habría abierto la Sentencia constitucional que declaró la inconstitucionalidad de la Ley aplicada por dichas Sentencias, carece de sentido. Se pasa por encima de estas Sentencias en su parte dispositiva misma (fuerza de cosa juzgada material), puesto que las mismas decidieron que los contribuyentes que fueron partes en los

procesos correspondientes tenían la obligación de pagar el tributo, en tanto que las nuevas Sentencias que dicta ahora el Tribunal Supremo declaran a favor de dicho contribuyente una condena de responsabilidad patrimonial contra el Estado, por el importe exacto inicialmente pagado les sea devuelto, más actualización e intereses. Si fuese verdad que la Sentencia condenatoria no afectase a las Sentencias que ordenaron el pago del impuesto, éstas habrían de cumplirse y el balance sería cero. El Tribunal Supremo infringe, pues, con su postura la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que no permiten afectar a esas Sentencias firmes anteriores.

c) El argumento central de la posición del Tribunal Constitucional es el de la nulidad de pleno derecho de todos los actos aplicativos de la Ley inconstitucional, nulidad que, en virtud del principio de la *actio nata*, tendría efectos retroactivos absolutos sobre todos los posibles títulos anteriores a la declaración de inconstitucionalidad. Estaría, pues, perfectamente viva la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado, acción que en España tiene un plazo fugaz de un año desde el hecho determinante de la misma y no resultaría oponible ninguno de los plazos de prescripción adquisitiva (cuatro años para toda devolución de «ingresos indebidos» por parte de la Hacienda pública) o extintiva contrarias (todos los actos liquidatorios que no fueron recurridos en su tiempo y que se hicieron, así, firmes en vía administrativa y, por ende, derivativamente, sin control jurisdiccional posible ya).

Toda esta argumentación está contradicha por la legislación española explícita. Así:

- § no figura, en primer término, esa supuesta nulidad absoluta de todos los actos administrativos que aplicaron la Ley antes de su declaración de inconstitucionalidad en la lista de actos administrativos nulos de pleno derecho, que es una lista legal taxativa (art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992), fuera de la cual cualquier infracción legal que afecte a un acto administrativo determina una simple anulabilidad (art. 63 de la misma Ley), la cual sólo puede hacerse valer en un cortísimo plazo impugnatorio; falla, por tanto, el punto de partida;
- § por lo demás, sin necesidad de razonamiento «a contrario», las Leyes son explícitas en afirmar que la anulación en vía contencioso-administrativa o en vía administrativa de una disposición general no implica la nulidad de los actos administrativos dictados en aplicación de la misma: así art. 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 («las Sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las Sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes que la anulación haya alcanzado efectos generales»,

salvo el caso de la retroactividad *in bonus* en materia sancionatoria) y art. 102.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, que dice lo mismo respecto del supuesto de anulaciones en vía administrativa de disposiciones reglamentarias.

d) El argumento central, edificado con tan amplio argumentario, de la retroacción absoluta y virtualmente ilimitada de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, de modo que procedería una exclusión general y absoluta de cuantos efectos haya la misma producido, parece apuntar a la idea de una especie de supernulidad, capaz no sólo de rescindir Sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada, como hemos visto que el Tribunal Supremo ha hecho, sino también de enervar cualquier otro título contrario que eventuales terceros o los mismos perjudicados iniciales de la Ley hubiesen podido afectarles. Para ello el Tribunal Supremo ha hecho un uso abusivo de la doctrina de la *actio nata*, como hemos visto, que viene a convertir los efectos de dicha supernulidad en virtualmente eternos. Frente a este realmente excesivo uso de argumentos, bastará con decir: primero, que no existe entre las categorías jurídicas discernibles esa figura de la supernulidad; segundo, que los efectos de cualquier nulidad no impiden el juego de los mecanismos ordinarios de la seguridad jurídica que son las prescripciones adquisitiva (usucapión) o extintiva que pueden haberse consumado en favor o en contra de determinadas personas afectadas en cualquier momento por la Ley más tarde declarada inconstitucional. No hay nulidad alguna capaz de purgar definitivamente, vaciándola de todos sus efectos, esas prescripciones favorables o contrarias que se producen en el complejo seno de la comunidad. Los plazos legales de tales prescripciones simplemente suelen alargarse cuando no exista buena fe o justo título, pero en ningún caso esos plazos de legitimación prolongada pueden quedar sin efecto alguno. Aquí se han ignorado: los plazos de prescripción adquisitiva en favor de la Hacienda (cuatro años como límite legal para la «devolución de ingresos indebidos»), así como los mucho más breves de prescripción extintiva que los contribuyentes (más tarde se vio que injustamente) que no impugnaron en plazo la obligación que se les impuso y que, por tanto, en el término consagrado por la legislación y la jurisprudencia administrativa, «consintieron» la liquidación administrativa. Esta última observación dejaría inmunes a la declaración de inconstitucionalidad de una Ley todos los actos administrativos simplemente «firmes», sin perjuicio de que pudiesen eventualmente instarse respecto de ellos una hipotética «revisión de oficio» si es que no jugase en contra de ello la prescripción adquisitiva contraria. Esta es justamente la técnica a que aluden los dos preceptos más atrás citados sobre los efectos de la anulación judicial o administrativa de un Reglamento respecto de todos los «actos firmes» que en su momento lo aplicaron, al precisar que la declaración de nulidad de la norma no implicará «por sí misma» la anulación de estos actos firmes, dejando así abier-



ta la posibilidad de instar esa eventual revisión de oficio si se cumpliesen, naturalmente, sus requisitos propios.

e) Por lo demás, la idea de la retroacción de los efectos de la Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley, por entender que el vicio declarado fue un vicio originario, a lo más que podría llevar sería a deshacer las relaciones jurídicas trabadas aplicando la Ley luego anulada, lo que quiere decir que afectará a los sujetos que fueron parte de esas relaciones, en ningún caso al Estado como autor de la Ley que se declaró inconstitucional. Era, exactamente, el caso de la serie jurisprudencial española que estamos estudiando, pues el tributo por ella creado fue recaudado íntegramente por las Comunidades Autónomas, recaudación que las Sentencias mantuvieron como definitiva, en tanto que imputaban al Estado, por el solo título de autor de la Ley, una responsabilidad patrimonial que equivale al importe total de esa recaudación que se repite que el Estado no realizó en absoluto en su favor. Esto es: no se trató tanto de rescindir las relaciones jurídicas trabadas en aplicación de la Ley inconstitucional, sino, *manteniendo íntegras dichas relaciones jurídicas*, imputar al Estado un perjuicio causado por la Ley anulada por el importe exacto de los pagos tributarios realizados en virtud de la misma, pagos cuya integridad se mantuvo en las economías de las Comunidades Autónomas; beneficiarias finales, así, de la aplicación de la Ley anulada.

Este régimen de liquidación de los efectos de la Ley inconstitucional no es admisible y puede decirse que ninguno de los Estados que tienen un régimen de control de constitucionalidad de las Leyes lo hubiese aceptado. El Estado, como sujeto activo normal de la legislación, no puede garantizar ante todos los sujetos la constitucionalidad de todas las Leyes como una especie de seguro de daños capaz de cubrir todos los que resulten de la aplicación durante toda su vigencia de dichas Leyes, en tanto que quienes resultaron beneficiados por la aplicación de la Ley luego declarada inconstitucional (beneficio sin título legal, según la doctrina de la nulidad absoluta causada por dicha declaración a todos sus actos aplicativos) mantendrían íntegro dicho beneficio. Este peculiar régimen carece de sentido, y más si se aplica, como se ha hecho en este caso, sin límite temporal alguno en virtud de la peculiar utilización del argumento de la *actio nata*. Más aún: esa supuesta garantía puede poner al Estado en quiebra, simplemente. Piénsese en una anulación del régimen del Código Civil sobre la sucesión intestada. Todas las herencias liquidadas conforme a ese régimen se mantendrían, pero el Estado debería hacer frente al total importe de las mismas durante los 115 años que lleva en vigor el Código Civil español para indemnizar a los que resultaron perjudicados por dichas herencias, importe que resultaría insoportable para las arcas públicas. Un régimen legal determinado capaz de destruir al Estado no es, obviamente, concebible. La verdadera alternativa sería la derogación total de un sistema de justicia tan absurdamente oneroso; esa sería la verdadera consecuencia.

### III

Finalmente, hay que decir que, contra lo que creen y dicen expresamente muchas de esas Sentencias, tal régimen de liquidación de las consecuencias de la inconstitucionalidad de una Ley no es conocido en país alguno. Muy sumariamente ya, haremos un resumen del Derecho Comparado sobre los regímenes conocidos.

Los EE.UU., que es el país que instaura el sistema de control de la constitucionalidad de las Leyes, aplicó inicialmente la técnica de la retroacción absoluta de los efectos de las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad. *The void ab initio theory* fue desde tempranamente corregida en multitud de casos singulares. Citaremos sólo el caso de las Leyes tributarias, por ser el que es objeto de este trabajo. Desde el *leading case Elliot* de 1835 se declaró que las Sentencias que anulasen Leyes tributarias no obligaba a las Administraciones afectadas a devolver el importe de lo recaudado por virtud de esas Leyes, por dos razones: porque ello ocasionaría un grave *disrupt* de las finanzas del Gobierno y porque, en todo caso, el contribuyente ha recibido ventajas de su pago bajo la forma de obras y servicios públicos realizados con esas finanzas.

Pero importa más notar que, coronando una evolución sucesiva, desde finales del siglo XX la Corte Suprema ha abandonado la doctrina de la retroactividad de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad de una Ley para acogerse a lo que llama *prospective effects*, que limita la eficacia de las Sentencias al futuro, dejando, salvo excepciones singulares, intocado el pasado. La Sentencia *Link letter*, de 1965 es la que marcó esta nueva posición, que se ha ido afirmando cada vez más, con la excepción de los asuntos penales, con retroactividad *in bonus*. Es una exigencia del mantenimiento íntegro del sistema de control de constitucionalidad de las Leyes.

El sistema austríaco-kelseniano, subsistente en Austria, hizo de los efectos constitutivos de la Sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad una de sus notas singulares, lo que significa que esa inconstitucionalidad sólo tiene efectos *ex nunc* o *pro futuro*.

En el constitucionalismo de la segunda postguerra mundial se acogió del sistema kelseniano la concentración en un solo Tribunal Constitucional del control de la constitucionalidad de las Leyes. Así en Italia, Alemania, España. Pero en Italia la Constitución fue explícita en limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a partir de la fecha de publicación de la Sentencia, art. 136 de la Constitución, salvo, de nuevo, la retroactividad penal *in bonus*.

En Alemania se ha seguido fiel al principio de la inconstitucionalidad originaria, aunque temperada por diversas particularidades (el art. 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional ha sido objeto de varias reformas), pero

en todo caso lo que se ha mantenido inconvencible es la negación de una responsabilidad patrimonial del Estado como autor de la Ley, por la dificultad de construir técnicamente un *legislative Unrecht*, un ilícito legislativo de los que pueden dar lugar a una responsabilidad fruto de una violación de un determinado deber de oficio singularizado hacia los perjudicados, según el régimen común de la responsabilidad extracontractual en el sistema jurídico alemán.

La singularidad del régimen construido por el Tribunal Supremo español en la serie jurisprudencial estudiada puede afirmarse que es completa en el panorama del Derecho Comparado.

# LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA PROCESAL ¿SON FUENTES NORMATIVAS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL? (\*)

LUCIO PEGORARO  
SILVIA BAGNI (\*\*)

**SUMARIO:** **I.** Metodología y objetivos. **II.** Reconocimiento de las posiciones doctrinales sobre el tema. **III.** Las decisiones de la Corte sobre el proceso constitucional. Reseña de la jurisprudencia. **IV.** Las sentencias constitucionales como normas y como fuentes. **V.** Legislador, jurisprudencia y doctrina frente al problema de definiciones. **VI.** La experiencia del Derecho Comparado. **VII.** Consideraciones finales.

**I.** La cuestión que nos planteamos en este breve (y provocador) escrito se encuentra resumida en su título. Nace de la sensación de insatisfacción que envuelve al jurista cuando constata que en todos los ordenamientos el proceso constitucional es regulado por actos cuya naturaleza de fuente nadie duda. Dentro de

---

(\*) El presente trabajo es fruto de reflexiones desarrolladas conjuntamente por los dos autores. Sin embargo, los apartados N°s 2, 3, 4, 6 y 7 son atribuidos a Silvia Bagni, y los apartados N°s 1 y 5 a Lucio Pegoraro. Traducido del italiano por Javier Adrián Coripuna y Edgar Carpio Marcos.

(\*\*) Lucio Pegoraro es Profesor ordinario de Derecho Público Comparado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia.

Silvia Bagni es doctoranda de investigación y colaboradora de la Cátedra de Derecho Público Comparado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Bolonia.

estos actos destacan, frecuentemente, en forma conjunta y con estructura «en cascada», la Constitución, la ley orgánica, la ley ordinaria, y los reglamentos internos de los Tribunales Constitucionales.

Sin embargo, tales fuentes, lejos de regular *funditus* los diversos sistemas, requieren de integraciones. Estas últimas son realizadas por los mismos órganos llamados a aplicar la Constitución, las leyes, los reglamentos internos, pero, no obstante ello, casi nunca nadie sueña con mencionar que estas integraciones puedan ser fuentes del Derecho.

Hasta aquí, *nihil sub sole novi*. También los Parlamentos integran las fuentes sobre la producción legislativa con decisiones «jurisprudenciales» de órganos internos (Presidencia, despachos de Presidencia, comisiones particulares y afines) y, comúnmente, los precedentes son respetados. Sin embargo, ello no posibilita que la doctrina considere tales decisiones como verdaderas fuentes del Derecho, ya sea por su carácter meramente interno, por la derogabilidad *ad libitum* de las mismas, por la ausencia de una cualificación formal de ellas como «fuentes» del Derecho, por la peculiar índole «política» que las caracteriza, etc.<sup>(1)</sup> En suma, por la falta de uno o más de aquéllos presupuestos que generalmente son requeridos para calificar un acto o hecho particular como «fuente» del Derecho.

Tal observación –nos preguntamos– ¿también vale para las decisiones con las que, por ejemplo, un Tribunal Constitucional establece la tipología de los sujetos legitimados para recurrir, para presentar una excepción o para intervenir en el proceso; definir los límites de su propia competencia; establecer creativamente términos procesales, hasta incluso determinando la fecha de eficacia de los mismos pronunciamientos; introducir tipologías de decisiones no contempladas por las fuentes oficiales, y otros?

Es claro que en los ordenamientos del *common law* el problema de las decisiones judiciales como fuente ni siquiera se plantea, teniendo en cuenta el concepto de fuente que los caracteriza, ni se duda que la *ratio decidendi* de cada pronunciamiento, incluidas aquellas que regulan el proceso, o «procesales», representen una fuente del Derecho. En los ordenamientos del *civil law* se presentan dos casos: o la pregunta ni siquiera es planteada porque los estudiosos aceptan (frecuentemente acriticamente) una concepción restringida del término «fuente»; o bien,

<sup>(1)</sup> Puede verse por ejemplo, M.L. Mazzoni Honorati, *Diritto parlamentare*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 54, en el sentido de que la jurisprudencia parlamentaria no es fuente; C. Specchia, *I «precedenti» nel diritto parlamentare*, in *Boll. inf. cost. e parl.*, 1986, p. 143 y ss.; incidentalmente tratan la cuestión también S. Tosi, A. Mannino, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 104.

cuando la doctrina contrapone la perspectiva dogmática a aquella teórica de «fuente», el problema es absorbido (o mejor dicho, limitado), por la pregunta más vasta y general de si ¿son fuentes del Derecho las decisiones de «acogimiento» (o «estimatorias») de los Tribunales Constitucionales?

Cada respuesta a la pregunta inicial (y en general a la pregunta de si al menos *algunas* decisiones de los Tribunales Constitucionales), puedan ser consideradas fuentes del Derecho comporta, desde una perspectiva analítica de estudio, la definición de sus términos (de «fuente» a «sentencia» –o «pronunciamiento», o «decisión»– hasta «procesal»).

Sin embargo, antes de abordar el meollo del problema planteado, cabe interrogarse sobre la *utilidad* de reconducir al campo de las fuentes, actos que frecuentemente no son considerados como tales, ya sea sobre la base de suposiciones, o de análisis realizados desde una perspectiva dogmática (y en algún caso también teórica).

Por ello, ante todo nos preguntamos si la interrogante formulada en el *incipit* tenga realmente un sentido para el jurista o si constituye solamente un ejercicio mental sin consecuencias prácticas para el ordenamiento. En otras palabras, ¿tratar de demostrar la naturaleza de fuente de las decisiones de los Tribunales Constitucionales importa alguna consecuencia jurídica sobre el régimen de éstas o para los asociados? Contestar a esta pregunta es una cuestión previa a la pregunta inicial, porque sólo en caso afirmativo podría tener sentido revisar las construcciones dogmáticas hasta ahora elaboradas.

Según Riccardo Guastini, por ejemplo, discernir sobre la naturaleza de fuente de las sentencias de inconstitucionalidad es un ejercicio meramente teórico, toda vez que, en todo caso, el régimen jurídico de las sentencias de la Corte italiana no se encontraría en discusión<sup>(2)</sup>. El concepto de fuente del Derecho importa, en efecto, la aplicación a la circunstancias de hecho de un régimen jurídico particular. Régimen que, según este autor, no incidiría en aquel vigente para las sentencias de la Corte. En Italia se precisan cuáles son las consecuencias de tal régimen jurídico: el principio de legalidad de las decisiones judiciales, el principio *iura novit curia*, el recurso de casación por violación de ley, la función nomofiláctica de la Casación, la aplicación de los criterios interpretativos del artículo 12° del Título Preliminar del Código Civil, de las Disposiciones sobre la ley en general<sup>(3)</sup>.

(2) R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 508 y ss.

(3) V. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, 1996, pp. 57 y ss; en contra, G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, EGES, Torino, 1984, pp. 6 y ss.

Por nuestra parte creemos que, más allá de la aplicabilidad de algunos institutos propios del régimen jurídico de las fuentes a las decisiones constitucionales, el intento de llevar la jurisprudencia constitucional al interior del sistema de las fuentes, satisface exigencias peculiares y podría ayudar a resolver aspectos cruciales desde siempre debatidos en doctrina.

Por ejemplo, sólo la naturaleza de fuente justificaría, dentro de un sistema normativo *civilian*, el recurso a las sentencias aditivas (y en general, a las sentencias creativas, con las cuales se agregan fragmentos de texto o normas o fragmentos de normas a los textos o a las normas elaboradas por el legislador), cuyo aspecto innovativo excede los límites de la teoría de la interpretación. Del mismo modo, se podría reconocer la eficacia propia de las decisiones interpretativas de desestimación.

Y, todavía sobre el plano de la utilidad práctica (o de la *política del Derecho*): tal vez, responsabilizar a través del reconocimiento de la naturaleza normativa de todas las decisiones de la Corte (obviamente en lo que se refiere a su *ratio decidendi*), ya sea a los jueces comunes como a los constitucionales; los primeros en el sentido de hacerlos desistir de proponer con descuido cuestiones inmotivadas dando ventaja al trabajo de la Corte; los segundos en el sentido de imponer una definición más rigurosa de la materia procesal, con ventaja para la certeza del Derecho, a fin de evitar el riesgo de una excesiva flexibilización de la jurisprudencia constitucional en caso de que se le reconociera la naturaleza de fuente,<sup>(4)</sup> efecto que, por lo demás, no se ha manifestado en otros sistemas mixtos o de *civil law* que han reconocido eficacia vinculante a la doctrina de las Cortes y de los Tribunales Supremos (ver apartado n° VI).

Afirmar la naturaleza de fuente de las decisiones de la Corte no equivaldría de ningún modo cristalizar la interpretación de las disposiciones examinadas, sino sólo significaría que el Juez, para distanciarse de ella, debería seguir la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, ni más ni menos que en la evaluación de las disposiciones primarias de otras fuentes<sup>(5)</sup>.

---

(4) Cfr. M. Perini, *Il seguito e l'efficacia delle decisioni costituzionali nei conflitti fra poteri dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2003, quien, a la luz de un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el conflicto de poderes y en una óptica procesalista, afirma que «la Corte es «dueño de su proceso», pero no en el sentido de ser *legibus soluta*, sino en aquel, más acorde a un Estado de Derecho, de órgano que se encuentra en grado de contribuir a elaborar la disciplina procesal que, una vez consolidada, vinculará al mismo órgano» (p. 84). Él atribuye a las decisiones procesales el valor de precedente vinculante, pero resalta la peculiaridad de éstas en nuestro sistema, a la luz de la formulación general y abstracta de la *ratio* (p. 85).

(5) Como ya, de hecho, se entiende obligado a hacer el Juez ordinario que quiera distanciarse de la interpretación constitucional sostenida por la Corte en una sentencia interpretativa

Habiendo resuelto afirmativamente en orden a la utilidad de también dar una sistematización dogmática a las decisiones de la Corte entre las fuentes de producción del Derecho, el propósito de este trabajo consiste en analizar empíricamente la reciente jurisprudencia y meta-jurisprudencia constitucional, es decir, de aquellas *disposiciones* relativas al funcionamiento mismo de los procesos (ver apartado n° III), precedida por una reconstrucción general del debate doctrinal acerca de la naturaleza de la relación sentencia constitucional-fuentes del Derecho (apartados n°s II y V) y, en fin, como conclusión, en confrontar los resultados de las metodologías opuestas, en busca de posibles canales de comunicación y permeabilidad recíproca entre los dos planos, para lo cual también se requerirá la ayuda de la ciencia comparatística (apartado n° VI).

Las reflexiones siguientes, basadas, fundamentalmente, en el debate desarrollado en Italia, buscan asumir una perspectiva más genérica, que se adapte a otros ordenamientos pertenecientes a la familia jurídica del *civil law*.

**II.** En el meta-lenguaje jurídico, en particular, aquel de los constitucionalistas, generalmente no surgen grandes problemas en lo que se refiere a la definición de «sentencia», que representa el acto típico (aunque no exclusivo) de los órganos jurisdiccionales, siendo sus características ilustradas por la doctrina con definiciones coincidentes<sup>(6)</sup>. Lo mismo sucede con la «ordinanza»<sup>(\*)</sup>, que en el proceso constitucional italiano se refiere a las decisiones con las cuales la Corte resuelve cuestiones surgidas en el proceso, de modo teórico sin que con ellas se logre «solucionarlo», utilizándolas para decidir «de modo breve» sobre la manifiesta falta de fundamento, sobre la inadmisibilidad y otras, y por tanto de modo definitivo<sup>(7)</sup>.

Es evidente que en lenguajes diferentes del italiano, no siempre se halla consonancia entre los dos términos aquí utilizados («pronunciamiento» y «decisión», comprensivas de sentencias y ordenanzas) y las categorías generales que com-

---

de rechazo. Cfr. R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en: *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cargo de R. Romboli, Giappichelli, Torino, 2002, p. 104.

<sup>(6)</sup> Por todos G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale*, 4ª. ed., Jovene, Napoli, 1928. No obstante ello, se puede apreciar el debate acerca del significado de «sentencia» en el artículo 111° de la Constitución, comentado por V. Denti, *Art. 111*, en: *Commentario alla Costituzione. La Magistratura*, a cargo de G. Branca, Tomo, IV, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma, 1987, pp. 14 y ss.

<sup>(\*)</sup> La «ordinanza» es una resolución que expide la Corte Constitucional italiana, semejante a la que, en nuestro ordenamiento, se denomina «auto». (N. de los trad.)

<sup>(7)</sup> M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, Padova, 1984; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, 3ª. ed., Cedam, Padova, 1998, p. 767.



prenden todos los tipos de actos emitidos por los Tribunales Constitucionales. Como también no siempre coincide la extensión semántica de vocablos como «sentencia» u «ordenanza» con otros que designan actos tipificados, como por ejemplo, en castellano «sentencia» o «auto».

Más controvertidas son las definiciones de «norma» y «fuente». Para definir lo que es «fuente» necesariamente debe hacerse referencia a qué cosa es «norma». Ambos conceptos, además de ser abstractos, constituyen definiciones estipulativas,<sup>(8)</sup> es decir, identifican un objeto no por sus características ontológicas intrínsecas, que el observador se limita a describir, sino por caracteres extrínsecos que él establece en modo estipulativo, definiendo el alcance y el contenido. El concepto de norma existe solamente en cuanto alguien lo defina. Así se llena de sentido al significante. Por esto es un concepto que no puede aspirar a una validez universal, sino sólo limitada al ordenamiento al cual se refiere quien estipula el significado. El significado común que se atribuye al término es aquel de «precepto, regla de conducta/organización». Se trata pues de un concepto relacional, ya que presupone siempre un destinatario<sup>(9)</sup>. Son entonces 3 los elementos necesarios para definir una norma: uno objetivo: el contenido; los otros subjetivos, quién la pone y aquel a quien está dirigida.

Como es evidente, las aproximaciones al problema de la definición y sistematización de las normas y las fuentes del Derecho en el ordenamiento son esencialmente dos: el teórico, seguido sobretudo por estudiosos de teoría general y filósofos del Derecho, pero compartido igualmente por algunos constitucionalistas,<sup>(10)</sup> que utilizan el criterio material-sustancial para individualizar las fuentes, es decir, se fijan en el contenido del acto; consecuentemente, serían fuentes aquellos actos o hechos que producen normas, entendidas como reglas generales y abstractas,<sup>(11)</sup> con exclusión de sentencias y resoluciones. En cambio, el dogmático-positivista utiliza el criterio formal, según el cual fuente es aquello que el ordenamiento autoriza a la producción de normas, es decir, que expresamente califica como tal.<sup>(12)</sup> Es evidente que según este último criterio —aquel que ha ido impo-

<sup>(8)</sup> Refiriéndose en general al concepto de Derecho, N. Bobbio, *Teoria generale del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 12.

<sup>(9)</sup> N. Bobbio, *op. cit.*, p. 92 ss.

<sup>(10)</sup> Entre aquellos por ejemplos, solo para citar algunos, Mortati, Esposito, Crisafulli, Sandulli.

<sup>(11)</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte Costituzionale*, 5ª. ed., Cedam, Padova, 1984, pp. 25 ss.

<sup>(12)</sup> Ver por ejemplo: L. Paladin, *Le fonti del Diritto italiano*, cit., p. 25 y 35 ss., que también clasifica las sentencias de inconstitucionalidad como fuentes *extra ordinem*, igualmente-

niéndose en el derecho constitucional italiano y en otros países— la jurisprudencia no puede ser fuente; mientras si lo es en aquéllos sistemas que expresamente la individualizan como tal (sin perjuicio, de reconocer a determinadas tipologías de sentencias el carácter de fuentes *extra ordinem*, por lo tanto, siempre «fuentes»).

Es necesario apreciar cómo los propios dogmáticos se han visto constreñidos a abordar —al menos en parte— la perspectiva teórica, cuando definen «fuentes» actos, como la misma Constitución, que en ninguna parte el ordenamiento la califica expresamente como tal, y así se vuelve a acudir, por tanto, a herramientas utilizadas por los teóricos generales o al menos que se derivan del análisis comparatístico.<sup>(13)</sup>

Respecto del criterio material, en cambio, la multiplicidad de los caracteres utilizables (generalidad, abstracción, imperatividad, sancionabilidad, innovatividad...) permite una articulación más variada de las posiciones, tanto que algunos autores entienden el concepto de norma (y, consecuentemente, de fuente), en modo extensivo, al punto de comprender en ellos también preceptos singulares y concretos.<sup>(14)</sup> Sin embargo, más allá del campo de la teoría general, existen autores que sosteniendo tal tesis, la contaminan de elementos formales en el análisis dogmático, llegando así a negar la naturaleza de fuente a la jurisprudencia.<sup>(15)</sup>

En definitiva, ninguna de las dos aproximaciones parece ofrecer una visión conjunta y unitaria del sistema, en cuanto ambos criterios se prestan a críticas respecto a la identificación como fuente, de actos particulares que se alejan de un simple encuadramiento según las clasificaciones propuestas. En el ordenamiento italiano, respecto al criterio sustancial, el caso de las leyes-medida (actos mate-

---

te R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 107, también respecto de las sentencias de los más altos tribunales ordinarios; también A. Ruggeri, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 21 ss.

(13) Cfr. por ejemplo: G. Zagrebelsky, *op. cit.*, que primero define las fuentes según el criterio formal (p. 6), luego introduce la noción de fuente como «cada acto que expresa formalmente procesos de integración política» (p. 14).

(14) Entre todos, obviamente, H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino, 1966: «para ser calificada objetivamente como norma jurídica, una norma debe ser el sentido subjetivo de un acto puesto mediante el procedimiento conforme a la norma fundamental y debe estatuir un acto coercitivo o estar en estricta relación con una norma similar» (p. 63).0

(15) Cfr. por ejemplo: C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, 9ª. ed., Cedam, Padova, 1976, p. 359 ss., por el cual la sentencia no es fuente en sentido técnico, toda vez que tiene eficacia solo *inter partes*, y consiguientemente sólo un orientamiento jurisprudencial consolidado puede convertirse en fuente, creando una costumbre jurisprudencial.

rialmente administrativos en forma de ley y, en cuanto tales, considerados fuentes por la misma Corte Constitucional italiana) o, con respecto al criterio formal, el caso de algunos actos administrativos generales o –precisamente– de las mismas decisiones de la Corte Constitucional.

Para solucionar la antinomia aparentemente irresoluble entre las dos definiciones de «fuente» se ha sido sugerido utilizar, adicionalmente, el criterio de la cualificación por parte de cada ordenamiento y también la eficacia *erga omnes* del acto<sup>(16)</sup>. Ello permite a sus seguidores tener en cuenta las sentencias «estimatorias» de cuestiones de ilegitimidad constitucional dentro de las fuentes del Derecho, en base a lo dispuesto en el artículo 136° de la Constitución italiana. Sin embargo, tal cualificación no podría ser extendida a las decisiones de «rechazo» de las cuestiones de ilegitimidad constitucional y a las sentencias en los otros tipos de proceso constitucional, a las cuales falta una explícita disciplina de los efectos dentro de la Constitución. Las reconstrucciones doctrinales se mueven en este campo comúnmente acercando los pronunciamientos denegatorios al precedente con efecto persuasivo, mientras hoy queda aislado quien ha intentado ir más allá, reconociendo eficacia *erga omnes* también a las sentencias de «rechazo» en el juicio sobre las leyes<sup>(17)</sup>.

**III.** Las fuentes legales de los procesos constitucionales, que desarrollan el artículo 137° de la Constitución, son las Leyes Constitucionales N° 1/1948 y N° 1/1953, así como la Ley N° 87/1953, que, además de regular directamente los procesos que se desarrollan ante la Corte, le reconoce a esta, su artículo 14°, el poder de regular por mayoría el ejercicio de las propias funciones mediante reglamento aprobado por mayoría de sus miembros y publicado en la *Gazzeta Ufficiale*. En tanto que, el artículo 22° establece como aplicable –en el procedimiento ante la Corte– el reglamento de los procedimientos ante el Consejo de Estado en sede jurisdiccional y confiere el poder de la Corte de adoptar normas «integrativas» de procedimiento en su reglamento.

<sup>(16)</sup> A. Pizzorusso, *Delle fonti del Diritto: art. 1-9*, en G. Branca, A. Scialoja (coordinadores), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli/Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 274 s.

<sup>(17)</sup> A. Ruggeri, *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990, quien sostiene que la prohibición de volver a proponer la misma cuestión despliega sus efectos *erga omnes*, en cuanto la nueva situación normativa importa también siempre una «nueva cuestión» (en particular, p. 120 ss.) Ver también Id., *In tema di oggetto e di effetti delle sentenze costituzionali*, en R. Romboli (coordinador), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 228-236.

En virtud de tales disposiciones, la Corte ha expedido ya sea un reglamento general como normas integrativas. Se observa que los requisitos para el ejercicio del poder de autoreglamentación de la Corte<sup>(18)</sup> (mayoría absoluta y publicación en *Gazzeta Ufficiale*), se encuentran plenamente respetados también cuando la Corte juzga en Pleno, ya sea cuando pronuncia sentencias, y cuando decide con ordenanzas, de acuerdo a la previsión del artículo 20° de las normas integrativas y del artículo 21° del DPR 28 de diciembre de 1985, N° 1092, por los cuales todas las decisiones de la Corte son publicadas completamente en la *Gazzeta Ufficiale*. Por tanto, las reglas procesales establecidas directamente en sede jurisdiccional por la Corte en Pleno, prescindiendo del *nomen iuris*, podrían ser abstractamente equiparables a disposiciones reglamentarias<sup>(19)</sup>.

Las fuentes legales no prevén un sistema completo de reglas procesales. Un análisis empírico demuestra, en efecto, que el Derecho Procesal Constitucional<sup>(20)</sup>

---

(18) Tal poder es reconocido tan sólo a nivel legislativo pero la doctrina mayoritaria tiende de todos modos a hacerlo directamente desde la posición constitucional del órgano y a equiparlo a aquel de las Cámaras. Resalta en cambio el rol normativo de la Corte, como necesario para mejorar desde dentro el Derecho Procesal Constitucional en cuanto instrumento para la garantía de lo sustancial, A. Spadaro, *Corte Costituzionale. Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte Costituzionale*, en *Quad. cost.*, 1996, p. 127 ss., al que se reenvía también para indicaciones bibliográficas de la doctrina mayoritaria sobre el tema.

(19) Resalta este dato Romboli en A. Pizzorusso, R. Romboli (coord.), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 294 s. Notaba ya la estrecha similitud de función entre normas integrativas y pronunciamientos de la Corte en materia procesal A. Pizzorusso en *Stare decisis e Corte Costituzionale*, en G. Treves (coordinador), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Utet, Torino, 1971, p. 72 ss.

(20) No se usa aquí la expresión en sentido técnico, como equivalente del conjunto de las reglas procedimentales, evitado entrar en la disputa acerca de la función prevalente de la justicia constitucional, entre garantía de los derechos y defensa objetiva del ordenamiento, para lo cual se reenvía en particular a las ponencias contenidas en el volumen *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Giuffrè, Milano 1990. P. Carnevale ha destacado recientemente, que se puede hablar de un Derecho Procesal Constitucional con prescindencia de la función de garantía de los derechos. Así, en A. Pizzorusso, R. Romboli (coord.), *op. cit.*, p. 290 s. Finalmente, es necesario recordar que en el ámbito latinoamericano la expresión es hoy ampliamente utilizada en sentido parcialmente diferente para indicar una parte autónoma del Derecho (Procesal para algunos, Constitucional para otros), que se ocupa de todos los procedimientos a través de los cuales se desarrolla el Derecho Constitucional. Los artículos y manuales sobre la materia son numerosos; entre ellos destaca recientemente H. Fix-Zamudio, *Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional*, en *Anuario Iberoamericano de*

se desarrolla constantemente por medio de la jurisprudencia<sup>(21)</sup>, y en particular, mediante las ordenanzas, que representan en los últimos dos años los dos tercios de los pronunciamientos totales<sup>(22)</sup>. En la mayor parte de los casos la Corte precisa el sentido de las disposiciones individuales. Otras veces, en cambio, crea *ex novo* reglas y supuestos no previstos, destacando siempre en la motivación la técnica de la autoreferencia a sus precedentes<sup>(23)</sup>.

Los ejemplos del primer tipo son muchos y notorios. Basta pensar en la definición de «Juez» y de «juicio»<sup>(24)</sup>, esencial para establecer cuáles son los sujetos legitimados para interponer la cuestión de constitucionalidad<sup>(25)</sup>, o el de «poder

---

*Justicia Constitucional*, 1999, p. 89 ss., E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. ed., Porrúa, México, 2003, S. Castañeda Otsu, *Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2003, D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001; en Europa una perspectiva similar se puede encontrar en los escritos de P. Häberle, por ejemplo: *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán*, in *Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 1/2004, p. 15 ss.

(21) Se reenvía al trabajo bienal de análisis de la jurisprudencia constitucional en la óptica procesal que desde 1990 coordina R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Giappichelli, Torino; v. también, entre otros, G. D'Orazio, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, 2ª. ed., Giappichelli, Torino, 1992, p. 158 y 162. Piensa necesario el desarrollo jurisprudencial del derecho procesal constitucional P. Häberle, *op. cit.*, *passim*, en particular p. 25 y 31.

(22) El *trend* ya había sido cambiado también en el trienio precedente: v. S. Panizza, *La composizione, l'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, in R. Romboli (coordinador), *Aggiornamento in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, cit., p. 24.

(23) Sobre la autoreferencialidad en las motivaciones de las decisiones de la Corte *cfr.*, entre otros, G. D'Orazio, *op. cit.*, p. 161; A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996; A. Ruggeri (coordinador), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993*, Giappichelli, Torino, 1994

(24) Por ejemplo, la Ordenanza N° 11/2003 confirma la admisibilidad de una cuestión promovida por arbitros, ya resuelta en la sentencia N° 376/2001. En la Ordenanza N° 52/2003, en un proceso promovido por un notario respecto de una forma de otorgamiento en un acto público de donación –que amparándose en la sentencia N° 376/2001 sobre arbitros, sostuvo en términos análogos la semejanza de la figura del notario con la de Juez– la Corte declaró la manifiesta inadmisibilidad de la cuestión por la ausencia del ejercicio de función decisoria.

(25) No puede dejarse de lado que –como resalta toda la doctrina– en Francia el sistema de control sobre las leyes ha dado un enorme salto en virtud de la revisión constitucional de 1974, que ha atribuido la legitimación para impugnar la deliberación legislativa también a sesenta diputados o sesenta senadores. En otras palabras: eso que en Italia se ha conseguido mediante la

del Estado» (que tiene consecuencias políticas, puesto que con su dilatación la Corte se toma el poder de solucionar conflictos entre órganos o sujetos políticos)<sup>(26)</sup>, o a la casuística de las motivaciones de las ordenanzas de manifiesta falta de fundamentos (entre las que destacan, por ejemplo, el caso en que los motivos aducidos acerca de la inconstitucionalidad de la norma sean idénticos a aquéllos propuestos en otras cuestiones ya rechazadas por la Corte debido a su manifiesta falta de fundamento)<sup>(27)</sup> o bien el caso en que el Juez *a quo* haya hecho precisamente una interpretación inconstitucional de la norma, contraria a la jurisprudencia consolidada por el llamado «derecho viviente»<sup>(28)</sup>, o a la cuestión de la intervención de terceros tanto en los juicios incidentales, como en aquellos de conflicto entre poderes<sup>(29)</sup>.

---

disciplina dictada por las sentencias y ordenanzas, en Francia si ha conseguido con leyes de revisión constitucional. El actual modelo francés puede verse en L. Favoreu-L. Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> ed., PUF, Paris, 1995; los mismos autores editaron una útil compilación de las principales decisiones del *Conseil* titulada *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12<sup>ème</sup> ed., Dalloz, Paris, 2003; a tales obras puede añadirse G. Dupuis-J. Georgel-J. Moreau, *Le Conseil constitutionnel*, Colin, Paris, 1970, y los más recientes F. Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> ed., Economica, Paris, 1997; J.C. Balat-D. Lévy, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958*, PUF, Paris, 1993; T. Renoux, *Le Conseil Constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel jurisprudentiel*, Economica, Paris, 1984; L. Favoreu, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil Constitutionnel*, Economica, Paris, 1988; H. Roussillon, *Le Conseil Constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> ed., Dalloz, Paris, 1994; D. Turpin, *Contentieux constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> ed., PUF, Paris, 1994; Id., *Le Conseil Constitutionnel. Son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, Paris, 1995; B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*, STH, Paris, 1988; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, Paris, 1995; B. Poullain, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence, 1990; J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel. Essay d'analyse stratégique*, LGDJ, Paris, 1994; P. Avril-J. Gicquel, *Le Conseil Constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> ed., Montchrestien, Paris, 1998; P. Jan, *La saisine du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999. Además, la revista *Pouvoirs* n° 13, 1986, dedicada a este tema

(26) No en vano, precisamente a la luz de la experiencia italiana, el ordenamiento español ha optado por indicar taxativamente a los sujetos legitimados (art. 73 ss. LOTC).

(27) V. ord. 10, 11, 33, 36 del 2003; 128, 130, 139, 141 del 2004.

(28) V. ord. 52/2003.

(29) Con las sentencias 26, 341 e 346 del 2003 la Corte confirma la inadmisibilidad de la intervención de terceros que no son parte en el proceso *a quo*, fundamentándose en jurisprudencia que introduce el criterio posterior de la existencia de un interés legítimo de la parte que pueda considerarse en la relación sustancial, sobre la cual la Corte, sin embargo, no motiva. En cambio, en lo que se refiere a la admisibilidad de la intervención del tercero agraviado, en los

En lo que se refiere a ejemplos de creación de reglas o supuestos procesales, la dilatación de la tipología de las sentencias de la Corte representa, sin duda, el caso más evidente. La normatividad sobre el particular, en efecto, prevé exclusivamente la dicotomía sentencias desestimatorias-sentencias estimatorias, además de las ordenanzas de manifiesta falta de fundamentos en el proceso incidental, y a aquella de cesación de la materia controvertida en los procesos principales<sup>(30)</sup> y en los conflictos.

En cambio, con el tiempo, la Corte ha creado un instrumental de pronunciamientos que van desde las sentencias interpretativas hasta aquellas manipulativas; de las ordenanzas de manifiesta inadmisibilidad (a menudo arrogándose también la función de filtro acerca de la relevancia de la cuestión) a aquellas de cesación de la materia controvertida en los procesos incidentales o de restitución de los actos al Juez *a quo* para revalorar la relevancia en caso de *ius superveniens* o de pronunciamientos de la Corte, posteriores a la ordenanza de remisión<sup>(31)</sup>.

Cada uno de estos supuestos conduce a una multiplicidad de especificaciones del propio ámbito aplicativo. Por ejemplo, la Corte ha declarado la manifiesta inadmisibilidad: por insuficiente motivación sobre la no manifiesta falta de fundamento, o fallida indicación del parámetro<sup>(32)</sup>; por la irrelevancia de la cuestión en el juicio *a quo*<sup>(33)</sup>; por la impugnación del acto en su totalidad, y no de algunas disposiciones individuales<sup>(34)</sup>; por genérica, contradictoria o hipotética motivación sobre la relevancia o sobre la «fondatezza»<sup>(35)</sup>; porque el Juez *a quo* solamente solicita una sentencia interpretativa<sup>(36)</sup>; por implícita impugna-

---

procedimientos de conflicto entre poderes, cuando se configure como la única posibilidad de tutela jurisdiccional. [ver el pronunciamiento 154/04]

(30) También en este caso la Corte ha tenido forma de aclarar el significado de la prescripción afirmando nuevamente que la renuncia voluntaria no hace terminar el proceso, pero debe reducir las razones de la controversia, es decir, que la norma impugnada no debe explicar efectos (en este último sentido las sentencias N.ºs. 21, 32 y 36 del 2004).

(31) Ver, por ejemplo, las Ordenanzas N.ºs. 7, 16, 20, 40, 60/2003; Ordenanzas N.ºs. 47, 64, 68, 77, 93, 111, 125, 152/2004. Debe resaltarse la Ordenanza N.º 125/2004, que restituye los actos al Juez *a quo* para un nuevo proceso de relevancia, también a la luz de una sentencia de la Corte Europea de Justicia sobre una cuestión prejudicial comunitaria en un caso análogo.

(32) Ver por ejemplo, las Ordenanzas N.ºs. 8, 53, 60, 61, 149/2004.

(33) *Cfr.* Ordenanzas N.ºs. 6, 12, 215/2003; 45, 63, 79, 85, 88, 143/2004.

(34) Ordenanzas N.ºs. 21/2003; 43/2004, pero en otros casos ha admitido el recurso si de todos modos las disposiciones impugnadas han sido de otro modo deducidas, 74/2004.

(35) Ver las Ordenanzas N.ºs. 1, 34, 159/2003; 73, 75, 81, 94/2004.

(36) Ver las decisiones N.ºs. 92 y 142/2004.



ción de un precedente establecido por la Corte<sup>(37)</sup>; porque el Juez *a quo* ha seguido el «derecho viviente» en lugar de efectuar una interpretación conforme de la norma con la Constitución;<sup>(38)</sup> porque la norma ya ha sido declarada ilegítima<sup>(39)</sup>, etc.<sup>(40)</sup>

Otro caso de reciente creación de Derecho Procesal es aquel de la sentencia con reserva sobre algunas de las cuestiones sometidas, con consiguientes asignaciones de un único procedimiento para jueces relatores, distintos según las disposiciones impugnadas, tanto en el proceso principal (1/2004), como en el incidental (23/2004). Parece que esta nueva práctica puede ser leída como un intento pretoriano de introducir también en nuestro sistema la subdivisión del trabajo por salas especializadas, como en España o Alemania<sup>(41)</sup>.

El análisis de la jurisprudencia, comprendiendo los más recientes pronunciamientos hasta ahora mencionados, confirma el rol *fundamental* desarrollado por la jurisprudencia de la Corte en la disciplina de los propios procesos.

---

(37) Ordenanzas N°s. 9 y 63/2003.

(38) Además, en este caso la Corte sanciona con la manifiesta inadmisibilidad la inobservancia de un precepto legal, pero de un requisito que ella misma ha introducido, como es aquel de la obligación de la interpretación «adecuadora». Ver las Ordenanzas N°s. 19, 107, 109, 198, 244, 301/2003.

(39) Por ejemplo en la decisión N° 57/2003.

(40) El ejemplo del Tribunal Constitucional alemán no es diferente. Él, junto a las sentencias de conformidad con la Constitución y a aquellas interpretativas de conformidad, ha elaborado las sentencias de conformidad con apelación al legislador, las sentencias de nulidad parcial, y sobre todo aquellas de incompatibilidad –con las cuales los jueces constitucionales se dirigen al legislador y a los órganos administrativos y jurisdiccionales con indicaciones sobre la aplicación o inaplicación de la ley– además de los fallos de mera inconstitucionalidad, que no están acompañados de una declaración de nulidad de la ley hasta la intervención del legislador.

(41) En el caso de Alemania dos *Senaten* con competencias fijadas por la ley (§ 14 BVerfGG) al interior de las cuales operan diferentes *Kammern* de tres jueces. En el caso de España dos *Salas* subdivididas en *Secciones* de tres magistrados, con competencia respecto de la admisibilidad de los recursos y la administración ordinaria (arts. 6-8 LOTC). Respecto de la subdivisión interna del trabajo de la Corte italiana, la interpretación propuesta en el texto puede ser apoyada también por la información acerca de la asignación individual de las causas a los jueces relatores, que denota una cierta especialización por materia de cada uno, con consecuente riesgo de personalización de la relativa jurisprudencia constitucional (ver nuevamente S. Panizza, *op. cit.*, p. 26). En sí, el hecho no constituye nada de «escandaloso», y antes, puede corresponder a una cierta necesidad de economía procesal, pero es peculiar que en Italia ello se presente mediante vías «dificultosas», como ejercicio de autonomía de la Corte, mientras que en otras experiencias son previstos normativamente institutos, como la subdivisión por Cámaras o las opiniones disidentes o concurrentes, que producen efectos similares.



Además, la misma Corte, ha consolidado una jurisprudencia que más allá de las definiciones textuales definiciones abre no pocas perspectivas para la acogida de la solución que, cautelosamente, nosotros planteamos como hipótesis, acerca de la naturaleza de fuente de algunos de sus pronunciamientos, y en particular de aquellos que disciplinan el proceso.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha declarado en sustancia que sus propias sentencias tienen fuerza de ley. Ello se deduce de diversas afirmaciones, como por ejemplo, aquellas contenidas en la Sentencia N° 40/1979, donde la Corte ha sostenido que la relación entre la disciplina modificada por una sentencia estimatoria y aquella sucesivamente adoptada da lugar a situaciones de abrogación, que el Juez ordinario ha de conocer; o en la Sentencia N° 13/1981, donde ha negado que «la sentencia estimatoria de la Corte atribuya a la norma parcialmente anulada, autoridad *superior* a la fuerza propia de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley ordinaria»<sup>(42)</sup>.

En lo que se refiere a las decisiones procesales, recientemente la Corte ha tomado una posición decisiva sobre el tema en la Ordenanza N° 243/2003, en relación a una recalcitrante Corte de Casación penal en secciones unidas y en calidad de Juez remitente<sup>(43)</sup>. Al declarar manifiestamente inadmisibles unas cues-

---

(42) En otras circunstancias, el Tribunal ha afirmado que la disciplina secundaria va interpretada a la luz de cada acto normativo primario y que estos últimos a su vez van interpretados a la luz de la sentencia constitucional.

(43) La cuestión se refería al inciso 2) del artículo 303° del Código de Procedimientos Penales, en el tema del cómputo de los términos máximos de detención cautelar en caso de nulidad del procedimiento. Sobre el tema la Corte ya había intervenido con una sentencia interpretativa desestimatoria y con numerosas ordenanzas, todas en el sentido de indicar como constitucionalmente obligada una interpretación de las disposiciones que imponían el cómputo de todos los periodos de custodia sufridos por el imputado, también en diferentes fases del procedimiento. La Corte de Casación eleva la cuestión favoreciendo en la ordenanza de remisión una interpretación opuesta de la disposición, pero comprendida plausiblemente conforme a la Constitución, y argumentando que ella podía ser indirectamente deducida de los argumentos que ya habían sido utilizados por la Corte Constitucional. Después de una férrea defensa de la propia línea interpretativa, las secciones unidas debieron admitir, en conclusión, que la interpretación propuesta corría el riesgo de contrastar con aquella que la Corte había indicado como constitucionalmente obligada en la precedente Ordenanza N° 529/2000. Respecto de este punto en la Ordenanza de remisión se lee: «... las secciones unidas reafirmamos no obstante que el artículo 303°, c. 2 c.p.p. expresa una norma que, ya sea considerando los principios más frecuentemente recordados y por eso *–tal vez–* en contraste con ellos, impide de adicionar ... periodos de detención sufridos en fases o en grados diversos», por tanto solicita a la Corte «*en el respeto de las atribuciones recíprocas*, de intervenir sobre la disposición indicada con un pronunciamiento ablativo» (cursivas nuestras).

tión ya anteriormente resuelta con una sentencia interpretativa desestimatoria la Corte Constitucional ha afirmado: «tanto menos puede considerarse admisible una parecida aproximación a la justicia constitucional, si se considera que la ordenanza de las secciones unidas [...] se cierra con la explícita invitación al «respeto de las recíprocas atribuciones», como si a esta Corte le fuera permitido afirmar los principios constitucionales mediante sentencias estimatorias y le fuese negado, en otros tipos de pronunciamientos, interpretar las leyes a la luz de la Constitución». La Corte, pues, ha desatendido la invitación de la Corte de Casación a pronunciarse en la forma de la sentencia estimatoria y ha repetido la interpretación constitucionalmente conforme de la disposición mediante una ordenanza, obligando a la Corte de Casación con aquella en el caso tratado<sup>(44)</sup>.

Hasta aquí, surgen al menos dos problemas. En primer lugar, la clara afirmación de la índole normativa de algunos de sus pronunciamientos (o cuando menos la atribución a sus decisiones de características propias de las fuentes o de algunas fuentes, como la fuerza de ley, la eficacia *erga omnes*, etc.), ¿es suficiente para actuar la ecuación norma=fuente<sup>(45)</sup>? En segundo lugar, ¿corres-

---

(44) La doctrina ha señalado recientemente, comentando un caso opuesto en el cual la Corte de Casación penal en sesiones conjuntas ha «aceptado», en cambio, la interpretación constitucional dada por la Corte mediante una sentencia interpretativa de rechazo, como, después del periodo de tensión entre las dos Cortes, las relaciones han sido sustancialmente invertidas en el sentido de adhesión por parte de la jurisprudencia de mérito a la eficacia vinculante de tal tipo de sentencia (ver L. Carlassare, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 186 ss.; en general sobre el seguimiento de las interpretaciones de rechazo ver E. Lamarque, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (un'indagine sul «seguito» delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 685 ss.) Sin embargo, el ejemplo más recientemente reportado muestra como la relación no se ha estabilizado, al tal punto que las mismas S.U. de la Casación, en un sucesivo procedimiento penal, teniendo como objeto el cúmulo de los términos de custodia cautelar, se ha pronunciado aplicando la norma en el sentido contrario a aquel establecido por la Corte, evitando de elevar la cuestión de legitimidad constitucional (Sentencia del 17 de mayo de 2004 n. 23016). Se lee en la motivación: «En definitiva, no basta que el Juez de las leyes defina una cierta interpretación como constitucionalmente obligada y su sólo compatibilidad con las normas de la Constitución porque esta pueda imponerse a la observancia de los jueces, siendo estos últimos los encargados de verificar autónomamente, con el uso de todos los instrumentos hermeneúticos de los cuales disponen, si la norma pueda realmente asumir aquel significado y aquella competencia...». Este pasaje refuerza las motivaciones que han inspirado este escrito, expresadas *supra* al § 1.

(45) Recientemente ha arribado a la misma conclusión también A. Celotto, quien comentando una ordenanza (7/2003) que ha restituido los actos al Juez *a quo* mediante una sobreviniente «mutación normativa» respecto de la publicación sucesiva a la ordenanza de remisión, de una sentencia de acogimiento de la Corte sobre la misma cuestión, ha afirmado: «parece ya innega-

ponde a la Corte misma o a la doctrina decidir qué sea fuente del derecho, teniendo en cuenta las necesarias consecuencias también operativas (aquellas enunciadas en el apartado n° I)?

**IV.** En lo que se refiere al primer aspecto, hemos evidenciado en el apartado n° I, la existencia de una interrelación entre norma y fuente. No todas las fuentes son productoras de normas en sentido estricto (piénsese en las leyes-medida), mientras se reconoce unánimemente que existen normas jurídicas originadas por fuentes no contempladas por el ordenamiento (fuentes *extra ordinem*).

En relación con las sentencias constitucionales, generalmente se niega el carácter normativo de las decisiones mencionadas, así como el hecho que ellas puedan ser consideradas técnicamente como fuentes del Derecho. En efecto, para la doctrina italiana ellas no son fuentes del Derecho<sup>(46)</sup>, sino, a lo mucho, precedentes persuasivos<sup>(47)</sup>. La idea de insertar la sentencia (u ordenanza) del Juez constitucional<sup>(48)</sup> en nuestro sistema de fuentes de producción se ha rechazado firmemente, sobre la base de argumentos que pueden ser desmentidos o cuando menos atenuados, sobretudo, por las dinámicas institucionales reales, encarnadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En efecto, en lo que se refiere al carácter normativo, todo el instrumental generalmente utilizado por quienes estudian la materia con una aproximación rígidamente dogmática para distinguir las normas de otros actos (resoluciones administrativas, sentencias, etc.), parece débil. Los pronunciamientos de la Corte (*rectis*, parte de los pronunciamientos), son concretamente *creadores* y no solo *aplicadores* de Derecho, y eso vale no sólo para algunas sentencias que deciden sobre el mérito, cuánto (a menudo) para los que regulan el proceso. La Corte es

---

ble que, en nuestro ordenamiento, determinadas sentencias (constitucionales y comunitarias) no sólo valen como fuente del Derecho, sino además prevalecen sobre la ley, es decir, sobre la fuente del Derecho por antonomasia» (*Le sentenze della Corte Costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 1/2003, p. 28).

<sup>(46)</sup> Ver por ejemplo l'*Intervento* de G. Zagrebelsky en AA.VV., *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1988, pp. 96-97.

<sup>(47)</sup> Cfr. A. Pizzorusso, *Stare decisis e Corte Costituzionale*, cit., p. 63 ss.; A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 168 y ss.

<sup>(48)</sup> No hablamos ni siquiera de las sentencias de los jueces ordinarios o de otras posibles fuentes. Critica la tesis del precedente como fuente A. Anzon, *op. cit.*, p. 115 ss., refiriéndose sin embargo a la reconstrucción propuesta por A. Pizzorusso en *Delle fonti del Diritto*, cit., pp. 535 y ss.

*dueña* de su proceso, siendo lo única habilitada para juzgar su propia competencia, siendo sus pronunciamientos inimpugnables<sup>(49)</sup>. El efecto teóricamente *inter partes* de las ordenanzas, por los motivos antes expuestos, se reflejará en realidad sobre todos los procedimientos futuros. Además, el argumento de la falta de legitimación democrática del sujeto productor (ya originariamente contrastante en un sistema de democracia representativa), hoy carece de fuerza, al multiplicarse los centros de producción del Derecho sin que exista una relación directa con el Parlamento. Basta pensar en las normas comunitarias o en las normas de las Autoridades independientes. En fin, el argumento que hace elevar la posibilidad para la Corte Constitucional de cambiar su propia jurisprudencia modificando las normas creadas por ella no tiene en cuenta el hecho de que el mismo legislador goza de tal prerrogativa.

Respecto de la naturaleza de fuente de las decisiones que aquí son objeto de análisis, todavía la perspectiva dogmática tradicional, insertada en las autocualificaciones constitucionales o, en todo caso, en elementos deducibles de las fuentes oficiales del ordenamiento, aparece como claramente inadecuada.

Decisiones que declaran al comité promotor del referéndum como poder del Estado, y por tanto, como sujeto legitimado en el conflicto de atribuciones; decisiones que introducen las sentencias interpretativas o límites temporales a la eficacia de los pronunciamientos; decisiones que establecen si y cuándo un sujeto puede intervenir en el proceso, etc., presentan aquellas características de novedad, de generalidad y de abstracción, más allá que el de efectividad, que es difícil desconocerles el carácter de reglas jurídicas (es decir, de normas); de novedad, porque se recaban de modo genérico de la vaga trama de la Constitución; de abstracción y generalidad, porque se aplicarán en el futuro a todos los casos análogos (por ejemplo, todos los comités promotores de referéndum serán reconocidos como «poder del Estado»); de efectividad, por ser constantemente seguidas y cumplidas. Y la normatividad es precisamente la principal característica que es invocada también desde una perspectiva interna (dogmática), para integrar con la cualificación de «fuente» un sistema que de otro modo quedaría cerrado al acceso para actos como la misma Constitución, u otros que apriorísticamente han sido considerados como tales (por ejemplo, el Derecho Comunitario, tal como ha sido acogido).

Parece entonces que el «shock anafiláctico» de la doctrina respecto a la idea de la jurisprudencia constitucional como fuente es en buena parte fruto de un

---

(49) Ver también A. Ruggeri, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale ed alle loro possibili innovazioni)*, en A. Pizzorusso, R. Romboli (coord.), *op. cit.*, pp. 404-405.

*metus* psicológico a la concepción de «custodio de la Constitución» y a la antigua discusión del *quis custodiet custodes*.

Respecto a la primera cuestión, el papel de garantía desarrollado por la Corte no vendría disminuido. Ella queda en todo caso vinculada al texto constitucional, no siempre en modo literal –apenas hemos observado como la trama constitucional es vaga–, sino en modo sistemático, ya que cada disposición de la Corte es siempre significado en potencia de la Carta constitucional, a la que cada pronunciamiento debe apegarse. Lo que sólo en parte tiene que ver con la distinción entre creación y aplicación del Derecho, en la medida en que también los reglamentos (cuando menos los de ejecución), presuponen una especificación de una fuente superior –la ley– y, sin embargo, son calificados explícitamente como fuentes; mientras, a su vez, la misma ley, más allá de la distinción entre leyes constitucionalmente debidas y leyes que no son tales, representa un desarrollo «libre» de la Constitución. El hecho es que entre actividad interpretativa (y/o aplicativa) y actividad creativa, es amplia la zona gris, y precisamente al interior de ésta se encuentran figuras híbridas, que comparten en parte los caracteres de la normación, en parte aquellos de la jurisdicción o de la actividad aplicativa del Derecho.

En lo concerniente al segundo problema –el riesgo de una Corte constitucional incontrolable– éste pasa del plano de la reconstrucción teórica del instituto al plano de la valoración política. Esta existe para prescindir de la cualificación como fuente a las decisiones de la Corte, defendiendo la posición que reconoce el efecto normativo pero entiende más oportuno no llamarlo públicamente así, de manera que no incida sobre la cuestión<sup>(50)</sup>.

Por último, el argumento por el cual la consideración de las sentencias constitucionales como fuente también se debería extender a aquellas de los Tribunales supremos, no tiene en cuenta la diferente función de los diversos órganos, además

---

<sup>(50)</sup> Cfr. L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985: «Ciertamente, el verdadero problema no es que los jueces crean o no crean Derecho, sino si los mismos procesos son justificables y controlables. Aquí no es cuestión de palabras, sino de la libertad de cada uno de nosotros» (pp. 80-81). La autora, quien sobre el argumento aquí tratado tiene posición contraria a la tesis sostenida en el texto, resuelve el problema de la controlabilidad mediante el instrumento crítico de la argumentación adoptada por parte de los jueces (mismo argumento propuesto *supra* en texto, como límite a la actividad creativa de la Corte); otra solución de tipo procesal propuesto por algunos en los pronunciamientos «inconstitucionales» de la Corte es en cambio aquel del conflicto entre poderes del Estado (en contra A. Ruggeri, *In tema di oggetto e di effetti delle sentenze costituzionali*, cit., p. 234), donde sin embargo la Corte se encontraría a *decidere in causa propria*.

del hecho que la interpretación constitucional de la Casación siempre queda suspendida a la revisión de la Corte Constitucional misma.

Esto es lo que concierne, en general, a la definición de las sentencias procesales como fuentes del Derecho, a la luz de la índole normativa del proceso.

V. La segunda interrogante planteada es si le corresponde al legislador, a la Corte o a la doctrina decidir qué cosa es fuente del Derecho, teniendo en cuenta las necesarias consecuencias operativas. En otras palabras si ¿son fuentes aquellas que la Constitución y la ley dicen que son fuentes?, o bien ¿si corresponde a la Corte señalar cuáles son las fuentes? O bien ¿son fuentes aquellos actos y hechos a los cuales la doctrina les da tal cualificación?

La primera solución, preferida por los dogmáticos, es insatisfactoria por las razones ya enunciadas. El sistema carece de autocualificaciones; la única que se encuentra (artículo 1° de las denominadas preleyes), es incompleta y, en opinión de todos, debe ser integrada con varios criterios. Pero luego queda el problema de actos por los que no se puede invocar la analogía.

Vayamos a la segunda. Parte importante de constitucionalistas (no sólo en países del *common law*, donde la cosa sería comprensible), concibe la disciplina como una ordenada sistematización y reconstrucción de la jurisprudencia constitucional. Casi en respeto a la bien conocida expresión, que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es, y en todo caso en consonancia con el papel cada vez más llamativo asumido por los Tribunales Constitucionales.

Sin embargo, la misma doctrina es rebelde a reconocer la naturaleza de fuente a las sentencias de la Corte Constitucional, en evidente homenaje a una cuestión cultural que se alimenta aún del principio de legalidad y del principio de separación de poderes, extrayendo de éstos los relativos corolarios en orden a la generalidad y abstracción de la norma, a la distinción neta entre producción y ejecución del Derecho, etc. O bien a aquellos elementos que la inducen (fundadamente, en casi todos los casos) a distinguir la jurisdicción de la legislación, aunque concebida, esta última, en sentido «material»<sup>(51)</sup>.

A su vez, la Corte Constitucional no se ha expresado nunca específicamente sobre el tema, aunque, como hemos constatado antes, ha dejado entrever su parecer al respecto.

Como ya se ha referido, siendo las definiciones de «fuente» y «norma» estipulativas, para calificar en un modo o en el otro las decisiones constituciona-

---

<sup>(51)</sup> V. R. Guastini, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995, especialmente. pp. 11 y ss.

les (en nuestro caso, aquellas procesales), sea el «formante» normativo, sea el jurisprudencial, sea el doctrinal, se deben a la necesidad. En suma, la adscripción a la clase de fuentes de un determinado acto debería realizarse utilizando la aportación del Derecho Positivo codificado, de las sentencias y de las elaboraciones de los juristas.

Quien se apoya sobre el Derecho codificado, y sobre las autocualificaciones de los textos legales, se confronta con insuperables obstáculos –ya denunciados–, de considerar fuentes solo los actos y hechos indicados en la ley (la misma Constitución no habla nunca de fuentes); los que sólo se apoyan en la jurisprudencia, deberían explicar por qué el Derecho Sustancial (o también el Procesal), es aquel diseñado por la Corte, pero las indicaciones de la Corte misma en cuanto a las características de sus decisiones no se reputan significativa. En fin, quien hace reconstrucciones meramente conceptuales, sin tomar en cuenta el «derecho viviente», corre el riesgo de ilustrar un Derecho que sólo existe en su imaginación, lejos de aquel que obra en la realidad cotidiana.

Por tanto, una cualificación no es monopolio de alguno de estos «formantes», sino se realiza (ya sea por parte del legislador, por los jueces o por los estudiosos), mediante la combinación dispuesta, buscando un denominador común para adscribir un sentido a las palabras y asignar el acto en cuestión a una clase.

**VI.** Por su parte, al proponer estipulaciones y clasificaciones compartidas y no arbitrarias (es decir, despreocupados del empleo del lenguaje), la doctrina puede adelantar hoy un argumento más: puede utilizar también el argumento del Derecho Comparado, facilitando el objetivo de rediseñar el sistema mediante una solución en todo caso conforme al Derecho Positivo y a la jurisprudencia constitucional.

Hoy los sistemas constitucionales son muy permeables a los influjos extranjeros. Las variadas soluciones circulan; las imitaciones son frecuentes; los principios comunes se expanden. Así, el mismo *common law* se ha hecho influenciar por el derecho escrito (constitucional, legislativo y reglamentario), así es que cabe preguntarnos ¿por qué no admitir lo opuesto y aceptar sin traumas que las decisiones procesales puedan ser consideradas fuentes, afrontando la temática desde una visión «interna»?

Una observación preliminar es que en ordenamientos similares las mismas cuestiones autorreguladas por la Corte italiana (pero lo mismo podría valer por otros Tribunales Constitucionales) son disciplinadas en otra parte por la misma Constitución, mediante expresas leyes de revisión constitucional, leyes o reglamentos. Actos, todos ellos, que son considerados fuentes. El problema de que un supuesto de hecho sea disciplinado por un acto considerado «fuente» o bien por un acto jurisprudencial, no es un problema de peso jurídico o político, sino, recientemente, sólo es originado por alambiques particulares en la elección de los textos o por acontecimientos o evoluciones de cada sistema originariamente no previstos.



Para profundizar la cuestión vale la pena entonces, en este punto, llamar la atención sobre dos ordenamientos de *civil law* cercanos a nosotros geográficamente pero, sobretudo, por tradición cultural, como son el alemán y el español, —del primero de ellos, un profundo deudor—, que reconocen un particular tipo de eficacia a las sentencias (*rectius* a las *rationes decidendi*) de sus respectivos Tribunales Constitucionales; mientras que el ordenamiento español prevé la denominada *doctrina legal* del Tribunal Supremo, es decir, la enumeración de la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación entre las fuentes del Derecho.

El artículo 31° de la Ley del Tribunal Constitucional alemán, así como el segundo párrafo del artículo 94° de la Ley Fundamental, disponen para la determinación de los aspectos funcionales de la justicia constitucional y para individualizar los casos en que las sentencias tienen fuerza de ley, tres tipos de eficacia: cosa juzgada (*Rechtskraft*), fuerza de ley (*Gesetzeskraft*), y vinculatoriedad *erga omnes* (*Bindungswirkung*)<sup>(52)</sup>. En lo que se refiere a esta última, la doctrina y la evolución jurisprudencial han aclarado que todas las sentencias del BVerfG, sea estimatoria, desestimatoria, vinculan en su parte considerativa a todos los poderes públicos, incluidos los tribunales ordinarios; mientras la fuerza de ley se extiende la vinculatoriedad a los ciudadanos (lo que está en duda es si deban valer solo las sentencias estimatorias o también las desestimatorias)<sup>(53)</sup>.

En España, la naturaleza de fuentes del Derecho de las sentencias del Tribunal Constitucional es reconocida por la doctrina mayoritariamente<sup>(54)</sup>. La regulación de los efectos de las sentencias se encuentra en el artículo 164° de la Constitución española que les atribuye el valor de cosa juzgada y reconoce que las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de la ley o de una norma con fuerza

---

(52) V. R. Hernández Valle, *La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional*, in *Rev. iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1/2004, p. 46 ss.; R. Bocanegra Sierra, *Cosa juzgada, vinculacion, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán*, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 1/1981, pp. 235 y ss.

(53) Cfr. J. Luther, *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, en J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (coordinadores), *Esperienze di giustizia costituzionale. Tomo I. U.S.A., Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 179-180; F. Rescigno, *La giustizia costituzionale in Germania*, en M. Olivetti, T. Groppi (coordinadores), *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 116.

(54) Ver, por todos, J. Pérez Royo, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 44-51 donde se hace referencias a Aragón y Rubio Llorente; ver también L. López Guerra, *Tribunal Constitucional y creación judicial de Derecho*, en E. Espin Templado, F. J. Díaz Revorio (coord.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 350 y ss. y 370 y ss.



de ley y todas las que no si limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tiene plenos efectos frente a todos». Esta disposición es interpretada mayoritariamente en el sentido de reconocer efecto vinculante frente a los poderes públicos y a los ciudadanos, a todas las sentencias del TC, estimatorias y denegatorias, excepto las que resuelven recursos de Amparo<sup>(55)</sup>. Se trata claramente del replanteamiento en el ordenamiento español de la doctrina alemana de la *Bindungswirkung* antes descrita, de donde se deriva la naturaleza de fuente de la sentencia constitucional. El legislador orgánico ha confirmado tal interpretación, ampliando su alcance. En efecto el artículo 40°.2 de la LOTC afirma que la jurisprudencia de los tribunales tendrá que entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y de los *autos* (sentencias que no se pronuncian sobre el fondo), que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Asimismo, el artículo 5°.1 de la LOPJ dispone que los jueces y los tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos, según las preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación realizada en los pronunciamientos dictados por el TC, en todo tipo de procesos, extendiendo por tanto la previsión constitucional de la eficacia *erga omnes* también a las sentencias de Amparo<sup>(56)</sup>.

El ordenamiento español, sin embargo, va más allá. En efecto, el Código Civil prevé que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar el ley», reconociendo por lo tanto un valor complementario de fuente a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo. Tanto es así que la *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevé la violación de la jurisprudencia como uno de los motivos para interponer el recurso de casación (artículo 1692°).

Es evidente que con una aproximación dogmático-positivista, en nuestro ordenamiento no se podría llegar nunca a sustentar que la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación sea fuente<sup>(57)</sup>. En cambio, en lo que concierne a las sentencias constitucionales, pensamos que explotando las experiencias apenas descritas, se podría arribar por vía interpretativa, a reconocer la naturaleza de fuentes a los pronunciamientos de la Corte, a pesar de que en los ordenamientos

---

(55) Cfr. X. Pibernat Domenech, *La sentencia constitucional como fuente del Derecho*, en *Rev. Der. Pol.*, n. 24/1987, p. 67; P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, pp. 263 y ss.

(56) L. López Guerra, *Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional*, en G. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 43 y ss.

(57) En cambio, sobre el plano de la Teoría General del Derecho, el ejemplo español demuestra que también en un sistema de Derecho codificado nada obsta a tal reconocimiento.

alemán y español se encuentren explícitas referencias normativas en tal sentido, que faltan en Italia<sup>(58)</sup>.

No creemos que la falta de una expresa previsión de la función de la Corte Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, que está en cambio en estos ordenamientos, sea impedimento para tal sentido. De un lado, porque, ante todo, supremo no equivale a único, y más bien, en estos ordenamientos, más que en el nuestro, ha sido afirmada explícitamente la llamada *Drittwirkung* de las normas constitucionales, vale a decir su eficacia directa, según la cual, como en Italia, todos los jueces participan activamente de la función de interpretar, aplicar y en tal modo actuar la Constitución<sup>(59)</sup>. Del otro, porque entre estos tres ordenamientos la posición del Tribunal Constitucional viene comúnmente expresada mediante la previsión del sometimiento exclusivo del Tribunal a la Constitución y a las leyes (ordinarias, constitucionales u orgánicas), que disciplinan su funcionamiento<sup>(60)</sup>, de donde se puede deducir aquella posición de supremacía que en el ordenamiento italiano está solo implícita.

**VII.** En conclusión: el análisis empírico demuestra qué aspectos fundamentales del proceso constitucional son disciplinados por actos procesales a los que la doctrina casi unánime niega el carácter de fuentes, aun cuando –incluso en el ámbito de la Constitución– ellos certifiquen una ineluctable índole creativa y sean seguidos constantemente y sean observados por la misma Corte, como por los otros poderes públicos, manifestando una eficacia que se extiende más allá de las partes.

La renuencia a considerar fuentes tales actos, que revisten comúnmente la forma la ordenanza, es imputable a una apriorística elección de campo, como al significado de la palabra «fuente», y a un prejuicio mental, derivado de estilos clásicos de la cultura del *civil law*, que impediría reputar como fuentes del Derecho a actos del poder jurisdiccional.

---

(58) Con referencia a la aspiración de la Corte para desarrollar un rol de orientación e influencia sobre la actividad legislativa mediante las motivaciones de las propias sentencias, *cfr.* L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova, 1987, p. 8: «Semejante pretensión se establece en ordenamientos muy diferentes entre sí, a expresos preceptos constitucionales pero, más frecuentemente, en el origen de autónomas determinaciones de las Cortes Constitucionales, concientes de que sus propias interpretaciones trascienden el caso concreto y pueden encontrar aplicación en supuestos de hecho análogos siempre *sub iudice* o en controversias no resueltas todavía».

(59) Sobre el rol desarrollado por la jurisprudencia constitucional en la afirmación de la eficacia directa de la Constitución *cfr.* P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, trad. it., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 16 y ss.; P. Pérez Tremps, *op. cit.*, pp. 202 y ss.

(60) *Cfr.* art. 1 LOTC, art. 11. cost. 11.3.1953, n. 1, y más indirectamente el art. 1 BverGG.

El silogismo así operado por la doctrina es susceptible de críticas al menos bajo dos perfiles: *a*) en primer lugar, la visión dogmática de las fuentes, según las cuales son fuentes sólo aquellos actos y hechos que el ordenamiento asume como tales, no tiene en cuenta que en todo caso resultan necesarias las integraciones teóricas, bajo pena de excluir del sistema de las fuentes, diversos actos y hechos (*in primis* la misma Constitución), que, contrariamente, los propios detractores de la hipótesis aquí sostenida admiten como tales; y *b*) la experiencia comparada certifica que el *milieu* cultural del *civil law* no rechaza el acogimiento de los actos jurisdiccionales entre las fuentes, como certifican los ejemplos alemán y español.

En realidad, parte de la doctrina admite, también en países reacios a esta operación, como Italia, que por lo menos las sentencias estimatorias de la Corte Constitucional tengan naturaleza de fuentes del Derecho, por cuanto ellas operan *erga omnes*, son publicadas en la *Gazzeta Ufficiale*, y se integran al sistema normativo.

La misma Corte Constitucional, en diversas sentencias, no ha dejado de predicar que algunas de sus sentencias tienen características propias de las fuentes del Derecho. Más de allá de las sentencias estimatorias, nos parece que puede hipotizarse pues, para algunas sentencias regulativas del proceso, la misma característica de fuente. Se evocó al principio que el problema de la cualificación de las sentencias procesales como fuentes también tiene aspectos prácticos.

Como ya se ha recordado antes, la definición de las fuentes del Derecho es un problema nominalístico-estipulativo, y eventuales objeciones deberían ser investigadas en los efectos jurídicos conexos a la cualificación. No parece que la aplicación del régimen jurídico propio de las fuentes comporte peculiares problemas respecto a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, excepto quizás que sobre el plano de los criterios interpretativos de solución de las antinomias. ¿Sería aplicable el artículo 12° del Título Preliminar del Código Civil, que señala los criterios interpretativos aplicables solamente a las fuentes del Derecho? Claramente el problema se presenta cuando la Corte interpreta sin caducar la disposición, sobretudo en las sentencias interpretativas de rechazo y en las ordenanzas. Sin embargo, la gran ventaja que ofrece la norma de fuente jurisprudencial es la de estar ligada a un caso concreto, para lo cual en la insuficiencia del criterio cronológico, en presencia de interpretaciones diferentes de la misma disposición, la aplicación de los criterios sistemático y analógico sería facilitada precisamente por la referencia al caso, donde se aplique la norma.

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

ANGELO RINELLA (\*)

**SOMMARIO:** **1.** Cenni introduttivi sull'impianto del progetto di revisione. **2.** Osservazioni sull'uso della modellistica costituzionale. **3.** Le garanzie costituzionali a tutela della coerenza del sistema tra «premierato» e principio federale. **4.** Lo statuto costituzionale dell'opposizione di fronte al governo del Premier. 4.1. Le linee di rafforzamento della figura del Primo ministro nel progetto di revisione. 4.2. Cenni ricostruttivi sulla funzione costituzionale di opposizione negli ordinamenti di matrice democratica. 4.3. La modellistica costituzionale di riferimento. 4.4. «Her Majesty's Loyal Opposition». 4.5. La funzione di Opposizione nel progetto di revisione costituzionale. Alcune ipotesi integrative. 4.5.1 La formalizzazione costituzionale dell'opposizione parlamentare. 4.5.2. Innalzamento del quorum previsto dall'art. 138 in tema di revisione della Costituzione. 4.5.3. La partecipazione alla designazione degli organi di garanzia costituzionale; in particolare l'elezione dei giudici costituzionali (rinvio). 4.5.4. Ulteriori componenti di uno statuto costituzionale dell'opposizione. **5.** La composizione della Corte costituzionale in relazione al suo ruolo di garanzia ultima del primato della Costituzione «federale». 5.1 Il Tribunale costituzionale federale tedesco

---

(\*) Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato nella Facoltà di Giurisprudenza della LUMSA, Roma (Italia).

(Bundesverfassungsgericht). 5.2 La Corte di giustizia costituzionale austriaca (Verfassungsgerichtshof). 5.3 La Cour d'arbitrage belga. 5.4 Il Tribunale federale svizzero (Bundesgericht). 5.5 La Corte suprema degli Stati Uniti (Supreme Court). 5.6 La Corte suprema canadese (Supreme Court). 5.7 L'High Court australiana. 5.8 Cenni di conclusione sul raccordo tra la composizione della Corte costituzionale e la qualificazione federalista del sistema.

## 1. CENNI INTRODUTTIVI SULL'IMPIANTO DEL PROGETTO DI REVISIONE

Non fa eccezione alla tradizione dei processi di revisione costituzionale degli ordinamenti di democrazia liberale il caso italiano più recente. Il riferimento è al progetto di revisione costituzionale presentato dal Governo il 17 ottobre 2003 e per ora approvato, con modifiche, dal Senato il 25 marzo 2004 articolando un impianto di innovazioni per quaranta articoli della seconda parte della Carta costituzionale e tre articoli appartenenti a leggi costituzionali diverse<sup>(1)</sup>.

Non fa eccezione alla tradizione, dicevo, che una revisione costituzionale profonda ed estesa porti con sé una congerie di interrogativi, dubbi e incertezze, legati alle aspettative che nel tempo (un tempo lungo diverse legislature) si sono andate formando.

Tali aspettative, generalmente omogenee ma quasi mai uniformi, imporrebbero risposte capaci di tradurre quelle stesse aspettative in vincoli giuridici così stringenti da neutralizzare le variabili dei comportamenti degli attori dell'arena politica.

Il punto è che, per usare le parole di James Bryce, «una costituzione rigida ben redatta si limiterà all'essenziale e lascerà che molti dettagli vengano definiti successivamente dalla legislazione ordinaria e dalla prassi»<sup>(2)</sup>. La questione sta dunque nel saper discernere l'essenziale, vale a dire quella matrice unitaria che sta alla base dell'ordine di valori e principi condivisi dai membri della società civile, e nel saperlo rivestire di quei tratti giuridici che sono propri del linguaggio costituzionale.

---

(1) L. cost. 22 novembre 1967, n. 2, Modificazioni dell'articolo 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale; L. cost. 22 novembre 1999, n.1, Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni; L. cost. 31 gennaio 2001, n. 2, Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

(2) BRYCE J., *Flexible and Rigid Constitutions*, Oxford, 1901, trad.it. a cura di PACE A., Milano, 1998, 88.

Dopo di che resterà pur sempre un'area, più o meno vasta, di incertezze e insoddisfazioni riguardo alle aspettative inversamente proporzionale al grado di condivisione della matrice unitaria.

Non fa eccezione, dunque, il recente ed ennesimo caso di progetto di revisione della nostra costituzione.

Esso esprime sostanzialmente due aspettative, che certamente non sono state originate da questa legislatura: la ricerca di un assetto della forma di governo parlamentare intesa ad assicurare una maggiore stabilità dell'indirizzo politico; il completamento di un percorso già avviato nel senso dell'attuazione del principio federale nell'ordinamento costituzionale italiano.

Ci si potrà pure interrogare sulla effettiva necessità di dare, oggi, alla nostra forma di governo regole costituzionali più stringenti riguardo alla leadership dell'indirizzo politico, quando gli effetti della scelta a favore di un sistema maggioritario compiuta da circa un decennio hanno già dato diverse manifestazioni di sé. Così come ci si potrebbe chiedere se sia davvero viva l'aspirazione verso una repubblica federale; aspirazione che indurrebbe –in controtendenza rispetto alle principali esperienze federali– a costruire un sistema federale per dissociazione piuttosto che per associazione e che non avvertirebbe alcuna necessità di una pausa di riflessione di fronte alle oggettive difficoltà registrate in sede di attuazione del nuovo Titolo V.

Fatto sta che le due aspettative su indicate vengono da lontano e le risposte formulate non sembrano patrimonio originario di una sola parte politica<sup>(3)</sup>.

Desti invece perplessità e preoccupazione, lo stile con il quale –almeno nei primi mesi dall'avvio del procedimento di revisione costituzionale– è stato condotto il dibattito fra le parti politiche. Non si tratta –come è ben stato messo in rilievo da Sergio Bartole, Presidente dell'AIC<sup>(4)</sup>– dello stato d'animo di chi confonda lo studio del diritto costituzionale con il culto della Costituzione; né della preoccupazione di chi –come a suo tempo il procuratore di Stato von Kirchmann<sup>(5)</sup>– avverta il pericolo di veder crollare interi scaffali di biblioteca per effetto di un tratto di penna del legislatore. Lo stile di condotta politica cui

---

<sup>(3)</sup> Cfr. le note di FUSARO C., *Correggere, senza scomunicare, il testo approvato dal Senato*, in AA.VV., *Prime riflessioni sulla riforma della Costituzione*, Federalismi.it, n.7, 2004.

<sup>(4)</sup> Cfr. BARTOLE S., *Riforme costituzionali e beghe politiche*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 6 marzo 2004, ma v. anche Id., *Invito al dibattito sulle riforme istituzionali*, *ivi*, 24 maggio 2004.

<sup>(5)</sup> Cfr. J.H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, trad. it., in GIACOMO PERTICONE (a cura di), *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964.

l'osservatore ha sin qui assistito sembra ispirarsi al clima della contrapposizione di principio tra i diversi schieramenti e, all'interno degli stessi, alla pratica della negoziazione a-sistemica su questioni nodali. Il risultato sul piano della coerenza e della tecnica legislativa potrà pure lasciare a desiderare; si tratterà –se ve ne fossero– di lacune suscettibili di essere colmate. E' piuttosto il clima di delegittimazione e dequalificazione intorno alla Carta costituzionale che si ripercuote nell'opinione pubblica e che finisce per incrinare la tenuta del c.d. «patriottismo costituzionale»<sup>(6)</sup>.

In conclusione, è noto come la scienza del diritto costituzionale abbia costruito nel tempo proprie categorie e modelli di riferimento. Pur senza ascrivere a questo o quel modello valenza precettiva, non sembra tuttavia proprio del ruolo del cultore del diritto costituzionale limitarsi ad offrire quelle prospettive o linee di percorso suscettibili di incontrare il gradimento del «principe» e che, appunto per tale ragione, risultano *fattibili*.

## 2. OSSERVAZIONI SULL'USO DELLA MODELLISTICA COSTITUZIONALE

Non fa eccezione, il progetto di revisione in esame, neanche quanto al consueto guardare alla modellistica costituzionale secondo il metodo comparativo. Tra le finalità pratiche della scienza del diritto comparato sta infatti proprio quella di politica legislativa.

Ora, guardare a modelli costituzionali estranei all'esperienza cogente significa in genere rivolgere l'attenzione a costruzioni teoriche e concettuali articolate intorno a formule di rappresentazione sintetica di fenomeni della realtà politico-costituzionale straniera, combinate con l'idea di «tipo esemplare» e, pertanto, da imitare<sup>(7)</sup>. L'esistenza di «modelli» che si configurano alla stregua di *forme esemplari* postula di per sé la circolazione dei modelli stessi: le c.d. costituzioni «modello» sono considerate tali proprio perché largamente imitate. Chi, d'altra parte, prestasse attenzione alle mutazioni giuridiche degli ordinamenti non avrebbe difficoltà a rilevare che esse sono dovute per lo più a casi di imitazione-recezione di modelli giuridici sorti altrove, essendo fenomeno alquanto raro quello della nascita di un modello originale<sup>(8)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. HÄBERLE, BRYCE.

<sup>(7)</sup> Per un esempio di applicazione pratica del concetto di modello sia consentito rinviare a A. RINELLA, *La forma di governo semi-presidenziale*, Torino, 1997

<sup>(8)</sup> Cfr. A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche*, Camerino, 1984, 83; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª. ed., Utet, Torino, 1992, 134.

Peraltro, quando si guarda a modelli costituzionali stranieri, difficilmente lo si fa con intenti di mero «trapianto», vale a dire di riproduzione –*sic et simpliciter*– di quel modello nell’ordinamento costituzionale imitante. Il più delle volte, la comparazione consente di cogliere le intuizioni e le idee che stanno dietro le formulazioni normative assunte a modello<sup>(9)</sup>. Più precisamente, il guardare a istituti o formule costituzionali estranee alla propria esperienza giuridica con finalità di importazione, implica in primo luogo una adesione di fondo alle scelte valoriali e alle idee politiche di cui quelle formule sono espressione. In tal caso, infatti, «una condizione precisa vincola l’imitazione; la regola circola se circola l’idea politica»<sup>(10)</sup>. Ne deriva che la circolazione di tali modelli risulterà essere tutt’altro che libera; essa pare infatti condizionata da una serie di fattori tra cui, in primo piano, la *formula politica istituzionalizzata*<sup>(11)</sup> propria dell’ordinamento imitatore.

L’osservazione dell’esperienza ha mostrato, peraltro, che in ogni sistema operano *crittotipi*<sup>(12)</sup>. Ora, mentre può risultare agevole imitare una norma esplicita, sembra assai poco possibile imitare un crittotipo, un modello giuridico implicito del quale talora lo stesso soggetto che l’osserva non è pienamente consapevole, tanto più di fronte a quei crittotipi particolarmente refrattari alla circolazione.

Da ultimo deve farsi cenno al fenomeno delle «cattive» imitazioni, cioè della *divergenza tra il modello di riferimento e il risultato della recezione*. È difficile tuttavia esprimere valutazioni circa questo fenomeno, anche perché talora le cattive

(9) Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1993, p. 19.

(10) R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 151.

(11) Il concetto di «formula politica istituzionalizzata» è stato elaborato, in dottrina, da Giorgio Lombardi. Essa esprime «l’essenza del sistema costituzionale, individuandone gli elementi tipici e necessari»; questi abbracciano aspetti ulteriori rispetto alla norma giuridica emergente dalla costituzione e al modo con cui ad essa viene data applicazione. Cfr. G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986.

(12) Rodolfo SACCO definisce *crittotipi* quei modelli impliciti presenti nei diversi sistemi giuridici e che agiscono in modo assai penetrante nella dimostrazione e nella decisione di questioni giuridiche. Essi, ancorché non verbalizzati, sono percepiti e trasmessi tra le generazioni dei giuristi; «assumono, presso chi ne è portatore, il carattere della cosa «ovvia». Normalmente, un giurista appartenente ad un sistema dato prova maggior difficoltà a liberarsi dall’insieme dei crittotipi presenti nel suo sistema, che non ad abbandonare le regole di cui sia pienamente consapevole. Tale soggezione ai crittotipi costituisce la «mentalità» del giurista di un determinato Paese. E la differenza di mentalità rappresenta il principale ostacolo alla comprensione fra giuristi di provenienza territoriale diversa; ad esso si può ovviare soltanto con l’esercizio della comparazione, a livello sistemologico e istituzionale». R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 128.



imitazioni rappresentano in realtà il tentativo di procedere a un opportuno *adattamento* del modello al contesto dell'ordinamento imitante. In fase di recezione è generalmente richiesta un'opera di adattamento e, se del caso, di trasformazione del concetto giuridico originario in funzione degli scopi per i quali viene preso a modello e recepito<sup>(13)</sup>. Non di rado, il «modello» stimola negli osservatori di altri ordinamenti l'interesse a cogliere l'intuizione che sta dietro il dato normativo formale.

Talvolta, ancora, è il quadro di riferimento normativo nel quale il modello giuridico opera nel sistema di origine che sfugge alla recezione, determinando malintesi o equivoci nel sistema imitante<sup>(14)</sup>. «Naturalmente, non bisogna limitarsi ad accertare, di caso in caso, che la soluzione straniera considerata migliore abbia dato buoni risultati nell'ordinamento di origine, ma che sia altrettanto appropriata per il proprio Paese. In particolare, può avvenire che le soluzioni sviluppatesi all'estero, dove vi hanno fatto buona prova, non possano essere trasfuse nel nostro diritto o almeno non lo possano essere rimanendo invariate (...)»<sup>(15)</sup>. La «resa» del modello giuridico recepito, infatti, non di rado dipende, oltre che da un complesso di fattori politici e ambientali, anche dalla corretta analisi comparativa che è stata condotta dagli organi del legislativo; un'analisi che avesse considerato solo il dato formale dei testi normativi, e non anche la concreta attuazione nell'ordinamento di riferimento, aprirebbe la strada a seri rischi di inefficacia del «trapianto»<sup>(16)</sup>, se non addirittura di «rigetto»<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Cfr. G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 115.

<sup>(14)</sup> Cfr. le osservazioni al riguardo di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 153. G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, p. 222 riguardo a questo fenomeno, parla di «imitazioni dialettali».

<sup>(15)</sup> K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, Milano, 1992, p. 19. In tema di presupposti di una recezione fruttuosa cfr. altresì: O. KHAN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Rev.*, 1974, p. 1 ss.; A. WATSON, *Legal Transplants and Law Reform*, in *Law Quart. Rev.*, 1976, p. 79 ss.; E. STEIN, *Uses Misuses and Nonuses of Comparative Law*, in *Northwest. Un. Law Rev.*, 1977, p. 198 ss.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 20; J.M. VAN DUNNÉ, *The use of Comparative Law by the Legislation in the Netherlands*, in *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law*, Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, Caracas, 1982, Deventer, Amsterdam, 1982, p. 58 ss. Circa i condizionamenti sulla resa di un modello normativo importato, v. N.S. MARSH, *Comparative Law and Law Reform*, in *Rabels'*, 1977, p. 661 ss.; J.B. OJWANG, *The Application of the Comparative Method in the Domain of the Public Law: Some Reflections*, in *Rev. dr. int.*, 1982, p. 207 ss.

<sup>(17)</sup> Tuttavia, secondo un'autorevole opinione, se si guarda al fenomeno dal punto di vista esclusivamente pratico, la riuscita dell'operazione di trapianto non deriva tanto dalla buona o

In conclusione, sarebbe fuorviante ricercare tracce di circolazione di un modello costituzionale, quale potrebbe essere la forma di governo, sulla base di un *criterio fotostatico*. Non sembra ragionevole, in altre parole, riconoscere la recezione-imitazione di un modello da parte di un dato ordinamento costituzionale solo là dove siano ravvisabili gli estremi di una *fedele e formale riproduzione* del modello medesimo. D'altro canto, parrebbe altresì eccessivo, se non arbitrario, affermare la recezione di un modello solo in base al fatto di riconoscerne alcuni elementi marginali e non costitutivi della fattispecie. Non a caso, quando si parla di «modelli costituzionali» si sottolinea la idoneità-capacità degli stessi di *influenzare* gli ordinamenti di altri sistemi; di *condizionarne* in qualche modo la struttura e l'articolazione; pur senza *riprodursi* in essi come per effetto di una mera *clonazione*.

### 3. LE GARANZIE COSTITUZIONALI A TUTELA DELLA COERENZA DEL SISTEMA TRA «PREMIERATO» E PRINCIPIO FEDERALE

La prospettiva delle garanzie costituzionali che si intende assumere nel guardare al progetto di revisione costituzionale approvato in prima deliberazione dal Senato (AS2455), richiede qualche parola di delimitazione dell'angolo di visuale.

Tra le finalità che maggiormente danno segno di sé nel progetto di revisione in esame, come si è già accennato, ve ne sono due: dare alla forma di governo assetto e strumenti idonei a assicurare una maggiore stabilità dell'indirizzo politico; incrementare, se non proprio portare a compimento, il processo di federalizzazione dell'ordinamento costituzionale attraverso l'istituzione di un Senato federale.

---

cattiva imitazione del modello, ma dal risultato del trapianto; vale a dire che «se il trapianto dal punto di vista «pratico» (etico-politico) ha prodotto un miglioramento, o comunque ha dato esiti soddisfacenti, l'operazione è valida. In genere, se non c'è subito o alla lunga rigetto del trapianto, vuol dire che l'operazione non era mal congegnata (...). Che il giurista pratico abbia inteso nel suo vero significato originario (quello che possedeva nell'ordinamento d'origine) il concetto che ha scelto di «trapiantare», non ha in fondo grandissima importanza (...). In questi casi di trasposizione, dunque, il fraintendimento del concetto «trasposto» è meno pericoloso, perché il problema non è propriamente, di «intelligenza storica», bensì è «pratico»: e sarà la «pratica» a decidere se il trapianto costituisce un bene». G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, p. 115. Sempre secondo G. BOGNETTI, *ibid.*, «i rischi insiti nelle trasposizioni concettuali crescono moltissimo quando si tratti invece di ricostruire in termini di genuina conoscenza storica i contenuti di un ordinamento». In tal caso, infatti, «adoperare all'uopo concetti tecnico-giuridici che erano a quegli uomini ignoti e sono tratti dal vocabolario di altri ordinamenti e diritti espone al pericolo di prestare alla realtà storica che si indaga connotati che non sono veramente i suoi».

Tali finalità, tuttavia, pongono sul tappeto l'esigenza di introdurre contestualmente in Costituzione alcuni strumenti di garanzia intesi ad assicurare la coerenza del sistema.

Quanto alla prima delle finalità indicate, l'affermazione di una forma di governo parlamentare del Premier richiederebbe una nitida delineazione della funzione costituzionale dell'opposizione parlamentare attraverso la formulazione di uno «statuto costituzionale dell'opposizione».

Quanto poi alla seconda delle finalità, l'esperienza costituzionale comparata mostra che l'attuazione del principio federale mentre, da un lato, non può prescindere dalla istituzione di una seconda Camera realmente rappresentativa delle istanze delle autonomie politiche sub-statali; dall'altro, non sembra possa tracciare i cromosomi del proprio dna facendo ricorso ad una composizione «federale» della Corte costituzionale, dando con ciò segnali di voler assumere una prospettiva del rapporto Stato-Regioni di tipo conflittuale, piuttosto che cooperativo.

In entrambi i casi ciò che andrebbe garantito in Costituzione è proprio la coerenza delle innovazioni con il sistema delineato nei suoi architravi dalla stessa Carta costituzionale.

Per cui, uno statuto costituzionale dell'opposizione sarebbe destinato a rafforzare e garantire l'impianto democratico del sistema; una Corte costituzionale libera da ogni vincolo, ancorché tacito, di «rappresentanza» della prospettiva regionale varrebbe a confermare il primato della Costituzione della quale essa è custode.

#### **4. LO STATUTO COSTITUZIONALE DELL'OPPOSIZIONE DI FRONTE AL GOVERNO DEL PREMIER**

##### **4.1. Le linee di rafforzamento della figura del Primo ministro nel progetto di revisione**

In una logica di bipolarizzazione del sistema politico, quale quella che sembra ispirare non solo il progetto in esame (l'art. 92 prevede, al secondo comma, che una legge disciplini «l'elezione dei deputati in modo da favorire la formazione di una maggioranza, collegata al candidato alla carica di Primo ministro» introducendo così una sorta di costituzionalizzazione del principio maggioritario), ma la stessa vita politica del nostro paese degli ultimi dieci anni, il rafforzamento della funzione di governo non può essere dissociato da un parallelo rafforzamento della funzione di opposizione. In altre parole, l'arricchimento dell'armamentario costituzionale a disposizione del raccordo Governo del Premier maggioranza richiede una altrettanto articolata

strumentazione di rango costituzionale nelle mani dell'opposizione, coerentemente a quanto si osserva in quei sistemi costituzionali –in particolare quello del Regno Unito preso ad esempio– ove i rappresentanti politici dei cittadini, appartenenti a schieramenti opposti, si confrontano lealmente con strumenti consoni al proprio ruolo. Alla maggioranza il governo, dunque; all'opposizione tutte le iniziative utili a pre-constituire le condizioni dell'alternanza.

Il rafforzamento della funzione di governo viene perseguita, nel progetto in esame, attraverso una significativa innovazione del ruolo e dei poteri del Primo ministro (denominazione che sostituisce quella di Presidente del consiglio dei ministri) che qualifica la forma di governo come «governo del Premier» o Premierato.

Spetta, infatti, al Primo ministro – ai sensi del nuovo art. 95, comma 2, Cost, - *determinare* (anziché *dirigere*, come nel vecchio testo stava scritto lasciando intendere che la funzione fosse sostanzialmente collegiale) la politica generale del Governo; *garantire* (in luogo di «*mantenere*») l'unità di indirizzo politico e amministrativo; *dirigere*, oltre che promuovere e coordinare –come già stabilito in Costituzione– l'attività dei ministri. Il che risulta del tutto naturale se si considera il nuovo tenore dello stesso art 95, comma 1, secondo cui «*I ministri sono nominati e revocati dal Primo ministro*».

Resta ferma la condizione di qualificazione della forma di governo parlamentare con la previsione del rapporto di fiducia che lega il Governo alla sola Camera dei deputati. Tuttavia, poiché ai sensi dell'art. 92, comma 3, il Presidente della Repubblica procederà alla nomina alla carica di Primo ministro del candidato collegato alla compagine politica che ha conseguito la maggioranza dei voti alle elezioni della Camera dei deputati, non si prevede il voto di fiducia di investitura. Il rapporto di fiducia si considera implicitamente esistente in virtù del vincolo politico-elettorale tra il *leader* e la coalizione premiati dal corpo elettorale. Pertanto il Primo ministro si limiterà a illustrare, entro 10 giorni dalla nomina, il programma del Governo alle Camere (art. 94, comma 1, Cost.). Resta però nelle mani della Camera il potere di esprimere il venire meno del legame di fiducia: con l'approvazione di una mozione di sfiducia, sottoscritta da almeno 1/5 dei componenti e votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta. In tal caso le dimissioni obbligate del Primo ministro comportano lo scioglimento della Camera dei deputati (art. 94, comma 3, Cost.) Oppure, con il voto contrario ad una proposta di legge del Governo su cui sia stata posta la questione di fiducia (art. 94, comma 3, Cost.); in tal caso il Primo ministro dimissionario *può* chiedere lo scioglimento anticipato.

Fuori dei casi in cui la crisi del rapporto di fiducia sia maturata in Parlamento (o meglio, in seno alla Camera), resta affidata al Primo ministro la potestà di

determinare lo scioglimento anticipato della Camera assumendo la piena responsabilità dell'atto (art. 88, comma 1, Cost.). Nessun cenno è fatto alle ragioni che possono giustificare la chiusura anticipata della legislatura; al capo dello Stato non spetta che dare corso al decreto di scioglimento, salvo il caso in cui la stessa maggioranza parlamentare che era collegata al Primo ministro dimissionario presenti in tempi brevi (dieci giorni dalla richiesta di scioglimento) una mozione che, indicando un nuovo Primo ministro, affermi la volontà di portare a compimento l'attuazione del programma politico (art. 88, comma 2, Cost.).

Traspare, da questa disposizione, una duplice preoccupazione: quella di evitare che nuovi assestamenti della maggioranza parlamentare tradiscano la volontà popolare manifestata nelle elezioni politiche da cui quella Camera ha tratto legittimazione; offrire alla maggioranza - nel caso di un logoramento del rapporto di fiducia con il Primo ministro - la possibilità di sottrarsi allo scioglimento con una mozione «costruttiva». Quest'ultima ipotesi sembra tuttavia essere riservata a casi del tutto eccezionali.

In sintesi, il governo del Premier assicura al Primo ministro un armamentario piuttosto articolato di strumenti idonei a mantenere saldo il legame Governo-maggioranza parlamentare; la leva dello scioglimento anticipato costituisce certamente quella politicamente e giuridicamente più efficace. Avrebbe tuttavia potuto essere arricchito - coerentemente con la formula di governo indicata - da altri strumenti giuridicamente destinati a rafforzare i poteri direttivi del Governo verso l'azione parlamentare della propria maggioranza.

Di un certo interesse, a tale proposito, risulta essere l'esperienza della V Repubblica francese, ove la capacità di direzione dell'attività legislativa del Parlamento che il Governo è in condizione di esplicare è dovuta agli strumenti apprestati dal costituente. Per le caratteristiche del regime politico francese, un Governo appoggiato da una solida maggioranza in Assemblea nazionale non avrà difficoltà a svolgere efficacemente il ruolo di *comitato direttivo* dell'attività legislativa parlamentare. Se ciò non fosse sufficiente, esso avrebbe comunque a disposizione un arsenale di strumenti e tecniche di dissuasione e di coercizione verso il Parlamento, che conviene citare a titolo di mera esemplificazione.

Se si volge lo sguardo alle diverse fasi dell'*iter* legislativo, si potrà vedere infatti che il Governo francese: nella fase dell'*iniziativa*<sup>(18)</sup>, può opporre ai

---

<sup>(18)</sup> In base all'art. 39 Cost. l'iniziativa legislativa spetta al Primo ministro e ai membri del Parlamento. I progetti di legge sono deliberati dal Consiglio dei ministri previo parere del Consiglio di Stato. Si osservi che vengono detti «progetti» di legge i testi di origine governativa e «proposte» di legge quelli d'iniziativa parlamentare.

parlamentari la doppia *irricevibilità* di natura finanziaria (art. 40 Cost. francese) o costituzionale (art. 41 Cost. francese)<sup>(19)</sup>; prima della *discussione*, fissa l'*ordine del giorno* delle Assemblée (art. 48 Cost. francese)<sup>(20)</sup>; può

(19) L'art. 40 Cost. stabilisce che le proposte e gli emendamenti formulati dai membri del Parlamento non sono ricevibili se la loro adozione abbia per conseguenza o una diminuzione delle entrate o la creazione o l'aggravio di una voce di spesa nel bilancio dello Stato. Nel silenzio della Costituzione, i regolamenti delle due Assemblée parlamentari hanno indicato gli organi e i soggetti legittimati a opporre l'irricevibilità finanziaria. Conformemente alla volontà del costituente, così come traspare dai lavori preparatori, è stato escluso un intervento diretto del Governo. Ciò, tuttavia, non è sufficiente a evitare che, seppure indirettamente, tramite cioè una componente parlamentare all'interno dei soggetti legittimati, il Governo si avvalga di tale eccezione di irricevibilità per assicurare organicità e coerenza al proprio programma (Si vedano, sull'argomento, PÉZANT J.L., *Le contrôle de la recevabilité des initiatives parlementaires. Éléments pour un bilan*, in *Rev. fr. sc. pol.*, 1981, 140 ss.; CAMBY J.P., MEUNIER D., *Irrecevabilité financière*, in *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, t.II; 1991, 980 ss.; ROQUES X., *Les irrecevabilités financières (en dehors de l'article 40 de la Constitution)*, in *Rev. fr. dr. const.*, n. 16, 1993, 741 ss.. Tra gli Autori italiani, per tutti, PEGORARO L., *Il Governo in Parlamento*, Padova, 1983, 30 ss.) D'altra parte, il predominio del Governo nelle procedure di approvazione del bilancio e delle leggi finanziarie e di programma è generalmente assicurato dall'ordinamento costituzionale tramite il carattere esclusivo dell'iniziativa legislativa e una sensibile restrizione dei poteri delle Assemblée (A tale proposito, infatti, le Assemblée parlamentari «non possono quasi più modificare il progetto di legge che è stato loro presentato e sono costrette ad approvarlo senza rimettere in discussione la sua struttura d'insieme». AVRIL P., *Il Parlamento francese della V Repubblica*, Milano, 1982, 42.). Una seconda forma di irricevibilità, di natura costituzionale (art. 41 Cost.) risulta essere utilizzata più raramente. Concepita originariamente per consentire al Governo di dare effettività al proprio *domain réglementaire*, essa ha perso gran parte del suo rilievo per effetto del processo di *neutralizzazione* degli artt. 34 e 37 Cost. Secondo la ben nota disposizione del primo comma dell'art. 41, qualora nel corso dell'*iter* legislativo una proposta o un emendamento appaia estraneo alla sfera di dominio della legge o in contrasto con una delega *ex* art. 38 Cost., il Governo può opporre l'irricevibilità. In seguito alla decisione del 30 luglio 1986 del Consiglio costituzionale, l'irricevibilità in questione ha perso rilievo. Tanto più che, in caso di disaccordo sulla non ricevibilità tra Governo e Presidente dell'Assemblea parlamentare interessata, spetterebbe allo stesso Consiglio costituzionale risolvere il conflitto (art. 41, comma 2, Cost.) *Cfr.*, in proposito, OLIVA E., *L'art.41 de la constitution du 4 octobre 1958*, Aix-Marseille, 1996.

(20) Tra gli strumenti dell'arsenale apprestato da Michel Debré per superare «l'impossibile régime d'assemblée» (DEBRÉ M., discorso pronunciato il 27 agosto 1958 dinanzi all'Assemblea generale del Consiglio di Stato, in AA.VV., *Dictionnaire de la Constitution*, Paris, 1976, 379) quello stabilito dall'art. 48, comma 1, Cost., appare invero essenziale. Rovesciando l'antico principio per cui le Assemblée legislative sono sovrane nel prestabilire il proprio programma di lavoro, la Costituzione del 1958-guardando al modello britannico-assegnò al Governo il dominio dell'ordine del giorno parlamentare, stabilendo che l'ordine del giorno comporta, prioritariamente e nell'ordine che il Governo ha fissato, la discussione dei progetti di legge depositati dal Governo e delle proposte

opporsi all'esame di taluni emendamenti (*vote bloqué*, art. 44, comma 3, Cost. francese)<sup>(21)</sup> o legare la sua sorte ad un testo di legge (art. 49, comma 3, Cost.

da questi accettate (art. 48, comma 1, Cost.) Si tratta, a ben vedere, di un espediente tecnico dotato di notevole portata politica per le implicazioni che esso comporta sull'intero sistema dei rapporti tra Governo e Parlamento. Si pensi soltanto all'apprezzamento, rimesso al Governo, circa l'opportunità e la priorità di talune misure legislative rispetto ad altre.

Seppure tale strumento risponda all'esigenza degli Stati contemporanei di razionalizzare l'azione parlamentare affinché risulti -sotto la direzione dell'esecutivo- mirata a realizzare le scelte programmatiche del Governo, occorre, d'altra parte, mettere in guardia dall'uso distorto che di tale strumento può essere fatto, specie se destinato a mortificare l'autonoma iniziativa parlamentare.

(21) L'art. 44, comma 3, Cost. consente al Governo di imporre una variazione alla procedura ordinaria di approvazione di una legge. Infatti, su richiesta del Governo, l'Assemblea si pronunzia con un'unica votazione su tutto o su parte del testo in discussione, prendendo in considerazione solo gli emendamenti proposti o accettati dal Governo stesso. Questa tecnica procedurale viene comunemente detta del «*vote bloqué*» o «*unique*» (Sulla procedura dello scrutinio unico di cui all'art. 44, comma 3, cfr. AVRIL P., *Le vote bloqué*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1965, 399 ss.; ID., *Le vote bloqué (1959-1970)*, *ibidem*, 1971, 469 ss.; LYON J., *La procédure de «vote bloqué» dans la Constitution française*, in *Rassegna parlamentare*, 1965, 161 ss.; CERVATI A.A., *Appunti sul procedimento di approvazione delle leggi con «voto bloccato» nella Quinta Repubblica francese*, in *Giur.cost.*, 1969, 2711 ss.) L'ampia utilizzazione di cui è stata fatta oggetto e la sostanziale assenza di limiti che essa incontra (l voto bloccato può avere ad oggetto l'insieme del testo senza emendamenti, l'insieme del testo emendato, solo una parte del testo; esso può venir richiesto in qualsiasi stadio del procedimento. Investito della questione, il Consiglio costituzionale affermò che il Governo può liberamente ricorrere al voto bloccato, con la sola avvertenza che esso non può costituire ostacolo alla discussione di ciascuna delle disposizioni del testo su cui è stata richiesta la procedura: cfr. Conseil Constitutionnel, 15 janvier 1960, *Règlement de l'Assemblée nationale*, in *Recueil des décisions du C.C.*, 15 ss.), lascia intendere la sua rilevanza nell'arsenale degli strumenti messi a disposizione del Governo per influire sull'attività di produzione legislativa del Parlamento, e di farlo con rischi assolutamente contenuti. Ha posto bene in evidenza, infatti, il Consiglio costituzionale che il «voto bloccato» consente al Governo di ottenere, mediante un meccanismo che non mette in gioco la responsabilità, un risultato analogo a quello che, sotto la Costituzione del 1946, non poteva essere conseguito se non con la questione di fiducia (Conseil Constitutionnel, 15 janvier 1960, n. 59-5, *Règlement de l'Assemblée nationale*, cit. Si vedano anche i rilievi al riguardo in AVRIL P., *Le vote bloqué (1959-1970)*, in *Rev. Dr. Publ. Sc. Pol.*, 1971, 469, il quale A. considera il voto bloccato come «una piccola questione di fiducia», *ibidem*, 494). In pratica, come nella tecnica del *kangourou*, che consente allo *Speaker* della Camera dei Comuni di scartare gli emendamenti dilatori o demagogici, così con il voto bloccato il Governo ha la possibilità di liberarsi dalle maglie di un dibattito parlamentare impantanato e di rilanciare l'iniziativa. E' verosimile che il ricorso a tale tecnica non di rado celi una incrinatura nel rapporto tra Governo e maggioranza parlamentare. Tanto più se si considera che generalmente tale strumento viene utilizzato con riferimento alle leggi finanziarie, su cui appare abbastanza consueto che si innestino interessi particolari, i quali naturalmente trovano espressione anche nella maggioranza. In altre parole, la tecnica del «*vote bloqué*» si configura



francese)<sup>(22)</sup>; può fare in modo che l'Assemblea nazionale abbia *le dernier mot* (art. 45, u.c., Cost. francese)<sup>(23)</sup>; per non dire poi del peso che, sul piano della

come un'arma nelle mani del Governo da usarsi sia verso i propri *partner* con fini disciplinari, sia verso i propri avversari, con fini offensivi. (Cfr. GICQUEL J., *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, 1993, 745, il quale fa altresì rilevare che la reputazione dell'istituto è assai maggiore dei vantaggi procurati nel tempo che, anzi, si sono rivelati alquanto modesti).

(22) La disposizione di cui all'art. 49, comma 3, Cost., non a torto viene considerata «la pietra angolare del parlamentarismo razionalizzato» (AVRIL P., *Le régime politique de la Ve République*, Paris, 1979, 408.) Essa chiama in gioco, congiuntamente, la questione di fiducia e la mozione di censura, dando luogo ad una tecnica specifica ed eccezionale di adozione della legge, in Assemblea nazionale, in grado di piegare la resistenza di una opposizione combattiva, dove gli armamenti ordinari del Governo sono risultati inefficaci.

In base a tale disposizione, il Primo ministro, previa delibera del Consiglio dei ministri, può impegnare la responsabilità del Governo dinanzi all'Assemblea nazionale sulla votazione di un testo. In tal caso il testo è considerato adottato, salvo che una mozione di sfiducia (c.d. *provoquée o défensive*), presentata nel termine di 24 ore, sia votata nei modi previsti dal secondo comma dello stesso art. 49 Cost., in base al quale l'Assemblea nazionale mette in questione la responsabilità del Governo con una mozione di censura. Essa non è ricevibile se non viene sottoscritta da almeno un decimo dei membri dell'Assemblea. La votazione non può aver luogo prima di 48 ore dal deposito della mozione; per l'approvazione è necessaria la maggioranza dei componenti l'Assemblea nazionale.

Generalmente considerata una procedura di natura eccezionale, essa consente –per usare un'espressione consacrata dalla dottrina– «*de faire passer un texte en force, sans vote*» (GICQUEL J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., 718). Il meccanismo, inedito e ingegnoso, anch'esso per reazione al precedente regime d'assemblea, venne destinato a eliminare il fenomeno della dissociazione all'interno della stessa maggioranza e a forzarne la mano.

Ora, in base alla prevalente interpretazione letterale della norma in esame, tale facoltà può essere esercitata dal Governo in modo del tutto discrezionale. Se si fa salva la condizione procedurale della delibera del Consiglio dei ministri, sembrerebbe che il Primo ministro non incontri ostacoli di sorta ad invocare l'art. 49, comma 3, Cost. Lo stesso Capo dello Stato non sembra avere altro che un potere di dissuasione. Pur in periodo di coabitazione, quando il Presidente della Repubblica ben avrebbe potuto intervenire sull'ordine del giorno del Consiglio dei ministri, è sembrato alquanto fuori luogo che il Capo dello Stato, *gardien de la Constitution*, ostacolasse giuridicamente il Primo ministro nell'esercizio di una potestà che gli è conferita proprio dalla Carta costituzionale. Sul piano delle implicazioni politiche, sembra che la ragion d'essere dell'art. 49, comma 3, Cost. debba in primo luogo farsi risalire all'esigenza di superare la reticenza, se non l'assenza, di una maggioranza ponendola, sul campo, dinanzi alle sue responsabilità. In secondo luogo, l'approvazione senza voto si è rivelata essere un'arma assai efficace per piegare l'ostruzionismo delle opposizioni: praticamente in 24 ore, l'art. 49, comma 3, consente di sciogliere il nodo ponendo la condizione del deposito della mozione di censura.

(23) L'intervento del Governo nella procedura legislativa consente, tra l'altro, di subordinare la volontà del Senato al voto dell'Assemblea nazionale. Questa circostanza può aversi quando la riunione della «commissione mista paritaria» non abbia avuto esito positivo.



effettività, dopo la promulgazione della legge ad opera del Capo dello Stato, assume la *pubblicazione dei decreti di applicazione* (art. 21 Cost. francese).

#### **4.2. Cenni ricostruttivi sulla funzione costituzionale di opposizione negli ordinamenti di matrice democratica**

Come è noto, l'opposizione parlamentare ha il suo cromosoma primario nella contrapposizione verso l'indirizzo politico generale del governo e della sua maggioranza. Tale contrapposizione, che non necessariamente deve registrarsi su tutte le scelte decisionali che dell'indirizzo politico generale costituiscono specificazione, sul piano squisitamente politico presenta una certa poliedricità<sup>(24)</sup> che finisce per determinare un diverso modo di utilizzo dell'armamentario di strumenti giuridici previsti dall'ordinamento a favore dell'azione oppositoria.

---

Si tratta di un organo, previsto dall'art. 45, comma 2, della Costituzione del 1958, composto da sette deputati e sette senatori, cui è affidato il compito di superare le *impasse* del procedimento legislativo dovuti a disaccordi tra le due Assemblee. In tali circostanze, dopo due letture infruttuose (o una, se il Governo ha dichiarato l'urgenza del progetto o della proposta in esame), il Primo ministro può provocare la riunione di diritto di questa speciale commissione, i cui membri sono di volta in volta nominati da ciascun ramo del Parlamento, con il compito di redigere un testo concordato ed unitario. Il testo così elaborato può essere sottoposto dal Governo alle due Camere per l'approvazione finale, alla condizione che nessun emendamento sia ricevibile senza il consenso del Governo.

Se invece la Commissione non riesce nel suo intento, ovvero se il testo da essa predisposto viene respinto da una Camera, il Governo ha la facoltà di investire della questione la sola Assemblea nazionale, dopo una ulteriore lettura davanti alle due Camere. Viene così attribuito all'Assemblea il compito di esprimere la «*dernier mot*» sull'oggetto del procedimento, superando con ciò prolungate *navettes* e razionalizzando i lavori parlamentari (Sulla logicità e necessità di dare all'Assemblea piuttosto che al Senato la *dernier mot*, si veda FOUCHER B., *Le dernier mot à l'Assemblée nationale*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1981, 1191 ss.)

(24) La contapposizione di cui si discute potrà avere radici e motivi più marcati per esempio in quei sistemi a forte polarizzazione, dove la differenza ideologica tra i diversi attori politici è più profonda e la competizione mette in questione lo stesso sistema dei principi e dei valori di riferimento (opposizione di principio). Risulterà invece contenuta quella contrapposizione che si misurerà su opzioni programmatiche, misure o scelte specifiche nel quadro di un sistema di valori condivisi tra i vari attori (c.d. opposizione leale). Ancora, la contrapposizione può registrarsi, all'interno di un ordinamento, ai diversi livelli di articolazione del potere politico: si pensi, per esempio, al diverso carattere che può assumere la dinamica maggioranza-opposizione a seconda degli equilibri politici esistenti nell'Assemblea parlamentare e negli organi rappresentativi degli enti territoriali. Infine, la stessa configurazione del sistema dei partiti e, sul piano più strettamente costituzionale, l'assetto conferito dalle regole ai rapporti tra gli organi di indirizzo, costituiscono fattori di co-determinazione dell'atteggiarsi del rapporto maggioranza-minoranza.

Il momento istituzionale in cui tale contrapposizione rende identificabile, sul piano soggettivo, l'opposizione parlamentare può ricondursi alla verifica elettorale, dunque al risultato delle elezioni, quando il sistema si presenti alla stregua di una democrazia di investitura<sup>(25)</sup>; oppure, al momento della formazione del governo e della verifica del rapporto fiduciario. Si tratta, però, di un primo cromosoma; forse quello che reca le più rilevanti informazioni genetiche; tuttavia non ancora sufficiente a identificare con puntualità l'opposizione parlamentare, limitandosi a registrare, sul piano quantitativo, una minoranza parlamentare; e sul piano qualitativo una contrapposizione potenziale e un *animus* politico alternativo all'indirizzo dominante.

In buona sostanza, mentre con riferimento alle singole deliberazioni delle assemblee legislative i termini del rapporto assumono un rilievo meramente numerico, cosicché alla maggioranza dei voti favorevoli corrisponde una minoranza di voti contrari; le deliberazioni, invece, che hanno ad oggetto il rapporto fiduciario e l'indirizzo politico governativo, nelle sue linee portanti, contrappongono alla maggioranza una entità che non è solo numericamente inferiore, ma è politicamente e giuridicamente l'*opposizione*. Sono le macro-decisioni che attengono alla determinazione complessiva della politica nazionale che lasciano emergere l'*animus oppositus*.

Accanto a questo, il secondo cromosoma dell'opposizione parlamentare va rinvenuto nella *capacità oppositoria*. Intendiamo riferirci a quella dimensione organizzativa che rende, unitamente all'*animus oppositus*, efficace e concreta la funzione oppositoria. La contrapposizione all'indirizzo politico di maggioranza si risolverebbe in una mera manifestazione di intenti qualora non fosse in condizioni di rendere operativo il disegno alternativo di cui l'opposizione si fa portatrice. È necessario che l'opposizione, per essere tale, presenti una struttura organizzativa idonea a avvalersi degli strumenti procedurali previsti dall'ordinamento.

Gli ordinamenti di derivazione liberale presentano, tra i loro caratteri, non solo il riconoscimento dell'opposizione parlamentare ma anche un arsenale, più o meno vasto, di strumenti di garanzia volti ad assicurare la stabile presenza e l'attività di forze politiche contrapposte all'indirizzo politico di maggioranza. Non di rado, siffatto riconoscimento conduce altresì ad una istituzionalizzazione dell'opposizione stessa.

Ora, l'istituzionalizzazione dell'opposizione parlamentare può essere intesa come quel processo attraverso il quale l'opposizione medesima diviene parte degli elementi qualificanti della costituzione materiale di un certo ordinamento.

---

<sup>(25)</sup> In un sistema bipolare, del tipo britannico, il problema della identificazione dell'opposizione è reso agevole sin dalla fase elettorale. Cfr. DAHL R.A., *L'avenir de l'opposition dans les democraties*, Paris, 1966, 98 ss.

Essa, detto in altre parole, si pone in modo stabile tra le «soluzioni organizzative inserite nella Costituzione»<sup>(26)</sup>. In tal senso, dunque, l'opposizione parlamentare si *istituzionalizza*, diviene una delle componenti dell'*istituzione*, di quel complesso di regole cioè su cui fonda le proprie radici l'ordinamento giuridico.

Si è soliti ritenere che il massimo grado di istituzionalizzazione dell'opposizione parlamentare e di formalizzazione del suo riconoscimento è rinvenibile nel modello parlamentare britannico dove, effettivamente, l'opposizione si incarna in un organo *ad hoc* e la sua attività viene assunta come parte integrante dell'azione di governo.

Sicché viene a delinearsi nello scenario costituzionale un'entità soggettiva che incarna l'opposizione ufficiale -il gruppo parlamentare minoritario con il maggior numero di membri in Parlamento- e che si dà una struttura, lo *shadow cabinet*, la quale diviene controparte necessaria del governo in carica.

Lo scenario -sul quale torneremo fra breve- è tale per cui l'opposizione parlamentare «non ha solo una aspettativa politica alla rotazione, ma un vero e proprio diritto e obbligo costituzionale di formare un gabinetto, giustificato dalla esigenza di non lasciare alcun vuoto nel governo»<sup>(27)</sup>.

Negli ordinamenti di derivazione liberale, ove la presenza di un indirizzo alternativo a quello di maggioranza è considerata necessaria per il corretto svolgersi del meccanismo democratico, la *funzione* dell'opposizione parlamentare risponde ad un interesse generale dell'ordinamento e della collettività che quell'ordinamento ha espresso, prima ancora che agli specifici interessi e obiettivi cui le forze di opposizione si richiamano sul piano ideologico e politico.

Peraltro, la circostanza per cui negli ordinamenti di democrazia occidentale l'opposizione viene a far parte, anche se implicitamente e informalmente, delle soluzioni organizzative previste dalla Costituzione in materia di articolazione e bilanciamento del potere politico, legittima l'affermazione secondo cui si sarebbe di fronte ad una vera e propria *funzione costituzionale*. Dove, evidentemente, l'aggettivo qualificativo non sta a indicare il dato formale della previsione

---

<sup>(26)</sup> DE VERGOTTINI G., *Opposizione parlamentare*, in *Enc. del Dir.*, XXX, 533; e prima ancora, in tal senso, cfr.: BURDEAU G., *Traité de science politique*, III, Pari, 1968, 632 s.; LUCAS VERDÚ P., *Principios de Ciencia Política*, II, Madrid, 1973; SCHNEIDER H.P., *Die Parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, Frankfurt am Main, 1974, 160 ss.; si vedano poi le considerazioni di SICARDI S., *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984, 37 ss.; e di LÓPEZ AGUILAR J.F., *Minoría y oposicion en el parlamentarismo*, Madrid, 1981, 122 ss.

<sup>(27)</sup> DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., 549 ss. e in specie 558 ss.

costituzionale; ma, piuttosto, il fatto che la presenza in quell'ordinamento costituzionale dell'opposizione parlamentare, risulti -proprio sulla base delle coordinate costituzionali- un elemento «indefettibile per il corretto funzionamento dell'ordinamento, sia quando è concepita come indirizzo negativo di quello maggioritario, sia quando è configurata come indirizzo alternativo»<sup>(28)</sup>.

Si pone a questo punto la necessità di delineare il contenuto materiale che identifica e qualifica la funzione di opposizione parlamentare.

Nei regimi parlamentari, alla tradizionale separazione fra legislativo ed esecutivo, che pure permane sul piano degli organi, è gradualmente subentrata una sostanziale ripartizione di ruoli tra maggioranza parlamentare, che esprime il governo, e minoranza parlamentare la quale, estranea all'indirizzo politico che scaturisce dalla relazione governo-maggioranza, vi si oppone<sup>(29)</sup>. Il quadro che si delinea, vede il governo e le forze politiche di maggioranza come componenti di una entità politica di raccordo da cui promana l'indirizzo politico dominante. Tale indirizzo è poi destinato a tradursi nelle decisioni del governo e nelle deliberazioni a maggioranza dell'assemblea parlamentare; in altre parole, in atti giuridicamente e politicamente rilevanti attraverso i quali si manifesta la funzione di governo<sup>(30)</sup>.

(28) DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., 473. Ma si vedano anche: RAUSCH H., *Bundestag und Bundesregierung. Eine Institutionenkunde*, München, 1976, 23 ss.; MEZZETTI L., *Opposizione politica*, in *Digesto D.P.*, X, Torino, 1995, 349.

(29) Sul progressivo affievolimento dell'originario dualismo funzionale tra governo e assemblea parlamentare e l'emergere di un raccordo governo-maggioranza parlamentare, si vedano: LEIBHOLZ G., *Die Kontrollfunktion des Parlaments*, in *Macht und Ohnmacht der Parlamente*, Stuttgart, 1965, 61; GEHRIG N., *Parlament, Regierung, Opposition*, cit., 94 ss. e 228; WITTMAYER L., *Die weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1922, 316; SCHMITT C., *Verfassungslehre*, cit., 338; KÄGI W., *Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung*, in *Festschrift H. Huber*, Bern, 1961, 158 ss.; SCHEUNER U., *Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik* (1957), ora in *Strukturwandel der modernen Regierung*, Darmstadt, 1967, 301; DUVERGER M., *La monarchie républicaine*, Paris, 1974, 198 ss.; COLLIARD J.C., *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris, 1978, 277; MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 50; DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971, 336 s.; Id., *Diritto costituzionale comparato*, cit., 573; SICARDI S., *Maggioranza, minoranze e opposizione*, cit., 92.

(30) E' opportuno far rilevare che il ruolo assunto da maggioranza e minoranze risente piuttosto marcatamente dell'assetto del sistema politico in generale, ma in specie dell'articolazione del sistema dei partiti. Assai schematicamente, nei sistemi bipolari -dove il governo emerge da una indicazione precisa del corpo elettorale- l'esecutivo generalmente assume il ruolo di organo direttivo della maggioranza parlamentare. Questa, infatti, si limita a *aderire o ratificare* le decisioni del governo, il quale tende a accentrare su di sé le attribuzioni più rilevanti.

A fronte di ciò, alla minoranza parlamentare di opposizione spetta il compito di *controllare* l'indirizzo del governo.

Come risulta agevolmente intuibile, siffatto *controllo* deve necessariamente interpretarsi in senso estensivo; il che significa, altrimenti detto, che esso si traduce in una funzione complessa dai diversi risvolti.

Trattandosi di un controllo di tipo *politico* -e dunque tale da differenziarsi da quello di tipo giuridico non solo per i presupposti, che sono liberi e rimessi alla discrezionalità dell'attore piuttosto che predeterminati e rigidi, ma anche per gli effetti, i quali si concretizzano in sanzioni politiche e non necessariamente giuridiche<sup>(31)</sup>- il complesso di attività che l'opposizione parlamentare potrà svolgere, presenta una serie di *finalità* che, in relazione alle singole iniziative, possono concorrere o meno<sup>(32)</sup> tra loro.

---

Dove invece il sistema politico appare frammentato e dominato dal pluripartitismo, la formazione del governo poggerà necessariamente su una coalizione. In misura inversamente proporzionale al grado di coesione della coalizione di governo, la maggioranza parlamentare esigerà di negoziare con l'esecutivo in modo permanente i passi da compiere nell'ambito di un indirizzo politico concordato sommariamente. Questa maggioranza, peraltro, non rinuncerà agli strumenti del controllo parlamentare. Per una disamina puntuale dei rapporti fra governo e parlamento relativamente ai diversi sistemi partitici, cfr. ELIA L., *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 645 ss., 656.

<sup>(31)</sup> Cfr. RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Milano, 1967.

<sup>(32)</sup> In tema di rapporti tra governo e parlamento relativamente alle funzioni di indirizzo e controllo, la letteratura è sterminata. Si vedano comunque: CHIMENTI C., *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974; GALIZIA M., *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, Milano, 1974; MANNINO A., *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti fra governo e parlamento*, Milano, 1973; MANZELLA A., *I controlli parlamentari*, Milano, 1970; PREDIERI A., *Mediazione e indirizzo nel parlamento italiano*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1975, 407 ss.; TUCCARI E., *Il controllo del parlamento sull'attività economica pubblica*, Milano, 1973; GROTTANELLI DE SANTI G., *Il controllo della Camera dei Comuni sulla spesa pubblica. Alcune tendenze recenti*, Milano, 1981; CARDUCCI M., *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova, 1996; BRUNELLI G., *Strumenti e forme del controllo sugli accordi militari nella prassi parlamentare*, in Battaglini G., CARLASSARE L., (a cura di), *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, Padova, 1997, 19 ss. Nella letteratura straniera, poi, cfr.: DESFEUILLES H., *Le pouvoir de contrôle des parlements nordiques*, Paris, 1973; Bidegaray C., EMERI C., *Le contrôle parlementaire*, in *Rev. dr. publ. sc. pol.*, 1973, 1673 ss.; VEDEL G., *Les rapports entre l'exécutif et le législatif*, in *Rev. fr. sc. pol.*, 1958, 757 ss.; PARODI J.L., *Les rapports entre le législatif et l'exécutif sous la Ve République*, Paris, 1972; KERSELL J., *Parliamentary Supervision of Delegated Legislation*, London, 1960; COOMBES D., *The Power of Purse. The Role of European Parliaments in Budgetary Decisions*, London, 1976; LEIBHOLZ G., *Die Kontrollfunktion des Parlaments*, in *Macht und Ohnmacht der Parlamente*, Stuttgart, 1965, 57 ss.; GERLICH P., *Parlamentarische Kontrolle im politischen System. Die Verwaltungsfunktion des Nationalrates in Recht und Wirklichkeit*, Wien-New York, 1973;

(a) In primo luogo, la *verifica dell'azione di governo* -che costituisce comunque l'oggetto dell'attività di controllo- assume a parametro di riferimento il programma alternativo di cui l'opposizione è portatrice.

Generalmente, gli atti di controllo rappresentano un pretesto per affermare comparativamente i pregi del programma alternativo a quello del governo. La critica e la censura dell'azione di governo da parte dell'opposizione parlamentare, che non avrebbe di per sé la forza per determinare la cessazione di quel governo, rappresenta anzitutto l'occasione di promuovere di fronte all'opinione pubblica un indirizzo diverso, potenzialmente in grado di rappresentare una soluzione alternativa<sup>(33)</sup>.

(b) Intesa in senso ampio, l'attività di controllo svolta dall'opposizione assume altresì un complessivo ruolo di *limitazione del potere della maggioranza*<sup>(34)</sup>. In tal senso, dunque, la stessa attività funge da deterrente a garanzia della esistenza e dell'azione delle forze di opposizione, così come previste dall'ordinamento giuridico in cui esse operano. Sotto questo profilo, il controllo può anche tradursi nella mera *vigilanza* sulla corretta applicazione delle norme che, espressamente o implicitamente, prevedono e assicurano la presenza attiva di forze minoritarie di opposizione<sup>(35)</sup>.

(c) Nella strategia dell'opposizione, poi, potrà assumere un certo rilievo quell'attività che è direttamente finalizzata ad acquisire informazioni e conoscenze. Invero, la c.d. *funzione conoscitiva* è rivolta a garantire una esauriente informazione dei parlamentari necessaria per ognuna delle funzioni esplicate dal parlamento<sup>(36)</sup>.

---

RAMÍREZ M. (a cura di), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978; MONTERO GIBERT J.R., GARCÍA MORILLO J., *El control parlamentario*, Madrid, 1984; CHANTEBOUT B. (Documents réunis et commentés par), *Le contrôle parlementaire*, in *La documentation Française, Documents d'études*, 1.14, 1998.

(33) Cfr. DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., 578; FRIEDRICH M., *Opposition ohne Alternative?*, Köln, 1962, 54 ss. Si vedano, in tal senso anche le considerazioni introduttive di CHANTEBOUT B. (Documents réunis et commentés par), *Le contrôle parlementaire*, cit., 3.

(34) Si vedano, a questo proposito, i rilievi di SICARDI S., *Maggioranza, minoranze e opposizione*, cit., 93.

(35) Sulla funzione di controllo come strumento di garanzia delle minoranze di opposizione, cfr. LÓPEZ GUERRA L., *Control parlamentario y minorías*, in *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, 1996, 81 ss.

(36) Attraverso la funzione di controllo il parlamento svolge quella che Bagehot definiva «*informing function*», vale a dire la funzione di esporre alla opinione pubblica «fatti che le classi dirigenti non vogliono sentire» e di attivare le responsabilità del governo. BAGEHOT W., *The*

Tuttavia, quando tale attività ha ad oggetto l'azione del governo e si prefigge di verificarne la coerenza o l'opportunità e la valenza politica, rispettivamente a seconda che l'iniziativa parta dalla maggioranza o dall'opposizione, per formulare valutazioni e giudizi, essa è allora riconducibile al concetto di *funzione ispettiva*.

Meno generica di quella conoscitiva, la funzione ispettiva comporta peraltro diversi vincoli giuridici e politici per il governo e, talora, anche per soggetti estranei agli organi costituzionali<sup>(37)</sup>.

(d) Deve ancora segnalarsi la possibilità che l'attività di controllo esplicita dall'opposizione non sia destinata esclusivamente a contrapporre una linea alternativa, ma anche -in relazione al diverso scenario politico e all'oggetto in questione- a influenzare le deliberazioni fondate sul raccordo governo-maggioranza, venendo con ciò l'opposizione a svolgere un ruolo «costruttivo»<sup>(38)</sup>.

La questione suscita qualche disaccordo in dottrina, specie sotto il profilo della qualificazione di tale ruolo che l'opposizione verrebbe a rivestire.

Così, vien fatto rilevare che l'influenza e il condizionamento che, direttamente o indirettamente, l'opposizione svolge nell'ambito dei processi decisionali del raccordo governo-maggioranza<sup>(39)</sup>, rappresentano un carattere dell'opposizione certamente non primario. Non costituisce, in altre parole, questa possibile

---

*English Constitution*, London, 1872, trad. it., *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995, 155. Si vedano le osservazioni di BARBERA A., *I parlamenti*, Roma-Bari, 1999, 77 s.

<sup>(37)</sup> Cfr. in argomento: RECCHIA G., *L'informazione delle assemblee parlamentari. Le inchieste*, Napoli, 1979; SANTAOLALLA LÓPEZ F., *El Parlamento y sus instrumentos de información (preguntas, interpellaciones y comisiones de investigación)*, Madrid, 1982; DE VERGOTTINI G. (a cura di), *Le inchieste delle assemblee parlamentari*, Rimini, 1985; LIPPOLIS V., *Indagini conoscitive*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; CERULLI IRELLI V., VILLONE M., *Strumenti conoscitivi delle commissioni parlamentari*, Bologna, 1994; FARACHIO M., *Les sources d'information du parlement*, in *Informations constitutionnelles et parlementaires*, 1996, 26 ss.; FENUCCI F., *I limiti dell'inchiesta parlamentare*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1999.

<sup>(38)</sup> Sul carattere «costruttivo» dell'opposizione e sulla necessità che minoranza e maggioranza concorrano nell'assumere talune decisioni, con ciò qualificando il parlamentarismo democratico, si veda VULPIUS A., *Die Allparteienregierung*, Fankfurt am Main-Berlin, 1957, 194; PETERS H., *Die Opposition in der parlamentarischen Demokratie*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1959-1960, 428 ss. Inoltre, sulla capacità dell'azione di controllo dell'opposizione di influenzare le decisioni del governo, cfr. le opinioni di JENNINGS I., *Cabinet Government*, Cambridge, 1951, 439 ss.; e di CRICK B., *The Reform of Parliament*, London, 1968, 1ss, 246 s.

<sup>(39)</sup> Direttamente, quando l'opposizione è espressamente associata a talune decisioni; indirettamente, quando la stessa presenza delle forze di opposizione e delle sue autonome proposte sono tali da determinare un mutamento di rotta nella deliberazione in corso.



configurazione del ruolo oppositorio un elemento essenziale e specificamente identificativo della funzione in esame<sup>(40)</sup>.

Più specificamente, un diverso orientamento, pur riconoscendo che comunque l'opposizione deve farsi portatrice di una linea alternativa di politica generale, tuttavia nega che alla maggioranza spetti tutto il potere decisionale e all'opposizione esclusivamente quello di contraddire e controllare.

Assumere un angolo di visuale siffatto impedirebbe di scorgere la realtà degli Stati democratici moderni ove sono individuabili «saldi poteri politici nelle mani dell'opposizione»<sup>(41)</sup>. Peraltro, è stato osservato che dove i gruppi parlamentari sono stati dotati di importanti poteri, tra maggioranza e opposizione si è venuta a determinare una sorta di *informal co-government*<sup>(42)</sup>.

Illuminante, al riguardo, il caso inglese. Diffusamente ritenuto il paradigma del sistema competitivo tra maggioranza e opposizione ufficiale, il diritto e l'obbligo che quest'ultima ha di formare un governo qualora le sorti elettorali la favoriscano, giustifica lo svolgimento da parte della stessa di compiti che si potrebbe ritenere essere propri della maggioranza; nonché di certe forme di partecipazione alla attività della maggioranza. Basti pensare al calendario dei lavori settimanali, all'ordine del giorno, alla stessa programmazione dell'intera sessione annuale.

(e) Infine, l'attività di controllo dell'opposizione parlamentare cessa di essere fondata esclusivamente su motivazioni di ordine politico in quegli ordinamenti ove si prevede la facoltà di una minoranza parlamentare di investire l'organo di giustizia costituzionale del *giudizio di legittimità in ordine ad un atto legislativo*.

Anche in questo caso, la potestà della minoranza di opposizione è circoscritta alla fase di impulso e iniziativa, rimanendo la decisione nella esclusiva sfera delle ragioni giuridiche accertate dall'organo di giustizia costituzionale.

Si tratta di un istituto che indubbiamente arricchisce l'armamentario delle garanzie apprestate per tutelare le minoranze. Tuttavia, non sempre l'uso che ne è stato fatto è rimasto estraneo alla strumentalizzazione politica.

Prendendo le mosse dalla constatazione della presenza dell'opposizione parlamentare in tutte le forme di governo riconducibili alla matrice dello stato liberale, il de Vergottini ha ritenuto di poter individuare nella *funzione di opposizione* un

---

<sup>(40)</sup> SICARDI S., *Maggioranza, minoranze e opposizione*, cit., 94; ma anche diffusamente DE VERGOTTINI G., *Lo «Shadow Cabinet»*, cit., 14 ss.

<sup>(41)</sup> MANZELLA A., *Il rapporto maggioranza-opposizione in parlamento*, in *Indagine sulla funzionalità del Parlamento*, a cura dell'ISLE, Milano, 245.

<sup>(42)</sup> VON BEYME K., *Parliamentary Opposition in Europe*, London, 1976, 36 s.



«elemento determinante per riconoscere la forma di governo». Più precisamente la funzione di opposizione opererebbe come «elemento unificante delle varie forme abitualmente studiate nel quadro dello stato liberale» e consentirebbe così di qualificare una particolare «forma di governo ad opposizione garantita»<sup>(43)</sup>.

Sempre secondo questa autorevole opinione, la particolare forma di governo indicata consentirebbe di escludere dalla categoria degli ordinamenti a separazione dei poteri quei sistemi costituzionali che, seppure formalmente si autoqualifichino come parlamentari o presidenziali, sostanzialmente poi escludono la garanzia delle minoranze e la funzione di opposizione rivelandosi, dunque, delle «democrazie di facciata»<sup>(44)</sup>.

Gli ordinamenti con forma di governo ad opposizione garantita presentano alcuni caratteri giuridico-formali.

(a) In primo luogo, l'*istituzionalizzazione* dell'opposizione, in quanto essa risulta essere «parte integrante e permanente delle soluzioni organizzative inserite in costituzione»<sup>(45)</sup>.

(b) In secondo luogo, l'opposizione viene tendenzialmente considerata una «vera e propria *funzione costituzionale*, la cui presenza è indefettibile per il corretto funzionamento dell'ordinamento»<sup>(46)</sup>.

(c) Il terzo elemento di qualificazione della forma di governo ad opposizione garantita viene indicato nel fatto che essa sola è in grado di assicurare la sopravvivenza del principio garantista della *separazione dei poteri*.

In tali ordinamenti, dunque, proprio l'istituzionalizzazione della funzione di opposizione, caratterizzata da una proposta politica alternativa e contrapposta a quella del governo, mette in evidenza il permanere della separazione tra i poteri in funzione garantista.

### 4.3. La modellistica costituzionale di riferimento

Se la funzione di opposizione è funzione costituzionale e non può essere estranea alle costituzioni ritenute dalla *communis opinio* democratiche, è

---

(43) Cfr. DE VERGOTTINI G., *Opposizione parlamentare*, cit., 533 s.; ID., *La forma de gobierno de oposición garantizada*, in *Revista de estudios políticos*, 1979, 5 ss.

(44) Sulle «democrazie di facciata», cfr. in particolare FINER H., *Comparative Government*, London, 1971, 441 ss.; FRIEDRICH C.J., *Constitutions and Constitutionalism*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, III, New York, 1968, 325.

(45) DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., 472.

(46) DE VERGOTTINI G., *op. ult. cit.*, 473.; ID., *Lo «Shadow Cabinet»*, Milano, 1973,

ragionevole interrogarsi su quali siano le norme giuridiche di rango costituzionale che di quella funzione si occupano, in modo espresso o implicito, e da quale *ratio* traggano motivo ispiratore.

Si tratta, in altre parole, di delineare gli elementi di uno *statuto costituzionale* dell'opposizione.

Con riferimento all'ordinamento costituzionale italiano, ma con una valenza d'analisi che può essere estesa ad altri sistemi, Lelio Basso ebbe modo di affermare che le costituzioni di matrice democratica recano in sé almeno i principi di una disciplina delle funzioni e dei diritti delle opposizioni. Spetta alla prassi promuovere lo sviluppo di tali principi e alla dottrina e al diritto positivo costruire il quadro giuridico istituzionale e normativo che serva ad assicurare una efficace attuazione di quei principi<sup>(47)</sup>.

Non deve trarre in inganno il fatto che tra le costituzioni democratiche più evolute il riconoscimento formale dell'opposizione parlamentare sia limitato a pochi casi<sup>(48)</sup>. A titolo esemplificativo, basti ricordare la Costituzione del *land* tedesco del Baden, del 22 maggio del 1947, ove all'art. 120 veniva data una definizione della opposizione in forza della quale i partiti che la esercitano devono «sentirsi corresponsabili dell'assetto della vita politica e della guida dello stato»; ove necessario, esercitare la propria critica «obiettiva, positiva e costruttiva»<sup>(49)</sup>; e inoltre «trovarsi pronti ad assumere, se del caso, la responsabilità del governo».

Successivamente, e sempre nella Repubblica federale di Germania, la Costituzione della città-stato di Amburgo, in seguito alla riforma del 1971, stabilì all'art. 23 che «l'opposizione è parte essenziale della democrazia parlamentare. Assolve alla funzione permanente di suscitare la critica dell'opinione pubblica verso il programma di governo, tanto nella sua essenza, quanto nei suoi aspetti concreti. Essa rappresenta l'alternativa politica alla maggioranza di governo».

---

*passim*; RAUSCH H., *Bundestag und Bundesregierung. Eine Institutionenkunde*, Munchen, 1976, 23 ss.

<sup>(47)</sup> Cfr. BASSO L., *Natura e funzioni dell'opposizione nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, 391.

<sup>(48)</sup> Cfr. DEL MONACO A., *L'opposizione politica in trasformazione*, in *Il Politico*, 1989, 641 ss.

<sup>(49)</sup> E' stato osservato che l'aver vincolato, ai sensi del l'art.120, comma 3, la critica dell'opposizione a criteri di obiettività e costruttività, non ha significato alcuna restrizione alla libertà di opposizione, in quanto il riferimento non sarebbe stato propriamente alla attività concreta del Governo, ma piuttosto alla comune responsabilità dei partiti verso il sovraordinato «interesse del *Land*». Cfr. MEZZETTI L., *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, cit., 32.

Un ulteriore esempio di formalizzazione dell'opposizione parlamentare a livello costituzionale, è rinvenibile -questa volta con riferimento all'ordinamento statale- nella Costituzione portoghese del 1976, più volte emendata fino alla recente revisione del 1997.

L'art. 114 Cost.<sup>(50)</sup>, stabilisce, rispettivamente al secondo e terzo comma, che: «E' riconosciuto alla minoranza il diritto di opposizione democratica, nei termini previsti dalla costituzione e dalla legge.

I partiti politici rappresentati nella Assembleia della Repubblica e che non fanno parte del Governo godono, in particolare, del diritto di essere informati regolarmente e direttamente dal Governo sull'andamento delle principali decisioni di interesse pubblico. [...]»<sup>(51)</sup>.

La tutela giuridica esplicita della opposizione parlamentare ha, come è noto, il suo modello paradigmatico nell'esperienza britannica, ove alla carenza -per ovvie ragioni- del riconoscimento in un testo costituzionale formale, corrisponde una diffusa normativa sub-costituzionale e un complesso di regole consuetudinarie, costituzionali e non. Al di là di quell'ordinamento, e fatte salve quelle che hanno subito un diretto influsso del sistema britannico, l'opposizione parlamentare in genere non viene esplicitamente menzionata nelle Carte costituzionali a contenuto democratico.

In una prospettiva comparativa, dunque, deve constatarsi che il grado di formalizzazione giuridica a livello costituzionale dell'opposizione politico-parlamentare è significativamente inferiore al rilievo che invece l'istituto assume nell'ambito dei sistemi democratici, dei quali le costituzioni che tacciono sull'opposizione rappresentano la struttura normativa portante.

Sarebbe però affrettato, oltre che sostanzialmente infondato, trarre da questa, peraltro elementare, constatazione indicazioni riguardo al grado di sostanziale rilievo che gli ordinamenti costituzionali che sul punto *tacciono* attribuiscono all'istituto.

In realtà, generalmente un complesso di norme costituzionali conferisce funzioni e poteri alle minoranze organizzate proprio in ragione di quella matrice

---

<sup>(50)</sup> Si è consultato il testo della Costituzione portoghese tradotto in italiano nella edizione a cura di PALICI DI SUNI PRAT E., CASSELLA F., COMBA M., *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione europea*, Padova, 1998, 565 ss.

<sup>(51)</sup> Le affermazioni della disposizione costituzionale portoghese hanno trovato ulteriore esplicazione e articolazione nella legge 5 agosto 1977, recante lo «Statuto del diritto di opposizione». Tale legge, in relazione a ciò che si afferma nel suo preambolo, riconosce in forma legale un complesso di diritti politici destinati a rinforzare l'efficacia pratica di quelli sanciti dalla Carta costituzionale.

democratica che qualifica gli ordinamenti stessi. In tal modo i gruppi politici rappresentati in parlamento ed esclusi dal governo, hanno la facoltà, e quindi la libertà politica, di *indossare le vesti* dell'opposizione e di comportarsi come tali.

Se è vero che la mancata formalizzazione costituzionale dell'istituto non può interpretarsi come irrilevanza dell'opposizione in quegli ordinamenti, non può destare stupore il fatto che i regolamenti parlamentari degli stessi ordinamenti dedichino spazio e rilievo all'attività dell'opposizione parlamentare.

Il punto è che spazio e rilievo risultano estremamente diversificati sia in termini di quantità che di qualità, almeno in ordine alla efficacia degli strumenti previsti rispetto all'azione oppositoria.

In linea teorica dovrebbe essere possibile tracciare una connessione diretta tra statuto costituzionale dell'opposizione e disciplina sub-costituzionale della stessa, ammettendo che uno statuto costituzionale sia rinvenibile anche laddove la costituzione taccia ogni riferimento esplicito all'opposizione.

La disciplina sub-costituzionale, che come si è detto si avvale prevalentemente del veicolo offerto dai regolamenti parlamentari, comprende anche prassi, convenzioni e consuetudini che, nel loro insieme, costituiscono la fitta trama di quello che potremmo chiamare, senza ulteriori specificazioni, *statuto giuridico dell'opposizione*.

Le finalità che con tale sistema di norme usualmente si perseguono possono ricondursi alla esigenza di assicurare giuridicamente una situazione di equilibrio e di relativa uguaglianza tra maggioranza e opposizione nell'accesso agli strumenti per una politica attiva.

E dunque: accesso alle informazioni, ai mezzi di diffusione e comunicazione; capacità di concorrere alla (o influire sulla) determinazione dell'agenda politica (il che significa, in altre parole, determinare i contenuti del dibattito politico e dei procedimenti che esso deve seguire); in sintesi, pari opportunità tra le parti per garantire e salvaguardare il dibattito politico e l'opinione pubblica dal pericolo di manipolazioni<sup>(52)</sup>.

In sintesi, secondo autorevoli studiosi, uno statuto *ad hoc* serve ad assicurare un consenso minimo su questioni essenziali; consentire una verifica, in condizioni di parità, sul rispetto di alcuni diritti essenziali, per non rendere irreversibile la prima scelta; e, infine, agevolare l'attesa degli esclusi<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Cfr. in tal senso SÁNCHEZ NAVARRO A.J., *La oposición parlamentaria*, Madrid, 1997, 58.

<sup>(53)</sup> Tali indicazioni sono suggerite da QUERMONE J.L., *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, 63; e da CASSESE S., *Maggioranza e minoranza*, Milano, 1995, 56.

Poiché, come si è cercato di illustrare, l'identità dell'opposizione va ricostruita sulla base della funzione assoluta, prima ancora che sulla formalizzazione legale, sembra quindi di una certa utilità estendere la nozione di *statuto* a elementi ulteriori rispetto a quelli positivizzati. Conseguentemente, lo *statuto giuridico dell'opposizione* risulterà costituito dal complesso di regole giuridiche, scritte e non scritte, che determinano e disciplinano un insieme di diritti, potestà, doveri, competenze e mezzi attraverso i quali le minoranze che integrano il soggetto politico «opposizione parlamentare», sono messe in grado di assolvere la propria funzione costituzionale.

#### 4.4. «Her Majesty's Loyal Opposition»

Il grado di istituzionalizzazione che l'opposizione parlamentare raggiunge nel sistema britannico presenta probabilmente un livello difficilmente riscontrabile altrove. Giocano, naturalmente, a favore di questo stato di cose circostanze storiche e politiche (dal sistema elettorale maggioritario all'assetto bipolarizzato del sistema dei partiti; dalla competizione tra maggioranza e opposizione alla ciclica alternanza al potere; ed altri ancora) peculiari di quell'ordinamento.

Ne deriva un singolare *statuto giuridico* dell'opposizione parlamentare britannica che, tuttavia, per le ben note ragioni, sul piano formale non può qualificarsi come «statuto costituzionale».

Il punto intorno al quale si incentra il carattere paradigmatico del modello britannico, sta nella configurazione di un autentico contropotere quale è, nella forma e nella sostanza, lo *Shadow Cabinet*.

La scelta di espressioni linguistiche suggestive, peraltro, ha voluto in qualche modo rappresentare il particolare significato che deve riconoscersi, in quel sistema, all'opposizione parlamentare. Così, intorno alla metà degli anni '60, Allen Potter preferiva discutere di *Opposition with a Capital «O»*<sup>(54)</sup>, per identificare il partito non integrato nel governo con il maggior numero di seggi alla Camera dei Comuni.

La chiara e netta identificazione dell'opposizione - resa agevole dal fatto che sono due i partiti di maggior rilievo, i quali presentano un alto grado di coesione interna e dimostrano, sia in parlamento che in campagna elettorale, una notevole propensione alla competizione - consente una forte istituzionalizzazione di tale soggetto politico, al punto che suggestivamente si

---

<sup>(54)</sup> POTTER A., *Great Britain: Opposition with a Capital «O»*, in DAHL R. (a cura di), *Political Oppositions in Western Democracies*, New Haven-London, 1966, 340 s.

parla di *Her Majesty's Loyal Opposition* o, sempre con gli stessi toni, di *Branch of Her Majesty's Government*<sup>(55)</sup>.

L'*opposizione ufficiale*, il partito di minoranza con maggior seguito parlamentare, e il suo *leader* concorrono, dunque, all'esercizio di funzioni costituzionali sulla base di un complesso di norme, costituite da convenzioni costituzionali, oltre che disposizioni di legge, regolamenti parlamentari e regolamenti dei *parliamentary parties*.

Si è sostenuto che una sorta di *paradosso costituzionale* caratterizzerebbe il ruolo dell'opposizione nel sistema britannico. Da un lato, infatti, compito dell'opposizione è appunto contrapporsi alle politiche del governo. La stessa struttura fisica della Camera dei Comuni incoraggia il dibattito e il contraddittorio con i membri dei due schieramenti che si fronteggiano. Le stesse procedure sono ispirate a consentire la contrapposizione dialettica.

Tuttavia, e in ciò starebbe il paradosso, il primo ministro invita il *leader* dell'opposizione a cooperare - anzi, ci si aspetta che l'opposizione intera cooperi con i ministri - nella conduzione quotidiana degli affari parlamentari<sup>(56)</sup>.

In realtà, quello che a prima vista appare come un paradosso, risponde ad una logica coerente che si sviluppa lungo l'asse che disciplina l'opposizione e il suo ruolo.

Pur senza pretesa di trattare esaustivamente il tema dello *shadow government* in Gran Bretagna, conviene articolare l'esposizione in due punti: (a) il *leader* dell'opposizione; (b) lo *Shadow Cabinet*.

#### **(a) Il leader dell'opposizione**

L'identificazione della persona che è chiamata a rivestire il ruolo di capo dell'opposizione alla Camera dei Comuni, generalmente non dà luogo a dubbi di sorta. Qualora vi fossero dubbi sulla individuazione del maggiore partito di opposizione per effetto della assegnazione dei seggi<sup>(57)</sup>, spetterà allo *speaker*

---

<sup>(55)</sup> Cfr. DENVER D., *Great Britain: from 'Opposition with Capital «O»' to Fragmented Opposition*, in KOLINSKY E. (a cura di), *Opposition in Western Europe*, London, 1987, 78 ss.; JOHNSON N., *Opposition in the British Political System*, in *Government and Opposition*, 1997, 489.

<sup>(56)</sup> In tal senso BRAZIER R., *The constitutional Role of the Opposition*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1989, 131.

<sup>(57)</sup> La questione si pose nel 1918 quando, tra i partiti estranei alla coalizione di governo di Lloyd George, Sinn Fein ottenne 78 seggi, i Laburisti 63 e gli Asquithian Liberals 28. Evidentemente, spettava allo Sinn Fein la *leadership* dell'opposizione. Tuttavia i Laburisti obiettarono

decidere su ogni punto della disputa. Questo potere-dovere gli venne conferito nel 1937<sup>(58)</sup> con la stessa legge che poneva fine alle possibili incertezze riguardo a chi dovesse assumere il ruolo di *leader* dell'opposizione. Infatti, in base alla definizione fornita dall'art. 5 del *Minister of the Crown Act, 1937*<sup>(59)</sup>, il *leader* dell'opposizione è «il capo di quel partito in opposizione al governo di Sua Maestà, che ha nella Camera dei Comuni la maggiore forza numerica»<sup>(60)</sup>.

Sul piano dei doveri costituzionali che incombono al capo dell'opposizione, quello di gran lunga predominante, per quanto possa apparire tutt'altro che un

---

che tutti i seggi dello Sinn Fein erano di espressione irlandese, il che avrebbe impedito una reale ed ampia opposizione al Governo. La questione fu risolta dal Mr. *Speacker* Lowther prevedendo che il Presidente dei laburisti e il *leader* degli Asquithian Liberals avessero diritto ad un proprio turno nel porre questioni e domande al governo, nonché nell'apertura e nella chiusura dei più rilevanti dibattiti parlamentari.

Nel 1940 i tre partiti nazionali formarono una coalizione di guerra escludendo da essa le piccole formazioni. Si pose, dunque, il problema di individuare il partito che svolgesse la funzione ufficiale di *opposizione* ai sensi della legge del 1937. Lo *Speaker*, pur considerando le circostanze del tutto eccezionali, dovette concludere per l'inesistenza di un partito di opposizione ufficiale non essendovi alcuna formazione politica in Parlamento che presentasse i requisiti elementari per aspirare a formare un governo alternativo. In altre parole, mancavano le condizioni oggettive per perché fosse assolta la funzione costituzionale di opposizione parlamentare. Naturalmente, nessuno stipendio fu pagato per il ruolo di *leader* dell'opposizione. Cfr. ULLSWATER W., *A Speacker's Commentaries*, London, 1925, vol. 2, 251 s.; PUNNET R., *Front-Bench Opposition. The Role of the Leader of the Opposition, the Shadow Cabinet and Shadow Government in British Politics*, London, 1973, 81 ss.

(58) L'art. 10, comma 3, della citata legge del '37 stabilisce che spetta allo Speaker decidere per iscritto e senza possibilità di appello riguardo al partito di opposizione che debba esprimere il *leader* della stessa.

(59) Cfr. ora art. 2 del *Minister of the Crown Act, 1975*.

(60) La stessa legge introdusse la previsione di un salario per il capo dell'opposizione, oltre al diritto ad un'auto di servizio, con ciò rendendo ancor più evidente il carattere istituzionale dell'opposizione parlamentare la quale veniva ad essere attrezzata anche finanziariamente per l'assolvimento delle sue funzioni primarie. A partire dal 1975 è stato messo a punto un sistema di finanziamento a favore dell'opposizione. L'entità delle risorse è stabilita in base alla combinazione di due criteri: numero dei parlamentari dell'opposizione e voti ricevuti alle elezioni politiche. Nel corso degli anni, l'ammontare è gradualmente cresciuto e, attualmente, l'opposizione ufficiale che è uscita dalle urne del 1997 riceve 1,5 milioni di sterline all'anno. Tale somma è destinata a finanziare lo *staff* e i servizi di supporto all'attività del *leader* dell'opposizione e dei membri dello *shadow cabinet*. Cfr. per i dettagli WINETROBE B.K., *Parliamentary Pay and Allowances; The current rates*, in *Research Paper 97/1*, House of Commons Library, London, 1997, 23 ss. Si veda poi, da ultimo, FISHER J., *Il finanziamento dei partiti politici in Gran Bretagna*, in *Quad. cost.*, 1999, 273 ss.

*dovere*, consiste nel diventare Primo ministro. In effetti gli obblighi costituzionali del *leader* dell'opposizione attengono al complesso delle sue iniziative e azioni che, tutte, in opposizione all'indirizzo del governo, vengono assunte con lo scopo e nella prospettiva di essere chiamato ad assumere l'incarico di Primo ministro.

La maggior parte del carico di lavoro quotidiano del *leader* dell'opposizione consiste naturalmente nel guidare il suo partito in Parlamento e di fronte alla nazione.

La valenza politico-costituzionale del suo ruolo è sostanzialmente legata al fatto che il capo dell'opposizione è considerato un potenziale capo di governo. Sicché, rispetto ai suoi collaboratori e agli incarichi conferiti ai membri dello *Shadow Cabinet*, egli esercita un potere di *patronage* i cui effetti si proiettano nel futuro. Si ritiene infatti comunemente che la fiducia riposta nei suoi collaboratori si tradurrà in incarichi di governo una volta che il *leader* avrà assunto il ruolo di primo ministro, rafforzando così il grado di coesione gerarchica all'interno della struttura organizzata dell'opposizione. Si tratta di circostanze che spiegano ampiamente il peso che il capo dell'opposizione assume, quale organo monocratico, in quei sistemi di tipo bipolare dove la prospettiva di alternanza presenta connotazioni realistiche<sup>(61)</sup>.

Quanto alle sue funzioni parlamentari, norme procedurali consolidate da tempo gli assicurano mezzi e strumenti di comprovata efficacia. Nel fronteggiare il *leader of the House* dal banco dell'opposizione, egli è portavoce per il suo schieramento nelle repliche al primo ministro; insieme ai Whips, discute con la controparte governativa le questioni più spinose «behind the Speaker Chair»; pone le interrogazioni orali di maggior peso politico in occasione del *Prime Minister's Question Time*, due giorni a settimana. Dall'esito di questo costante confronto settimanale può dipendere la stabilità del Governo e la prospettiva di rotazione<sup>(62)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Illustra lucidamente questa situazione DE VERGOTTINI G., *Opposizione parlamentare*, cit., 552.

<sup>(62)</sup> Sul fondamentale rilievo strategico assunto dal *Prime Minister's Question Time*, cfr. JOHNES G.W., *The Prime Minister and Parliamentary Questions*, in *Parliamentary Affairs*, 1973, 260 ss.; MACDONALD O., *Parliament at Work*, London, 1989, 143 ss.; ALDERMANN R.K., *The Leader of Opposition and Prime Minister's Question Time*, in *Parliamentary Affairs*, 1992, 66 ss.; DUNLEAVY P., JONES J.W., O'LEARY B., *Prime Ministers and the Commons: Patterns of Behaviour, 1868 to 1987*, in *Public Administration*, 1990, 123 ss.; GRIFFITH J.A.G., RYLE M., *Parliament, Functions, Practice and Procedures*, London, 1989, 254 ss.; DE VERGOTTINI G., *opposizione parlamentare*, cit., 553; CARVALE G., *Il Governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, 1997, 168; JOHNSON N., *Opposition in the British Political*, cit., 492.



Per quanto il proposito più importante di un'opposizione è di contrastare l'indirizzo politico di governo, in Gran Bretagna il capo dell'opposizione occasionalmente deve valutare se schierarsi a fianco del governo in carica, così da offrire una collaborazione limitata al primo ministro, quando questi gli offra accesso a informazioni confidenziali e riservate o lo inviti a prendere parte alle consultazioni sulla politica del governo.

I motivi per cui un Governo organizzi simili consultazioni sono abbastanza variegati. Talvolta, gli stessi ministri possono ritenere che talune importanti informazioni debbano essere conosciute dalla persona che un giorno potrebbe essere primo ministro; talora, invece, le consultazioni sono rivolte a indurre il *leader* dell'opposizione a considerare la politica del governo non così indifendibile o maldiretta, almeno su quella particolare problematica, come potrebbe altrimenti ritenere; ovvero, addirittura, a indurre ad un acquiescente silenzio l'opposizione una volta che sia stata messa al corrente dei fatti.

Al di là della retorica della dura contrapposizione fra i partiti, la storia costituzionale mostra che le consultazioni fra primo ministro e capo dell'opposizione sono state più estese di quanto non si ritenga normalmente. Peraltro, consultazioni di questo tipo hanno avuto luogo prevalentemente in due aree della politica: affari costituzionali e affari esteri e difesa.

### ***(b) Lo Shadow Cabinet***

In breve, con lo sviluppo del sistema partitico in seno al Parlamento e particolarmente intorno alla metà e alla fine del XIX secolo, la necessità di dar vita all'interno dell'Assemblea legislativa ad un partito estraneo al Governo, venne soddisfatta dai membri del precedente *Cabinet* che dettero vita, con un termine che entrò in voga negli anni '80 dello scorso secolo, allo *Shadow Cabinet*<sup>(63)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Intorno alla metà dello scorso secolo gli ex-ministri del governo passato all'opposizione presero a riunirsi come *old cabinet* o *late cabinet*. In tali occasioni si occupavano degli affari parlamentari del proprio partito o delle opportunità politiche su cui costruire una prospettiva concreta di tornare al governo. E' in questa prassi che si suole ravvisare l'origine dello *shadow cabinet*. In particolare, ci si riferisce al 1868 quando il Gladstone, in una breve fase in cui si trovò all'opposizione, riunì regolarmente il *late cabinet* liberale per impostare e dirigere l'offensiva politica che in breve lo avrebbe riportato al governo. Per una ricostruzione storica delle origini dello Shadow Cabinet, si vedano: TURNER J., *The Shadow Cabinet in British Politics*, Cambridge, 1969, 10 ss.; MACKINTOSH J.P., *The British Cabinet*, London, 1962, 259 ss.; de Vergottini G., *Lo «Shadow Cabinet»*, cit., 49 ss.; MISSIROLI A., *I «governi» dell'opposizione: Gran Bretagna e Repubblica federale tedesca*, in PASQUINO G. (a cura di), *Opposizione, governo ombra, alternativa*, cit., 91 ss.

Si tratta, dunque, di un organismo collegiale che integra e supporta l'azione e il ruolo dell'organo monocratico della struttura oppositoria, vale a dire il *leader* dell'opposizione. Un collegio che dirige l'azione parlamentare di controllo e critica dell'operato del Governo, fronteggia i ministri della Corona dai banchi ad essi opposti e si compone di quelli che, probabilmente, saranno i futuri ministri.

All'interno di questo collegio direttivo dell'opposizione il *leader*, che lo presiede, detiene poteri rilevanti, può contare su una forte coesione della compagine e si avvale di un sistema gerarchico la cui rigidità, tuttavia, può costituire una variabile<sup>(64)</sup>.

Esistono infatti significative differenze tra i due principali partiti britannici quanto ai governi ombra, sotto il profilo organizzativo interno. Differenze che in questa sede non possono essere indagate, ma che sono riconducibili sostanzialmente ai diversi criteri cui sono informati i rapporti tra i *leader* e le altre componenti del partito. Basti pensare, a titolo di mera esemplificazione, che la formazione dello *Shadow Cabinet* risponde a criteri elettivi nel partito Laburista, contrariamente a quanto avviene nel partito Conservatore, dove sono nominati, a sua discrezione, dal *leader*. Evidentemente, nel primo caso possono trovare posto nel direttivo parlamentare dell'opposizione anche esponenti di correnti interne diverse da quella del *leader*, incrinando così in qualche misura il tasso di coesione interna<sup>(65)</sup>.

La progressiva e pervasiva istituzionalizzazione del governo ombra britannico, si manifesta anche nella tendenza a modellarne la struttura organizzativa su quella governativa. Così, ai membri del *Cabinet* corrispondono quelli dello *Shadow Cabinet*; ai ministri esterni al gabinetto governativo, ma facenti parte del *Government*, si contrappongono gli *opposition front bench spokesmen* che

<sup>(64)</sup> Mette a fuoco la necessità di considerare il ruolo del *leader* dell'opposizione in relazione al collegio che presiede, DE VERGOTTINI G., *Opposizione parlamentare*, cit., 555; ID., *L'organizzazione dell'opposizione in Gran Bretagna. In margine alla nomina del nuovo Leader del partito conservatore*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1974, 51 ss.

<sup>(65)</sup> A tale proposito conviene rifarsi ai vari *Standing Orders* dei principali partiti, dai quali si evincono le regole attinenti la struttura interna. Si diffonde, peraltro, sulla diversa organizzazione del governo ombra nei due principali partiti, BRAZIER R., *The Constitutional Role of the Opposition*, cit., 142 ss. In particolare egli rileva che il governo ombra conservatore ha sempre avuto tre caratteristiche che lo distinguono dalla controparte laburista. Non è mai stato soggetto a regole formali; i suoi membri sono sempre stati scelti a discrezione personale del *leader* e i suoi metodi di lavoro dipendono ampiamente dalla personalità e dalla volontà del *leader* stesso. In stridente contrasto, la disciplina dei laburisti al di fuori del governo è sempre stata più formale, essendo basata sugli *Standing Orders* del partito laburista. Questi prevedono le elezioni del governo ombra e lasciano al *leader* scarsa discrezionalità nella scelta dei suoi colleghi.

integrano il *Cabinet* nello *Shadow Government*. Inoltre, conformemente ad una tendenza invalsa nella prassi governativa, anche nell'opposizione il *leader* convoca riunioni ristrette di alcuni ministri (*Inner Shadow Cabinet*) così come vengono frequentemente formati comitati specializzati, presieduti dai ministri ombra e composti da *frontbenchers* e *backbenchers*, con funzioni preminentemente consultive<sup>(66)</sup>.

Attraverso una struttura così complessamente articolata, il principale partito di opposizione tiene alta, di fronte all'elettorato, la concreta possibilità di sostituire il proprio programma politico a quello del Governo in carica, rendendo concreta e tangibile la prospettiva dell'alternanza.

E' questa, d'altra parte, la ragione per cui il governo ombra dirige l'attività oppositoria avvalendosi dei numerosi strumenti di controllo e critica dell'azione di governo che l'ordinamento costituzionale predispone.

Infine, v'è da rilevare che l'atipicità del modello dell'opposizione inglese e -soprattutto la variabile costituita da- i presupposti empirici del sistema, hanno indotto la dottrina comparatistica a risolversi per una limitata esportabilità dell'istituto del gabinetto ombra. Altrimenti detto, considerata la natura fortemente empirica dei presupposti necessari allo *shadow cabinet system*, che per forza di cose li rende suscettibili di atteggiarsi in uno sterminato numero di modi; considerato inoltre che ogni processo di importazione costituzionale non è scevro da adattamenti e ibridazioni dettati dalle peculiari condizioni dell'ordinamento *importatore*; considerato infine che nessun processo di importazione costituzionale può tradursi in una clonazione del modello esemplare, e questo per ragioni complesse che hanno le loro radici nella storia politica e costituzionale di un ordinamento; tutto ciò considerato, dunque, non desta alcuno stupore che l'istituto britannico dello *shadow cabinet* resti ancora oggi sostanzialmente una esperienza peculiare dell'ordinamento del Regno Unito.

#### **4.5. La funzione di opposizione nel progetto di revisione costituzionale. Alcune ipotesi integrative**

Il progetto di revisione in esame offre alcuni spunti interessanti in ordine ad una ipotesi di statuto costituzionale dell'opposizione. L'impressione, tuttavia, è che si tratti di misure quanto meno timide rispetto alla decisa affermazione del ruolo del Primo ministro e dunque non sufficienti a determinare un contrappeso all'asse Primo ministro-Governo-maggioranza.

---

<sup>(66)</sup> Cfr. DE VERGOTTINI G., *L'organizzazione della opposizione*, cit., 94 ss.; PUNNET R.M., *British Government and Politics*, London, 1968; Id., *Front-Bench Opposition*, cit., 233 ss.

Il nucleo forte di tali misure è rinvenibile nel nuovo art. 64, comma 4, Cost. in base al quale spetta al regolamento della Camera dei deputati garantire, insieme alle prerogative del Governo e della maggioranza, i diritti delle opposizioni in ogni fase dell'attività parlamentare. Dunque, un rinvio alla disciplina del Regolamento il quale è approvato -in ogni sua parte- con la maggioranza dei 3/5 dei voti espressi e comunque con un quorum non inferiore alla maggioranza assoluta (207) dei componenti (412) l'Assemblea (maggioranza assoluta richiesta già oggi dalla Costituzione vigente). Dunque una disciplina dei diritti dell'opposizione rimessa sostanzialmente nelle mani della maggioranza.

Più in dettaglio, a mo' di riserva del regolamento rinforzata, la stessa disposizione costituzionale indica alcuni dei contenuti necessari del regolamento: a) la necessità che si disponga in ordine alle modalità di iscrizione all'ordine del giorno di proposte e iniziative indicate dalle opposizioni, con riserva dei tempi e previsione di un voto finale; b) le modalità di elezione e i poteri del Capo dell'opposizione; c) la riserva ai deputati dell'opposizione della Presidenza delle Commissioni, delle Giunte e degli organismi interni cui sono attribuiti compiti ispettivi, di controllo o di garanzia.

Se si ha presente la modellistica costituzionale, sopra richiamata, in tema di opposizione parlamentare in regime maggioritario, non potrà non osservarsi quanto segue.

In primo luogo, la necessità di assegnare agli spazi riservati all'opposizione quelle condizioni e quel rilievo che consentano all'opposizione stessa di costruire e offrire all'opinione pubblica puntualmente la prospettiva dell'alternanza.

In secondo luogo, la costituzionalizzazione del *leader* dell'opposizione potrebbe restare priva di effetti se non fosse contornata di quegli strumenti idonei a farne il primo candidato alla futura carica di Primo ministro. A tale proposito, se da un lato sembra opportuna -stante il quadro ancora assai articolato degli attuali schieramenti politici nel nostro paese- la previsione di un *leader* dell'opposizione eletto, il quale potrebbe non coincidere con il *leader* dello schieramento che ha ottenuto il maggior numero di voti dopo la coalizione vincente le elezioni. Dall'altra, proprio questa circostanza potrebbe costituire un elemento di debolezza dello stesso *leader*: non è infatti sempre agevole indicare all'inizio della legislatura nella quale si sono perse le elezioni chi sarà il proprio candidato alla poltrona di Primo ministro delle prossime elezioni.

In terzo luogo, l'attività di controllo (in tutte le sue manifestazioni) sulla politica del Governo deve essere realmente e saldamente nella disponibilità dell'opposizione.

Sicché, anche l'innalzamento da un decimo a un quinto dei componenti la Camera del numero di deputati necessario a sottoscrivere la mozione di sfiducia

(nuovo art. 94, comma 3, Cost.), sembra essere nel senso dell'affievolimento della efficacia degli strumenti di controllo, quanto meno -come in questo caso- sotto il profilo della capacità di impulso.

Ora, tutte queste considerazioni portano al regolamento della Camera dei deputati che resta sostanzialmente nella disponibilità della maggioranza, mentre si sarebbe potuti prevedere *quorum* più elevati, quanto meno proprio in relazione alle disposizioni regolamentari recanti lo statuto giuridico dell'opposizione.

Ora, passando alle considerazioni propositive, deve ricordarsi che lo *statuto giuridico dell'opposizione* è generalmente costituito dal complesso di regole giuridiche, scritte e non scritte, che determinano e disciplinano un insieme di diritti, potestà, doveri, competenze e mezzi attraverso i quali le minoranze che integrano il soggetto politico «opposizione parlamentare», sono messe in grado di assolvere la propria funzione costituzionale.

Ci si chiede, allora, se non si possano individuare alcune norme a livello di costituzione che, pur se non espressamente riferite all'opposizione parlamentare, traccino tuttavia le linee di fondo della funzione costituzionale di opposizione. Norme collocate a un livello gerarchico superiore, destinate -per loro stessa natura- a non andare incontro a quella variabilità e mutevolezza che caratterizza, almeno in alcuni sistemi, la normativa che ha per destinatari gli attori politici.

Disposizioni costituzionali, dunque, dalle quali trarre un sistema coerente di norme aventi ad oggetto elementi riconducibili, in modo diretto o indiretto, ad una funzione oppositoria politico-parlamentare; in altre parole, uno *statuto costituzionale dell'opposizione*.

In linea di principio, lo *statuto costituzionale* altro non sarebbe se non una parte del più ampio *statuto giuridico dell'opposizione parlamentare*. Al tempo stesso di tale statuto sono parte integrante quelle disposizioni le quali, ancorché prive del rango costituzionale, finiscono per essere costituzionalmente necessarie all'effettivo esplicarsi della funzione costituzionale dell'opposizione.

Un'utile schema di articolazione dello statuto costituzionale dell'opposizione sembra possa essere ricondotto alla dicotomia strutturale dell'opposizione; vale a dire, la componente *organica* e la componente *funzionale*<sup>(67)</sup>.

Percorrendo questa bipartizione, sono riconducibili alla componente *organica* dell'opposizione:

---

(67) Nella ricostruzione dello schema che segue, si è tratto spunto anche dalla articolazione suggerita da SICARDI S., *Maggioranza, minoranze e opposizione*, cit., 73 ss.

- (a) le norme che sanciscono il riconoscimento della esistenza, della presenza dell'opposizione e/o delle minoranze politiche in seno agli organi parlamentari;
- (b) le norme che hanno riguardo, in senso garantista, all'attività e alla partecipazione dell'opposizione alla vita dell'assemblea parlamentare e, più in generale, al dibattito politico (si pensi, ad esempio, alla riserva di legge).

Appartengono a questa sfera i diritti politici e i meccanismi di garanzia della *par condicio* tra gli attori del sistema;

- (c) in particolare, i meccanismi destinati a garantire la rappresentanza di minoranze politiche in seno agli organi dell'apparato istituzionale, sia attraverso la previsione di maggioranze qualificate o rinforzate per l'elezione dei titolari; sia attraverso meccanismi di elezione che assicurino negli organi collegiali un minimo di pluralismo;
- (d) la disciplina degli istituti che hanno, tra i loro fini, quello di garantire il corretto svolgimento dei lavori assembleari nel rispetto delle prerogative delle minoranze politiche (si pensi al presidente dell'assemblea o ad altre figure istituzionali con ruoli arbitrari e di terzietà).

La componente *funzionale*, come si ricorderà, attiene al profilo dinamico o, se vogliamo, del protagonismo dell'opposizione parlamentare; protagonismo che si riflette in via primaria nella fase del procedimento, ma che deve lasciare il campo alla regola maggioritaria nella fase decisionale, salvo eventuali innalzamenti del *quorum*.

Sono ad ogni modo riconducibili a questa sfera:

- (e) le disposizioni che mirano a consentire una qualche influenza delle minoranze nel processo decisionale<sup>(68)</sup>, quando si tratti di temi di particolare rilievo costituzionale. In genere, vengono attivati meccanismi che prevedono innalzamento del *quorum* rispetto alla regola della maggioranza semplice o relativa;
- (f) le norme che investono la minoranza di opposizione di alcune rilevanti potestà, vale a dire, poteri esercitabili autonomamente e suscettibili di produrre effetti

---

<sup>(68)</sup> Non sfugge ad alcuno il fatto che l'innalzamento del *quorum* non è di per sé solo in grado di assicurare una effettiva influenza dell'opposizione sulla decisione, dipendendo ciò comunque dalla ampiezza dello schieramento di maggioranza. Questa potrebbe essere tale da annullare l'effetto di coinvolgimento delle minoranze politiche. D'altronde, l'elevazione dei *quorum* è generalmente dettata dalla necessità di assicurare su quella particolare materia una più ampia adesione in sede di formazione della volontà parlamentare.

giuridici unilateralmente. Naturalmente questi effetti sono circoscritti alla fase di iniziativa o di impulso del procedimento.

In questa categoria sono a loro volta usualmente riconducibili alle tipiche funzioni parlamentari (produzione legislativa, controllo e, in Si tratta, per lo più, dunque, di *potestà proceduralmente vincolanti*, esercitabili da minoranze qualificate, dotate cioè di una certa *capacità oppositoria*.

Tali potestà sono a loro volta suscettibili di essere distinte secondo una duplice prospettiva:

- (1) le potestà che attivano procedimenti destinati a svolgersi e a risolversi nell'ambito dell'assemblea parlamentare;
- (2) ovvero, potestà che si traducono in istanze dell'opposizione rivolte a soggetti istituzionali terzi rispetto all'arena assembleare, di fronte ai quali viene così a instaurarsi un procedimento. Naturalmente, spetterà ai soggetti investiti adottare la decisione a chiusura del procedimento; decisione i cui effetti sono destinati a prodursi nella sfera dell'indirizzo politico di maggioranza. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla potestà di minoranze d'opposizione di rivolgersi al giudice costituzionale per promuovere un giudizio di legittimità; oppure, alle procedure di *referendum* che l'opposizione può attivare, a seconda della tipologia referendaria, direttamente o indirettamente.

E' appena il caso, poi, di far rilevare che le norme costituzionali riconducibili allo *statuto dell'opposizione* sono a loro volta strettamente correlate in modo sistemico ad altre, anch'esse costituzionali, recanti principi e regole in qualche modo funzionali o strumentali allo *statuto*.

Si pensi ai limiti alla revisione costituzionale, alla inviolabilità di talune situazioni giuridiche soggettive; la stessa rigidità della costituzione e gli strumenti predisposti a presidio della stessa rigidità fanno *sistema* con le disposizioni dello statuto costituzionale dell'opposizione.

Potrebbe risultare superfluo, poi, ogni riferimento al principio di uguaglianza e alle altre disposizioni costituzionali che si pongono come presupposto necessario all'azione e all'articolazione organizzativa delle minoranze stesse (libertà personale, libertà di manifestazione del pensiero, libertà di riunione e di associazione, ecc.).

Inoltre, la previsione di tempi e scadenze al cui verificarsi vengono attivate meccanicamente procedure di verifica del consenso e della rappresentanza politica, attraverso dunque consultazioni elettorali o deliberazioni elettive, assicura al sistema democratico la capacità di rigenerarsi, senza soggiacere alla possibile tirannia della maggioranza. Si tratta, in buona sostanza, di un complesso di variabili di natura giuridico-istituzionale che rappresentano l'*humus* per uno statuto

costituzionale dell'opposizione e, al tempo stesso, la rete connettiva che lega l'opposizione politico-parlamentare al contesto costituzionale in cui vive<sup>(69)</sup>.

Assumendo ora toni più marcatamente propositivi in ordine al progetto di revisione costituzionale in esame, e tenendo conto che, tra l'altro, l'opposizione parlamentare deve principalmente concretizzarsi attraverso la «'procedimentalizzazione' della funzione oppositoria in seno all'organo politico rappresentativo assembleare»<sup>(70)</sup>, lo statuto costituzionale dell'opposizione potrebbe assumere contorni meno vaghi se integrato come segue.

#### **4.5.1. La formalizzazione costituzionale dell'opposizione parlamentare**

«L'opposizione parlamentare assolve una funzione costituzionale nel sistema di democrazia parlamentare. Essa rappresenta l'alternativa politica alla maggioranza di governo»

Potrebbe essere questo il tenore di una disposizione costituzionale intesa a formalizzare il ruolo dell'opposizione nel contesto delle regole costituzionali.

Evidentemente, non viene meno la constatazione secondo cui una siffatta formalizzazione sarebbe poca cosa se non fosse accompagnata da un serio armamentario di strumenti a disposizione dell'opposizione. Così come -d'altra parte- tali strumenti ben potrebbero assicurare la funzione di opposizione pur in assenza di una formalizzazione costituzionale.

#### **4.5.2. Innalzamento del quorum previsto dall'art. 138 in tema di revisione della Costituzione**

A ben considerare, in un sistema democratico *la costituzione stessa é lo statuto dell'opposizione parlamentare*. Si tratta, naturalmente, di una affermazione di principio e, come tale, va modulata in senso dommatico.

Così, come il principio democratico pervade, negli odierni ordinamenti di matrice liberale, la costituzione in quanto «ossatura di una società politica organizzata mediante e secondo il diritto»<sup>(71)</sup>; non v'è articolazione o giunto della

---

<sup>(69)</sup> Si diffonde opportunamente su questi ad altri aspetti connessi allo *status* dell'opposizione SICARDI S., *op. cit.*, 79 ss.

<sup>(70)</sup> DE VERGOTTINI G., *Opposizione parlamentare*, cit., 532. L'Autore, a tal proposito, richiama il classico studio del REDLICH J., *Recht und Technik des englischen Parlamentarismus. Die Geschäftsordnung der House of Commons in ihrer geschichtlichen Entwicklung und gegenwärtigen Gestalt*, Leipzig, 1905, 75 ss.

<sup>(71)</sup> BRYCE J., *Flexible and Rigid Constitutions*, Oxford, 1901, trad.it.a cura di PACE A., Milano, 1998, 16.



stessa ossatura che, più implicitamente che espressamente, non finisca per toccare la sfera d'esistenza e di azione delle minoranze politiche di opposizione.

D'altronde, potrà risultare fin troppo elementare far rilevare che, come la costituzione è lo statuto dell'opposizione, lo è anche della maggioranza, in quanto le consente di governare nel rispetto dei diritti delle minoranze.

Suscita però non poche preoccupazioni il fatto che, proprio il progetto in esame, il quale si qualifica per apportare un'ampia modifica alla Costituzione vigente, rechi con sé una linea propositiva nel senso della attenuazione del grado di condivisione politica delle riforme costituzionali e a favore, invece, di una accentuazione maggioritaria proprio intorno ai tratti fondamentali della nostra democrazia.

Il nuovo art. 138 vede abrogato il terzo comma in base al quale il *referendum* costituzionale eventuale sarebbe comunque stato escluso se, in seconda deliberazione, Camera e Senato avessero approvato la legge di revisione costituzionale a maggioranza di due terzi dei rispettivi componenti.

Inoltre il secondo comma viene integrato dalla previsione del doppio *quorum* per la validità del *referendum* costituzionale, alla stregua di quanto già è previsto dall'art. 75 Cost. per il *referendum* abrogativo. Si stabilisce infatti che «nel caso in cui nella seconda votazione la legge sia stata approvata da ciascuna delle Camere con una maggioranza inferiore ai due terzi dei componenti», e nei termini stabiliti sia stata avanzata richiesta di *referendum* popolare, essa non è promulgata se non risulta approvata dalla maggioranza dei voti validi e «se non ha partecipato al voto la maggioranza degli aventi diritto».

Le ragioni che sono state addotte a sostegno di questa modifica dell'art. 138 Cost. sono sostanzialmente riconducibili alla volontà di consentire una pronuncia popolare ogni qual volta si ponga mano alla revisione costituzionale, escludendo che una maggioranza parlamentare forte per numero di seggi possa modificare la Costituzione senza il giudizio degli elettori.

Ora, l'intento di condividere con il corpo elettorale le scelte fondamentali scolpite nella Costituzione se da un lato appare profondamente apprezzabile, dall'altro non sembra tradursi esattamente nella prospettata modifica costituzionale.

In primo luogo, perché l'intervento del corpo elettorale resta comunque eventuale.

Peraltro, avendo introdotto il doppio *quorum*, una volta avviato il procedimento referendario l'esito del procedimento di revisione sarebbe del tutto affidato al numero dei partecipanti alla consultazione popolare. Condizione che può essere compresa per un procedimento ad effetti ablativi come il referendum

abrogativo, ma che appare del tutto ingiustificata quando le vengano assegnati effetti preclusivi della revisione costituzionale approvata in Parlamento.

In secondo luogo perché non sempre un «sì» o un «no» sono sufficienti a esprimere pienamente e senza rischi di contraddizione la volontà dei cittadini. Risulterebbe davvero singolare che si facesse valere il limite della omogeneità del quesito per abrogare, con referendum, una legge ordinaria; mentre questo stesso limite non avrebbe alcun valore quando l'oggetto della consultazione popolare fosse la Costituzione.

Lo stesso progetto di revisione che si commenta, proprio per l'ampiezza della sua portata, difficilmente si presterebbe ad un voto univoco di conferma o meno<sup>(72)</sup>.

In terzo luogo, perché il venir meno della previsione di un voto dei due terzi dei componenti ciascuna Camera dal testo della Costituzione determina una sostanziale attenuazione della tensione a ricercare anzitutto in Parlamento il più vasto consenso sugli emendamenti alla Carta costituzionale.

Dunque, il tenore della modifica dell'art.138 Cost. sarebbe dovuto essere non tanto a favore della centralità della approvazione a maggioranza assoluta, ma dell'innalzamento significativo del *quorum* allo scopo di costruire in seno al Parlamento il più ampio consenso. Peraltro, una riconsiderazione del suddetto *quorum* avrebbe potuto essere anche piuttosto articolata.

Così, ad esempio, se da un lato, in linea generale, l'elevazione del *quorum* offre maggiori garanzie di partecipazione per l'opposizione assumendo così particolare rilievo nello suo statuto costituzionale; dall'altro, ulteriori meccanismi di aggravamento del percorso decisionale avrebbero potuto essere previsti per quelle revisioni costituzionali di ampia portata, come mostra l'esperienza di altri ordinamenti costituzionali<sup>(73)</sup>; oppure, per la modifica di quelle parti della Costituzione che più specificamente incidono sul riparto di competenze Stato-Regioni, attraverso una partecipazione più «pesante» del Senato federale e/o delle componenti rappresentative delle varie Regioni al suo interno (in altre parole, anche se a rischio di banalizzazione del problema, non dovrebbe essere possibile che il Parlamento approvi la riduzione da due a uno del numero minimo di senatori eletti in rappresentanza della Regione Molise (nuovo art. 57, comma 4, Cost.) senza l'esplicito assenso dei rappresentanti della stessa in Senato) o delle stesse Regioni in via diretta (ad esempio prevedendo che la modifica costituzionale debba ricevere l'approvazione da parte almeno di una frazione dei Consigli regionali).

---

<sup>(72)</sup> Si potrebbe, ad esempio, convenire sulla forma di governo del Premier ma non sull'assetto del c.d. Senato federale.

<sup>(73)</sup> Cfr. gli interventi di A. PACE nel forum di [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

***4.5.3. La partecipazione alla designazione degli organi di garanzia costituzionale; in particolare l'elezione dei giudici costituzionali (rinvio)***

In linea generale, il mutamento del sistema elettorale in senso maggioritario ha determinato un più agevole raggiungimento -ove previsto- del quorum della maggioranza assoluta. Pertanto, l'innalzamento dei quorum previsti in Costituzione per l'elezione degli organi di garanzia se, da un lato, rappresenta un opportuno adeguamento alla transizione dal proporzionale al maggioritario; dall'altro, costituisce oggi una reale esigenza di garanzia costituzionale della funzione di opposizione.

La questione si pone, dunque, con riferimento all'elezione del PdR il quale, ai sensi del nuovo art. 83, comma 2, è eletto a maggioranza dei due terzi dei componenti della c.d. Assemblea della Repubblica (Parlamento in seduta comune integrato dai Presidenti delle Giunte regionali e della Province autonome di Trento e Bolzano, nonché dai delegati eletti dai Consigli regionali, cioè tre per Regione più un delegato per milione di abitanti) oppure, dopo il quarto scrutinio, a maggioranza assoluta.

La questione assume toni ancor più marcati per l'elezione dei giudici della Corte costituzionale i quali, ai sensi del nuovo art. 135, vedrebbe investito il solo Senato federale. Sulla questione si tornerà più avanti, non senza però aver fatto rilevare che l'esclusione della Camera dei deputati porta con sé l'esclusione dell'opposizione che in quella Camera avrebbe istituzionalmente il suo campo operativo.

Infine, meriterebbe di essere considerata sempre in questa prospettiva l'elezione dei Presidenti dei due rami del parlamento che il nuovo art. 63, comma 1, Cost. assegna sostanzialmente al voto della maggioranza assoluta, salvo il fatto che nei primi tre scrutini va ricercato il consenso dei due terzi dei componenti l'assemblea.

E' appena il caso di far rilevare che un ponderato innalzamento dei quorum, prima ancora che essere inteso come uno strumento di ostruzionismo nelle mani dell'opposizione, va considerato alla stregua di una obbligazione politica a intraprendere -sin dall'inizio del procedimento elettivo- la ricerca di un ampio consenso. D'altra parte, nessuna forza politica trarrebbe vantaggi, in termini di consenso, da un atteggiamento di contrapposizione, se non di ostruzione, alla elezione di un organo con funzioni di garanzia.

***4.5.4. Ulteriori componenti di uno statuto costituzionale dell'opposizione***

Tra le misure che ancora potrebbero considerarsi come meritevoli di essere tradotte in previsioni costituzionali, possono annoverarsi le seguenti.

1. La previsione di potestà e prerogative nei rapporti con gli altri organi che concorrono alle dinamiche della forma di governo.

In relazione al Primo ministro, al Governo e all'apparato amministrativo da questi diretto, l'opposizione parlamentare potrebbe essere investita del potere di richiedere informazioni nei settori individuati dal Regolamento parlamentare.

Verso il Capo dello Stato, l'opposizione -o più precisamente, un certo numero di deputati o senatori- potrebbe essere titolare di una facoltà di impulso in ordine al c.d. veto sospensivo.

In altre parole, un numero contenuto di parlamentari potrebbe sollecitare, nelle forme opportune o con puntualità di argomenti -anziché informalmente e con i toni della divulgazione giornalistica- il Presidente della Repubblica a considerare quegli elementi di legittimità che potrebbero indurlo a richiedere una nuova deliberazione alle Camere ai sensi dell'art. 74 Cost. Trattandosi di un potere che è pienamente nelle mani del Capo dello Stato (si veda anche il nuovo art. 89, comma 3, Cost.), questi non avrebbe alcun obbligo giuridico a prendere in considerazione l'istanza dell'opposizione.

2. Una particolare attenzione andrebbe poi riservata ad un potere di impulso e di deliberazione in capo all'opposizione relativamente alla istituzione di commissioni di inchiesta su materie di pubblico interesse. L'art. 82, Cost. nella nuova versione ne prevede l'istituzione con legge bicamerale e dunque fuori della portata dell'opposizione.
3. Meriterebbe poi di essere valorizzata una presenza istituzionalizzata del *leader* dell'opposizione nei momenti cruciali della determinazione della vita politica del paese. Si pensi al momento della presentazione del programma alla Camera da parte del Primo ministro entrante (art. 94, comma 1, cost.); oppure in occasione del rapporto annuale sulla attuazione del programma e sullo stato del paese (sempre art. 94, comma 1, cost.);

Da ultimo, vanno considerate due ulteriori questioni.

La prima attiene all'istituto della *riserva di legge*. Il nuovo assetto del sistema delle fonti legislative che emerge dal progetto di revisione assicura una reale efficacia della riserva di legge -la quale è generalmente annoverata tra gli elementi diffusi in Costituzione appartenenti allo statuto dell'opposizione, avendo essa finalità garantiste- solo nel caso delle leggi bicamerali (art. 70, comma 3, Cost.) e delle leggi a preminenza della Camera dei deputati (o monocamerali) di cui al primo comma dell'art 70. Vale a dire quelle leggi che prevedono procedimenti di approvazione nei quali l'opposizione parlamentare può concorrere pienamente alla decisione finale.

Si potrebbe sostenere che anche il Senato sarà sensibile alle istanze dell'opposizione quando, nel caso di una legge a preminenza del Senato (ex art. 70, comma 2, Cost.), due quinti dei deputati richiedano che la Camera esamini il disegno di legge. Ma, fermo restando che comunque la decisione finale -anche eventualmente contraria agli emendamenti proposti dalla Camera- resta saldamente nelle mani del Senato; sarebbe peraltro singolare immaginare che l'azione politica dell'opposizione parlamentare si estenda fino a coprire l'attività legislativa del Senato. Se si facesse affidamento sin dall'origine su una sorta di collegamento di questa natura, si darebbe ragione a coloro che sostengono che il c.d. Senato federale non solo non sarebbe strutturalmente idoneo a rappresentare le istanze delle Regioni, ma lo si configurerebbe nella sostanza come una assemblea vincolata alle logiche partitiche nazionali. Il che, d'altra parte, non esclude che, in occasione di leggi bicamerali, si crei una linea di intesa tra opposizione parlamentare e «minoranze» (a queste si riferisce il nuovo comma 5 dell'art. 64 Cost.) del Senato. Resta il fatto che l'opposizione svolge la sua funzione nella Camera titolare del rapporto di fiducia col Governo.

La seconda questione attiene all'ipotesi di un eventuale accesso diretto alla Corte costituzionale da parte di un numero di deputati o senatori per far valere l'illegittimità costituzionale di una legge in corso di approvazione (a mo' di parere) o successivamente all'entrata in vigore della stessa (con eventuale annullamento).

L'esperienza di altri ordinamenti mostra che uno strumento siffatto si presta a strumentalizzazioni politiche e a finalità puramente propagandistiche; determina un incremento del lavoro delle Corti costituzionali sproporzionato rispetto ai risultati attesi in ordine alla funzione di garanzia della Costituzione; tende a insinuare nel ruolo delle Corti una componente arbitraria tra le parti politiche che non è loro propria; né, d'altra parte, concorre in maniera determinante a innalzare il tasso di garanzia intorno al primato della Costituzione.

Non sembra per tanto del tutto opportuno l'inserimento in Costituzione di uno strumento siffatto tra gli «arnesi» dell'opposizione parlamentare.

In conclusione, deve riconoscersi che sul piano giuridico-formale tali forme di garanzia operano indipendentemente dalla collocazione della minoranza politica tutelata nello schieramento di maggioranza o di opposizione. Al tempo stesso non può negarsi che quell'apparato di garanzie riveste -o potrebbe rivestire- importanza notevole per l'opposizione parlamentare, al punto di «fondare un sia pure indiretto riconoscimento della funzione di opposizione nell'ordinamento costituzionale»<sup>(74)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> SICARDI S., *Maggioranza, minoranze e opposizione*, cit., 106.

Ma, per l'appunto, si tratta di strumenti che richiedono di essere utilizzati. Di per sé, essi -pur costituendo le condizioni giuridiche di esercizio di un contropotere da parte dell'opposizione e ove non sia data una formula istituzionalizzata tipo lo *shadow cabinet system* britannico- non garantiscono una reale opposizione politica, essendo essa rimessa in buona parte alle intenzioni e alle circostanze politiche del tempo.

Così come nessuna disposizione costituzionale potrebbe determinare, di per sé, il verificarsi di quella condizione sospensiva in forza della quale, al suo avveramento, il gabinetto ombra si trasformi in organo di governo.

In altre parole, il principio di ricambio ciclico della maggioranza, pur costituendo un elemento qualificante la funzione di opposizione -almeno sotto il profilo escatologico- non può formare oggetto di garanzia costituzionale.

Resta il fatto che la posizione gerarchicamente sovraordinata, all'interno del sistema delle fonti, dello statuto costituzionale dell'opposizione, dunque, è destinato a sottrarlo -o quanto meno a difenderlo- dalla mutevolezza dell'attualità politica e normativa.

#### **5. LA COMPOSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN RELAZIONE AL SUO RUOLO DI GARANZIA ULTIMA DEL PRIMATO DELLA COSTITUZIONE «FEDERALE»**

Tra le diverse questioni che il tentativo di federalizzazione del sistema pone, vi è l'assunto secondo il quale la forma federale dello Stato deve prevedere una Corte costituzionale costituita secondo metodi coerenti con l'articolazione territoriale del potere politico.

All'interno di tale disegno di legge si prevede, con la revisione degli artt. 135, 1° co., Cost. e 3, 1. cost. 22 novembre 1967, n. 2, la modifica della composizione, nonché delle modalità di elezione dei membri, della Corte costituzionale.

In base alla riforma che si sta considerando, la Corte sarebbe composta da 15 giudici, 4 nominati dal Presidente della Repubblica, 4 dalle Supreme magistrature e 7 dal Senato federale (in un primo tempo il progetto prevedeva diciannove giudici, dei quali cinque nominati dal Presidente della Repubblica, cinque dalle supreme magistrature, ordinaria ed amministrativa, tre dalla Camera dei deputati e sei dal Senato federale della Repubblica).

La proposta di riforma dell'art. 135, 1° co., Cost., deve dunque essere necessariamente messa in relazione con le modifiche aventi ad oggetto gli artt. 57, 58 e 64, Cost. (riguardanti, rispettivamente, l'elezione del Senato, i requisiti per l'eleggibilità a senatore e le modalità di funzionamento di tale organo),

attraverso le quali si intende trasformare il Senato nella Camera territoriale della Repubblica federale italiana.

Attualmente, se si eccettua il principio in base al quale il Senato è eletto su base regionale (art. 57, 1° co., Cost.), principio che resta sostanzialmente «sulla carta»<sup>(75)</sup>, tra i membri del Senato e le Regioni non sussiste alcun legame.

Il progetto di revisione in esame prevede, in primo luogo, che entrerebbero a far parte del Senato (il quale continuerebbe ad essere eletto su base regionale) esclusivamente soggetti che ricoprano o abbiano ricoperto cariche pubbliche elettive in enti territoriali locali o regionali, oppure che siano stati eletti deputati o senatori all'interno della Regione in cui si presentano o che risiedano in tale Regione alla data di indizione delle elezioni (nuovo art. 58 Cost.);<sup>(76)</sup> questi, peraltro, sarebbero eletti contestualmente ai consiglieri regionali (nuovo art. 57, comma 2, Cost.); in secondo luogo, la partecipazione ad ogni votazione di senatori eletti almeno in un terzo delle Regioni costituirebbe requisito di validità di tutte le deliberazioni di tale organo (nuovo art. 64, comma 3, Cost.). In particolari casi, previsti dalla Costituzione, come in occasione dell'elezione dei giudici della Corte costituzionale, ai lavori del Senato parteciperebbero anche i Presidenti delle Giunte regionali e delle Province autonome di Trento e di Bolzano (nuovo art. 135, comma 1, Cost.)

Attraverso l'attribuzione al Senato della designazione in via esclusiva di sette giudici della Corte costituzionale si è dunque inteso conferire alle Regioni, per il tramite dei senatori, un peso significativo nella scelta di una parte rilevante dei giudici della Corte,<sup>(77)</sup> affinché, all'interno di quest'organo, come affermato dal

---

<sup>(75)</sup> Ad ogni Regione è attribuito (dal Governo mediante decreto) un numero di seggi proporzionale alla rispettiva popolazione (ogni Regione deve avere comunque almeno sette senatori, ad eccezione del Molise, che ne ha due, e della Valle d'Aosta, che ne ha uno, art. 57, 3° co., Cost.) Tre quarti di questi seggi sono assegnati in collegi maggioritari uninominali. Il restante quarto, invece, è attribuito, con metodo proporzionale, ai candidati non eletti nei collegi uninominali, in virtù dei voti riportati nella Regione dai partiti o dalla coalizione di partiti con la quale si sono presentati. Nella pratica tale previsione non garantisce comunque alcun legame tra i candidati e le Regioni nelle quali sono eletti. Le candidature, infatti, sono decise a livello nazionale dalle segreterie dei partiti, e spesso sono candidati in una Regione soggetti che con quella Regione non hanno alcun rapporto.

<sup>(76)</sup> Originariamente il disegno di legge governativo non prevedeva come requisito sufficiente per l'eleggibilità a senatore la residenza nella Regione in cui ci si presenta alla data di indizione delle elezioni, essendo questo requisito stato introdotto dalla Commissione affari costituzionali del Senato. I senatori fungerebbero dunque da rappresentanti di «quelle istanze territoriali di cui l'organo medesimo è espressione» (così nella relazione al disegno di legge, cit.)

<sup>(77)</sup> Così la relazione governativa al disegno di legge, cit.

Ministro per le riforme istituzionali e la devoluzione senatore Umberto Bossi, «arrivino anche giudici in grado di rappresentare le ragioni delle autonomie»<sup>(78)</sup>.

Ora, le ragioni che hanno indotto alla previsione di una siffatta modifica nella composizione della Corte hanno il loro fondamento su due assunti: il primo, che il Senato federale sia effettivamente espressione delle Regioni; il secondo, che tra i requisiti di un ordinamento federale vi sia quello della composizione della Corte costituzionale in modo da rispecchiare le istanze degli enti federati.

Quanto al primo assunto, è difficile dire se le misure previste per raccordare il Senato alle Regioni saranno realmente efficaci oppure, come sembra più verosimile, finiranno per prevalere le logiche di appartenenza ai partiti nazionali in danno del raccordo prospettato.

Non intendiamo sviluppare in questa sede la questione della efficace attuazione del principio federale attraverso la seconda Camera; basti però rilevare che ogni

---

<sup>(78)</sup> Tale dichiarazione è contenuta all'interno dell'articolo *Bossi: devolution. Il decalogo delle riforme*, pubblicato all'interno del sito [www.leganord.org](http://www.leganord.org). L'intento di attribuire alle Regioni italiane un peso significativo nella scelta di alcuni giudici della Corte costituzionale non è comunque una novità. Volendoci limitare agli ultimi anni, devono infatti innanzitutto essere ricordati i due progetti elaborati dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (la c.d. Bicamerale) presieduta da Massimo D'Alema, istituita con legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1. Nel primo, approvato il 30 giugno 1997, si prevedeva una Corte costituzionale composta da quindici giudici, dei quali cinque nominati dal Presidente della Repubblica, quattro dalle supreme magistrature, ordinaria ed amministrativa, tre dal Senato e tre dalle Regioni. Il secondo progetto, invece, approvato in data 4 novembre 1997, prevedeva una Corte costituzionale composta da venti giudici, dei quali cinque nominati dal Presidente della Repubblica, cinque dalle supreme magistrature, ordinaria ed amministrativa, cinque dal Senato e cinque da un apposito collegio formato dai rappresentanti di Comuni, Province e Regioni che avrebbero integrato il Senato in sessione speciale. La previsione di coinvolgere nell'elezione dei giudici costituzionali non solo i rappresentanti delle Regioni, ma anche quelli delle Province e dei Comuni era probabilmente giustificata dal fatto che il progetto della Bicamerale attribuiva anche ad organi provinciali e comunali la possibilità di accedere alla Corte costituzionale per la risoluzione dei conflitti di attribuzione in cui Province o Comuni fossero parti (L. PESOLE, *Composizione della Corte e autonomie territoriali*, <http://www.w3.uniroma1.it/DIRPUB/disc.1.htm>).

Nel corso dell'estate del 2001 il Ministro per le riforme istituzionali e la devoluzione Umberto Bossi aveva invece ipotizzato una Corte costituzionale composta da quindici giudici, dei quali tre nominati dal Presidente della Repubblica, tre dalle supreme magistrature, ordinaria ed amministrativa, quattro dalle Camere e cinque da un'assemblea composta dai Presidenti delle Giunte e dei Consigli regionali; tale ipotesi fu successivamente perfezionata nel corso del Consiglio dei ministri del 9 maggio 2002, durante il quale lo stesso Ministro presentò uno schema di disegno di legge costituzionale all'interno del quale si ipotizzava una Corte costituzionale composta sempre da quindici giudici, dei quali però due nominati dal Presidente della Repubblica, tre dalle supreme magistrature, ordinaria ed amministrativa, cinque dalle Camere e cinque da un organo formato da consiglieri designati dai Consigli regionali.



dubbio al riguardo sarebbe fugato attraverso la previsione due congegni costituzionali: la nomina dei Senatori da parte dei Governi regionali e il vincolo di mandato. A questo proposito si ribadisce, invece, anche per i senatori, la libertà dal vincolo di mandato nell'esercizio delle proprie funzioni e, con formulazione originale, che essi -alla stregua dei deputati- rappresentano la Nazione e la Repubblica (art. 67, Cost.).

Inoltre, nessun ruolo speciale viene ascrivito al Senato federale in tema di revisione costituzionale, se non quanto già spettava al Senato pre-federale; mentre, come è noto, un elemento di indubbia qualificazione dei sistemi federali è segnato dal particolare ruolo riservato alla seconda Camera o direttamente agli Stati membri in sede di revisione della Costituzione<sup>(79)</sup>.

Passando al secondo assunto, dal momento che alla base della proposta di revisione costituzionale c'è la convinzione, manifestata anche nella relazione al progetto di legge, che in uno Stato federale sia inevitabile attribuire alle entità che lo compongono un ruolo determinante nella designazione dei giudici dei Tribunali costituzionali,<sup>(80)</sup> è opportuno ricostruire, ancorché per cenni, cosa è disposto, sotto questo aspetto, negli ordinamenti di alcuni Stati federali, in modo tale da verificare se effettivamente l'attribuzione alle entità autonome di un ruolo determinante nell'elezione dei giudici costituzionali costituisca una caratteristica degli Stati di questo tipo.

### **5.1. Il Tribunale costituzionale federale tedesco (Bundesverfassungsgericht)**

Le modalità di elezione dei membri del *Bundesverfassungsgericht* sono disciplinate solo sommariamente dalla Legge fondamentale: all'interno dell'art. 94, 1° comma, GG è stabilito infatti che il Tribunale costituzionale federale è composto da giudici federali e da altri membri e che i membri del Tribunale costituzionale federale sono eletti per metà dal *Bundestag* e per metà dal *Bundesrat* e non possono far parte né del *Bundestag*, né del *Bundesrat*, né del Governo federale, né degli organi corrispondenti di un *Land*. Nulla è disposto, dunque, né in relazione alla struttura dell'organo né alla procedura di elezione dello stesso, aspetti successivamente disciplinati dalla Legge sul tribunale costituzionale Federale del 1951.

---

<sup>(79)</sup> Cfr. fondamentale saggio di GROPPi T., *Federalismo e Costituzione*, Milano, 2001.

<sup>(80)</sup> Tale convinzione è motivata dal fatto che i Tribunali costituzionali hanno il potere di verificare la legittimità costituzionale delle leggi (dello Stato e delle entità autonome) e di risolvere i conflitti di attribuzione tra lo Stato e le entità autonome e tra queste ultime.

Il Tribunale costituzionale federale è composto da sedici membri (i quali restano in carica per dodici anni, art. 4, *BVerfGG*)<sup>(81)</sup> ed è articolato in due sezioni indipendenti tra loro (*Senate*) (art. 1, 1° comma, *BVerfGG*). Ogni *Senat* è formato da otto giudici (art. 2, 2° co. *BVerfGG*): tre di questi è necessario provengano dalle supreme magistrature federali, mentre i restanti cinque devono possedere i requisiti necessari per l'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 2, 3° comma, *BVerfGG*).<sup>(82)</sup> Il *Bundesverfassungsgericht* si riunisce comunque anche in composizione plenaria, per la risoluzione dei conflitti giurisprudenziali tra i due *Senate* (art. 16, *BVerfGG*) e per lo svolgimento di una serie di funzioni proprie.

In relazione all'elezione dei giudici del Tribunale costituzionale federale, è interessante notare come il *Bundestag* ed il *Bundesrat* adottino al riguardo due procedimenti differenti. Il *Bundestag* nomina ad inizio legislatura una commissione di dodici membri con il compito di eleggere, con una maggioranza dei due terzi dei componenti, i giudici costituzionali. Il *Bundesrat*, invece, coadiuvato nella scelta da una commissione formata dai rappresentanti dei governi di tutti i *Länder*, le cui raccomandazioni, pur non avendo efficacia vincolante, sono spesso seguite, elegge i giudici costituzionali direttamente in assemblea, sempre con una maggioranza dei due terzi dei componenti.<sup>(83)</sup>

In Germania, dunque, i *Länder* intervengono nel procedimento di elezione dei giudici del Tribunale costituzionale federale attraverso i propri rappresentanti nel *Bundesrat*, la camera federale tedesca composta interamente da membri dei governi dei *Länder*,<sup>(84)</sup> inviati volta per volta dai governi stessi.

In virtù della composizione dell'organo, della regola secondo la quale è necessario che i rappresentanti di uno stesso *Land* votino in maniera omogenea e

---

(81) Il raggiungimento del sessantottesimo anno di età comporta però l'automatico termine del mandato. Per i giudici del *Bundesverfassungsgericht* è inoltre prevista la non rieleggibilità (art. 4, *BVerfGG*).

(82) Le ragioni che hanno portato alla creazione di una struttura bicamerale vanno ricercate nella volontà di istituire due sezioni dai compiti distinti: una sezione si sarebbe dovuta occupare dei ricorsi costituzionali individuali, un'altra delle restanti funzioni affidate al Tribunale costituzionale federale. L'elevato numero di ricorsi costituzionali individuali, tuttavia, ha reso inevitabile l'attribuzione di tali ricorsi anche alla seconda sezione (J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica federale di Germania*, cit., 161 s.)

(83) La regola che i giudici del Tribunale costituzionale federale siano eletti, in entrambi i rami del Parlamento, a maggioranza dei due terzi è stata introdotta con la riforma della *BVerfGG* del 21 luglio 1956. In precedenza, era richiesta una maggioranza dei tre quarti.

(84) All'interno del *Bundesrat* ogni *Land* ha un numero di rappresentanti variabile tra i tre ed i sei in base alla rispettiva popolazione.

della maggioranza qualificata richiesta, per ottenere i voti necessari ad eleggere un giudice dovrebbero attualmente accordarsi i rappresentanti di almeno nove *Länder* su sedici, con la possibilità, inoltre, per i membri dei quattro *Länder* maggiori (Baviera, Baden-Württemberg, Nordrheinwestfalen e Niedersachsen), uniti, di bloccare ogni tipo di accordo.<sup>(85)</sup> Nella prassi, comunque, all'interno del *Bundesrat* la scelta dei giudici del *Bundesverfassungsgericht* risulta influenzata non solo dai governi dei *Länder*, ma anche dai partiti nazionali. A partire dal 1971, infatti, si è andata consolidando un'intesa in virtù della quale, in entrambi i rami del Parlamento, ognuno dei due partiti principali (CDU e SPD) indica quattro giudici, con la possibilità ulteriore che, in caso di governo di coalizione, il partito al governo lasci al proprio alleato il compito di proporre uno dei quattro giudici di propria competenza.<sup>(86)</sup> L'accordo riguarda anche l'elezione del Presidente e del Vicepresidente del Tribunale costituzionale federale, svolgenti prevalentemente funzioni di rappresentanza istituzionale ed eletti alternativamente dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*: il primo, infatti, è scelto solitamente dal partito di maggioranza, il secondo da quello di opposizione. L'appartenenza ad un *Land* e l'equilibrio geografico non risultano dunque criteri determinanti nella scelta dei giudici del *Bundesverfassungsgericht*.<sup>(87)</sup>

## 5.2. La Corte di giustizia costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*)

La Corte di giustizia austriaca è composta da un Presidente, un Vicepresidente, dodici membri effettivi e sei membri supplenti (art. 147, 1° co., *B-VG*),<sup>(88)</sup> il mandato di ognuno dei quali dura fino al 31 dicembre successivo al compimento del settantesimo anno di età (art. 147, 4° co., *B-VG*).

---

<sup>(85)</sup> J. LUTHER, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, <http://w3.uniroma1.it/DIRPUB/Luther.htm>.

<sup>(86)</sup> Di questi quattro giudici, tre possono essere iscritti al partito, mentre uno non deve avere mai manifestato pubblicamente le proprie simpatie politiche.

<sup>(87)</sup> J. LUTHER, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, cit., il quale richiama, a sostegno della propria tesi, le considerazioni al riguardo di W. BILLING, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1969, 2234, W. GECK, *Wahl und Amstrecht der Bundesverfassungsrichter*, Baden-Baden., 1988, 37, e S. PIEPER, *Verfassungsrichterwahlen*, Berlin, 1998, 28, segnalando altresì che «in passato almeno la Baviera pretendeva un «suo» diritto di nomina che sarebbe stato esercitato anche con una delibera formale del Consiglio dei Ministri del Governo bavarese».

<sup>(88)</sup> Fino al 1929 la Costituzione dell'Austria non stabiliva il numero dei componenti della Corte di giustizia, limitandosi a prevedere la necessaria presenza di un Presidente e di un Vicepresidente.

Originariamente il Consiglio nazionale (*Nationalrat*) eleggeva il Presidente, il Vicepresidente, metà dei giudici titolari e metà dei giudici supplenti, mentre la camera territoriale, il Consiglio federale (*Bundesrat*), eleggeva l'altra metà dei giudici titolari e dei giudici supplenti. Con la riforma costituzionale del 1929, nel tentativo di spolicizzare le designazioni,<sup>(89)</sup> il potere di nominare i giudici del *Verfassungsgerichtshof* venne attribuito al Presidente federale, che nominava il Presidente, il Vicepresidente, sei giudici titolari e tre giudici supplenti su proposta del Governo Federale, tre giudici titolari e due giudici supplenti sulla base di una proposta tripla del *Nationalrat* e tre giudici titolari ed un giudice supplente sulla base di una proposta tripla del *Bundesrat*.<sup>(90)</sup> Nel 1995, infine, la disciplina della modalità di elezione dei giudici del *Verfassungsgerichtshof* è stata ulteriormente modificata, ed attualmente è previsto che il Presidente federale nomini il Presidente, il Vicepresidente, sei giudici titolari e tre giudici supplenti su proposta del Governo federale, tre giudici titolari e due giudici supplenti su proposta del *Nationalrat* e tre giudici titolari ed un giudice supplente su proposta del *Bundesrat*, eliminando, dunque, le proposte triple dei due rami del Parlamento (art. 147, 2° co., *B-VG*).<sup>(91)</sup>

I *Länder* austriaci, dunque, non hanno il potere di eleggere direttamente i giudici della Corte di giustizia, ma concorrono alla determinazione di alcuni di essi tramite la mediazione del *Bundesrat* (i membri del *Bundesrat* sono infatti eletti dalle singole diete provinciali, proporzionalmente alla rispettiva popolazione: il *Land* con maggior numero di abitanti ne sceglie dodici, mentre ogni altro *Land* ne invia un numero corrispondente al rapporto fra la sua popolazione e quella del suddetto *Land*, fermo restando che ad ogni *Land* spetta in ogni caso una rappresentanza di almeno tre membri<sup>(92)</sup>), le cui scelte, come detto, il Presidente federale è sostanzialmente obbligato a ratificare.

(89) J. LUTHER, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, cit.

(90) Tale riforma fu ovviamente osteggiata da H. Kelsen, il cui modello di giustizia costituzionale prevedeva che in uno Stato federale il Tribunale costituzionale dovesse essere composto da soggetti designati dallo Stato centrale e dagli Stati federati in modo paritario.

(91) Tale modifica costituzionale si rese necessaria in seguito alle polemiche che suscitò nel 1994 l'allora Presidente federale Klestil, il quale, nonostante nella prassi le liste sottoposte al Presidente fossero ritenute «bloccate», nominò giudice della Corte di giustizia la signora Lass, il secondo dei tre nomi della lista (N. VIZIOLI, *Brevi considerazioni sull'elezione dei giudici costituzionali negli stati decentrati*, in T. GROPPi (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello stato: la partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello stato centrale nella prospettiva comparata*, Torino, 1998, 308-309).

(92) In base al censimento della popolazione effettuato nel 1993, dodici membri vengono inviati dalla Bassa Austria, undici da Vienna, undici dall'Alta Austria, undici dalla Stiria, cinque dal Tirolo, cinque dalla Carinzia, quattro da Salisburgo, tre dal Voralberg e tre dal Burgenland.

Nonostante per eleggere i giudici del *Verfassungsgerichtshof* sia sufficiente, sia nel *Nationalrat* che nel *Bundesrat*, la maggioranza semplice, nella prassi si è consolidata una convenzione in base alla quale i due maggiori partiti politici dell'Austria (il partito popolare, la *ÖVP*, ed il partito socialista, la *SPÖ*) si spartiscono i quattordici giudici costituzionali<sup>(93)</sup>.

Nella scelta dei giudici il Governo federale, il *Nationalrat* ed il *Bundesrat* sono tenuti a rispettare due particolari previsioni: in base alla prima tre giudici titolari e due giudici supplenti devono risiedere fuori Vienna (art. 147, 2° co., *B-VG*), in base alla seconda almeno il Presidente o il Vicepresidente, due giudici titolari e due giudici supplenti devono risiedere a Vienna (art. 2, 2° co., *Verfassungsgerichtshofgesetz*). Quest'ultima disposizione è frutto di motivi di natura prettamente pratica: non avendo, infatti, i giudici del *Verfassungsgerichtshof* l'obbligo di abbandonare le professioni che svolgevano al momento del conferimento dell'incarico,<sup>(94)</sup> ed avendo il *Verfassungsgerichtshof* sede nella capitale austriaca, in questo modo si rende sempre possibile la riunione del collegio in forma ristretta.

### 5.3. La Cour d'arbitrage belga

Il Belgio si caratterizza per l'originalità della sua struttura federale, essendo formato da tre Regioni (Fiandre, Vallonia e Bruxelles-Capitale, il cui elemento distintivo è quello territoriale) e da tre Comunità (fiamminga, vallona e germanofona, determinate in base alla lingua della popolazione) geograficamente non coincidenti tra di esse.

L'organo deputato a risolvere le eventuali controversie tra Stato federale, Regioni e Comunità è la *Cour d'arbitrage*<sup>(95)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> Questa convenzione ebbe origine durante i tempi della c.d. grande coalizione (1945-1966), e, seppur con qualche aggiustamento, è attualmente ancora in vigore. Sul punto si vedano N. VIZIOLI, *Brevi considerazioni sull'elezione dei giudici costituzionali negli stati decentrati*, cit., 309 e M. MAGIONCALDA, *L'organizzazione e il funzionamento del Verfassungsgerichtshof austriaco*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996, 684.

<sup>(94)</sup> Questa regola non si applica nel caso di funzionari amministrativi (sia ove siano nominati membri effettivi che ove siano nominati membri supplenti), i quali sono posti fuori servizio senza corresponsione di stipendio (art. 147, 2° co., *B-VG*).

<sup>(95)</sup> La *Cour d'arbitrage* è stata istituita con la riforma costituzionale del 29 luglio 1980. Una disposizione transitoria stabiliva al riguardo che la legge di attuazione della Corte dovesse essere approvata entro sei mesi dalla riforma. Tale legge, tuttavia, è stata approvata solo il 28 giugno 1983 («*Loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour*

L'articolazione della *Cour d'arbitrage* risulta profondamente influenzata dalla singolare struttura federale del Belgio, essendo composta da dodici giudici, di cui sei necessariamente di lingua francese e sei necessariamente di lingua fiamminga (art. 31, l. sp.), così da evitare il rischio che le decisioni della Corte aventi ad oggetto controversie tra queste due Comunità possano essere qualificate come partigiane.<sup>(96)</sup> L'appartenenza linguistica è determinata diversamente a seconda che si tratti di giudici di provenienza giuridico-professionale o di giudici di provenienza politica:<sup>(97)</sup> nel primo caso, infatti, si prende in considerazione la lingua del diploma universitario, nel secondo il gruppo linguistico parlamentare di appartenenza durante l'ultima legislatura. A tutela della piccola minoranza germanofona (che rappresenta meno dell'uno per cento della popolazione) è poi previsto che almeno uno dei giudici di provenienza giuridico-professionale conosca la lingua tedesca (art. 34, par. 4, l. sp.).

L'appartenenza linguistica risulta determinante anche nella scelta del Presidente della *Cour d'arbitrage*: l'art. 33 della legge speciale del 6 gennaio 1989 prevede infatti che ciascuno dei due gruppi linguistici che compongono la Corte elegga, al suo interno, un Presidente e che ai due Presidenti, a turno, per un periodo di un anno, decorrente da ogni 1 settembre, sia attribuita la carica di Presidente della Corte (art. 54, l. sp.).<sup>(98)</sup>

Per quanto riguarda le modalità di elezione, i dodici giudici (il cui mandato dura fino al compimento del settantesimo anno di età, art. 4, l. sp.) sono nominati dal Re, che li sceglie basandosi su una lista di candidati in numero doppio rispetto ai posti vacanti approvata alternativamente, con una maggioranza dei due terzi dei presenti, dalla Camera dei rappresentanti e dal Senato.<sup>(99)</sup> Generalmente, comunque, il Re si limita a scegliere i primi candidati della lista doppia, cosicché,

---

*d'arbitrage*», successivamente abrogata dalla legge speciale 6 gennaio 1989) e la *Cour d'arbitrage* si è insediata solamente il 1 ottobre 1984.

<sup>(96)</sup> In tal senso F. DELPEREE - A. RASSON ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, 1990, 30).

<sup>(97)</sup> La legge speciale del 6 gennaio 1989 stabilisce che all'interno di ogni gruppo linguistico, tre giudici siano di provenienza giuridico-professionale (alti magistrati e professori per almeno cinque anni) e tre di provenienza politica (esperienza parlamentare a livello centrale o regionale per almeno cinque anni) (art. 34, l. sp.)

<sup>(98)</sup> Tra le varie attribuzioni al Presidente della *Cour d'arbitrage* c'è anche quella di un voto preponderante in caso di parità (art. 56, 4° co., l. sp.)

<sup>(99)</sup> Tale sistema è utilizzato anche per l'elezione dei giudici della Corte di cassazione e del Consiglio di stato. Fino alla riforma del 1993, comunque, tale lista era presentata esclusivamente dal Senato.

in sostanza, sono la Camera dei rappresentanti ed il Senato a scegliere i giudici della Corte.<sup>(100)</sup>

Nella scelta dei giudici della *Cour d'arbitrage*, dunque, mentre le Regioni non hanno alcun potere, le Comunità linguistiche (o, più correttamente, le due Comunità linguistiche principali) esercitano un ruolo prevalentemente «passivo». Se infatti è vero che dei dodici giudici della Corte sei devono essere di lingua francese e sei di lingua fiamminga, è altrettanto vero che la scelta dei propri rappresentanti non viene effettuata direttamente dalle Comunità stesse, quanto formalmente dal Re e nella sostanza, alternativamente, dalla Camera dei rappresentanti e dal Senato.

Certo, il Senato è la camera federale del Belgio, composto da settantuno membri, dei quali venticinque eletti direttamente dal corpo elettorale fiammingo, quindici eletti direttamente dal corpo elettorale francese, dieci scelti dal Consiglio della Comunità linguistica fiamminga, dieci scelti dal Consiglio della Comunità linguistica francese, uno scelto dal Consiglio della Comunità linguistica francofona, sei cooptati dai precedenti senatori fiamminghi e quattro cooptati dai precedenti senatori francesi (art. 67, par. 1, Cost.),<sup>(101)</sup> ma nella prassi a determinare i nominativi da inserire nella lista da sottoporre al Re non sono i Consigli delle Comunità linguistiche, quanto piuttosto i partiti politici, in virtù di un accordo in base al quale la designazione dei giudici è attribuita ai singoli partiti proporzionalmente alla rispettiva forza elettorale.<sup>(102)</sup>

#### 5.4. Il Tribunale federale svizzero (Bundesgericht)

Il Tribunale federale svizzero fu istituito nel 1875 non tanto per tutelare la Costituzione verso il legislatore, quanto piuttosto per assicurare la supremazia del

---

<sup>(100)</sup> G. GRASSO, *L'organizzazione ed il funzionamento degli organi di giustizia costituzionale negli stati federali a base nazionale (le esperienze del Belgio e della Svizzera)*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 2000, 519-520.

<sup>(101)</sup> Fanno parte del Senato, inoltre, quali membri di diritto, «i figli del Re o, in loro assenza, i discendenti belgi del ramo della famiglia reale chiamata a regnare» (art. 72, Cost.).

<sup>(102)</sup> N. VIZIOLI, *La giustizia costituzionale in Belgio*, cit., 417-418, il quale ricorda come nell'autunno del 1996, in occasione della formazione di una coppia di candidati da proporre al Re, i senatori si lamentarono del fatto «che i candidati fossero spesso scelti dai partiti e che i parlamentari si trovassero a ratificare scelte a favore di candidati di cui non sapevano assolutamente niente», ottenendo quantomeno un esame dei *dossier* dei candidati nonché che gli stessi fossero ascoltati pubblicamente, e rimanda, per la discussione del caso, al *Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par M. Erdman, Doc. parl., Senat, sess. Ord. 1996-1997, 1-491/1*.



diritto federale su quello cantonale,<sup>(103)</sup> tant'è che ancora oggi tale organo non ha il potere di controllare la legittimità costituzionale delle leggi federali, dei decreti federali di portata generale e dei trattati internazionali approvati dall'Assemblea federale (art. 191, Cost.), ben potendo, invece, controllare la conformità degli atti legislativi cantonali alla Costituzione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il *Bundesgericht* è composto da trenta giudici permanenti,<sup>(104)</sup> eletti per un periodo di sei anni<sup>(105)</sup> dall'Assemblea federale (art. 168, Cost.). Quest'ultima consta di due Camere, il Consiglio nazionale ed il Consiglio degli Stati (*Ständerat*) (art. 148, 2° co., Cost.): il primo è composto da duecento deputati eletti dal popolo a suffragio diretto secondo il sistema proporzionale (art. 149, Cost.), il secondo è composto da quarantasei rappresentanti dei Cantoni,<sup>(106)</sup> la cui procedura di elezione è determinata da ogni singolo Cantone (art. 150, Cost.).<sup>(107)</sup> Il Consiglio nazionale ed il Consiglio degli Stati si pronunciano sulla scelta dei giudici costituzionali separatamente, senza la previsione di maggioranze qualificate.<sup>(108)</sup>

L'art. 188, 4° co., Cost. stabilisce inoltre che l'Assemblea, nell'esercizio di tale funzione elettiva, tenga in considerazione il criterio della rappresentanza delle tre lingue ufficiali (tedesco, francese e italiano).<sup>(109)</sup>

---

<sup>(103)</sup> L. POGGI ERNST, *La giustizia costituzionale nell'ordinamento federale svizzero*, in J. LUTHER - R. ROMBOLI - R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. I, Torino, 2000, 110.

<sup>(104)</sup> Ai trenta giudici permanenti devono essere aggiunti quindici giudici supplenti e quindici giudici supplenti straordinari.

<sup>(105)</sup> Non è previsto inoltre alcun limite alla loro rieleggibilità.

<sup>(106)</sup> In virtù di quanto stabilito nell'art. 150, Cost., i Cantoni di Obvaldo, Nidvaldo, Basilea Città, Basilea Campagna, Appenzello Esterno e Appenzello Interno (i c.d. mezzi Cantoni) eleggono un rappresentante, mentre i Cantoni di Zurigo, Berna, Lucerna, Uri, Svitto, Glarona, Zugo, Friburgo, Soletta, Sciaffusa, San Gallo, Grigioni, Argovia, Turgovia, Ticino, Vaud, Vallese, Neuchâtel, Ginevra e Giura ne eleggono due ciascuno.

<sup>(107)</sup> Ad eccezione del Giura, tutti i Cantoni hanno adottato un sistema elettorale maggioritario (A. REPOSO, *Profili dello stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, 2000, 42).

<sup>(108)</sup> È sufficiente che in ogni Camera voti la maggioranza dei componenti e si ottenga la maggioranza dei voti espressi.

<sup>(109)</sup> Attualmente il Tribunale federale ed il Tribunale federale delle assicurazioni sono composti nel complesso da ventiquattro giudici di lingua tedesca, undici di lingua francese, tre di lingua italiana e uno di lingua romancia ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)).



In sostanza, dunque, nella determinazione dei giudici del Tribunale federale non è attribuito ai Cantoni alcun potere diretto, dovendosi limitare ad influenzare le scelte dell'Assemblea federale attraverso i propri 46 rappresentanti. E se da un lato si sostiene che l'Assemblea, nella determinazione dei giudici, debba tener conto, oltre che della lingua e delle capacità dei candidati, anche della loro regione di provenienza e della loro appartenenza politica, dall'altro la provenienza dei giudici viene tenuta molto meno in considerazione rispetto all'appartenenza politica.<sup>(110)</sup> Analogamente a quanto accade per la determinazione dei membri del Consiglio federale (il Governo della Svizzera) i quattro maggiori partiti svizzeri (il partito radicale-democratico, il partito popolare-democratico, il partito socialista e l'unione democratica di centro) hanno stretto un accordo in base al quale si sono spartiti la scelta dei giudici del Tribunale federale,<sup>(111)</sup> con la conseguenza che il ruolo dell'Assemblea federale consiste di fatto in una semplice ratifica delle decisioni dei partiti in questione.<sup>(112)</sup>

### 5.5. La Corte suprema degli Stati Uniti (*Supreme Court*)

Negli Stati Uniti d'America, come è noto, il controllo di legittimità costituzionale ha carattere diffuso, essendo esercitato da ogni giudice, sia federale che statale, all'interno dei processi. Il ruolo esercitato al riguardo dalla Corte suprema (*Supreme Court*) è in ogni caso estremamente rilevante, essendo la Corte giudice di ultima istanza<sup>(113)</sup> ed essendo le sue pronunce, in virtù del principio dello *stare decisis*, vincolanti per tutti i giudici inferiori.<sup>(114)</sup>

La *Supreme Court* è attualmente composta da nove membri (otto *associated justices* ed un *Chief justice*),<sup>(115)</sup> la cui procedura di nomina si articola in tre fasi.

---

<sup>(110)</sup> J. LUTHER, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali*, cit.

<sup>(111)</sup> In virtù di tale accordo, il partito radicale-democratico sceglie nove giudici, il partito popolare-democratico nove, il partito socialista otto e l'unione democratica di centro tre (L. POGGI ERNST, *La giustizia nell'ordinamento federale svizzero*, cit., 113).

<sup>(112)</sup> L. OLIVIERI, *L'organizzazione e il funzionamento del Tribunale Federale svizzero*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996, 698-699.

<sup>(113)</sup> Le sentenze delle Corti statali possono però essere impugnate dinanzi alla Corte suprema, a differenza di quelle delle Corti federali, esclusivamente per questioni di diritto federale.

<sup>(114)</sup> Oggetto del controllo di costituzionalità possono essere non solo le leggi (federali e statali), ma anche i provvedimenti dell'esecutivo federale, degli esecutivi statali e degli enti territoriali.

<sup>(115)</sup> La Costituzione degli Stati Uniti nulla dice in relazione al numero dei componenti della Corte suprema, le cui dimensioni sono fissate con legge dal Congresso. La composizione

Nella prima fase il Presidente degli Stati Uniti nomina un candidato, nella seconda il Senato (la camera territoriale che, insieme alla Camera dei rappresentanti, forma il Congresso), a maggioranza semplice, ratifica o meno la nomina presidenziale, nella terza, eventuale, il Presidente conferisce formalmente la carica al candidato ratificato dal Senato.<sup>(116)</sup> Il mandato dei giudici della Corte suprema ha una durata indefinita, essendo disposto all'interno dell'art. III, sez. 1, Cost., che rimangono in carica «*during good behavior*», vale a dire finché mantengono una buona condotta.

Gli Stati membri degli Stati Uniti non rivestono dunque nell'elezione dei giudici della Corte suprema alcun ruolo attivo. Se è vero, infatti, che le scelte del Presidente devono essere ratificate dal Senato, la camera territoriale all'interno della quale ogni Stato ha due rappresentanti, è anche vero, però, che i componenti del Senato americano non sono designati dai governi o dalle assemblee legislative degli Stati, ma sono eletti direttamente dalle rispettive popolazioni:<sup>(117)</sup> al momento del voto, dunque, i senatori risulteranno influenzati non tanto dagli organi statali quanto piuttosto dai propri elettori e dai partiti politici di appartenenza.

La Costituzione americana non fornisce inoltre alcuna indicazione relativa ai criteri che il Presidente e il Senato devono seguire nella scelta dei giudici della Corte suprema.<sup>(118)</sup> Nella prassi si sono andate comunque consolidando alcune convenzioni che influenzano le nomine presidenziali, tant'è che il Presidente, ove decidesse di non seguirle, non solo avrebbe buone probabilità di non veder ratificata in Senato la propria scelta, ma correrebbe altresì il rischio di provocare del malcontento tra i propri elettori e tra i gruppi di interesse e di pressione che lo rappresentano.<sup>(119)</sup> In virtù di tali convenzioni è necessario che all'interno della Corte sia presente almeno un giudice di religione cattolica, almeno un giudice di

---

della Corte suprema ha subito numerose variazioni nel corso degli anni. Nel 1789, quando fu istituita, la Corte era formata da sei giudici (cinque *associated justices* ed un *Chief justice*). Successivamente è risultata composta da sette giudici (dal 1807 al 1837), da nove giudici (dal 1837 al 1863), da dieci giudici (dal 1863 al 1866). Nel 1866, nel tentativo di riportare il numero dei giudici a sei, il Congresso vietò la nomina di nuovi componenti. Nel 1869, infine, si optò per l'attuale struttura.

<sup>(116)</sup> Tale procedura è utilizzata anche per la nomina del *Chief justice*.

<sup>(117)</sup> L'elezione popolare dei senatori è stata prevista solo nel 1913, con l'adozione del XVII emendamento. In precedenza, i senatori venivano eletti da organi degli Stati membri (art. 1, 3° sez., 1° co., Cost.).

<sup>(118)</sup> Ipoteticamente, dunque, è possibile che sia scelto un candidato che non sia laureato in giurisprudenza.

<sup>(119)</sup> L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 68.

religione ebraica, almeno un giudice donna<sup>(120)</sup> ed almeno un giudice di colore<sup>(121)</sup>, in modo che la Corte sia il più possibile rappresentativa di tutta la popolazione americana. Inoltre, nella scelta dei giudici deve essere tenuta in considerazione anche la loro provenienza geografica, essendo necessario che all'interno della Corte siano presenti contemporaneamente giudici del nord, del sud, dell'ovest e dell'est.

Anche l'orientamento politico riveste grande importanza nella scelta dei giudici della *Supreme Court*. Nel caso in cui al Senato abbia la maggioranza il partito del Presidente, infatti, quest'ultimo sceglierà probabilmente candidati dalle convinzioni politiche analoghe alle proprie, potendo contare su una ratifica praticamente certa; al contrario, ove il Senato sia controllato dal partito avversario, il Presidente, nel timore che la propria nomina sia bocciata, individuerà verosimilmente un candidato di alto profilo e non eccessivamente caratterizzato sotto l'aspetto politico.<sup>(122)</sup>

Oltre ad avere il potere di ratifica delle scelte presidenziali, il Senato ha anche la facoltà di rimuovere dall'incarico i giudici della Corte suprema che, in seguito ad un'accusa formulata dalla Camera dei rappresentanti, risultino colpevoli di tradimento, di corruzione o di altri gravi reati (art. II, sez. 4, Cost.). In tal caso, affinché un giudice sia destituito, è necessario il raggiungimento di un duplice *quorum*: alla votazione deve essere presente la metà più uno dei senatori ed a votare a favore della rimozione devono essere i due terzi dei presenti.<sup>(123)</sup>

### 5.6. La Corte suprema canadese (Supreme Court)

La *Supreme Court* del Canada è attualmente composta da nove giudici (art. 4, 1° co., *Supreme Court Act*),<sup>(124)</sup> nominati dal Governatore generale<sup>(125)</sup>

---

<sup>(120)</sup> La prima donna giudice della Corte Suprema è stata Sandra Day O'Connor, nominata da Ronald Reagan nel 1981.

<sup>(121)</sup> Il primo giudice di colore della Corte Suprema è stato Thurgood Marshall, nominato nel 1967 da Lyndon Baines Johnson.

<sup>(122)</sup> P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, cit., 25.

<sup>(123)</sup> Questa procedura è la c.d. procedura di *impeachment*, utilizzabile contro il Presidente, il Vicepresidente ed ogni altro funzionario civile degli Stati Uniti. Fino ad oggi solo un giudice della Corte suprema è stato oggetto di un *impeachment*: si tratta di Samuel Chase, il quale, nel 1805, accusato dalla Camera dei rappresentanti di parzialità e di crudeltà mentale, fu comunque assolto dal Senato (M.A. KRASNER - S.G. CHABERSKY, *American Government. Structure and Process*, II ed., New York, 1982, trad. it. *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Torino, 1994, 181).

<sup>(124)</sup> La *Supreme Court* era originariamente composta da sei membri. Nel 1927 il numero dei giudici è stato portato a sette, mentre nel 1949 si è optato per la composizione attuale. Sul

su indicazione del Governo federale, il mandato dei quali dura fino al compimento del settantacinquesimo anno di età (art. 9, 2° co., *Supreme Court Act*). Nel caso in cui debba essere eletto il Presidente della Corte (*Chief justice of Canada*), l'indicazione proviene dal Primo Ministro, nel caso invece in cui debbano essere eletti gli altri giudici, dal Ministro della giustizia,<sup>(126)</sup> la cui scelta, comunque, è spesso influenzata dal Primo ministro.<sup>(127)</sup>

L'art. 6 del *Supreme Court Act* dispone che almeno tre dei nove giudici della Corte provengano dalla Provincia del Québec (siano dunque o giudici della Corte di appello o giudici della Corte superiore o avvocati di questa Provincia), in modo tale che ogni qualvolta sia necessario applicare il Codice civile del Québec, siano presenti all'interno della Corte giudici che conoscano la materia in modo approfondito.<sup>(128)</sup> Secondo una convenzione costituzionale, inoltre, dei rimanenti sei giudici tre devono provenire dalla Provincia dell'Ontario, due dalle Province occidentali ed uno da una Provincia atlantica. Un'ulteriore convenzione disciplina poi l'elezione del Presidente,<sup>(129)</sup> scelto alternativamente all'interno della comunità anglofona ed all'interno di quella francofona.<sup>(130)</sup>

Alle Province canadesi non è dunque attribuito alcun ruolo diretto nella scelta dei giudici della *Supreme Court*, e questo fatto, nel corso degli anni, è stato oggetto di numerose critiche e causa di diverse proposte di modifica del relativo

---

punto si veda P.H. RUSSEL, *The Supreme Court of Canada as a bilingual and bicultural institution*, Ottawa, 1969, 59 ss.

(125) Il Governatore generale è il rappresentante in Canada della Corona britannica ed esercita formalmente la funzione esecutiva. In sostanza, però, tale funzione è esercitata dal Governo federale canadese (formato dal Primo ministro e dai ministri componenti il Gabinetto).

(126) Il Ministro della giustizia, prima di indicare un nominativo, è solito chiedere un parere, che in ogni caso non ha natura vincolante, all'Associazione canadese degli avvocati (B. LASKIN, *La Cour suprême du Canada*, in P. BELLET - A. TUNC (*sous la direction de*), *La Cour judiciaire suprême - Une enquête comparative*, Paris, 1978, 141).

(127) P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, III ed., Toronto, 1996, 202.

(128) T. GROPPi - L. LUATTI, *La Corte suprema del Canada, «custode della Costituzione»: alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura del controllo di costituzionalità*, in *Pol. Dir.*, 1997, n. 2, 221.

(129) È importante sottolineare come, tra le sue attribuzioni, il *Chief justice* abbia anche quella di esercitare per supplenza le funzioni del Governatore generale in caso di decesso, di incapacità o di assenza dal Canada per più di un mese di quest'ultimo.

(130) Quest'ultima convenzione non è stata rispettata esclusivamente nel 1990, quando, ad un *Chief justice* appartenente alla comunità anglofona (Bora Laskin) ne è subentrato un altro appartenente alla medesima comunità (Robert George Brian Dickinson).

procedimento di elezione. La proposta più rilevante fu inserita negli accordi di Meech Lake del 1987 e nell'accordo di Charlottetown del 1992,<sup>(131)</sup> e prevedeva che il Governo federale fosse obbligato a scegliere i giudici della Corte tra i nominativi contenuti in una lista appositamente predisposta dalle Province. In altre proposte, invece, si ipotizzava che a nominare i giudici fosse una commissione formata da rappresentanti del Governo federale e dei governi provinciali o che la nomina dei giudici fosse ratificata da una camera territoriale maggiormente rappresentativa delle istanze provinciali di quanto non lo sia l'attuale Senato canadese.

### 5.7. L'High Court australiana

La giurisdizione dell'*High Court of Australia* è di due tipi: d'appello (*appellate jurisdiction*) ed originaria (*original jurisdiction*).

L'*High Court*, quale giudice di ultima istanza, è competente a pronunciarsi sui giudizi, i decreti, le ordinanze e le sentenze delle Corti di grado inferiore (Corti federali o che esercitano giurisdizione federale e Corti supreme statali) e dei giudici che esercitano la giurisdizione ordinaria dell'*High Court* (art. 73, Cost.)

La Costituzione australiana prevede inoltre che, in alcuni casi, l'*High Court* abbia una giurisdizione originaria (ad esempio sulle controversie tra la Federazione ed uno Stato, sulle controversie tra Stati e sulle controversie tra uno Stato ed un residente in un altro stato, art. 75, Cost.) e che, in altri casi, possa avere una giurisdizione esclusiva in seguito ad una legge parlamentare federale (ad esempio, sull'interpretazione della Costituzione, sul controllo di costituzionalità delle leggi e sulla risoluzione delle antinomie tra leggi di stati diversi, art. 76, Cost.)

L'*High Court* è attualmente composta da un Presidente (*Chief justice*) e sei giudici (*justices*).<sup>(132)</sup> Tutti e sette i giudici sono nominati dal Governatore

---

<sup>(131)</sup> Sugli accordi, falliti, di Meech Lake e di Charlottetown, aventi come fine la modifica della Costituzione, si veda per un breve quadro generale S. ORTINO, *Diritto costituzionale comparato*, Bologna, 1994, 386 ss.

<sup>(132)</sup> L'art. 71, Cost. si limita a prevedere che l'Alta Corte sia composta da un Presidente e da almeno altri due giudici, lasciando al Parlamento federale la determinazione del numero complessivo degli stessi. Nel 1903, quando iniziò la propria attività, la Corte era formata da tre giudici. Nel 1906 i componenti divennero cinque e successivamente, a partire dal 1912, sette (L. SCAFFARDI, *L'organizzazione e il funzionamento della High Court of Australia*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Torino, 1996, 732).

generale<sup>(133)</sup> su indicazione del Consiglio esecutivo federale e restano in carica fino al compimento del settantesimo anno di età (art. 72, Cost.)

Agli Stati membri della Federazione australiana non è dunque attribuito alcun ruolo nella scelta dei giudici dell'*High Court*, eccezion fatta per l'obbligo per il *Federal Attorney general*<sup>(134)</sup> di consultare, prima della nomina di ogni giudice della Corte, tutti gli *Attorneys general* degli Stati membri (art. 6, *High Court of Australia Act 1979*)<sup>(135)</sup>.

### **5.8. Cenni di conclusione sul raccordo tra la composizione della Corte costituzionale e la qualificazione federale del sistema**

Da quanto esposto e sinteticamente illustrato nella tabella sinottica, può essere dedotto che il ruolo attribuito agli enti sub-statali dei sistemi federali nell'elezione o designazione dei giudici dei Tribunali costituzionali è sostanzialmente riconducibile a due tipologie estreme: la diretta partecipazione alla scelta o la mera registrazione della vocazione territoriale del giudice designato. Nel primo caso, infatti, le entità autonome intervengono attivamente nella scelta della totalità o di una parte dei giudici; nel secondo caso, invece, nella designazione dei giudici è tenuto semplicemente in considerazione il legame di questi ultimi con le entità autonome; alle quali dunque non resta che registrare la vocazione territoriale del giudice designato. Il rapporto tra queste due modalità di partecipazione non è comunque di natura preclusiva, essendo riscontrabili ipotesi di entità autonome che partecipano attivamente alla designazione dei giudici nel rispetto di vincoli di appartenenza territoriale o linguistica<sup>(136)</sup>.

La partecipazione in modo attivo delle entità autonome avviene sempre per il tramite dei componenti della camera territoriale, a conferma del fatto che il

---

<sup>(133)</sup> Il Governatore generale, il rappresentante della Corona britannica in Australia nominato dal Sovrano britannico (nella prassi su indicazione del Primo ministro australiano), esercita formalmente il potere esecutivo nella Federazione. In sostanza, il potere esecutivo è esercitato dal Consiglio esecutivo federale, presieduto dal Primo ministro (nominato dal Governatore generale in base all'esito delle elezioni, dovendo essere scelto il *leader* del partito vincente) e formato da un numero di ministri non inferiore a dieci (nominati dal Governatore generale su indicazione vincolante del Primo ministro) (V. CALANDRELLA, *Il federalismo degli altri: l'Australia*, Varese, 1997, 27 ss.)

<sup>(134)</sup> Il *Federal Attorney general* è il principale consulente legale del Consiglio esecutivo federale ed è nominato dal Primo Ministro.

<sup>(135)</sup> L. SCAFFARDI, *L'organizzazione e il funzionamento della High Court of Australia*, cit., 734.

<sup>(136)</sup> È questo il caso delle Comunità del Belgio, dei Cantoni svizzeri e dei *Länder* austriaci.

Tribunale costituzionale e organo dello Stato federale e che i suoi componenti sono espressi da organi dello Stato federale, quale è appunto anche la seconda camera.

Tale partecipazione, tuttavia, ha un'efficacia differente a seconda della modalità di elezione dei membri della camera territoriale e della condivisione o meno di quest'ultima del potere di nomina dei giudici.

Relativamente al primo aspetto, infatti, a volte i componenti della seconda camera sono designati direttamente da organi delle entità autonome (è questo il caso del *Bundesrat* tedesco, composto da delegati inviati volta per volta dai governi dei *Länder*, del *Bundesrat* austriaco, i cui membri sono eletti dalle singole diete provinciali, a volte sono eletti direttamente dal corpo elettorale delle entità autonome (è questo il caso del Consiglio degli Stati svizzero e del Senato americano), a volte, infine, le due soluzioni coesistono (è questo il caso del Senato belga). Come è stato correttamente osservato, l'influenza esercitata dalle entità autonome sulle camere territoriali è dunque inversamente proporzionale alla legittimazione democratica di tali organi.<sup>(137)</sup>

Relativamente al secondo aspetto, invece, nella maggioranza dei casi il potere di designazione dei giudici dei Tribunali costituzionali è esercitato dalle camere territoriali congiuntamente o al capo dello Stato (è il caso dell'Austria, del Belgio, degli Stati Uniti) o all'altra Camera nazionale (è il caso della Svizzera, dove i giudici del Tribunale costituzionale federale sono eletti dall'Assemblea federale, organo formato dai membri del Consiglio nazionale e del Consiglio degli Stati). L'unico paese all'interno del quale la designazione di alcuni giudici del Tribunale costituzionale è attribuita esclusivamente alla camera territoriale è dunque la Germania, essendo sufficiente per eleggere otto giudici del *Bundesverfassungsgericht* la sola votazione del *Bundesrat*. E' pur vero, tuttavia, che i restanti otto giudici del Tribunale sono eletti dal *Bundestag*.

Per quanto riguarda, invece, il ruolo «passivo» esercitato dalle entità autonome nella scelta dei giudici dei tribunali costituzionali, in alcuni Stati è previsto che, nell'effettuazione di tale scelta, debbano essere prese in considerazione la provenienza territoriale e/o la comunità linguistica di appartenenza dei candidati.

La prima ipotesi si verifica in Austria (almeno tre giudici titolari e due giudici supplenti del *Verfassungsgerichtshof* devono avere la residenza fuori Vienna), in

---

<sup>(137)</sup> Così J. LUTHER, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, cit Fa eccezione il Senato canadese (peraltro privo, al pari di quello austriaco, di ogni ruolo nella designazione dei giudici della Corte suprema canadese), i cui membri sono designati formalmente dal Governatore generale e sostanzialmente dal Primo ministro e dal suo Gabinetto.



Canada (tre giudici della *Supreme Court* devono provenire dalla Provincia del Québec, tre da quella dell'Ontario, due dalle Province occidentali ed uno da una Provincia atlantica), negli Stati Uniti ed in Svizzera (in entrambi questi due Stati è semplicemente previsto che nella designazione dei giudici debba essere tenuta in considerazione la provenienza territoriale degli stessi, affinché all'interno della *Supreme Court* e del *Bundesgericht* siano contemporaneamente presenti giudici provenienti dalle diverse parti del paese).

La seconda ipotesi, invece, si verifica in Belgio (dei dodici giudici della *Cour d'arbitrage* sei devono essere di lingua francese, sei di lingua fiamminga ed almeno uno deve conoscere la lingua tedesca) ed in Svizzera (nella scelta dei giudici del *Bundesgericht* l'Assemblea federale deve tenere in considerazione il criterio della rappresentanza delle tre lingue ufficiali).

Concludendo, dunque, si può osservare che l'attribuzione alle entità autonome di un ruolo attivo e determinante nella designazione dei giudici dei tribunali costituzionali non sembra possa considerarsi un elemento identificativo degli Stati federali. I quattro degli stati federali presi in considerazione (Svizzera, Stati Uniti, Canada ed Australia) le entità autonome non hanno alcun ruolo attivo nella scelta dei giudici dei tribunali costituzionali; in due (Austria e Belgio) hanno un ruolo attivo determinante esercitato, attraverso le camere territoriali, congiuntamente con il Capo dello Stato; infine, solo in uno (Germania) hanno un ruolo determinante esercitato per il tramite dei membri dei governi dei *Länder* che di volta in volta compongono il *Bundesrat*.

Con riferimento, infine, al disegno di legge di revisione della Costituzione italiana, da cui si sono prese le mosse, deve essere osservato che, nonostante nella relazione governativa di accompagnamento sia affermato che si è inteso attribuire alle Regioni un peso significativo nella nomina di una parte dei giudici della Corte costituzionale, anche nel caso in cui tale disegno di legge fosse approvato integralmente, l'influenza esercitata dalle Regioni per il tramite del Senato federale nella designazione dei giudici della Corte costituzionale non sarebbe comparabile con quella esercitata dai *Länder* tedeschi, dai *Länder* austriaci, dalle Comunità belghe.

Inoltre, l'aver escluso la Camera dei deputati dalla partecipazione alla designazione di una quota dei giudici costituzionali rappresenta una seria lesione dello statuto costituzionale dell'opposizione parlamentare. L'esempio del *Bundesverfassungsgericht* tedesco dimostra come il massimo grado di influenza dei *Länder* sulla determinazione della composizione del Tribunale non è disgiunta dall'influenza, di medesimo grado e ampiezza, esercitata dai rappresentanti dello stato federale: il *Bundestag*.



Tutto quanto si è andato considerando, se da un lato può valere a meglio intendere il significato ed il valore dell'influenza degli Stati membri sulla composizione delle Corti costituzionali federali; dall'altro offre lo spunto per auspicare che il progetto di revisione della nostra Costituzione restituisca al Parlamento in seduta comune la funzione di eleggere una quota dei giudici costituzionali.

# GARANTÍAS Y SUPRAGARANTÍAS CONSTITUCIONALES

ADOLFO A. RIVAS (\*)

**SUMARIO:** **I.** A modo de introducción. **II.** El fenómeno de la constitucionalización. **III.** La esencia de las constituciones. **IV.** Las garantías constitucionales. **V.** Garantías y supragarantías. **VI.** Garantías instrumentales. **VII.** Garantías instrumentales y legitimaciones. **VIII.** Las legitimaciones funcionales públicas. **IX.** Las legitimaciones por sumatorias, populares y colectivas. **X.** Naturaleza y esencia de las garantías instrumentales. **XI.** El origen instrumental. **XII.** La limitación instrumental. **XIII.** Garantías instrumentales y procesos constitucionales. **XIV.** Jurisdicción dirimente y jurisdicción protectora.

## **I. A MODO DE INTRODUCCIÓN**

Se me ha honrado inmerecidamente permitiéndoseme participar en un libro de homenaje a Domingo García Belaunde, ilustre constitucionalista y procesal-constitucionalista peruano de dimensión internacional; a su bondad de auténtico maestro expongo este trabajo.

Las citas de Derecho positivo que contiene no son sino ejemplificativas, sin que pretendan incluir todos los ordenamientos sudamericanos, sub continente al que en definitiva está referido este trabajo. No obstante, recurrimos preponderan-

---

(\*) Ex Magistrado, ex Profesor titular regular (por concurso) de Derecho Procesal de la Facultad e Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Ex Vice-Director Director del Departamento de Derecho Procesal en esa Universidad. Director de la carrera de post grado de Derecho Procesal, Director del Instituto de Derecho Procesal, profesor titular de grado y post grado en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador (Buenos Aires).

temente a las normativas de Perú y Argentina y con respecto a la primera, computamos el Código Procesal Constitucional, no obstante no estar todavía en vigencia al tiempo de escribir este trabajo.

## II. EL FENÓMENO DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Asistimos, por lo menos en la América Latina, a un notorio pasaje del denominado Estado de Derecho al Estado de Derecho Constitucional. Toda la actividad jurídica se «constitucionaliza»<sup>(1)</sup>, se coteja constantemente con las normas supremas para reclamar por su aplicación; en virtud de ello, se cuestionan los comportamientos del poder, sus conductas, sus omisiones, sus actos, sus proyectos y hasta las meras opiniones de sus representantes físicos.

Es difícil –quizá también ajeno a un estudio de carácter jurídico– analizar las razones sociológicas, culturales, morales y políticas que motivan ese fenómeno; no podemos dejar de expresar que creemos que es el resultado de la colisión entre el «deber ser» planteado por el constitucionalismo liberal-social inscripto en las cartas magnas y una realidad que nos muestra la existencia de intereses, líneas de pensamiento y sistemas económico-políticos que poco o nada se compatibilizan con el modelo de igualdad real, de similares oportunidades, de derechos de bienestar y de libertad que las leyes supremas establecen en nombre de una humanidad que pese a todo, evoluciona hacia su perfeccionamiento.

Ante esa contradicción, florece el orden jurídico en productos destinados a servir al particular frente al poder, o reverdecen viejos instrumentos pensados con tal fin: Hábeas Corpus actualizados, Amparos, Hábeas Data, *mandamus*, *prohibimus*, controles jurisdiccionales sobre la actividad o la pasividad estatal y hasta el rescate –con modalidades propias– de las viejas doctrinas de resistencia a la opresión<sup>(2)</sup>; no nos llamamos a engaño pues ese renacimiento tiene un sentido de

---

(1) Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy: *Jurisdicción Constitucional. Impartición de Justicia y Debido Proceso*, Ara Editores, Lima, 2003, págs. 54 y 55. Ver igualmente a Danós Ordóñez, Jorge: «La constitucionalización de la administración pública», en *Revista peruana de Derecho Público*, N° 4, Editorial Grijley, Lima, enero-junio 2003, págs. 13-24. También Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F.: «La Constitución Española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano» en *La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)*, Editorial Grijley, Lima, 2003, págs. 88-94.

(2) Ejemplos: Art. 46 de la Constitución Política del Perú, Art. 36 de la Constitución de la Nación Argentina, Art. 3 Constitución de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). El derecho de resistencia a la opresión aparece consagrado actualmente con relación a los actos de fuerza que alteren el normal orden constitucional. Acerca de su origen histórico y consistencia puede verse el sintético estudio de Lizardo Alzamora Silva, en *Estudios Constitucionales*, Aso-

reacción<sup>(3)</sup>, de autodefensa ante avasallamientos concretos o posibles, ante fenómenos de ruptura del orden constitucional o, con su singular potencia deletérea, frente a la fractura del pacto representado-representante por apartamiento del segundo de las miras que al elegirlo tuvo el primero<sup>(4)</sup>, cuando no por el fenómeno de la transnacionalización de los poderes que los distorsionan, mostrando la existencia de los de carácter nominal asentados en el país y los efectivos operando desde el exterior.

En esa circunstancia, el sentir jurídico de las sociedades y su propio sentido de autopreservación les advierte que solamente las constituciones y el respeto a ellas puede ponerlas a cubierto de tales factores negativos.

### III. LA ESENCIA DE LAS CONSTITUCIONES

Las constituciones liberales muestran superestructuras asentadas en la división tripartita de poderes, pero, fundamentalmente, en un equilibrio de funciones y posibilidades de operar que permiten contrabalancear su ejercicio; por lo demás, admiten formas sumamente variadas: así por ejemplo, sistemas republicanos o monárquicos; federales o unitarios, presidencialistas o parlamentarios, centralizados o descentralizados en distintos grados.

Sin embargo, lo común entre las mismas, lo que realmente les sirve de esencia, base, sustancia y razón de ser es la relación generada entre el Estado y el individuo asentada en el respeto y autolimitación del primero, como medio de preservar las libertades y derechos del segundo, pero sin descuidar el papel oficial de conductor y/o moderador de las relaciones interindividuales con fines de bienestar, progreso y bien común.

### IV. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Pensamos así que las constituciones parten de la idea de la libertad como valor primigenio, pre y supraconstitucional, preexistente al propio sistema que

---

ciación Peruana de Derecho Constitucional, Editorial Grijley, Lima, 2004, págs. 103 y 104. Con mayor extensión y estudio sobre la identificación moderna entre garantía y resistencia a la opresión, véase Sanchez Viamonte, Carlos: *El Constitucionalismo. Sus problemas*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 163.

(3) Empleamos el término «reacción» no con sentido de retrogrado o apegado a lo existente o conservador, sino en su acepción de obrar opuesto a otro accionar.

(4) Puede verse en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (art. 72) el sistema de revocatoria de mandato para todos los cargos y magistraturas de elección popular, a instancias de un número no menor del 20% de electores, una vez transcurrido la mitad del mandato.

establecen<sup>(5)</sup>. Por encima de aquélla, se impone la configuración de un orden jurídico y como consecuencia de los derechos individuales comprendidos en el mismo, así como el establecimiento de los órganos destinados al gobierno común y, en definitiva al de un Estado sujeto al deber de asegurar la plena vigencia de los derechos humanos<sup>(6)</sup>, la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad<sup>(7)</sup>.

Desde ya que el orden constitucional selecciona libertades; de tal modo, aquella preexistencia no impide que sean cercenadas las que resulten nocivas para la convivencia y el brillo de los derechos humanos. Es claro que no se deja espacio para la libertad de violentar derechos y libertades ajenas ni para dejar de respetar el honor y los intereses nacionales, las constituciones mismas y en general el ordenamiento jurídico del país<sup>(8)</sup>. De todas maneras, el principio es el de pleni-

---

(5) El Preámbulo de la Constitución Nacional Argentina proclama entre sus objetivos, el de «asegurar los beneficios de la libertad» para los habitantes actuales y futuros del país; de tal modo el estado de libertad es preexistente a la Constitución que viene a consolidarlo; igual propósito resulta del Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos; y en cuanto a Perú, pensamos que cuando el art. 2 de la Constitución Política dice que «toda persona tiene derecho» y enumera a continuación derechos y libertades individuales, no hace sino declarar la existencia de una realidad con el objeto de garantizarla y evitar que se la destruya o limite. Además, así lo refirma el artículo en su inciso 24 a) y b). Por su parte, el art. 13 de la Constitución Política de Colombia, expresa que «todas las personas nacen libres e iguales ante la ley...» y la Constitución de la Nación Argentina, art. 19 dice: «las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

(6) Constitución Política del Perú, art. 44. Constitución Política de Colombia, art. 2. Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina.

«Presunción a favor de los derechos humanos, es decir *pro homine*, ya que, como ha quedado claro, sobre todo a partir de la segunda posguerra, el constitucionalismo es una técnica de la libertad y la convivencia pacífica, que busca el orden social, y por tanto, los derechos humanos en su conjunto, constituyen el sustento de todo orden democrático, expresado en una Constitución» (García Belaunde, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, pág. 63). Véase igualmente en el Código Procesal Constitucional la remisión que hace el Art. V del Título preliminar, a la normativa y jurisprudencia supranacional en materia de derechos humanos.

(7) Constitución Política del Perú, art. 1º, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 2º.

(8) Es más, no se protege el abuso del Derecho, verdadera garantía direccional establecida específicamente por el art. 103, última parte, en la Constitución Política del Perú. En igual sentido y bajo la configuración de deber, tenemos el art. 95 inc. 1º de la Constitución Política de Colombia.

tud de libertades e ilimitación de derechos; la excepción es la restricción. Todo derecho y libertad por la sola circunstancia de existir en la realidad, tienen garantizado su goce y ejercicio, aunque las normas positivas no se refieran específicamente a ellos<sup>(9)</sup>.

El Estado constituido a los fines de posibilitar la vida, la libertad y los derechos de quienes le están sometidos, ha sido creado –como resultado de la voluntad de sus habitantes– como el instrumento que les asegure tales bienes en paz y armonía; de ahí que considerado como sujeto de derecho distinto de aquéllos como conjunto (pueblo o sociedad) o individualidades, asume compromiso de no incurrir en violaciones al respecto y de operar como tercero para que sean realidad en el tráfico interindividual.

En razón de tales objetivos, se establecen las llamadas garantías individuales, promesas de cumplimiento y abstención que, precisamente, integran solemnemente el orden jurídico supremo y básico a partir de los nuevos ordenamientos; históricamente son reacciones frente al despotismo imperante en las monarquías absolutas que el constitucionalismo quiere dejar atrás. Actualizadas, juegan también como salvaguardas ante cualquier amenaza o situación que contraríe o pueda hacer peligrar los objetivos señalados, provenga de donde provenga.

Clasificamos tales garantías en tres grandes grupos: *a)* las sustanciales, *b)* las orgánicas y *c)* las instrumentales o adjetivas. Las primeras son las que se refieren a las libertades y derechos concernientes a las relaciones humanas en su desarrollo general (vida, identidad, igualdad, libertades de conciencia y religión, información, opinión, honor, creación intelectual, propiedad, trabajo, nacionalidad, seguridad, derechos económicos, sociales y políticos, es decir los que aparecen comprendidos, por ejemplo, en los artículos 2 al 38 de la Constitución Política del Perú)<sup>(10)</sup>.

Las garantías orgánicas son las que resultan de la existencia de un sistema de equilibrio y contrapeso de poderes que al asignarse a diversas estructuras estatales, aseguran que la compensación de fuerzas ha de impedir que se afecte el fin esencial y razón de ser del régimen constitucional. De tal manera, aseguran derechos y libertades pero de una de una manera indirecta, al par que sirven, en otro

---

<sup>(9)</sup> Constitución Política del Perú, art. 3°. Constitución de la Nación Argentina, art. 33. Constitución Política de Colombia, art. 94. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 22.

<sup>(10)</sup> Constitución de la Nación Argentina, arts. 14, 17, 36-46. Todas las constituciones contienen una enumeración de derechos humanos, civiles, económicos, etc. De tal modo, citamos como ejemplo específico el de nuestro país, que no está provista por cierto de una regulación de las mejores ni más orgánicas.

orden de cosas, para crear un adecuado sistema de competencias a los efectos de un correcto ejercicio de las tareas estatales. Admiten ser clasificadas en funcionales y direccionales por un lado, y por otro en indirectas y eminentes.

Las primeras se dan como consecuencia del funcionamiento tripartito de poderes y órganos especializados tales como, en Perú, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones y desde su relevante función, el Tribunal Constitucional<sup>(11)</sup>.

Al mismo tiempo, las garantías direccionales consisten en la consagración de mandatos de comportamiento impuestos a quienes componen y manejan tales estamentos; nos referimos por ejemplo, al principio de preeminencia de la normativa jurídica de acuerdo a su trascendencia constitucional según el art. 51 Constitución Política del Perú o el de reserva de la ley, igualdad y respeto a los derechos fundamentales en materia tributaria (*id.* art.74), la prohibición al legislador para el dictado de leyes especiales en razón de la diferencia de personas (*id.* art. 103), la prohibición de actividad jurisdiccional por parte de sujetos ajenos a dicho quehacer (*id.* art. 139 inc.2, segunda parte)<sup>(12)</sup>.

## V. GARANTÍAS Y SUPRAGARANTÍAS

Las garantías indirectas son las orgánicas que resultan del comportamiento de las estructuras estatales y el sometimiento de las mismas –en su composición humana– a las finalidades de la norma suprema. Al ajustarse a las constituciones contribuirán al goce y respeto de libertades y derechos individuales.

Pero junto a ellas, o mejor dicho por sobre ellas, encontramos garantías superiores, en realidad una sola y única garantía de garantías o supragarantía, pensada para que asegure al particular cuando sus derechos son violentados o amenazados por el poder. Es la supragarantía de la protección judicial de los derechos que en países como Perú, puede derivar no solamente de la presencia de un Poder Judicial independiente sino también de un Tribunal Constitucional con la misma vir-

---

(11) En la Constitución de la Nación Argentina se destacan la Auditoría General de la Nación (art. 85) y el Defensor del Pueblo (art. 86), como organismos técnicos del Poder Legislativo; el Ministerio Público como órgano independiente extra Poder, con autonomía funcional (art. 120).

(12) Por ejemplo en la Constitución de la Nación Argentina, la prohibición al Congreso de la Nación, «de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal o la prohibición a los cuerpos parlamentarios nacionales o provinciales, de otorgar facultades extraordinarias, suma del poder público, sumisiones o supremacías» por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced de gobiernos o persona alguna».

tud que el anterior<sup>(13)</sup>. Es claro que operan igualmente cuando el fenómeno lesivo se da entre particulares, es decir, ante todo tipo de conflictos con trascendencia jurídica y hasta como manera de prevenirlos.

Es de hacer notar que el juego de la supragarantía está vinculado con el derecho garantizado de acceso a la justicia, tanto el de tipo jurídico (ejercicio de la acción), como el material<sup>(14)</sup>; este derecho se viola y con ello la garantía corres-

---

(13) No todas las constituciones hacen mención expresa de la virtud de independencia que ha de tener el órgano jurisdiccional, implícita, obviamente en cuanto configuran Poder del Estado u órgano dotado de potestades similares, con las garantías de inamovilidad inherentes. En la Constitución de la Nación Argentina, el concepto aparece, recién con la reforma de 1994 al mencionarse las facultades del Consejo de la Magistratura (art. 114 inc. 6). Algunas constituciones provinciales argentinas se refieren a la independencia de manera concreta: así la de Jujuy, determina que: «El Poder Judicial es independiente de otro Poder y sostendrá su inviolabilidad como uno de los primeros deberes» (art. 145 inc. 1°); en la Constitución de Salta se afirma: «El Poder Judicial, para afirmar y mantener la inviolabilidad de su independencia orgánica y funcional, tiene todo el imperio necesario» (art. 151) y en términos parecidos se expresa la Constitución de San Juan en su art. 198; la Constitución Política de Colombia habla de la independencia de las decisiones de la administración de justicia (art. 228). Muy parecida es la concepción de la Constitución de Bolivia (art. 117). Para la Constitución Política de Perú, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional es considerada un principio y derecho de la función judicial (art. 139) y los magistrados en sí la tienen garantizada (art. 146, inc.1°). Por lo demás, el ser oído por un tribunal independiente está consagrado como un derecho humano por el art. 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

(14) Expresamente consagra el derecho de acceso a la justicia, incluso «sin la representación de abogado» el art. 229 de la Constitución Política de Colombia.

El fenómeno del acceso a la justicia puede ser considerado desde dos puntos de vista: el jurídico y el material. El primero puede subsumirse en el derecho de acción, que tiene como contrapartida el de oposición o contradicción (ver por ejemplo, art. 2 Código Procesal Civil del Perú). Ambos no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales establecidos por la ley (Art. 3 Código Procesal Civil del Perú). La acción, entendido como el derecho de poner en acto la jurisdicción es por tanto de carácter absoluto; distinta es su resultante, pues puede dar lugar a la apertura de un proceso como respuesta jurisdiccional o provocar una declaración liminar de inadmisibilidad. Igualmente, es absoluto el derecho de contradicción, resultante de la primera de las posibilidades nombradas.

El acceso material puede verse afectado por diversos factores: así *a)* Económicos (ver al respecto el art. 139.16 de la Constitución Política del Perú y el VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil del Perú, que consagran, como principio, la gratuidad del acceso a la justicia y el principio de gratuidad para el demandante, previsto en el art. III del Código Procesal Constitucional; *b)* Geográficos. Las dificultades naturales de distancia y obstáculos geográficos y de comunicaciones para concurrir al lugar de emplazamiento de los órganos jurisdiccionales o ponerse en contacto con las fuentes de asesoramiento y representación; *c)* Políticos. El temor a represalias del sector público –o del privado dotado de poderes equivalentes– involucrado en un conflicto puede ser un valladar suficiente como para impedir llegar a la protección juris-



pondiente, si se ponen distancias y obstáculos entre el sujeto particular y la estructura supragarantista; de tal manera han de relativizarse cuando no desaparecer, las soluciones que imponen pasajes previos por el orden administrativo pues no es éste el que naturalmente tiene encomendado velar por el cumplimiento de las salvaguardas constitucionales, ni puede encomendársele tal custodia cuando es su conducta, precisamente, la que da lugar a la violación de aquéllas.

## VI. GARANTÍAS INSTRUMENTALES

Por fin, las garantías instrumentales o adjetivas pueden ser divididas en *a)* genéricas y *b)* específicas. Las primeras son las que hacen a la manera general con la que deben operar tanto la administración como el Poder Judicial y/o todo órgano habilitado para dirimir conflictos con trascendencia jurídica o para resolver las peticiones de los particulares.

Así, el llamado «debido proceso», concepto que, por provenir de criterios de valoración ajenos a la tradición jurídica hispanoamericana, que fueron variando y pueden seguir haciéndolo de acuerdo a las vicisitudes históricas de su origen, no nos cansamos de proponer se sustituya por el de «proceso constitucional», ajustado a exigencias sustanciales de racionalidad y justicia y no solamente a las formales de oportunidad<sup>(15)</sup>.

De tal manera, el proceso constitucional impone el respeto al derecho de defensa en juicio –modalidad del derecho de defensa de los derechos– en tanto

---

diccional; *d)* Socio-culturales, quizá el obstáculo de mayor envergadura, es el generado por la ignorancia general y en especial la de los propios derechos; en esa situación, difícil será que se recurra a los tribunales en busca de justicia; *e)* Psicológico-sociales, la desconfianza que puede general en el justiciable, el convencimiento de estar fuera del ámbito de la protección jurisdiccional por considerar que ésta, o es corrupta o se encuentra al servicio de sectores, clases o círculos a los que no se pertenece.

Son realmente trascendentes dispositivos como los del Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil del Perú que consagra el principio de socialización del proceso, recogido por el Art. III también del Título Preliminar de Código Procesal Constitucional de ese país.

<sup>(15)</sup> El «debido proceso» (*due process of law*) es un verdadero «concepto jurídico indeterminado», acuñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica de acuerdo con los acontecimientos que conmovieron a ese país; si bien no se refiere exclusivamente al quehacer jurisdiccional, sino al de los tres Poderes y está referenciado con el orden constitucional, pensamos que puede estar sujeto a los mismos vaivenes a los que está sujeta la actividad política interna y externa de ese país; de tal modo podría variar, admitir excepciones y hasta ser limitado. Preferimos en cambio una directa definición constitucional insusceptible de interpretaciones limitativas o restrictivas, en base a regulaciones explícitas como las contenidas, por ejemplo, en el art. 139 de la Ley Suprema del Perú.

transite ante los estrados judiciales o de tribunales constitucionales en caso concreto; pero, y esto es importante tenerlo en cuenta, trasciende a los quehaceres administrativos y hasta a los particulares en determinadas condiciones<sup>(16)</sup>.

Junto a las garantías genéricas, indiferenciadas, comunes, aplicables a todo desarrollo procedimental, encontramos las específicas que, por ejemplo, en Perú, tienen expresión constitucional (art. 202, Constitución Política del Perú): nos referimos a las constitucionalmente denominadas acciones de Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo, Inconstitucionalidad, Popular y de Cumplimiento<sup>(17)</sup>.

Se trata de modalidades de actuación ante, y de la jurisdicción, establecidas de modo de permitir la operatoria de la supragarantía referida en el punto IV, demostrándose con ello el interés superior consistente en asegurar goce de libertades y derechos individuales.

## VII. GARANTÍAS INSTRUMENTALES Y LEGITIMACIONES

En lo referente a las legitimaciones necesarias para hacer jugar las garantías instrumentales específicas, y teniéndose en cuenta que en todo caso el fin último

---

<sup>(16)</sup> «El debido proceso, por otra parte, y por su propia naturaleza, no es un atributo que pueda predicarse exclusivamente a propósito de los procesos estrictamente judiciales (debido proceso judicial) sino que pueda ser extensivo con cualquier clase de mecanismo de resolución de conflictos o de determinación de situaciones, con lo cual, procede su invocación, no sólo a nivel de los llamados procesos administrativos sino incluso a propósito de los procedimientos corporativo-particulares. Se habla en tales circunstancias de un *debido proceso administrativo* y *debido proceso corporativo particular*». Véase Palomino Manchego, José F. - Eto Cruz, Gerardo: «Principios, Derechos y Garantías: Problemas escogidos», en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro de Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Editorial Grijley, Lima, 2002, pág. 46. Precisamente, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos en el orden nacional argentino, establece lo que llama «debido proceso adjetivo» que comprende el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba, y a obtener una decisión fundada en derecho.

<sup>(17)</sup> En la República Argentina y en el orden nacional, recién después de la reforma constitucional de 1994, se consagran en la letra de la Ley Suprema las garantías instrumentales de Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data (art. 43). Con anterioridad y por vía jurisprudencial (casos Siri -1957- y Kot -1958-) la Corte Suprema de Justicia Nacional admitió la vía de Amparo para proteger derechos no comprendidos en el Hábeas Corpus (garantía ésta que ya tenía consagración legislativa) extrayéndose aquélla del sentido y espíritu de la Constitución Nacional, ya «que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales son requeridas para establecer en que caso y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación» como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas» (CSJN, Fallo Siri, T. 239. pág. 459, voto de la mayoría).

de las mismas, es la protección de los derechos y libertades de los habitantes, pueden ser divididas en *a*) individuales, *b*) institucionales y *c*) supraindividuales; las individuales son las que corresponden al sujeto afectado y pueden ser ejercidas por éste en nombre de su propio y exclusivo derecho ante su violación o amenaza concreta (así el Amparo, el Hábeas Data o el Hábeas Corpus)<sup>(18)</sup>; las otras son utilizables de manera excluyente por las que llamamos «legitimaciones institucionales»; en el Perú, por ejemplo, la acción abstracta de inconstitucionalidad en manos del Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, un número determinado de congresistas, Presidentes de Región<sup>(19)</sup>. Variantes de aquéllas son las que podemos llamar «legitimaciones funcionales» aptas para objetivos determinados correspondientes a acciones concretas y que pueden incluir, no solamente a sujetos de Derecho Público (Defensor del Pueblo o Ministerio Público)<sup>(20)</sup> sino también a instituciones privadas especializadas en determinadas cuestiones<sup>(21)</sup>.

#### VIII. LAS LEGITIMACIONES FUNCIONALES PÚBLICAS

Pensamos que las legitimaciones funcionales de los sujetos de Derecho Público, no hacen sino representar el interés del orden jurídico constitucional que, como dijimos, apunta en definitiva a preservar los derechos y libertades individuales, pero no al pueblo como persona jurídica o entidad abstracta, ni a los individuos en sus derechos individuales. En tal sentido, ofrece particular significación la figura del Defensor del Pueblo. Pese a su denominación su habilidad para operar ante la jurisdicción no proviene de un mandato popular, desde que se le designa, no por el voto de la ciudadanía sino por el legislador y no tiene asignada, si consideramos la Constitución Política del Perú, la representación de aquél conjunto.

El Ministerio Público, curiosamente, tiene funciones más cercanas al mandato colectivo que las del Defensor: así, la Constitución del Perú, le asigna la repre-

---

(18) Así, el Código Procesal Constitucional legitima para ejercer la acción de Hábeas Corpus, a la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor sin necesidad de tener su representación; en el Amparo, al afectado (Art. 39), en el Hábeas Data, a la persona interesada (art. 61 inc. 2).

(19) Art. 203 Constitución Política del Perú. Art.99 Código Procesal Constitucional.

(20) Por ejemplo, la que otorga al Defensor del Pueblo el art. 67, segunda parte *in fine*, Código Procesal Constitucional.

(21) Por ejemplo, si como lo dispone el art. 43 de la Constitución Nacional Argentina, están legitimadas para interponer Amparo colectivo, las asociaciones que propendan a los fines de la defensa del medio ambiente, de la competencia, del usuario y del consumidor.

sentación de la sociedad en los procesos judiciales, (art. 159 inc. 2); es claro que esa representación está visiblemente referida a la función acusatoria en el proceso penal y no a una de tipo general ante la cual faltaría la expresión colectiva de voluntad, amén de no advertirse una personalidad específica otorgada a la «sociedad» como tal, capaz de generar procuraciones en su nombre<sup>(22)</sup>.

### IX. LAS LEGITIMACIONES SUMATORIAS, POPULARES Y COLECTIVAS

Las legitimaciones supraindividuales, son las que ostentan sujetos determinados para defender libertades y derechos que no les son propios, sin perjuicio de tenerlos en tal carácter en cuanto a prerrogativas de funcionamiento. Pueden ser *a)* sumatorias, *b)* populares y *c)* colectivas; las primeras son las que corresponden a un conjunto humano, como el conformado en la acción de inconstitucionalidad por la adición de individualidades hasta alcanzar un número predeterminado y las segundas las que posibilitan el accionar no solamente de una sumatoria indefinida numéricamente, sino inclusive de un solo individuo, en ambos casos con trascendencia sobre el resto de habitantes ciudadanos.

Aquí se nos hace necesario precisar algunos conceptos. Entendemos que las constituciones liberales conservan su matriz individualista aún cuando hayan receptado el ingrediente social o el que hace a derechos difusos y colectivos<sup>(23)</sup>:

(22) En la República Argentina, el Ministerio Público «tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República» (Constitución Nacional, art. 120).

(23) Pensamos que debe considerarse superada la noción de «intereses difusos» que debe ser reemplazada por la de «derechos difusos» referidos al ambiente, al consumo y a la cosa pública. Si no hay interés sin derecho, no se ve por qué ha de hablarse de lo primero y no directamente de lo segundo; si se considera lo contrario (interés sin derecho), la posibilidad de defenderlo ante cualquier instancia pública se debilita y queda librada a la voluntad legislativa que puede permitir o no tal defensa directa abriendo la posibilidad de pasividad por parte de los órganos públicos que pudiesen operar. Es lo que ocurre con la clásica diferenciación entre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples que considera el Derecho Administrativo. Si consideramos que es posible la existencia de derechos subjetivos –es decir individuales– sobre bienes que no son de apropiación y uso exclusivo, podemos admitir la existencia de derechos difusos en cabeza de todos y cada uno de los individuos componentes de una sociedad, pero no de la sociedad misma y no de los individuos. Ello impide que se desconozca a estos últimos, el poder defenderlos por sí; al mismo tiempo, las legitimaciones funcionales a las que aludíamos en el texto permitirán controlar cualquier exceso individual o actuar sin exclusión de aquéllos. La Constitución Nacional Argentina establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado (art. 41) y el art. 42 hace lo propio con el derecho de los consumidores. La Constitución Política del Perú en su art. 2 inc. 22, consagra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. El art. 67 segunda parte del

así, cuando se legitima a cualquier ciudadano a ejercer una acción constitucional (por ejemplo en Perú, Acción Popular, Acción de Cumplimiento con respecto a leyes y reglamentos –artículos 67 primer párrafo y 84 del Código Procesal Constitucional–), no se lo está reconociendo como representante de la sociedad, de una clase o del pueblo, sino como titular de un derecho individual (coexistente con similar titularidad de otros sujetos) a gozar del orden constitucional, derecho que opera sobre un bien no susceptible de apropiación o goce exclusivo y excluyente y que satisfecho, provoca efectos de beneficio común, en virtud de la naturaleza de los objetos referidos.

En las legitimaciones por sumatoria, se otorga condición institucional a un conjunto humano integrado por individualidades potenciadas numéricamente, pero no la representación del pueblo, vedada por dispositivos tales como el art. 45 segunda parte de la Constitución Política del Perú o el art. 22 de la Constitución Nacional Argentina sino la de una minoría cuantitativamente establecida<sup>(24)</sup>; la decisión de una sola persona o de un conjunto inferior al mínimo establecido no es suficiente pues se trata nada menos que de discutir el valor de la ley, resultante de la voluntad general. Obsérvese que no se exige ni se establece la presencia del pueblo como conjunto, pues ello impondría el *referéndum* o un mecanismo similar.

La visión que expusimos más arriba, no debe verse como adscripción ideológica a un individualismo superado y caduco o como juicio de demérito a la consagración de derechos sociales y económicos típica del constitucionalismo moderno. Muy por el contrario: en efecto, y nos valemos para ello de la experiencia argentina<sup>(25)</sup>; si se considera que los derechos difusos son de la sociedad y no de los individuos, se remite a éstos, exclusivamente, a las legitimaciones institucionales

---

Código Procesal Constitucional dice curiosamente: «Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos...» otórgase al efecto legitimación a cualquier persona así como al Defensor del Pueblo.

(24) «El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición».

(25) Cuando se discutió la temática del «amparo colectivo» los convencionales de la reforma de 1994 giraron en torno a la existencia de derechos de la sociedad en sí. A tal punto que se iba a sancionar un texto en el que solamente se daba legitimación al Defensor del Pueblo y a las asociaciones dedicadas a la defensa de los derechos difusos, excluyéndose al particular damnificado. Advertidos, establecieron el texto actual, pero con el temor a que pudiese pensarse que se consagraba una suerte de Acción Popular. Puede verse al respecto, el detalle de la cuestión en el libro de Rivas, Adolfo Armando: *El amparo*, 3ª. edición, La Rocca, Buenos Aires, 2003, págs. 770 y 771.

que pueden o no funcionar adecuadamente frustrando en este último caso –y sin remedio, por lo menos local– el uso y goce de tales derechos.

Las legitimaciones colectivas importan reconocer a un sujeto determinado, –por lo general persona de existencia ideal– la representación de un grupo determinable de personas, unidas por un interés, actividad o propósito común. Se limita a los campos en los que se defiendan los derechos que puedan resultar de tal comunidad, sin perjuicio de los que le corresponden por su personería en sí y en algunos casos con reconocimiento de valores equivalentes a las legitimaciones institucionales, pero con alcance limitado<sup>(26)</sup>.

#### X. NATURALEZA Y ESENCIA DE LAS GARANTÍAS INSTRUMENTALES

Las garantías instrumentales diferenciadas, en tanto garantías, no puede derivar sino del nivel jurídico garantizador conformado por una constitución; estarán incorporadas en su letra –caso Perú– o serán extraídas de tal orden por la actividad jurisdiccional<sup>(27)</sup>.

Como tales garantías son de interpretación amplia<sup>(28)</sup>, *por ende no admiten retaceos o restricciones en su reconocimiento legislativo o jurisdiccio-*

---

(26) Por ejemplo, los colegios profesionales legitimadas para el ejercicio de la Acción de Inconstitucionalidad en el Perú, o las asociaciones de fines específicos en el Amparo colectivo en Argentina, o las entidades gremiales a los fines de la defensa de los intereses de su sector.

(27) Es lo que ocurrió en la República Argentina con el Amparo, según se vio y aparece transcrito en la nota 17.

(28) «La Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico, nunca estrecho y técnico, de manera que, en la aplicación práctica de sus disposiciones, se cumplan cabalmente los fines que informan en la interpretación constitucional, el intérprete nunca debe dejar de tener en cuenta que lo que está interpretando no es una simple ley, sino nada menos que la Constitución, que es la ley de leyes, en cuanto Ley Suprema del país» (Linares Quintana, Segundo V.: *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1987, pág. 61). Así, debe aplicarse el principio *in dubio pro libertate* (Badeni, Gregorio: *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad Hoc, Buenos aires, 1994, págs. 80 y 81).

«En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. En consecuencia la interpretación de la Ley Fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquél debe privar siempre sobre e porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado, de la

nal<sup>(29)</sup>. Desde ya que contienen los elementos que hacen a las garantías instrumentales genéricas indiferenciada, pero además, otros que le son exclusivos.

Pero las garantías instrumentales diferenciadas, aparte de su naturaleza constitucional, tienen otra procesal; ésta permite mostrarla como una forma procedimental; así se la denominará acción<sup>(30)</sup> o quizá recurso<sup>(31)</sup>, aún cuando técnicamente se está señalando la presencia de una pretensión con fines específicos.

Así, se trata de entidades complejas, formadas: *a)* por la promesa o resguardo del orden jurídico (garantía); *b)* la pretensión específicamente configurada por la ley suprema o bien identificada en ésta, pero dejando librado al legislador o al interprete jurisdiccional fijar sus alcances y características, sin que por ello pierda efectividad; *c)* la legitimación para ejercerla; *d)* el proceso o procedimiento consiguiente<sup>(32)</sup> y *e)* un especial modo de operar del orden jurisdiccional encargado de utilizarlas y resolver el conflicto.

Precisamente, esa manera de actuar hace a la esencia de la garantía; sin ella, ésta perdería su valor de tal para convertirse en una mera resultante procesalística,

---

misma manera que resulta un absurdo admitir que el interés del mandatario pueda hallarse en pugna con el interés del mandante, en tanto aquél ejecute el mandato dentro de sus verdaderos límites» (Linares Quintana, Segundo V.: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. II, Alfa, Buenos Aires, 1953, pág. 469).

(29) No podemos concebir que las constituciones puedan generar garantías limitadas o con el signo menos, pues entonces deja de ser garantías. La reglamentación legislativa o la derivada de la actividad del Poder Ejecutivo no puede desnaturalizarla o coartarlas (Constitución Política del Perú, art. 118.8).

(30) Para nosotros, la acción es un concepto unitario que, a diferencia de la pretensión, no admite clasificaciones; se trata de la única manera de poner en acto la jurisdicción y no persiste durante el proceso sino que se agota con la formulación del requerimiento de respuesta inicial al órgano respectivo; una vez que éste responde con la apertura de un proceso o de un procedimiento, empiezan a regir las reglas que tal función requiere para considerar la pretensión y la defensa y satisfacer a la que se encuentre asistida por el Derecho; la acción es un derecho absoluto así como lo es una variante del derecho de defensa en juicio que es el derecho al proveimiento jurisdiccional.

(31) El recurso tiene como presupuesto una resolución tomada por un órgano que admite la existencia de poderes de revisión propios (reposición, revocatoria) o de un revisor específico (apelación, casación), y que se encontrará limitado, a su vez, por el campo abarcado por la decisión impugnada.

(32) Observamos que mientras la Constitución Política del Perú, habla de acciones concibéndolas como garantías, el Código Procesal Constitucional, contempla procesos. El Art. II del Título Preliminar expresa que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos constitucionales.

provista sí de un fin especial –como también lo están el proceso ejecutivo, los de conocimiento o los especiales– pero sin otra connotación superior.

## **XI. EL ORIGEN INSTRUMENTAL**

No existe libertad o derecho comprendido dentro del orden jurídico constitucional, que no esté garantizado por el mismo nivel. Así como no puede haber libertad o derecho constitucional no garantizado, no es admisible la inexistencia del medio instrumental destinado a poner en acto la garantía si es desconocida o violentada. De tal modo, la omisión legislativa no podría impedir el juego de la supragarantía aseguradora. En tal sentido la expresión formal de la garantía instrumental es factor secundario, ya que los órganos respectivos tienen un implícito poder de legislación procedimental –derivado del orden constitucional– cuando resulta absolutamente necesario proveer de normas generales para el ejercicio de sus funciones; no precisan para ello de especial autorización parlamentaria pues si así fuere, el Congreso podría con su pasividad, trabar, impedir o supeditar la función jurisdiccional.

Es cierto que dispositivos tales como el art. 200 inc. 6 de la Constitución Política del Perú, especifican que las garantías que establece merecerán regulación por una Ley Orgánica –Art.106–, pero nos parece que la ley suprema no quiere con ello postergar la vigencia de la garantía, sino, por el contrario, asegurar que no se la desvirtúe por el legislador, razón por la que se impone la sanción por una mayoría especial.

Lo expuesto no significa sostener que la jurisdicción puede suplantar al legislador en todo caso, dictando por ejemplo, verdaderos códigos procesales, si en cambio usar de normas procesales por analogía, variarlas para ajustarlas a las necesidades del conflicto o directamente establecerlas en caso de vacío legislativo absoluto; este poder residual de legislación se observa especialmente cuando se trate de operar la jurisdicción protectora<sup>(33)</sup> cuya caracterización haremos al terminar nuestro trabajo.

---

<sup>(33)</sup> Por ejemplo, se autoriza a los jueces a adoptar formas más sencillas de las previstas en la legislación de Amparo, como medio de acelerar los trámites y en ausencia de reglamentación resolverán las acciones que se promuevan de acuerdo con la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar. En Argentina: Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 20; Constitución de la Provincia de Jujuy, art. 41; las Constituciones de Chaco y Formosa en su primitiva versión, autorizaban a los jueces a disponer las soluciones procesales adecuadas hasta que las legislaturas sancionaran las leyes reglamentarias de Amparo; la Constitución de la Provincia de Salta nulifica de antemano toda regulación referente al Amparo (art. 87).



## **XII. LA LIMITACIÓN INSTRUMENTAL**

Corresponde preguntarse cuál es el límite numérico de las garantías instrumentales. En otras palabras, si la inexistencia de tratamiento expreso por parte de las constituciones, permitiría que la supragarantía vaya creando indefinidamente modelos de aquélla naturaleza o sí, la regulación expresa impone un *número clausus* insusceptible de ser superado, sea por el legislador, sea por la actividad jurisdiccional. En otras palabras, si puede haber garantías instrumentales específicas previstas y no previstas o si solamente se pueden conjugar las primeras.

Nos parece que dispositivos como el art. 3 de la Constitución Política del Perú y sus similares de otros países, autorizan a pensar que no hay limitaciones ya que no se observan prohibiciones expresas, de modo que la falta de fronteras en lo sustancial debe llevar a igual criterio en lo instrumental.

Similar solución debe aplicarse ante el segundo de los interrogantes que planteamos; las constituciones –cuyo destino ideal es la permanencia– han de ser interpretadas con la suficiente elasticidad como para permitir su adaptación a las realidades no previstas. Así por ejemplo, el Hábeas Data aparece como un instituto relativamente reciente, que, como tal no estaba contemplado en muchas leyes supremas, ausencia que no puede obstar para que se otorgue la protección correspondiente.

De ahí que pensemos que tanto el legislador como el intérprete constitucional pueden establecer y consagrar –de ser imprescindible– vías diversas de las literalmente contenidas en la ley suprema que de tal manera servirán de pautas inalterables al tiempo que de «pisos» y no de «techos» o valladares para el sistema protector.

Es claro que la correcta interpretación constitucional puede llevarnos a conclusión contraria si el medio tenido en mira genera una distorsión del régimen y propósitos de las leyes supremas o es incompatible con las estructuras que contiene.

## **XIII. GARANTÍAS INSTRUMENTALES Y PROCESOS CONSTITUCIONALES**

Debe señalarse que no todo proceso por la circunstancia de estar establecido en la constitución o derivar directamente de sus términos, es una garantía instrumental específica de carácter individual. Así por ejemplo, pensamos que bien observado, no lo es el competencial resultante de lo dispuesto por el art. 202 inc. 3 de la Constitución Política del Perú y recogido por los artículos 109 a 113 del Código Procesal Constitucional, ya que no puede ser utilizado sino por sujetos estatales enfrentados entre sí.

Tampoco los procesos en general se constituyen en garantías instrumentales específicas por el hecho de actuar con la legitimación correspondiente, Ministerio

Público, Defensor del Pueblo o institución similar. La naturaleza garantizadora y con ella las consecuencias ya señaladas, derivan de la finalidad tuitiva de los derechos particulares y no de la sola intervención de tales estamentos.

#### **XIV. JURISDICCIÓN DIRIMIENTE Y JURISDICCIÓN PROTECTORA**

Es claro que la actividad jurisdiccional tiene como fin dirimir el conflicto, otorgando la razón jurídica a quien se hace acreedor a la misma y poniendo la fuerza del *imperium* a su favor. Al efecto la función oficial respectiva opera técnicamente como «*impartial*» (obviamente, no es parte); quienes la ejercen han de ser subjetivamente «imparciales» para lo cual no deben tener vínculo subjetivo con las partes que pueda inducirlos a favorecer indebidamente a una, en detrimento de otra.

De todas maneras, negamos que la jurisdicción pueda ser neutral; no lo es pues está comprometida con el orden jurídico de modo que si éste le da un determinado mandato de tutela o le indica su preferencia por uno u otro de los enfrentados en conflicto, debe acatarlo y ajustar su comportamiento procesal a tales directivas. Así y sin ir más lejos, en un juicio ejecutivo, el magistrado ha de operar teniendo en cuenta que se trata de un proceso establecido en favor del acreedor, así que sin traspasar el mandato legislativo ha de operar de modo de facilitar la ejecución y no de entorpecerla; en otro orden de cosas, deberá impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria (Código Procesal Constitucional peruano, Título Preliminar, art. IV, tercera parte), sin permitir el abuso del derecho (Constitución Política del Perú, art. 103).

En ciertos conflictos, esa «a-neutralidad» adquiere especial significación: es entonces que se perfila la actividad jurisdiccional protectora; ésta se pondrá en acto, cuando se manifieste entre partes naturalmente desiguales y juntamente o además, en campos en los que el objetivo del orden jurídico es priorizar la defensa de determinado *status* o situación jurídica, con el objeto de reestablecer la igualdad correspondiente y alcanzar, lo más rápida y fácilmente posible la recomposición del derecho o libertad afectada por el enfrentamiento.

El Código Procesal Constitucional ha percibido el fenómeno y en consecuencia impone a la jurisdicción tener en cuenta los fines de los procesos constitucionales, (Parte preliminar, Art. II), adecuación de las formas procesales (Art. III), impulso oficioso (Art. III), interpretación de acuerdo derecho supranacional (Art. V); sin embargo, pensamos que el deber está más allá de tales disposiciones y consiste básicamente en conducirse con arreglo al principio de imparcialidad pero en función protectora, conduciendo el proceso de modo que si así correspondiera, la tutela no fuera retardada o retaceada sino que permitiese proteger desde el comienzo, anticipar restituciones de derecho, decretar cautelares y en definitiva, dictar el fallo tutelar con precisión y efectividad suficiente.

ADOLFO A. RIVAS

## **G) TESTIMONIOS**



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

VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO (\*)

La Carta de 1979 trajo consigo el Estado Constitucional de Derecho: un Estado formal y realmente comprometido con la dignidad de la persona humana y obligado a la defensa y protección de sus derechos. La Constitución –hasta entonces sólo una proclamación lírica– sería, por fin, plenamente justiciable. Lo garantizaban una jurisdicción y unos procesos constitucionales aparentemente eficaces para hacerla prevalecer. Nació así una nueva cultura y realidad constitucionales, no obstante ciertos abusos y excesos iniciales que el tiempo se ha encargado de moderar y enmendar. Se produjo, como era de esperar, una suerte de eclosión constitucional que atrajo a numerosos y, desde luego, muy valiosos defensores y cultores del Derecho Constitucional. Habían cambiado los tiempos y el Perú ingresaba a una nueva era en su evolución jurídica.

Es mérito singular de algunos pocos juristas haber consagrado sus empeños al Derecho Constitucional, antes de ese singular proceso. Es decir, en una etapa en que la devaluación del constitucionalismo había hecho de la supremacía constitucional una fórmula vacua y retórica y en la que, a la insuficiencia de las normas e instituciones, se sumaba una notoria insensibilidad jurisdiccional frente al necesario imperio de la Constitución. Optar por el Derecho Constitucional era un empeño quijotesco, profesional y políticamente. Domingo García Belaunde se inclinó precisamente por él. Quien sabe influyó en su ánimo el ejemplo de su ilustre progenitor que, como Vocal de la Corte Superior de Lima, había fallado, en

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional y profesor investigador en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente del Congreso de la República (2000-2001) y Presidente Constitucional de la República del Perú (2000-2001).

voto singular, amparando al Dr. José Luis Bustamante y Rivero que en 1955, demandaba su irrenunciable derecho a retornar al Perú del que había sido extrañado por obra de la dictadura odriísta. Esa opción vital y profesional fue posteriormente confirmada por una serie de actos y conductas que las circunstancias, extrañamente, me han permitido conocer de modo muy cercano.

Recuerdo a Domingo, estudiante de los últimos años de la Facultad de Derecho, en la que era Profesor del Seminario de Instituciones Políticas del Perú, apremiándome para escribir un artículo en torno de la delegación de facultades legislativas que había promovido un gran debate en el Congreso del Perú en los primeros meses del año de 1968. Las circunstancias angustiantes de la política –vísperas del golpe de Estado de 1968– en que estaba inmerso, como Diputado por el Cusco, me impidieron cumplir con él como era mi deseo. No obstante, su insistente y cordial presión me indujo a estudiar muy a fondo el tema y a escribir un ensayo que, por su extensión, rebasaba los alcances de una revista. Fue un grave error mío no dejar testimonio de la posición adversa que entonces sostuve contra la delegación de facultades legislativas, que la Constitución de 1933 no permitía. Domingo iniciaba, en esos momentos, una labor que ha cumplido con inteligencia y constancia ejemplares a lo largo de toda su vida: promover e inspirar la reflexión y provocar el debate en torno de los grandes problemas de nuestro constitucionalismo. En ese entonces era el editor o director de «Themis», una revista animada por estudiantes que ha crecido incesantemente en prestigio a lo largo del tiempo.

Las revistas de las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica («Derecho») y de la Universidad de Lima («Ius et Praxis») son, en parte importante, testimonios elocuentes de ese rasgo inicial de la fecunda y polifacética vida y obra de Domingo. Hoy, pueden acreditar sus esfuerzos en ese aspecto no sólo la «Revista Peruana de Derecho Público», sino también un sin número de estudios colectivos, revistas, artículos, ensayos y hasta obras de actores y cultores del Derecho Constitucional en el Perú y en el extranjero a los que Domingo, con espíritu casi apostólico, persiguió para rescatar y lograr aportes que él sabe valorar siempre generosamente. Podrían mencionarse entre ellos, sólo como botones de muestra, la exhumación virtual de viejos documentos políticos o constitucionales de difícil ubicación, la publicación de las *Lecciones de Derecho Constitucional* de Manuel Vicente Villarán o sus instancias para la publicación de las memorias de un político excepcional y ejemplar como es don Javier de Belaunde Ruiz de Somocursio, cuyo testimonio ayuda a entender una etapa tan conflictiva, confusa y dolorosa como la de la primera mitad del siglo pasado.

Domingo ha sido, es y seguirá siendo siempre un fecundo sembrador de ideas, iniciativas e inquietudes como corresponde, por cierto, a todo genuino maestro. Y

lo ha sido sin mezquindad alguna. De ello pueden dar fe todos cuantos han divulgado su pensamiento, merced a sus instancias cordiales y amistosas y, sobre todo, los jóvenes o maestros del Derecho Constitucional que, merced a su mediación, han perfeccionado sus conocimientos, en Universidades europeas o norteamericanas con las que ha mantenido activo y permanente contacto. Lo demuestran, además, las instituciones que ha promovido y fundado en la esfera del Derecho Constitucional o del Derecho Procesal Constitucional así como su fructífera participación en colectivos, simposios, congresos, seminarios, foros, encuentros, coloquios, etc. y su infatigable e incoercible afán por lograr y difundir ideas en torno de los más diversos aspectos del Derecho Constitucional.

Es justo reconocer que su prestigio, singularmente importante en el extranjero, deriva no sólo de la seriedad y solvencia de sus obras y de sus aportes constantes en los eventos en que participa, sino de su incesante labor de promoción que requiere por cierto imaginación, y también una autoridad que, con el tiempo, ha ganado. De ese modo García Belaunde le ha dado al Derecho Constitucional peruano una posición internacional que no tiene ninguna otra rama del Derecho peruano. Figura su nombre, en merecidísima designación, en los Consejos editoriales de las más prestigiosas revistas y órganos de divulgación constitucional de este hemisferio y, desde luego, en Iberoamérica y en algunos otros países europeos como Italia, Francia o Alemania. Esa honrosa posición —que exalta al Perú— no le ha impedido cumplir su tarea de maestro, en el Perú, como consejero, orientador e inspirador de muchas generaciones de jóvenes, que ahora son una pléyade de distinguidos constitucionalistas que, día a día, van enriqueciendo nuestra ciencia y, naturalmente, aportando nuevas y fecundas bases para una cultura democrática que, muy pronto fructificará en el Perú.

No es objeto de este testimonio juzgar los méritos de la vasta producción intelectual de Domingo García Belaunde, que merece un análisis mucho más vasto y profundo. Algunos lo han hecho ya, dentro y fuera del país y le han acreditado los méritos que, sin duda, posee. Yo deseo simplemente enfatizar y subrayar su contribución al logro de algunos muy significativos avances alcanzados en el último cuarto de siglo, y que se omiten cuando se hace la ponderación de su vasta y erudita producción como jurista, constitucionalista, jusfilósofo y procesalista.

Una de ellas es su devota, insistente y persistente preocupación por el desarrollo legislativo de nuestras más importantes instituciones constitucionales y, en especial, de los procesos constitucionales. No me refiero, naturalmente, a su estu-pendo estudio sobre *El Hábeas Corpus en el Perú* (1979) u otros de semejante significación jurídica, ni sólo a su participación protagónica en la formulación del Anteproyecto del ahora Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N° 28237 sino, más bien, a la tarea que cumplió en la dación de las leyes que regula-



ron las acciones de Hábeas Corpus y Amparo y de la Acción Popular, así como en las leyes que regularon sucesivamente la organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales y del actual Tribunal Constitucional, así como los procedimientos para sustanciación de los procesos de constitucionales de Inconstitucionalidad, Hábeas data y Acción de cumplimiento. Participé activamente en el Congreso, durante la década de los 80, y fui testigo de sus desvelos e inquietudes en torno de tan trascendentes temas. Parte importante de esa singular y significativa tarea fue precisamente su participación, como Vicepresidente de la Comisión de Juristas, a los que el Gobierno de Transición encomendó el estudio de unas Bases para la Reforma de la Constitución de 1993, y que se materializó en un estupendo Informe que el Congreso ha aprovechado y que esperamos no sea desdeñado en el momento en que resuelva adoptar una decisión en torno de tan delicado y fundamental tema.

Agravio –y no menudo– a la trayectoria del Dr. García Belaunde, sería no recordar su presencia vigilante y constante y su intransigente defensa del orden constitucional. Su presencia y prestigio confirieron a esas luchas particular trascendencia en el país. Así aconteció frente a la quiebra del orden constitucional en 1992, ocurrió, luego, en el curso del debate de la Carta de 1993 y de su ratificación en el referéndum de octubre de 1993 o en la defensa de la libertad y de la verdad electorales, desconocidas en los procesos electorales entre 1992 y el 2000, o, en la defensa de los magistrados del Tribunal Constitucional, injustamente destituidos por el Congreso, y a los que repusimos, en acto de justiciera reparación el año 2000, tan pronto asumimos la presidencia del Congreso de la República.

La lucha por la constitucionalidad implicaba, por cierto, el restablecimiento de la Carta de 1979 y su reforma a fin sustituir a la Constitución de 1993, que todos criticamos y que, no obstante, debemos acatar en tanto se halle vigente.

Alcanza Domingo la plenitud de su vida en una circunstancia auspiciosa para sus desvelos y empeños: en las vísperas de la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional que, en alguna forma, recorta los perfiles de sus inquietudes y afanes jurídicos y constitucionales. Estoy seguro que podrían destacarse muchísimos otros aspectos de su vida y obra. Bastará tan sólo comprobar que, de ninguno otro de nuestro gremio, puede decirse que las suyas han sido una vida y una pasión puestas al servicio del Derecho Constitucional. Sumarme al homenaje que se le tributa es para mí una enorme satisfacción. Honro así a un antiguo y entrañable compañero de luchas y afanes inspirados en el más vivo y sentido patriotismo y amor al Perú y a sus instituciones. Enaltezco, asimismo, una amistad hecha de coincidencias y también de discrepancias, pero animada por un cordialísimo afecto que, en mi caso, es prolongación del que me profesó y yo

tributé, en reciprocidad, a su ilustre padre, el Dr. Domingo García Rada y que conservé, en el caso de Domingo, como compañero y confidente de tantas cuitas y zozobras por el constitucionalismo en el Perú.

La Molina (Camacho), septiembre de 2004.

RICARDO HARO

# DOMINGO GARCÍA BELAUNDE Y EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

RICARDO HARO (\*)

*En homenaje y gratitud al ilustre  
constitucionalista y entrañable amigo,  
El Prof. Dr. Domingo García Belaunde.*

**SUMARIO:** **I.** Proemio. **II.** Esclarecidos aportes de García Belaunde al Derecho Procesal Constitucional: 1. Sistemas de control de constitucionalidad. 2. Jurisdicción o justicia constitucional. 3. Derecho Procesal Constitucional. 4. Aproximación a los contenidos del derecho procesal constitucional. 5. La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional. 6. contenidos mínimos de la nueva disciplina. 7. ¿Una jurisdicción constitucional transnacional? 8. ¿Derecho Constitucional Procesal? 9. El Código Procesal Constitucional peruano. **III.** A guisa de colofón.

## **I. PROEMIO**

Distinguidos constitucionalistas y entrañables amigos peruanos, me han honrado solicitándome algunas reflexiones sobre los aportes realizados por el Profesor Dr. Domingo García Belaunde al Derecho Procesal Constitucional, lo cual como era lógico, lo he aceptado con sumo placer pues me siento gozoso de poder transmitir ciertos aspectos peculiarmente descollantes de su personalidad y de su ciencia, es decir, de su ser y de su saber. Nos interesa el jurista, pero también la encarnadura humana que lo sustenta.

---

(\*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

Una antigua relación amical nos une, desde que nos conocimos allá en el año 1975 en México, con motivo del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, fecha realmente memorable para el constitucionalismo, pues a partir de dicho Congreso, se inició una trascendental labor de integración tanto humana como científica entre los constitucionalistas latinoamericanos. En esos tiempos, la inmensa mayoría no nos conocíamos y como a menudo ocurre ante la falta de comunicación, habíamos vivido en un acentuado «autismo» nacional.

Detengámonos unos breves minutos en su exquisita personalidad. Como lo señalara en anterior oportunidad, García Belaunde es un hombre de una calidez realmente atrayente, de una simpatía y cordialidad convocantes, y de una notable vivacidad y elegancia en la expresión de sus ideas. Por otra parte, si a éstas y tantas otras calidades humanas, le asociamos una prematura y marcada inclinación hacia la investigación científica y la docencia universitaria, no puede extrañarnos la circunstancia de haberse constituido en el constitucionalista peruano más destacado de los últimos tiempos. Y así se le reconoce en América y en Europa.

Quienes hemos tenido la dicha de estar vinculados al constitucionalismo peruano, bien sabemos que nuestro estimado amigo es un maestro en el más auténtico y superlativo sentido de la palabra, pues junto a la enseñanza del Derecho Constitucional a generaciones de abogados, ha reunido a su alrededor a un numeroso y ávido grupo de discípulos que desde hace tiempo, van incorporándose a las cátedras de la asignatura en las universidades públicas y privadas del Perú.

La acendrada vocación docente de Domingo García Belaunde se ubica indudablemente en lo que Gregorio Marañón denomina como «vocaciones del amor», es decir, como un llamado interior tan vigoroso, irresistible y gratificante, de forma tal que como en nuestro caso, no se puede «ser» sin un permanente «enseñar». Esa docencia vocacional, no sólo la ha encauzado en las cátedras que ha ocupado en las universidades peruanas y extranjeras, sino además en una profusa y calificada producción bibliográfica que constituye una muestra acabada de su pasión por el Derecho Constitucional y por el Derecho Procesal Constitucional, cuyos contenidos siempre están insuflados por su sólida formación filosófica-jurídica que los plenifica.

«Clavando los ojos de la inteligencia en las entrañas misma de la sociedad», como diría nuestro Esteban Echeverría, investiga y enseña ambas asignaturas, no desde las perspectivas meramente teóricas, propia de las investigaciones de gabinete, sino desde el enclave en la cotidiana y visceral problemática sociopolítica de la libertad, la justicia y el poder. Más allá del formalismo normativo, García Belaunde orienta su búsqueda en la real encarnadura tanto de los valores, creencias e ideología políticas, como de los comportamientos personales e institucionales,

tratando de desentrañar en el decir de Manuel Jiménez de Parga, la verdad «régimen político».

Dicho lo anterior, deseo ahora entrar a realizar breves reflexiones referidas a las facetas jurídicas de su personalidad y, más precisamente, exponer algunos de los trascendentales y vigorosos aportes que Domingo García Belaunde ha realizado al Derecho Procesal Constitucional con el cual le liga una relación de décadas, persistente y fructificante.

Los avances han sido progresivos, y nuestro distinguido jurista, fue «haciendo camino al andar» a partir de la cuestión de la *jurisdicción constitucional*, penetrando con profundidad y rigor intelectual, sus más recónditos ámbitos muchas veces inexplorados, para arribar a certeras y fundadas conclusiones en cuanto a la concepción de un *Derecho Procesal Constitucional* (en adelante DPC) configurándolo como una disciplina autónoma al servicio de la defensa procesal de la Constitución.

Todo ello se ha debido a su marcada inclinación que desde joven docente ya sentía por dicha asignatura. Es por ello que parafraseando lo que escribió hace poco tiempo, el tema de la *jurisdicción constitucional*, y dentro de él los instrumentos procesales defensores de *los derechos humanos*, es uno de los que más le ha inquietado en los últimos años. Y esto se aprecia desde sus primeras publicaciones sobre la materia en 1971 y en su activa participación en el Encuentro de Sochagota en 1977, que fue el primero que trató la problemática en el mundo iberoamericano. Es tan grande su entusiasmo por el tema, que aún habiendo sido requerido por otros, nos dice que el tema central, la jurisdicción constitucional, nunca le abandonó del todo y a ella siempre ha vuelto<sup>(1)</sup>.

## II. ESCLARECIDOS APORTES DE GARCÍA BELAUNDE AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

### 1. Sistemas de control de constitucionalidad

Permítasenos seguir sistematizando estas reflexiones surgidas del análisis del pensamiento de García Belaunde quien lógicamente debió replantearse sus interrogantes, adentrándose prolijamente desde los mismos albores del control de constitucionalidad en Inglaterra en el siglo XVII, para luego realizar un cuidadoso análisis de su recepción en el derecho norteamericano a comienzos del siglo XIX, y finalmente recalcar en el examen pormenorizado de la adopción del control

---

<sup>(1)</sup> García Belaunde, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima 2000, pág. 23.

en el constitucionalismo europeo, a partir de la segunda década del siglo XX hasta la actualidad.

Ello le permitió desbrozar las notables diferencias y resquemores que advertía entre los diversos objetivos y procedimientos, básicamente, entre lo que comúnmente se ha dado en llamar el sistema *difuso, no especializado o americano*, del sistema *concentrado, especializado o europeo*.

Ante las diversas alternativas que se presentan en los sistemas jurídicos respecto de qué manera institucionalizar el control de constitucionalidad, tanto sobre las leyes del Legislativo como sobre los actos del Ejecutivo y del propio Judicial, se advierten fundamentalmente en la experiencia contemporánea dos disyuntivas:

- a) Hay quienes se inclinan por el fortalecimiento de los tribunales judiciales existentes que integran el Poder Judicial, o en todo caso por la creación de un tribunal único y especializado;
- b) Pero además, en esta última opción, se debate si ese Tribunal Constitucional debe estar incorporado al Poder Judicial (v.g. Alemania y Colombia) o debe mantenerse orgánicamente ajeno e independiente del mismo (v.g. Perú y España).

Y pues bien, ¿cuál es la opinión y el aporte que García Belaunde realiza en este tópico? Sin dejar de escuchar las reflexiones de Hans Kelsen favorables al sistema europeo, ni de tener presente las bondades de la experiencia norteamericana, en su criterio afirma que lo que vale en última instancia, no es qué sistema es mejor desde un punto de vista teórico, sino cuál es el sistema que mejor se adapta al entorno histórico de cada sistema jurídico y, además, si realmente funciona. Así considerados –continúa– no vemos por qué debemos preferir uno al otro, cuando resulta indudable que ambos sistemas si enfocados dentro de sus respectivos ambientes, son operativos y ayudan a la supervivencia del ordenamiento jurídico dentro de un determinado país<sup>(2)</sup>.

Esta aguda y realista propuesta, le lleva a demostrar por qué el *sistema estadounidense* de control de constitucionalidad que surge en el marco del *common law*, para su seguimiento y aplicación en los países latinoamericanos con sistemas jurídicos de base romanista, fue necesaria las consiguientes adaptaciones a las circunstancias jurídico-culturales de cada país, razón por la cual coincidimos con García Belaunde en el sentido que dicha recepción «no fue servil, sino que fue

---

(2) Ob. cit., pág. 34; asimismo ver en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba (Argentina), T. XXXIX, Año Académico 2000-1, págs. 46-47.

adaptada a las cambiantes necesidades del medio». Estas particulares circunstancias también influyeron respecto a las aplicaciones parciales del *sistema europeo* a partir de la década del sesenta del pasado siglo XX. De allí que «la peculiaridad y relativa originalidad del sistema constitucional latinoamericano, puede se explicado desde ese enfoque»<sup>(3)</sup>.

## 2. Jurisdicción o Justicia Constitucional

Frente al debate doctrinario tanto en Europa como en América respecto del significado de las expresiones «jurisdicción constitucional» y «justicia constitucional», y frente a las razones dadas por los representantes de diversas posiciones (v.g. Héctor Fix-Zamudio, Jesús González Pérez, Louis Favoreu, etc.) García Belaunde sostiene acertadamente desde nuestro punto de vista, que es una temática que ha perdido fuerza, toda vez que «lo que interesa en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como en los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional».

Y agrega: Lo concreto del caso es que surgen órganos a los que se les asignan atribuciones jurisdiccionales, y ellos conocen determinados procesos vinculados con la Constitución, tanto en su parte orgánica como en la dogmática<sup>(4)</sup>. Premonitoriamente García Belaunde afirmaba en 1998 que: «aún cuando sigamos hablando de justicia o jurisdicción constitucional sinónimamente, es evidente que estamos apuntando al Derecho Procesal Constitucional. El hecho de que este concepto no tenga aún un uso generalizado, es una clara muestra de la inmadurez y sobre todo de la juventud de nuestra disciplina»<sup>(5)</sup>.

Nosotros por nuestra parte pensamos más allá de la no decisiva trascendencia de la cuestión, significativa, lo cierto es que podemos razonable y genéricamente señalar que existe «jurisdicción constitucional», toda vez que un tribunal, cualquiera sea el fuero y rango y para dar plena vigencia al principio de la «supremacía constitucional», deba pronunciarse en un proceso judicial sobre una «cuestión constitucional» es decir, sobre un conflicto de constitucionalidad originado lógicamente, por la falta de congruencia entre una norma o su interpretación, con la Constitución, Ley suprema.

---

(3) Ob. cit., págs. 36-38; ver en *Anales cits.*, págs. 49-50.

(4) Ob. cit., págs. 41-42; asimismo *Anales cits.*, págs. 53-54.

(5) Domingo García Belaunde: *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, pág. 6.



### 3. Derecho Procesal Constitucional

Como los jueces ejercen su función jurisdiccional no «en abstracto» sino «en concreto», en un determinado juicio, conociendo y decidiendo una controversia jurídica materializada en una causa o proceso judicial, el cual deberá ajustarse a las reglas y prescripciones que le fija el pertinente Derecho Procesal que debe cumplir con los requisitos de la doctrina procesal moderna.

Pues bien, de ello se deriva discrepancias en la doctrina referidas a la *denominación* que se le debe asignar a esta nueva rama del Derecho Procesal, pues los hay quienes sostienen que debe titularse «Derecho Procesal Constitucional» (DPC), y otros que prefieren titularlo «Derecho Constitucional Procesal», disyuntiva ante la cual García Belaunde se decide categóricamente por la primera de las denominaciones<sup>(6)</sup>.

Otro notable aporte que realiza el catedrático peruano es el referido a la *naturaleza* de éste DPC, tema no pacífico en la doctrina (¿es una disciplina constitucional?; ¿procesal?; ¿procesal no autónoma?; ¿mixta?; ¿jurisdiccional?; etc.) García Belaunde se inclina decididamente por la *naturaleza procesal* con base a la existencia de un Derecho Procesal desarrollado científicamente desde fines el siglo XIX, sustentado en una teoría general del proceso, y es en él donde debe ir todo lo relacionado con los procesos que nacen de la Constitución, y que por eso son constitucionales<sup>(7)</sup>.

En igual sentido, reitera que el DPC es una rama del Derecho Procesal general, siendo su objeto de atención los aspectos procesales de la Constitución, pero a la vez, el DPC recibe su materia o material de trabajo de la Constitución, y en consecuencia, tiene contactos inevitables con el Derecho Constitucional, lo cual no significa que debamos crear «disciplinas de enlace» como podría ser un propuesto «Derecho Constitucional Procesal»<sup>(8)</sup>.

De otro lado, y al rebatir con rigurosos y contundentes argumentos la tesis que lidera el catedrático y magistrado valenciano Juan Montero Aroca, en el sentido de cambiar el nombre de «Derecho Procesal» por el de «Derecho Jurisdiccional», y sin clausurar futuras posibilidades de algún cambio en la cuestión, García Belaunde reitera enfáticamente que mientras ese cambio no suceda, debemos op-

---

<sup>(6)</sup> Ob. cit., pág. 42; ver *Anales cits.*, pág. 55; *Derecho Procesal Constitucional*, cit., págs. 2-3.

<sup>(7)</sup> Ob. cit., pág. 43; consultar también en *Anales cits.*, págs. 55-56. *Derecho Procesal Constitucional*, cit., págs. 7-9.

<sup>(8)</sup> Ob. cit., pág. 67; ver *Anales cits.*, pág. 77.

tar por la de «Derecho Procesal Constitucional», hasta ahora mayoritariamente en manos de los constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años en trabajos medulares (entre otros muy destacados Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio etc.) Y concluye: «Sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando –hasta nuevo aviso– el concepto de «Derecho Procesal Constitucional»<sup>(9)</sup>.

#### 4. Aproximación a los contenidos del Derecho Procesal Constitucional

Para ver en este acápite el acierto de los aportes de García Belaunde, debemos tener presente que para bucear y encontrar los *contenidos* que hacen al DPC, hay que ir a la teoría general del proceso, que es una sola y alimenta todos los procesos, básicamente desde la trilogía estructural diseñada por Ramiro Podetti, basada en la *acción*, la *jurisdicción* y el *proceso*.

Parece adecuado que los contenidos del DPC surjan de la materia que se debate y resuelve en los procesos constitucionales. Para ir precisando las cosas, nos volvemos a García Belaunde quien señala que en los procesos constitucionales, existe bastante diferencia en el espectro protector y en el manejo de las instituciones, como consecuencia de características históricas y políticas de cada país, no obstante lo cual, se advierte un consenso respecto de la protección de los derechos humanos, al menos los básicos, a la vez que la existencia de un proceso rápido, ágil y garantista, emprendimientos ambos que deben ser asumidos por la «magistratura constitucional»<sup>(10)</sup>.

Por ello que los contenidos podrán ser, a partir de estos básicos objetivos e instituciones, variables y con sus propias modalidades, pero requiriendo ineluctablemente como lo expresa García Belaunde, por un lado, la unificación de la legislación en la materia mediante la sanción de un *Código Procesal Constitucional* que contemple los específicos procedimientos de los procesos constitucionales; y por otro lado, la necesidad de la enseñanza<sup>(11)</sup>.

#### 5. La enseñanza del Derecho Procesal Constitucional

Habiendo realizado sus lúcidas contribuciones a los temas de la jurisdicción constitucional, el Derecho Procesal Constitucional y sus contenidos aproximati-

---

(9) *Anales* cit., págs. 56-61; igualmente en ob. cit., págs. 48-49.

(10) Ob cit., págs. 54-55; consultar además en *Anales* cit., págs. 65-66, y *Derecho Procesal Constitucional*, cit., pág. 11.

(11) *Anales* cit., págs. 66-67; asimismo en ob. cit., pág. 55.

vos, veamos ahora las inquietudes que nos plantea García Belaunde sobre la enseñanza del DPC, conciente de que si bien es cierto que la independencia en la enseñanza universitaria de un tópico, no ayuda de por sí a que se convierta en disciplina autónoma, también es cierto, que es útil no sólo para configurarla, sino para el acrecentamiento de su conocimiento y el aumento de su importancia, creándose así un ambiente propicio en la comunidad académica. Sostiene que pese a que el DPC es quizás el aspecto más novedoso en el Derecho Público, la enseñanza lamentablemente anda a paso muy lento, salvo en la experiencia latinoamericana que es muy promisorio<sup>(12)</sup>.

Tiene la plena convicción de que el tema procesal constitucional, si bien autónomo, es difícil que se desprenda del Derecho Constitucional (DC), por la sencilla razón que la base directa del proceso constitucional se encuentra en la misma Constitución, en cuanto prescribe los instrumentos procesales y la medida que sirven como instrumentos protectores. De allí que sea inevitable que en la enseñanza del DC, se haga referencia a estos aspectos procesales de la defensa de la Constitución, lo cual ha dificultado la existencia de una disciplina autónoma, como lo demuestran hasta la actualidad la generalidad de los manuales de DC en los que lucen contenidos de DPC, con algunas y muy escasas excepciones<sup>(13)</sup>.

Esta ausencia generalizada de obras especializadas de DPC, no empuja a una moderada pero creciente creación en las universidades de las cátedras específicas de DPC, lo cual afirmamos nosotros, exige la redacción de los manuales o cursos de DPC.

## 6. Contenidos mínimos de la nueva disciplina

Entre las valiosas aportes señalados, uno de los más destacables es en nuestro criterio, el que García Belaunde realiza con su propuesta que titula «*Un syllabus tentativo*» respecto del contenido mínimo de la nueva disciplina DPC, partiendo de la inserción de ésta en el campo del Derecho Procesal general. Para ello, nos propone concretamente tres grandes tópicos vertebralmente básicos en este contenido<sup>(14)</sup>:

### *a) La jurisdicción constitucional*

La jurisdicción constitucional comprendería en su criterio los siguientes subtemas que desarrolla y que nosotros solamente señalaremos constreñidos por la

---

(12) Ob. cit., págs. 55-56; ver igualmente *Anales cits.*, págs. 67-68.

(13) *Anales cits.*, en pág. 68; igualmente en ob. cit., pág. 56.

(14) *Derecho Procesal Constitucional* cit., págs. 13-21, donde se podrá consultar un desarrollo pormenorizado de este acápite.

finalidad y extensión del estudio que se nos solicitara: *a) El valor jurídico de la Constitución; b) El control y sus alcances; c) Los sistemas de control; d) La sentencia constitucional; y e) La interpretación constitucional*, sub-tema éste al que otorga superlativa importancia por erigirse en la interpretación final y suprema que realizan las cortes o los tribunales constitucionales dentro del sistema jurídico de cada país.

Afirma que la interpretación constitucional en su entender, debe recurrir a los siguientes *postulados* que sugiere fundadamente, y a los que mencionamos en forma resumida: *e.1) Supremacía de la Constitución* (fuente de validez del ordenamiento jurídico); *e.2) La Constitución como fórmula política* (con sus propios valores de convivencia); *e.3) La Constitución como unidad* (interpretación sistemática); *e.4) Presunción constitucional de la normas (iuris tantum)*; *e.5) Presunción a favor de los derechos humanos (pro homine)*<sup>(15)</sup>.

#### ***b) Los procesos constitucionales***

En este tópico, García Belaunde realiza la siguiente distinción: *a) Los procesos en «sentido estricto» que expresamente nacen de la Constitución* (v.g. Amparo, Hábeas Corpus) para cautelar valores o principios constitucionales; *b) Los mecanismos de carácter incidental en otro proceso, para proteger la constitucionalidad mediante la desaplicación de normas inconstitucionales (judicial review)*, operando como una técnica dentro de un proceso que no necesariamente es constitucional (la inconstitucionalidad como incidente, recurso, etc.)<sup>(16)</sup>

#### ***c) La magistratura constitucional***

De antaño proviene la disyuntiva entre el control de constitucionalidad por órgano político o por órgano judicial, aunque en la evolución histórica, ya desde un comienzo, se fue afianzando en la generalidad de los sistemas de control un claro y definitorio criterio *judicialista*.

Conocedor de esta evolución, García Belaunde les llama en un primer momento «órganos de control constitucional» u «órganos constitucionales», pues se trata de órganos estatales que tienen a su cargo los problemas de la jurisdicción constitucional. Pero avanzando en su análisis, advierte que existe una tendencia cada vez más creciente a *judicializar los temas de la jurisdicción constitucional*, y en consecuencia, a encargar tales tareas a los jueces, razón por la

<sup>(15)</sup> Ob. cit., págs. 60-62; en *Anales* cit., consultar en págs. 71-73.

<sup>(16)</sup> *Anales* cit., pág. 73; asimismo en ob. cit., págs. 62-63.

cual –señala– estamos yendo a futuro a la creación o consolidación de magistraturas constitucionales.

Y para mostrarnos toda la panorámica de los diversos modos de estructuración de estas magistraturas, nos abre en abanico los distintos diseños adoptados en la realidad institucional de los Estados, a saber:

*a)* Magistratura ordinaria (v.g. EE.UU., Argentina, etc.); *b)* Magistratura ordinaria especializada (v.g. Corte Suprema Mexicana); *c)* Tribunales constitucionales autónomos, al margen del P.J. (v.g. España y Perú); *d)* Tribunales constitucionales no autónomos, formando parte del P.J. (v.g. Alemania y Colombia); *e)* Salas constitucionales que operan dentro de la Corte Suprema y por ende, del P.J. (v.g. Costa Rica y Venezuela)<sup>(17)</sup>.

## 7. ¿Una Jurisdicción Constitucional Transnacional?

Frente a lo que Mauro Cappelletti y Héctor Fix-Zamudio denominaron como «jurisdicción constitucional transnacional» como un tercer sector de la jurisdicción constitucional, García Belaunde con fundadas razones se opone a la propuesta de los reconocidos procesalistas, y reiterando su honda convicción respecto de la clara inserción de la «jurisdicción constitucional» en la teoría general del proceso, extrae las dos siguientes conclusiones a nuestro criterio sumamente acertadas:

- a)* El DPC es una disciplina de Derecho Público interno, aún cuando vinculada con el entorno internacional;
- b)* La «jurisdicción constitucional transnacional», insertada en la problemática internacional, debe enrolarse no sólo en el clásico «Derecho Internacional Público», sino también adecuándose a los tiempos que corren, en el «Derecho Internacional Comunitario», en el Derecho Internacional Humanitario y en el más reciente «Derecho Internacional de los derechos humanos»<sup>(18)</sup>.

## 8. ¿Derecho Constitucional Procesal?

Desde otra perspectiva, García Belaunde asimismo no comparte apoyado en sólidos argumentos, la propuesta de Héctor Fix-Zamudio sobre la existencia de un «Derecho Constitucional Procesal» que sería una disciplina constitucional que

---

<sup>(17)</sup> Ob. cit., págs. 63-64; en *Anales cit.*, págs. 74-75.

<sup>(18)</sup> Ob. cit., pág. 65; asimismo en *Anales cit.*, pág. 75.

tendría un ámbito científico con tres aspectos esenciales: *a) jurisdicción; b) garantías judiciales; c) garantías de las partes.*

Para discrepar con la mencionada tesis, parafraseando sus argumentos, podemos señalar en primer lugar, que en la actualidad las diversas ramas del Derecho (civil, penal, tributario, comercial, laboral, etc.) han adquirido en sus aspectos principistas o sustanciales una mayor presencia constitucional, ello no autoriza en modo alguno en cada uno de los casos, a crear nuevas disciplinas científicas sin mayor consistencia teórica y duplicando las disciplinas jurídicas existentes con repetitivos tratamientos de temas.

En segundo lugar, García Belaunde destaca que los tres temas señalados como básicos de la nueva disciplina, son eliminables, a poco que se repare que tanto la *jurisdicción*, como las *garantías judiciales* y las *garantías de las partes*, ya han sido estudiadas y desarrolladas adecuadamente por el DC y por el DPC<sup>(19)</sup>.

## 9. El Código Procesal Constitucional Peruano

Recientemente ha sido sancionada por el Congreso de la República del Perú, la Ley N° 28237, promulgada el 28 de mayo de 2004 que establece el «Código Procesal Constitucional», el cual entrará en vigencia antes de fin de año.

Dicho Código se ha basado en un Anteproyecto que fuera durante años, ardua y rigurosamente debatido y redactado por una Comisión integrada por distinguidos constitucionalistas y procesalistas que se autoconvocaron para tan eminente tarea, a impulsos de Juan Monroy Gálvez y Domingo García Belaunde.

Después de varias anteriores, la última redacción del Anteproyecto fue remitido a un grupo de abogados, jueces, fiscales, profesores nacionales y algunos extranjeros en número de sesenta, que de una u otra manera hicieron llegar sus opiniones a la Comisión. Lo señalado y la extensa, pormenorizada y enjundiosa Exposición de Motivos del Anteproyecto, es testimonio por demás elocuente de la seriedad científica y experimental con que se trabajó en este loable emprendimiento y que culmina constituyéndose en el primer Código Procesal Constitucional con vigencia nacional en todo Latinoamérica.

La normativa de 121 artículos se han sistematizado en un Título Preliminar y en trece Títulos que abarcan respectivamente, los siguientes tópicos: I. Disposiciones Generales de los Procesos de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y

---

(19) *Anales* cit., págs. 76-78; en ob. cit., págs. 66-67; en *Derecho Procesal Constitucional*, cit., págs. 9-13.

Cumplimiento. II. Proceso de Hábeas Corpus. III. Proceso de Amparo. IV. Proceso de Hábeas Data. V. Proceso de Cumplimiento. VI. Disposiciones Generales de los Procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad. VII. Proceso de Acción Popular. VIII. Proceso de Inconstitucionalidad. IX. Proceso Competencial. X. Jurisdicción Internacional. XI. Disposiciones Generales Aplicables a los Procedimientos ante el Tribunal Constitucional. XII. Disposiciones Finales. XIII. Disposiciones Transitorias y Derogatorias.

### III. A GUISA DE COLOFÓN

Sin mengua de la labor de todos los miembros de la Comisión, no nos cabe la menor duda que el pensamiento procesal constitucional de Domingo García Belaunde, ha tenido una notable incidencia en todo el proceso codificador. La hondura de su formación integral, se ve cordialmente expuesta con claridad, sencillez y efectividad, en los fundamentos y soluciones que propugna, procurando la implementación de órganos y mecanismos procesales que puedan resultar realmente efectivos para un riguroso control de la supremacía constitucional, garantía superlativa del constitucionalismo.

Porque en última instancia, García Belaunde es consciente que los institutos e instrumentos procesales, están hechos como el «sábado» en la sentencia bíblica, «para el Hombre», fundamento, sujeto y objeto de toda Sociedad y de todo Derecho.

Aún cuando se pueda lógicamente discrepar con algunas de sus posiciones en la materia –en mi criterio serán escasas– nadie duda la sólida formación filosófica, jurídica e histórica que respaldan el profuso haber doctrinario acumulado en décadas de estudio, investigación y docencia de este egregio académico.

Concluyendo ya estas reflexiones, creemos sumamente oportuno poner de resalto el fervor y la convicción que García Belaunde ha puesto en tan peraltada empresa cuando nos dice a manera de legado, que «todos los esfuerzos que se iniciaron hace más de cien años, pero cuyo mayor avance se ha dado realmente en las últimas tres décadas, en forma indetenible, llevará a la doctrina a defender un «Derecho Procesal Constitucional», al cual se le dará autonomía científica, se le reconocerá su carácter autónomo aun cuando instrumental con respecto al Derecho Constitucional, y ganará espacios en los currículos universitarios, con la misma prestancia que tienen los demás cursos clásicos»<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Ob. cit., pág 68; *Anales*, cit., pág. 78.

A nadie se le escapa que estas premonitorias afirmaciones, día a día se van cimentado en la cultura jurídica latinoamericana. Es un verdadero signo de los tiempos que transitamos y de lo cual, el nuevo Código Procesal Constitucional es un testimonio del que deben estar muy orgullosos y gozosos nuestros queridos hermanos peruanos. Y entre ellos, un visionario y un hacedor apasionado: Domingo García Belaunde.

Córdoba, en la Primavera de 2004.



GERARDO ETO CRUZ

# VIDA Y PLENITUD DE UN GRAN MAESTRO (\*)

GERARDO ETO CRUZ

**SUMARIO:** **I.** Preliminar. **II.** Breve perfil de la personalidad de Domingo García Belaunde. **III.** Rescatando algunos aportes en Domingo García Belaunde. *A)* De la Ley de Hábeas Corpus y Amparo al Código Procesal Constitucional. *b)* Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú. *C)* La biblioteca peruana de Derecho Constitucional. *D)* La ubérrima bibliografía en Domingo García Belaunde. **IV.** A modo de recapitulación.

## **I. PRELIMINAR**

El día de hoy, 13 de julio, Domingo García Belaunde ha cumplido sesenta juveniles años en espíritu y en cuerpo. Llega así a una plenitud de vida un académico que, si bien no es conocido en el mundo de la Política, sin embargo, es un científico en el mundo del Derecho y en especial en diversos territorios intrincados y conexos como son la Teoría de la Constitución, la Teoría General de los derechos humanos, la Filosofía Política, la Filosofía del Derecho y, en especial, la fascinante rama –entrañable para nuestro autor– del Derecho Procesal Constitucional, que en los últimos lustros ocupa vigorosamente una esmerada predilección los cultores.

Domingo García Belaunde nace en Lima el 13 de julio de 1944, y es el segundo de seis hermanos: Margarita, Domingo, José Antonio, Víctor Andrés, Mercedes y María Luz. Su padre Domingo García Rada (1912-1994) fue el gran maestro sanmarquino del cual a la fecha, está pendiente un libro homenaje póstu-

---

(\*) Publicado en el diario «Nuevo Norte» de Trujillo, el día 13 de julio de 2004.

mo en la memoria de quien fuera un gran Juez, un gran maestro, un gran jurista, y reivindicado de su defenestración como magistrado terminó siendo el Presidente del JNE. Eran los tiempos donde el honor y la rectitud regían a muchas y grandes personalidades. La madre de Domingo García Belaunde es doña Mercedes Belaunde Irigoyen hija nada menos que del gran pensador e ilustre peruano, político y diplomático Víctor Andrés Belaunde.

Si bien lo que se hereda no se hurta, en el caso de nuestro académico Domingo García Belaunde, su trayectoria asaz del pensamiento heterodoxo es, sin lugar a dudas, uno de los máximos y lúcidos exponentes del Derecho Procesal Constitucional que está llamado a ser la rama más extraordinaria por los derroteros sublimes del que está envuelto, nos referimos al afán de tutelar la vigencia efectiva de la Constitución y con ello la afirmación del Estado Social y Constitucional de Derecho y de los derechos humanos.

## II. BREVE PERFIL DE LA PERSONALIDAD DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Quienes de una u otra manera estamos vinculados con el profesor Domingo García Belaunde, nos referimos en especial al mundo académico, nos sorprende permanentemente no sólo con la claridad de su pensamiento ilustrado que se remonta desde las obras clásicas como a la literatura jurídica y política contemporánea; sino por una personalidad humanamente generosa. Hay en nuestro autor un don y un espíritu muy difícil de encontrar en quienes, llegados a la cumbre de la autoridad expresan una abierta soberbia. Y eso es lo que cotidianamente se encuentra en quienes detentan el poder en las diversas esferas de las relaciones humanas e incluso aquellos que tienen el poder del intelecto que se convierten en *mandarines del conocimiento*; en el caso de Domingo García Belaunde pese a su influencia decisiva en el pensamiento jurídico peruano sus relaciones con el prójimo resultan ser de una calidez y sencillez humana.

Con García Belaunde el Derecho Constitucional patrio no sólo levantó vuelo hace muchos lustros, sino que dejó de ser una disciplina de algunos cuantos ilustrados; y así como Borges la literatura argentina la convirtió en una literatura cosmopolita, así podríamos aseverar que los trabajos en las disciplinas ya aludidas en Domingo García Belaunde dejaron de ser de carácter provincialista para convertirse en un ecumenismo jurídico. Y ello se observa en esta rama hoy conocida como el Derecho Procesal Constitucional.

Hoy todos los *constitucionalistas* peruanos de una u otra manera le tenemos una permanente e impagable deuda al espíritu generoso de este librepensador que no se ha postrado jamás ante el poder político ni en épocas de dictaduras ni en épocas de democracias formales. No sólo por la generosidad sino porque ha ido encaminando a toda una heterodoxa generación de jóvenes que hoy ya transita-

mos más de cuarenta años y que estamos metidos en las insospechadas llanuras de la Teoría Constitucional, de la Filosofía, de los derechos humanos, de la Politología, del Derecho Penal Militar y de la Historia del Derecho Constitucional peruano.

### **III. RESCATANDO ALGUNOS APORTES EN DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

Nuestro homenajeadado, bueno es recordado, ha creado diversas revistas desde sus años mozos, revistas que luego han ido adquiriendo perfiles propios, nos referimos por ejemplo a la primera época de la revista *Themis* de la PUCP; a la revista de la Universidad de Lima *Ius et Praxis*; actualmente el celo y entusiasmo académico en nuestro jurista está puesto en la *Revista Peruana de Derecho Público* que viene adquiriendo perfiles propios; y es el gran mentor y organizador de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional que tiene más de década y media de presencia institucional en nuestra patria. Sobresalen en García Belaunde los aportes que a continuación se detallan:

#### **A) De la Ley de Hábeas Corpus y Amparo al Código Procesal Constitucional**

Domingo García Belaunde fue el Presidente de la Comisión (R.S. 059-81-JUS del 01/09/1981) que se encargó de preparar el Anteproyecto de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Esta Ley a la fecha está en vigor y el reciente Código Procesal Constitucional ha salido formalmente promulgado por el Parlamento; en realidad este Código fue elaborado bajo el entusiasmo académico del diversos profesores peruanos bajo la batuta nada menos que del ilustre Domingo García Belaunde.

#### **B) Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional del Perú**

En la época de la transición política bajo la presidencia de Valentín Paniagua Corza se nombró una Comisión que, a la postre, desarrolló los grandes lineamientos para una reforma constitucional; y allí el espíritu de Domingo García Belaunde estuvo patente; y es más que probable que cualquier reforma constitucional tenga que inspirarse en las bases de la reforma constitucional que fueran publicadas en aquella época.

#### **C) La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional**

Mención especial en la inspiración de nuestro homenajeadado es la creación por el Estado vía el Ministerio de Justicia de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, que será Dios mediante una serie de libros cuyo proyecto final está programado hasta el 2021; esto es, en el Bicentenario de nuestra Independencia.

cia. Ahí la Biblioteca publicará una serie de obras que van desde los facsimilares de las constituciones, los textos constitucionales reformados, los debates constitucionales hasta la publicación de las ideas políticas y los grandes aportes en torno a la peruanidad.

#### **D) La ubérrima bibliografía en Domingo García Belaunde**

Desde los años mozos e inquietos de Domingo García Belaunde que transitaba entre los predios de la Universidad Católica y el entusiasmo editorial de la revista *Themis* de aquella época hasta la actualidad hay una aplastante bibliografía producida por nuestro autor cuyos caminos e hilos conductores producen vértigo, estamos en suma ante un científico del Derecho que ha hecho de su causa la búsqueda de la verdad a través de la investigación, la reflexión y la publicación serena y meditada.

#### **IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN**

Llega así a una vida feliz y fecunda con sesenta años juveniles, conocedor de una gastronomía cosmopolita y nacional, viajero impenitente; y como muy bien ha apuntado otro de sus entrañables discípulos, me refiero a José F. Palomino Manchego, que Domingo García Belaunde es hoy un *congresólogo*; gran conversador de las cosas humanas y divinas; a la sazón un abogado riguroso en la defensa. En suma, estamos ante un gran librepensador que ha generado toda una escuela o movimiento constitucional peruano frente a los demás países de Latinoamérica y Europa.

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

FRANCISCO JOSÉ DEL SOLAR ROJAS (\*)

**SUMARIO:** **I.** Algunos datos personales. **II.** Algunos recuerdos en la vida universitaria. **III.** Del Derecho Constitucional al Derecho Procesal Constitucional. **IV.** La producción bibliográfica. **V.** Los aportes a la Constitución de 1979. **VI.** Los últimos aportes bibliográficos. **VII.** La Constitución de 1993 y la transición política. **VIII.** Los aportes a la actual reforma constitucional.

## **I. ALGUNOS DATOS PERSONALES**

Domingo García Belaunde (Lima, 1944) es abogado, egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), especialista en Derecho Constitucional, Civil y Comercial, profesor en su *alma mater* y en la Universidad de Lima, miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Este breve currículum puede resumir toda la labor científica y académica de nuestro homenajeado.

En tal sentido, es menester señalar que Domingo García Belaunde nació en Lima, el 13 de julio de 1944. Su padre fue el gran jurista Domingo García Rada y su madre doña Mercedes Belaunde, hija del ilustre patricio y jurista internacional Víctor Andrés Belaunde Diez-Canseco. Sus estudios primarios y secundarios los realizó en el colegio La Inmaculada, regentado por los jesuitas. Ingresó a la PUCP

---

(\*) Abogado e Historiador. Profesor de Derecho Constitucional de diversas universidades del país. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

en 1962 y se graduó de bachiller en Derecho en 1968, optando el título de abogado en el mismo año. Para entonces, ya ejercía la docencia universitaria como jefe de prácticas en su *alma mater* y fue profesor titular de la cátedra de Derecho Constitucional en 1970. Tuvimos el inmenso honor de ser uno de sus alumnos y admiradores, junto con Alberto Borea Odría, entre muchos otros, quien más tarde le acompañaría en el dictado de esta apasionante disciplina en nuestra querida Facultad de Derecho de la PUCP.

## II. ALGUNOS RECUERDOS EN LA VIDA UNIVERSITARIA

En verdad, nosotros supimos de la existencia de Domingo en 1968, cuando nos conocimos, fuimos compañeros de estudios y cultivamos una linda amistad con su hermano menor, hoy también abogado, Víctor Andrés García Belaunde, en la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la PUCP. Permítasenos relatar una brevísima experiencia vivida con Vitocho, en defensa del orden constitucional, el día del golpe de Estado del general Juan Velasco Alvarado, el 3 de octubre de 1968. Víctor Andrés y un grupo de alumnos de Letras fuimos sacados a la fuerza del local de la Facultad que fue violentado por la tropa. En abierto enfrentamiento con ella, fuimos golpeados brutalmente en la Av. La Colmena y Víctor Andrés terminó preso por ser sobrino del depuesto presidente de la República, arquitecto Fernando Belaunde Terry, e hijo del destituido presidente de la Corte Suprema Domingo García Rada.

Empero, regresemos a nuestro querido maestro y amigo Domingo. En 1969 fue becado para seguir estudios en la Universidad de Wisconsin, en Estados Unidos de América. A su regreso al país, se reincorporó al dictado de su cátedra y en 1971 nos enseñó Derecho Constitucional y nos indujo a amar esta disciplina, especialidad que ejercemos y también enseñamos. Ese mismo año, leímos y releímos su primer libro: *El hábeas corpus interpretado* (PUCP, Lima, 1971). Como buen descendiente de estirpe pierolista por el lado de los Belaunde, nos subrayó que esta institución de origen anglosajona fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por ley expresa de 1897, promulgada por el entonces presidente Nicolás de Piérola, como una medida de modernidad y respeto a la libertad personal. García Belaunde ya se caracterizaba como maestro ejemplar, docente por vocación, generoso por espíritu y filosofía, esperanzado en formar generaciones de constitucionalistas que le superaran algún día, como él lo venía haciendo con humildad respecto de los grandes juristas como Manuel Vicente Villarán, José Pareja Paz-Soldán, Raúl Ferrero Rebagliati, entre otros. Estas virtudes han sido profundizadas por Domingo y no cesa hasta hoy de acudir en ayuda de quien le necesite y llame.

### III. DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es oportuno precisar que para la década de los años '70, Domingo García Belaunde anunciaba el futuro nacimiento y posterior autonomía del Derecho Procesal Constitucional, aunque, primigeniamente, se refería a él como Jurisdicción o Justicia Constitucional. Y así fue. Sus constantes aportes jurídicos y el tiempo se encargaron de hacer realidad esta admonición. Entonces, concebía a esta disciplina como un embrión ubicado en la mitad del camino entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, reconociendo que se encontraba más cerca del sendero procesal. Para estos planteos y desarrollar las bases del Derecho Procesal Constitucional, García Belaunde reconoció, con honestidad y humildad intelectuales, que se sustentó en los estudios del ilustre constitucionalista mexicano Héctor Fix-Zamudio. En este contexto, para quienes trajinamos los predios jurídicos constitucionales del país, esta disciplina tiene nombre propio: Domingo García Belaunde.

Siguiendo este orden de ideas y avanzando en el tiempo, el aserto del párrafo precedente tiene absoluta comprobación en la realidad histórica y jurídica nacionales. En efecto, Perú cuenta hoy con un Código Procesal Constitucional (2004) cuyo primigenio origen se debe a Domingo y al colega y amigo Juan Monroy Gálvez. Ellos, desde 1994, promovieron, *motu proprio*, la conformación de un grupo de juristas amigos para elaborar un Anteproyecto. Lo integraron, además de los gestores, Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli y Arsenio Oré Guardia. El trabajo fue arduo y duró nueve años. Elaboraron hasta cinco versiones del documento, presentando el definitivo en octubre de 2003, el mismo que ha servido de base para el *corpus*, hoy convertido en ley y que constituye un orgullo y satisfacción para la comunidad jurídica peruana dentro del concierto latinoamericano.

### IV. LA PRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Regresando a nuestro relato cronológico, en el año 1974, nuestro querido maestro y colega García Belaunde logró dos merecimientos especiales. Veamos. Uno, se graduó de doctor en Derecho por la UNMSM, de la cual ya era profesor desde 1973 y enseñó en ella –Universidad decana de América– hasta 1981. Dos, se le incorporó como miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional junto con los más grandes constitucionalistas de habla hispana, como Héctor Fix-Zamudio, Manuel García-Pelayo, Germán J. Bidart Campos, Jorge Carpizo, Jorge Mario García Laguardia, Mario Justo López, entre otros.



## V. LOS APORTES A LA CONSTITUCIÓN DE 1979

Domingo García Belaunde como agradecido discípulo del ilustre maestro Raúl Ferrero Rebagliati publicó la bibliografía de éste y llegó a ubicar 446 producciones entre libros, folletos, artículos, discursos, declaraciones en revistas y periódicos, y escritos no publicados. Ésta apareció originalmente publicada en *Economía y Finanzas*, revista de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, N° 13, Lima, abril, 1978. Fue corregida y ampliada en 1984, y apareció en el *Libro-Homenaje* a tan conspicuo peruano.

Al término de la dictadura militar, el general Francisco Morales Bermúdez convocó en 1978 a una Asamblea Constituyente, la misma que presidió el patricio Víctor Raúl Haya de la Torre, líder fundador del Partido Aprista Peruano (PAP). Esta magna Asamblea dictó la Constitución de 1979, promulgada en julio de 1980 por el presidente Fernando Belaunde Terry, quien asumió por segunda vez la primera magistratura del Estado (1980-1985). Enseñanzas y consejos de Domingo García Belaunde fueron tomados en cuenta durante los debates de la mejor Constitución que registra nuestra historia jurídica-política.

En el año 1981, el preclaro maestro universitario de la PUCP y de la UNMSM fue llamado a presidir la *Comisión Redactora del Ante-Proyecto de Ley de Hábeas Corpus y Amparo*, convertida luego en la Ley N° 23506. Tres años después, se le incorporó como profesor principal en la Universidad de Lima (1984).

Creador y presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, entidad a la que pertenecemos los que ejercemos el Derecho Constitucional con devoción y pasión. Institución organizadora de los congresos nacionales de Derecho Constitucional y gestora de la participación de los constitucionalistas nacionales a cuanto certamen internacional de esta especialidad se ha organizado en el mundo. De ahí que Domingo García Belaunde es el mejor representante del constitucionalismo peruano y reconocido en la comunidad jurídica internacional como tal. Su generosidad y desprendimiento con sus riquísimos conocimientos del Derecho Constitucional, le ha llevado a ser uno de los profesores universitarios peruanos que más universidades del mundo ha visitado, dictando conferencias y charlas. En este orden de ideas, nos ha dado la oportunidad para departir con famosos constitucionalistas de los cuales ha sido su anfitrión, como los españoles Pablo Lucas Verdú y Francisco Fernández Segado, el alemán Peter Häberle, los argentinos Germán J. Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, entre otros.

En este contexto, permítasenos, por segunda vez, relatar una agradable experiencia de carácter familiar de los García Belaunde. Durante los años 1988-1989 nos desempeñamos como asesor del Canciller de la República (Luis Gonzáles Posada-Eyzaguirre, destacado abogado y periodista) y, en tal condición, fuimos

director general de Comunicación e Información de la Cancillería. Este cargo nos permitió conocer, trabajar y hacer amistad con embajadores y personal del Ministerio de Relaciones Exteriores. Entre ellos estuvo el embajador José Antonio García Belaunde, hermano menor de Domingo. Pues bien, con Joselo colaboramos ampliamente y coadyuvamos a la consecución de algunos logros en política exterior. En este trajinar, pudimos comprobar el reconocimiento público del que era objeto nuestro querido maestro de Derecho Constitucional en la PUCP, más allá de nuestras fronteras y allende los océanos.

En efecto, por ejemplo, el ilustre constitucionalista argentino Germán J. Bidart Campos, amigo entrañable de Perú que fructificó jurídicamente los lazos de independencia y defensa nacionales dejados por José de San Martín y Roque Sáenz Peña, conoció la realidad peruana por nuestro constitucionalista García Belaunde. Éste –al igual que el patriota peruano Ignacio Álvarez Thomas que en 1796 llegó a La Plata y en 1815 fue elegido Director Supremo de las Provincias Unidas– viajó a Buenos Aires y compartió sus conocimientos con la comunidad jurídica argentina y ganó un merecido puesto dentro de ella. A la par, la amistad sincera y profunda de Bidart Campos, a quien conoció en 1979, en México. El acercamiento intelectual y epistolar entre estos juristas, sirvió para que Bidart Campos adoptara los problemas peruanos como si fueran suyos. Igual desempeño ha tenido Domingo en México, Venezuela, Colombia, Cuba, España, Alemania, Italia, Estados Unidos de América, entre otros países.

## VI. LOS ÚLTIMOS APORTES BIBLIOGRÁFICOS

No hay constitucionalista peruano y de los países antes mencionados que ignore la obra de Domingo García Belaunde. Su pluma se caracteriza por su precisión, elegancia y pulcritud. Sus libros aportan una profunda penetración en los hechos jurídicos y políticos investigados. De ahí que uno de sus más preclaros discípulos y leales colaboradores, José F. Palomino Manchego, apuntó la copiosa bibliografía de Domingo, la misma que suma hasta 1999 un total de 17 libros y folletos y 178 prólogos, notas y artículos en libros y revistas. No obstante esta acertada precisión cuantitativa, nosotros subrayamos algunos de estos títulos: *El constitucionalismo peruano y sus problemas* (1971), *El Hábeas Corpus interpretado* (1971), *El Hábeas Corpus en el Perú* (1979), *Constitución y política* (1981 y 1991), *Mar y Constitución* (1984 y 1987), *Cómo estudiar Derecho Constitucional* (1985, 1994 y 1999), *Una democracia en transición* (1986 y 1987), *Teoría y práctica de la Constitución peruana* (2 ts., 1989 y 1993), *Las constituciones del Perú* (1993), *La Constitución peruana de 1993* (1994), *La Constitución en el péndulo* (1996) y *Derecho Procesal Constitucional* (1998), entre otros.

Mención aparte merece la publicación de 1980, año en el que Domingo en unión de los profesores Luis A. Bramont Arias, José Hurtado Pozo, Ricardo Vascones Vega y su progenitor Domingo García Rada, publicó *La nueva Constitución y el Derecho Penal*. Asimismo, particularmente, debemos manifestar nuestro singular orgullo por la presentación que hiciera a nuestro folleto *Orden Jurídico, Orden Público y Orden Interno* (Lima, 1996) y el prólogo a nuestro libro *Los derechos humanos y su protección* (Lima, 2000), ambos editados por el Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

A la relación bibliográfica de García Belaunde realizada por el colega y amigo Palomino Manchego, gestor de este colectivo en homenaje a nuestro querido maestro Domingo, hay que aumentar una buena cantidad de libros, folletos y artículos. Entre otros: *Derecho Procesal Constitucional* (Editorial Temis, Bogotá 2001); *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba* (Lima, 2003); *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C.-Fundap-, México, D.F., 2004). Estos dos últimos libros, tienen estudios preliminares de la autoría de Palomino Manchego, a quien he llamado el Federico Engels de García Belaunde. En efecto, así lo hemos escrito porque vemos en ambos una dupla extraordinaria de sapiencia, de coordinación, amistad y publicistas ejemplares, que han traspasado las fronteras nacionales y remontado océanos.

Entre los muchos reconocimientos recibidos por Domingo García Belaunde, tanto en el país como en el exterior, permítasenos mencionar solo algunos. Por ejemplo, la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica le declaró como Profesor Honorario. En esta casa superior de estudios, junto con Domingo, nos cupo el inmenso honor de dictar un curso de postgrado de Derecho Constitucional en 1997. En esa oportunidad, le hicieron miembro de Honor del Colegio de Abogados de Ica. Asimismo, ese año, la Academia Peruana de Derecho le incorpora como miembro de número.

## VII. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA TRANSICIÓN POLÍTICA

Como uno de los más destacados constitucionalistas, García Belaunde fue un severo crítico de la Constitución de 1993 y del autoritario gobierno presidido por Alberto Fujimori Fujimori. Ahí está su obra *La Constitución de 1993* escrita con la colaboración del constitucionalista español Francisco Fernández Segado (Lima, 1994). A la caída de ese régimen autocrático, asumió la presidencia de la República, en un gobierno de transición, el constitucionalista Valentín Paniagua Corazao (noviembre, 2000), quien invitó a nuestro antiguo compañero de estudios de Derecho en la PUCP Diego García-Sayán Larrabure, a desempeñar la cartera de Justicia. Obviamente, éste también fue discípulo de Domingo.

Paniagua llamó a García Belaunde para que junto con García-Sayán presidiera la Comisión para las Bases de la Reforma Constitucional. Si bien es verdad, que esa Comisión del más alto nivel jurídico-constitucional del país, por la calidad de sus integrantes, cumplió su cometido, no es menos cierto que le faltó más tiempo para precisar aspectos concretos que deberían incluirse en la nueva Constitución, que la nación espera y reclama sin cesar.

### VIII. LOS APORTES A LA ACTUAL REFORMA CONSTITUCIONAL

Empero, asimismo, otra verdad es que este patriótico esfuerzo no fue valorado en su real dimensión por el Congreso de la República del período 2001-2006, habida cuenta que aprobó la Ley N° 27600, mediante la cual le permitía reformar la Constitución de 1993, sin la necesidad de convocar a una Asamblea Constituyente. De ahí que esta norma fue criticada y cuestionada por García Belaunde y otros destacados constitucionalistas, parlamentarios y juristas como Javier Valle-Riestra González-Olaechea, Alberto Borea Odría, José F. Palomino Manchego, Francisco José Miró Quesada Rada, Luis Gonzáles Posada-Eyzaguirre, Jonhy Lescano Ancieta, Daniel Estrada Pérez, Aníbal Torres Vásquez, Luis Miguel Chunga Chávez y nosotros, entre muchos otros. Ello originó que después de iniciada la reforma constitucional por el Congreso, mediante una Comisión que presidió el congresista y sociólogo Henry Pease García (Yrigoyen), el pueblo rechazó la misma y, ante tal situación, antes de oponerse al sentir popular algunos partidos (PAP, Unidad Nacional y otros) le dieron la espalda al proyecto de reforma, truncándolo en beneficio de contar con una mejor y más consensuada Constitución.

Frente a esta situación el presidente Alejandro Toledo Manrique en su mensaje a la Nación el 28 de julio de 2004 propuso que el foro del Acuerdo Nacional discuta las bases para la reforma constitucional, incluyendo la alternativa de convocar a una Asamblea Constituyente. Propuesta que abrió nuevamente el debate. Unos, a favor de convocar a una magna Asamblea previa consulta al pueblo mediante referéndum, toda vez que «mantener la Constitución del 93 es indecoroso» afirmó virilmente García Belaunde. A esta posición netamente jurídica nos sumamos con artículos en el diario oficial *El Peruano*. Opinión favorable manifestada por los presidentes del Tribunal Constitucional y del Jurado Nacional de Elecciones, Javier Alva Orlandini y Manuel Sánchez-Palacios Paiva, respectivamente. Otros, en contra, señalando que una constituyente traería caos y dificultades para la gobernabilidad del país, como el presidente del Consejo de Ministros Carlos Ferrero Costa, la magistrada constitucional Delia Revoredo Marsano de Mur y juristas de talla como Felipe Osterling Parodi, entre otros.

En concreto, Domingo García Belaunde expresó que el mecanismo más conveniente para culminar la reforma constitucional es la convocatoria a una Asam-

blea Constituyente. «La convocatoria es eminentemente política, mientras que el debate, la discusión para elaborar la nueva Carta es lo jurídico. Mantener la Constitución de 1993 es inaceptable. Nada impide que el presidente de la República convoque a un referéndum para consultar al pueblo si quiere modificar o no la Constitución a través de una Asamblea Constituyente, proceso de reforma o elaboración de la nueva Carta que debe concluir en 2006, de acuerdo con un cronograma que establezca el presidente Alejandro Toledo, para tal fin» (Diario *Correo*, Lima, Viernes 13 de agosto de 2004, pág. 10). El Foro del Acuerdo Nacional llamó a García Belaunde para escuchar su opinión y, éste, una vez más, patriótica y generosamente la aportó con la finalidad de que el Estado tenga una nueva Constitución.

García Belaunde es un febril promotor de publicaciones especializadas en Derecho, desde la época de estudiante en la PUCP, donde fundó junto con el abogado Baldo Kresalja Rosselló y otros, la revista *Themis*. La misma que hasta el día de hoy sigue en circulación. Una de las últimas, es la *Revista Peruana de Derecho Público* (a la fecha cuenta con 9 números) que trata temas administrativos y constitucionales, y que actualmente dirige. Le acompaña como secretario de redacción el colega Palomino Manchego.

Domingo García Belaunde tiene un hijo también abogado: Domingo García-Belaunde Saldías, quien se dedica al Derecho Constitucional Económico. Es autor del libro *El Derecho Presupuestario en el Perú* (Lima, 1998). En este contexto, hay que subrayar que Domingo papá sintió la profunda satisfacción espiritual que dejó expresa el ilustre maestro Eduardo J. Couture: «Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti, proponerle que se haga abogado».

# DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EL APORTE DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE A UNA NUEVA DISCIPLINA (\*)

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA (\*\*)

**SUMARIO: I.** Prolegómenos. **II.** Derecho Procesal Constitucional como disciplina sincrética. **III.** Jurisdicción constitucional como objeto. **IV.** Conclusiones

## I. PROLEGÓMENOS

De la prolífica obra de García Belaunde hemos tomado su aporte específico a la nueva disciplina del Derecho Procesal Constitucional, que en Perú y nuestra América, es un aporte valioso y precursor, que se remonta a 1971. Sin ir más lejos su aporte al Derecho Procesal Constitucional en Chile se remonta a sus contribuciones en lejanas jornadas organizadas en la Universidad Central en los años de 1987 y 1991, donde le conocimos y cultivamos una fraterna amistad. Desde aquellos años tales jornadas han proseguido en Chile gracias al infatigable esfuerzo del profesor Humberto Nogueira Alcalá y la visita-contribución permanente del profesor Domingo García Belaunde permiten rastrear y solidificar su influjo en la formación de nuestro Derecho Procesal Constitucional.

En esta ocasión es menester identificar algunos aportes específicos de García Belaunde en el Derecho Procesal Constitucional, al menos en tres temas, a saber: origen y naturaleza de la disciplina, binomio justicia constitucional-jurisdicción constitucional, y syllabus de la disciplina<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Contribución al libro colectivo sobre el Código Procesal Constitucional de la República del Perú, dedicado a Domingo García Belaunde.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Chile.

(1) La obra de Domingo García Belaunde es prolífica y su maestría en Perú y nuestra América son innegables. De su obra reciente, atinentes a este comentario, es menester citar:

En cuanto al origen de la locución «Derecho Procesal Constitucional» esta es encontrada en la magnífica obra del procesalista español emigrado Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en especial su libro «Proceso, Autocomposición y Defensa», UNAM, México, 1ª. ed. 1947 y 2ª. ed. 1970; en la obra del procesalista oriental Eduardo J. Couture, en especial su libro «Estudios de Derecho Procesal Civil», Depalma, Buenos Aires, 3ª. ed, reimpresión 1989, y en la obra del maestro Héctor Fix-Zamudio. Tal procesalismo científico escoriado al constitucionalismo, que echo raíces en nuestra América, está profundamente influenciado por los aportes de juristas de la talla de Hans Kelsen y Piero Calamandrei. La mentada locución da cuenta de una novísima disciplina en las ciencias del Derecho, que por su carácter novel está en búsqueda de su identidad o naturaleza; es decir si es una rama del Derecho Procesal general, rama del Derecho Constitucional o bien un *mixtum compositum* o *tertium genus*. García Belaunde se inclina por la definición procesalista de la novel disciplina que integra el Derecho Procesal, encargada de cultivar y estudiar los conocimientos teóricos y prácticos para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de los procesos constitucionales; procesos en sus vertientes teórica y práctica, e inserción de ésta disciplina en cierto horizonte finalita o axiológico. Esta definición procesalista está en abierta polémica con la definición constitucionalista como la asumida en Alemania por Peter Häberle y la definición mixta asumida por Néstor Pedro Sagüés y María Mercedes Serra. Para sostener su posición García Belaunde emplea el viejo trípode procesal: acción, jurisdicción y proceso y alude polémicamente a la conocida distinción recogida por Fix-Zamudio entre Derecho Constitucional Procesal (instituciones procesales incorporadas a la Constitución) y Derecho Procesal Constitucional (mecanismos operativos e instrumentales para hacer efectivas determinadas instituciones constitucionales), situándola en el campo de la constitucionalización del orden jurídico y descartando su utilización por artificiosa.

Asimismo en relación al binomio justicia constitucional-jurisdicción constitucional, el primer concepto comprensivo de una dimensión valórica y de toda clase de jueces, órganos e instituciones de defensa de la Constitución, y el segundo concepto circunscrito a un Tribunal Constitucional, acciones y procesos de de-

---

«Derecho Procesal Constitucional», Edit. Temis, Bogotá, 2001; «Teoría y Práctica de la Constitución Peruana», Eddili, Lima, 2 vols., 1989-1993; «De la Jurisdicción Constitucional el Derecho Procesal Constitucional», Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 4ª. ed., al cuidado de José F. Palomino Manchego, Lima 2003; «La Constitución en el péndulo», Edit. Unsa, Arequipa, 1996, y además le ha correspondido coordinar valiosas obras: «La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica» (con Francisco Fernández Segado) Edit. Dykinson, Madrid, 1997; «Constitucionalismo y Derechos Humanos», Edit. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002; y «La Constitución y su Defensa», Edit. Grijley, Lima, 2003.



fensa de la Constitución, consolidado en la disciplina por Fix-Zamudio, nuevamente es sometido a razonable crítica por García Belaunde. En efecto el maestro peruano siguiendo a Sagüés sostiene dos vertientes en la jurisdicción constitucional: una material concerniente a la composición de conflictos constitucionales y una formal concerniente a la composición de tales conflictos por tribunales constitucionales.

Finalmente, el syllabus de Derecho Procesal Constitucional es una «hazaña» o empresa destinada a identificar los contenidos temáticos mínimos de la disciplina, métodos y bibliografía en uso, y también los grandes debates teóricos que han forjado el constitucionalismo contemporáneo. En este campo García Belaunde identifica tres temas de contenido: jurisdicción constitucional, procesos constitucionales y órganos constitucionales. La jurisdicción constitucional comprende: valor jurídico de la Constitución, control y sus alcances, sistemas de control, sentencia constitucional e interpretación constitucional. Los procesos constitucionales conciernen a los procesos de constitucionalidad (control abstracto y control concreto) y procesos de amparo de derechos fundamentales. Los órganos o magistratura constitucional comprende tribunales constitucionales, salas constitucionales y tribunales ordinarios de justicia, según el sistema o modelo que se adopte en cada país.

Este sumario resumen de los aportes de García Belaunde al Derecho Procesal Constitucional, nos sirve de pretexto para consignar algunas notas acerca de la disciplina y de la jurisdicción constitucional.

## II. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO DISCIPLINA SINCRÉTICA

El Derecho Procesal Constitucional surge como una disciplina científica nueva, confluencia de la dogmática procesal y constitucional, que adquiere paulatinamente autonomía científica y disciplinaria. Es un *tertium genus* a pesar de haber nacido en el seno del Derecho Procesal y entre sus cultivadores se encuentren insignes procesalistas como Piero Calamandrei, Mauro Cappelletti, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Eduardo J. Couture y Héctor Fix-Zamudio.

En el plano conceptual la doctrina más acreditada en nuestro continente, distingue siguiendo a Fix-Zamudio entre Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Procesal, y entre justicia constitucional y jurisdicción constitucional. Las distinciones anotadas nos parecen artificiosas por completo, fruto de una cierta logomaquia jurídica; ya que hoy es insostenible seguir discutiendo si el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina derivada del Derecho Procesal o del Derecho Constitucional<sup>(2)</sup>.

(2) Consultar Néstor Pedro Sagüés: «Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario», 3ª. ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 3 y ss. *Idem*, Ernesto Rey Cantor: «Intro-



El Derecho Procesal Constitucional tiene por objeto la jurisdicción constitucional o en términos sintéticos la judicatura constitucional, las acciones constitucionales y los procesos constitucionales. La jurisdicción constitucional es un sistema de garantías procesales o jurisdiccionales de guarda o tutela extraordinaria de la Constitución (supremacía) y su integridad (principios de constitucionalidad). En palabras del maestro Fix-Zamudio que prefiere hablar de «justicia constitucional», entendemos por tal al: «conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones que, para su actividad, se establecen en la misma Carta fundamental»<sup>(3)</sup>.

Sobre este tema conceptual acerca de la jurisdicción constitucional volveremos más adelante, sólo nos interesa en este punto destacar que el Derecho Procesal Constitucional no es sino expresión disciplinaria de una nueva «idea de Constitución», que se plasma en la primera post guerra en la obra teórico-práctica de Hans Kelsen, que se consolida en Europa continental en tres ciclos históricos de post guerra: reconstrucción de las democracias en la inmediata post guerra, transición a la democracia en Europa mediterránea en los '70 y restablecimiento de democracias post caída del muro de Berlín en 1989 y en América Latina con el ciclo de transición y restauración democrática en los '80.

Esta nueva «idea de Constitución», para recordar una vieja categoría kantiana de «idea de Derecho» como ordenación social-normativa de la libertad y que le da sentido profundo al distingo entre Derecho Público y Derecho Privado, concibe a ésta como una Ley Fundamental o subsistema de normas iusfundamentales, revestidas de supremacía formal y/o material, y de integridad, que se erige en la base del edificio estatal y del ordenamiento jurídico y que encuentra su teorización más acabada en la obra de Kelsen. Con ello, las democracias occidentales y pluralistas del siglo XX, no hacen sino reflejar esa tendencia a la

---

ducción al Derecho Procesal Constitucional», U. Cali, 1994, pág. 28 y Héctor Fix-Zamudio: «La Justicia Constitucional. Reflexiones Comparativas», Revista de Derecho, U. Central, año IV, 1990, págs. 15-23.

(3) Fix-Zamudio, Héctor: «Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional», México D.F., 1968, pág. 15. *Idem*, es precursora de estos estudios el opúsculo de Eduardo J. Couture: «Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil», en «Estudios de Derecho Procesal Civil», ed. Depalma, 3 vols., Buenos Aires, 3ª. ed., 1989, Vol. I, págs. 19-95, y la enjundiosa obra del maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, sobre Derecho Procesal general y sobre el Tribunal de Garantías de la II República española en «Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional», ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944; y el antes citado «Proceso Autocomposición y Defensa».

«racionalización» del poder político que observó Mirkiné Guétzevitch a principios del siglo.

De este modo, la jurisdicción constitucional no es sino consecuencia del estadio de evolución actual de la democracia occidental y pluralista (aunque quiebra el tradicional principio de separación de poderes) y del Estado social y democrático de Derecho; de suerte que, la Constitución es Derecho Material, Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo Público, que se actualiza en conflictos constitucionales mediante procesos de constitucionalidad y de amparo de derechos, obteniéndose tutela extraordinaria de órganos jurisdiccionales ordinarios o especializados, a través de sentencias revestidas de autoridad de cosa juzgada que restablecen el imperio del Derecho.

### III. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO OBJETO

Como hemos observado en el capítulo anterior, se hace necesario en esta ponencia recoger algunas precisiones metódicas: históricamente jurisdicción constitucional, en el sistema americano y europeo, han significado control de constitucionalidad de las leyes, como resguardo o garantía de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, con Rubio Llorente, quien sigue la huella de García-Pelayo en este punto, podemos hablar de dos conceptos: uno subjetivo o formal, y otro sustancial de Jurisdicción Constitucional<sup>(4)</sup>.

En el marco del concepto formal de jurisdicción constitucional entendemos que quedan comprendidas las competencias que ejercen los Tribunales Constitucionales, sea cual fuere la «naturaleza» de los asuntos que se encomiendan a su competencia: control de constitucionalidad de las leyes, control de regularidad de las elecciones, contencioso electoral, justicia política, entre otros asuntos. Este concepto formal es simple, pues permite la comparación «a lo puramente externo», pero muy superficial, utilizado con rigor excluye el control de constitucionalidad encomendado a Tribunales Supremos y, además, incluye materias como la «justicia política» caracterizada por tener una escasa racionalización como instituto. Un segundo concepto sustancial de jurisdicción constitucional, construido no ya del Derecho Positivo sino de la teoría constitucional, identifica el concepto con el control de constitucionalidad de las leyes; congruente con la construcción teórica kelseniana. «La justificación posible –señala Rubio Llorente–, la idea de que, en virtud del principio de legalidad, es la ley la que ha de asegurar la adecua-

---

(4) Rubio Llorente, Francisco: «Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa», mimeo, 1996. *Idem*, Manuel García-Pelayo: «Obras Completas», Edit. CEC, Madrid, 3 vols., 1991, en especial, vol. III que recoge trabajos sobre jurisdicción constitucional.

ción constitucional de las decisiones administrativas y (sobre todo) judiciales, de manera que, garantizando el control de constitucionalidad de la ley, queda asegurada la constitucionalidad de toda la actividad del poder, parte de una visión extremadamente simplista que ignora la verdadera relación entre Juez y ley y las inercias de la realidad; el amplio margen de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de la ley que los jueces disfrutaban y la imposibilidad de que el legislativo opere con la presteza y la precisión suficiente para eliminar instantáneamente las normas legales declaradas inconstitucionales y redactar las leyes en términos tales que resulte imposible interpretarlas y aplicarlas de forma constitucionalmente inadecuada».

Consistente con lo escrito en otros lugares y ocasiones me parece adecuada teóricamente, para dar cuenta del examen dogmático-positivo y comparatista, la conceptualización sincrética de Rubio Llorente, que entiende por jurisdicción constitucional aquella que: «enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder».

Para efectos de la materia que nos ocupa, esta conceptualización sincrética tiene varias ventajas teórico-prácticas, a saber:

- a) Salvaguarda la finalidad de la jurisdicción constitucional como componente del Estado moderno, la regularidad de las funciones estatales entendidas como funciones normativas. En este contexto, la Constitución y su núcleo: «la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden» (Kelsen), adquieren una auténtica o garantizada supremacía.
- b) Engloba bajo la jurisdicción constitucional materias de diverso contenido que, en el proceso constitucional y determinada la competencia, expresan el encuadramiento jurídico de problemas políticos. Precisamente, someter los conflictos políticos a mecanismos de composición jurisdiccional es una nota característica de la «racionalización del poder» (Mirkin Guetzevitch) en el Estado moderno. Luego, si la política engulle a la jurisdicción, generando «politización de la justicia» (Loewenstein, Kirchheimer),<sup>(5)</sup> ello no es consecuencia inevitable del proceso político. Más bien, tal «politización de la justicia» nos refiere a los caracteres peculiares del conflicto político-

---

<sup>(5)</sup> Loewenstein, Karl: «Teoría de la Constitución» (A. Gallego A.), Edit. Ariel S.A., Barcelona, 2ª. ed., 3ª. reimpresión, 1983, págs. 321-325.

Kirchheimer, Otto: «Justicia Política» (trad. R. Quijano R.), UTEHA; México D.F., 1968, págs. 37-46, 335-339.

normativo, sin que se borren las diferencias entre el control político y el control jurídico.

- c) El concepto de control jurídico, como control jurisdiccional, incardina perfectamente con la noción de garantía y la idea-fin de limitación del poder político, engarzando la jurisdicción constitucional en un Estado de Derecho.
- d) La jurisdicción constitucional como control jurisdiccional se extiende de la constitucionalidad de las leyes, a la constitucionalidad de todos los actos del poder estatal, incluidos los conflictos de poder y la conculcación de derechos fundamentales. El propio Kelsen reconoce en la Constitución un plexo de reglas sobre órganos y procedimientos, y un catálogo de derechos fundamentales. De esta manera, Constitución como Derecho Objetivo-Subjetivo, requiere de la mediación de un órgano que confiera garantía a las normas constitucionales tanto en relación a potestades como derechos<sup>(6)</sup>.

A partir de las ventajas reseñadas en el uso de un concepto sincrético, replanteamos el análisis de la jurisdicción constitucional, no reducida al control de constitucionalidad de actos normativos como lo hacen los manuales tradicionales en Chile (Roldán, Andrade, Guerra, Bernaschina, Silva Bascuñán, Quinzio, Verdugo), o interesantes monografías sobre la materia (Bertelsen, Fiamma, Gómez y otros); sino englobando todas las materias que importan enjuiciamiento de la regularidad constitucional de los actos del poder estatal. En suma, este concepto de Jurisdicción Constitucional es consistente con el contemporáneo Estado Constitucional o Estado de Derecho, que pretende subordinar a la Constitución toda la actividad normativa de los órganos del Estado.

#### IV. CONCLUSIONES

De las breves notas recogidas el aporte de García Belaunde al Derecho Procesal Constitucional, no sólo resulta valioso sino extraordinariamente crítico con los estudios contemporáneos. Ciertamente existe un saludable margen de discrepancia con el maestro peruano, en especial con su definición procesalista de la disciplina y con su reducción de la jurisdicción constitucional

---

(6) Kelsen, Hans: «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)». En recopilación «Escritos sobre la Democracia y el Socialismo» (trad. J. Ruiz Manero), Editorial Debate S.A, Madrid, 1988, págs. 114-115.

También «Teoría Pura del Derecho» (trad. R.J. Vernengo de la 2ª. ed. vienesa de 1960), Edit. Porrúa, México D.F., 1991, págs. 150-157. Además, en nuestro medio Juan Colombo C., encuadra la Jurisdicción Constitucional a partir de los conflictos en: «El conflicto constitucional. Competencia del Tribunal Constitucional para su Solución», en Revista de Derecho Público N° 61, 1998-1999, Universidad de Chile, págs. 47-68.

al control de constitucionalidad y temas conexos, lo que en parte es propio del Derecho Constitucional.

El Derecho Procesal Constitucional es una disciplina novel, pero crecientemente autónoma y con estatus en nuestras universidades, y que constituye un fértil campo de colaboración disciplinaria entre procesalistas y constitucionalistas, que nos permite asumir una tarea desde la Ciencia del Derecho a favor del Estado democrático y del Estado de Derecho. Precisamente la jurisdicción constitucional permite encontrar en la Constitución no sólo la ordenación básica del Estado y por ende el vaciamiento -no siempre completo y dialéctico- de la política en el Derecho; sino que también el catálogo de derechos fundamentales que permite limitar el poder estatal a favor de la libertad civil y política e imprimirle directrices a favor de la igualdad y solidaridad; todo lo cual mediante un sistema de garantías (acciones y procesos constitucionales), encarga al Juez constitucional su defensa.

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

MAGDIEL GONZÁLES OJEDA (\*)

El Derecho Constitucional en el Perú hoy muestra un nivel académico relevante que Domingo García Belaunde, desde su magisterio protagónico, ha contribuido notablemente alcanzar. Sus aportes al Derecho Constitucional y al Derecho Procesal Constitucional peruanos son de central importancia y han sido reconocidos también en Iberoamérica; su vasta obra no se limita a la de un jurista, puesto que en sus libros, investigaciones y artículos abarcan el ámbito académico, labor de la que dan testimonio sus innumerables discípulos a quienes ha dirigido y suscitado el interés por los estudios constitucionales. Es justo decir que su tarea no sólo se ha restringido a las aulas universitarias, ya que ha trascendido los distintos campos políticos, económicos y sociales del país; muchos abogados se reclaman discípulos del maestro Domingo García Belaunde.

A Domingo García Belaunde me fue muy grato conocerlo en los primeros meses del año de 1990, con motivo de la organización del Primer Curso de Teoría Constitucional y Derecho Procesal Constitucional que se dictó en los claustros de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa en el mes de agosto de dicho año. Además está decir que su participación fue muy valiosa tanto desde su labor como organizador del evento como su participación como expositor. En aquella oportunidad, por su destacada labor académica y su contribución al Derecho Constitucional y al Derecho Procesal Constitucional, fue nombrado Profesor Honorario de la Universidad.

Pero como maestro no sólo ha sido reconocido en nuestra Universidad de San Agustín de Arequipa, lo ha sido también por otras Universidades e institucio-

---

(\*) Magistrado del Tribunal Constitucional. Profesor de la Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa, Perú).

nes muy prestigiosas como la Universidad Nacional Autónoma de México (1987), la Universidad Externado de Colombia (1992), los Colegios de Abogados de Lima, del Callao, de La Libertad, de Ucayali, por la Federación de Colegios de Abogados del Perú, por la Academia Peruana de Derecho, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

A Domingo García Belaunde, incansable forjador del pensamiento constitucional peruano, su capacidad para conocer la realidad le ha permitido comprender y desarrollar la teoría constitucional, contribuyendo decisivamente al conocimiento de las instituciones políticas del Estado peruano, lo que ha posibilitado el diseño de múltiples instrumentos jurídicos que hoy constituyen no sólo aportes teóricos al orden jurídico, sino también de normas positivas que regulan importantes sectores de la realidad nacional o tutelan el ejercicio de los derechos fundamentales, como el Código Procesal Constitucional, de cuyo proyecto es uno de los principales autores.

El Código Procesal Constitucional –que estará en vigencia desde el 1º de diciembre de ese año– como ya se ha señalado, debe su factura y existencia inminentes, en gran medida, a la labor pionera y perseverante de un hombre: Domingo García Belaunde. Y ello porque la decantación y autonomía del Derecho Procesal Constitucional como disciplina, proceso al que asistimos desde nuestro ejercicio docente y profesional, así como su altísima cotización académica actual, no hubiera podido lograrse sin su diligente y tenaz protagonismo, cuyo inicio podríamos situar hacia fines de la década del 70.

Creo que la vasta actividad del Dr. García Belaunde se ha desarrollado básicamente en tres espacios, tributarios entre sí, pero dotados de especificidad: la tribuna universitaria, los eventos académicos (llámese talleres, seminarios y congresos) y la investigación. Desde el primer campo, el magisterio del Dr. García Belaunde ha sido factor decisivo para incorporar en los planes de enseñanza de las Facultades de Derecho de nuestro país la materia de Jurisdicción Constitucional y, posteriormente, la disciplina de Derecho Procesal Constitucional. La fecundidad de su magisterio no se agota allí, no obstante, pues debe enfatizarse que él –como pocos– ha forjado un gran número de discípulos que, con el correr de los años, se ha transformado en un conjunto de investigadores y especialistas en materia constitucional, a tal punto que ya debería hablarse de una institucionalidad científica, con temas y agenda propios, y cuya actividad ha crecido significativamente estos últimos años.

Su labor como propulsor, organizador y expositor en los eventos que sobre materia constitucional y procesal constitucional se han desarrollado en nuestro país ha sido notablemente importante. En ellos le cupo –en vigorosas y memorables exposiciones, reforzadas por su experiencia en la doctrina y conocimiento

del Derecho Comparado— proponer como urgente tema en debate el esclarecimiento del concepto de Jurisdicción Constitucional, al cual diferencia del de Justicia Constitucional, y al que confiere como notas distintivas el ser, por una parte, un atributo del Estado para resolver los conflictos entre las personas, y, por otro, que tal atributo sólo puede ejercerse mediante un «procedimiento». Sabemos, que el proceso, para activarse, presupone la *jurisdicción*, y que ésta se manifiesta en la *acción*, medio por el cual las partes plantean sus pretensiones.

Por ello, cuando se habla de Jurisdicción Constitucional, en rigor nos referimos al proceso, de modo que, dada que el término no es completo, se torna necesario subsumirlo en una disciplina de mayor alcance y que con mayor propiedad estudie los problemas relativos a la jurisdicción y sus implicancias: el Derecho Procesal Constitucional. A esta propuesta el Dr. García Belaunde la divide en, sumariamente, las siguientes partes: la defensa de los derechos fundamentales, los conflictos entre los órganos constitucionales o «poderes del Estado», y la jurisdicción supranacional; dotándola de objeto y fines propios, y estableciendo su entroncamiento con la Ciencia Procesal contemporánea y con el Derecho Constitucional, al cual tributa, pero manteniendo su perfil y autonomía.

El Dr. García Belaunde, también, se ha desplegado en otros temas, tales como la Ciencia Política y su relación con el Derecho Constitucional y, sobre todo, la Interpretación Constitucional, contribuyendo a su deslinde desde el énfasis de algunas características que deben tomarse en cuenta: su calidad de especie de la interpretación general; o su inclusión en una concepción de la Ciencia del Derecho; y en una concepción filosófica general; así como su relación con varios factores, como los sociales, axiológicos, estadísticos, etc. Afirma, que toda norma, sin excepción, debe interpretarse; que no existe una interpretación, sino muchas, y su funcionalidad debe delimitarse en un marco de coherencia; que la exégesis, planteada como el método al cual debe otorgársele la supremacía, es un rezago que obstruye el proceso interpretativo; y que la interpretación supone un proceso complejo donde concurren diversos factores; pero en todo caso, el Dr. García Belaunde niega enfáticamente la posibilidad de una «interpretación auténtica».

Debo mencionar, asimismo, la invalorable tarea de investigador del Dr. García Belaunde, cuya diligencia, competencia y seriedad, además de su prosa elegante, que se ha plasmado en una serie de artículos, monografías y tratados vinculados al Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, en los cuales se pone de relieve su postura consecuente y frecuentemente precursora sobre los temas más caros a su ejercicio reflexivo: la Ciencia Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional. Especialmente en su último libro: *De la Jurisdiccional Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (título que sintetiza el logrado propósito al que se ha abocado durante años de intenso trajín académico).



Finalmente, debo mencionar que en su trayectoria personal siempre se ha identificado como un ciudadano fuertemente comprometido con la democracia y defensa de los derechos fundamentales, demostrada en sus calidades académicas e intelectuales, en su vida diaria. El Dr. García Belaunde, esta presto escuchar y compartir o discrepar los diversos puntos de vista de los temas que él conoce, pero siempre deja la posibilidad de seguir reflexionando demostrando su permanente vocación de maestro, todo lo que hace evidente su protagonismo mayor en el estudio de la constitucionalidad de nuestra patria.

## DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (UN TESTIMONIO)

RAMIRO DE VALDIVIA CANO (\*)

El proceso democrático es el camino por antonomasia para buscar el bien común y por ello es tan urgente estimular todos los mecanismos que aseguren su control y correcta evolución. Para crear un modelo de las fuerzas que afectan la autoridad del control de constitucionalidad que pueda ser usado en el devenir de la democracia y la política nacionales y para mantener la estabilidad política es necesario establecer un denominador común de constitucionalismo. Por otro lado, en una sociedad pluralista que enfrenta cambios vertiginosos en todas las áreas, se hace indispensable la presencia de órganos que asuman las tareas de la reinterpretación de reglas constitucionales; y las de legitimación o desecho de los cambios fundamentales para responder a nuevas necesidades sociales.

Desde el punto de vista académico, *el control constitucional en el Perú* tiene en la Universidad Católica de Santa María (UCSM) una larga tradición que comenzó después del golpe al Estado de Derecho asestado por el General Velasco en 1968. Fue en aquella época en que por primera vez vino a la UCSM el Dr. Domingo García Belaunde a difundir su prédica enfervorizada y sapiente a favor de la democracia, en el marco de las «Jornadas Interdisciplinarias UCSM/PUCP». Venía por invitación del Padre Morris y del maestro don Humberto Núñez Borja, –los forjadores de la UCSM– en un programa de intercambio docente con la Pontificia Universidad Católica de Lima; y de la Promoción «William Morris S. M-1976» de la Facultad de Derecho que, encabezaba Gabriel Torreblanca Lazo, ahora Director del Consultorio Jurídico de la UCSM. En aquella ocasión destacó la participación del Dr. García Belaunde con la de otros jóvenes catedráticos que, con el correr de los años, asumirían el liderazgo del pensamiento jurídico del país –los famosos «Wisconsin Boys»–. A su vez la UCSM exportó a la PUC a otros

---

(\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa).

jóvenes abogados entre los que hay que mencionar a Elizabeth Medina Guzmán, Carmen Julia Bustamante, Gorky Gonzáles, Carlos Ramos Núñez, entre otros.

De la primera cátedra que dictó el Dr. García Belaunde queda el ensayo que publicó la Revista de la UCSM en su edición de 1974 sobre los «Gobiernos *de facto*» –visionario aporte en el que amalgama su vivencia personal y familiar, sus ya profundos conocimientos jurídicos y sus aspiraciones democráticas–. Después vendrían muchas nuevas visitas, cátedras e intercambios. La UCSM lo hizo su Profesor Honorario y el Colegio de Abogados de Arequipa, Sucesor de la Academia Lauretana, le otorgó la membresía de honor en la misma Aula Magna de la UCSM en la que dictó su primera cátedra. Su egregio padre, don Domingo García Rada, también sería ilustre docente visitante de la UCSM, cuando la dictadura militar lo despojó de la judicatura suprema que con tanto brillo desempeñaba. En todo el trayecto, la voz y el pensamiento del Dr. Domingo García Belaunde han ido ganando profundidad y serena belleza, sin menoscabo de su intenso fervor democrático. También vendrían nuevos golpes de Estado y otros avatares de la democracia.

Es de estas entrañas que brota la obra que el Dr. Jorge Luis Cáceres, ex alumno y profesor Marianista, ha entregado a la comunidad y al constitucionalismo. Para ingresar al mundo del Derecho que recrea su obra, el Dr. Cáceres trae a colación la cátedra del Dr. García Belaunde y la luenga epopeya de la constitucionalidad de la ley. Negada ésta durante mucho tiempo por grandes y pequeños defensores de la soberanía absoluta de la ley, «expresión de la voluntad general», según los términos del artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Examina también la existencia de las instituciones encargadas de examinar la conformidad de la ley con la Constitución, como el original Consejo Constitucional que introduce la Quinta República Francesa. La Constitución del 4 de octubre de 1958 le dedica el título VII. Entre sus atribuciones, las que en la era gaullista, aparecían como prioritarias, están la apreciación del reparto de los ámbitos respectivos de la ley y del reglamento, a fin de preservar el ejercicio del poder reglamentario; el control de las elecciones presidenciales y las parlamentarias y las consultas populares.

La obra del Dr. Cáceres Arce, siguiendo al maestro García Belaunde, muestra la fuerte tendencia entre las nuevas democracias a instaurar el control de constitucionalidad y el predominio de las formas de control ejercidas por órganos judiciales o cuasi-judiciales. El modelo preciso puede variar del estadounidense; el tratamiento de las cuestiones constitucionales por un solo tribunal; el control de constitucionalidad antes que las leyes sean promulgadas, entre otros.

Dada la naturaleza de la competencia política, el motivo más obvio para el surgimiento del control de constitucionalidad es que las sociedades pluralistas

necesitan una institución con suficiente ascendiente y autoridad para resolver disputas que surgen con relación a la interpretación y aplicación de las reglas que mantienen su cohesión. O, en casos extremos –como el de las contiendas entre los entes autónomos del Sistema Electoral del Perú derivadas de la Constitución de 1993– la ausencia de un árbitro entrañaría el riesgo de que desacuerdos constitucionales razonables se trasformen en disputas políticas virulentas que pongan en peligro la legitimidad de la autoridad ante los ojos del mandante: la ciudadanía. Obviamente, el desempeño y los logros de las instituciones públicas dependen de la legitimidad del origen de su mandato y de la autoridad que poseen. La fuente de autoridad que invoca una institución puede diferir incluso entre países que tienen sistemas políticos idénticos. Como se aprecia frecuentemente, aún en los Estados de Derecho, el tipo de autoridad que un Tribunal ejerce debe estar en armonía con las expectativas de los grupos políticos más significativos para no ver en dificultades su continuidad y aún su propia legitimidad social. Por ello es tan usual en las democracias débiles que los cambios en las necesidades sociales y en el equilibrio político fuercen a los tribunales a mirar más allá de los textos constitucionales y las intenciones de sus redactores si quieren tener un papel en el mantenimiento de la paz social.

De todo esto da cuenta *El control constitucional en el Perú* (Jorge Luis Cáceres Arce, Editorial UCSM, Arequipa, 2004) con la claridad de las ideas de quien ha nacido, crecido y va dejando semillas al mundo jurídico en el *Campus* de Umacollo, guiado por los maestros de la talla del Padre Morris, de don Humberto y del Dr. García Belaunde.

Arequipa, diciembre del 2004.

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

# CONTRIBUCIONES DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (\*)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO (\*\*)

**SUMARIO:** **I.** La presencia de Domingo García Belaunde en México. **II.** El Derecho Constitucional Iberoamericano en los encuentros académicos: su importancia. **III.** El diseño teórico de la jurisdicción constitucional. **IV.** Los primeros pasos de García Belaunde en la jurisdicción constitucional y su posterior desarrollo. **V.** Tres cuestiones relevantes acerca del Derecho Procesal Constitucional. **VI.** De la magistratura ordinaria a la magistratura constitucional. **VII.** Las últimas reflexiones de García Belaunde sobre la jurisdicción constitucional.

## **I. LA PRESENCIA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE EN MÉXICO**

Resulta acaso innecesario, y sin propósito de carácter biográfico, hacer algunas glosas al público culto de la hermana República de México («la noble Nación

---

(\*) Las líneas que siguen constituyen el Prólogo refundido, con algunos datos y noticias nuevas, de las notas introductorias que escribí a la 1ª. y 2ª. edición del libro de Domingo García Belaunde: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, publicado el año 2000 en Lima, en la colección de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Ahora, la 3ª. edición (México, 2004), y 4ª. edición (Lima, 2004) me sirven de pretexto para dar cuenta de la personalidad científica del maestro Domingo García Belaunde, con ocasión de sus 60 cumpleaños, habiendo aumentado y revisado el presente ensayo. (**Nota de octubre de 2004**).

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

Mexicana», como decía el iusfilósofo Luis Recaséns Siches) con ocasión de una nueva edición corregida y copiosamente aumentada del estudio de Domingo García Belaunde (Lima, 13-VII-1944) cuyo título es *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. No obstante ello, la generosidad de los lectores mexicanos, como en otras ocasiones, nos permite decir que García Belaunde desde hace 27 años aproximadamente está vinculado con la comunidad universitaria de México, en especial con los colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y, por cierto, con otras instituciones académicas, como podrán comprobar a continuación los atentos leyentes.

Sin embargo, es menester recordar que el constitucionalista peruano dio cuenta por vez primera de su labor bibliográfica en México con su ensayo «Desarrollo constitucional peruano» en la Gaceta informativa de Legislación y Jurisprudencia (nº 5, enero-abril de 1976) que publica el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, centro universitario que lo ha reconocido como «Profesor Distinguido». De ahí en adelante, el valor cardinal de su enseñanza y personalidad inconfundible se deja latir en México.

Al expresarnos de este modo diremos que García Belaunde ha estado presente en todos los Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional que se han desarrollado en México, sellando así su rica experiencia en la organización y conducción de eventos académicos. El VII Congreso, llevado a cabo durante los días 12 al 15 de febrero de 2002 en los ambientes del Instituto de Investigaciones Jurídicas así lo reafirma al integrar parte del Comité Organizador de tan galano certamen en compañía de Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Carlos Restrepo Piedrahita, Pedro de Vega, Jorge R. Vanossi, José Afonso da Silva y Diego Valadés<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Las ponencias que se presentaron a dicha velada internacional, aún cuando no todas, por parte de la delegación peruana, que fue una de las más numerosas, se han publicado en Domingo García Belaunde (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002, 226 págs. Contiene los trabajos de Ernesto Blume Fortini, Edgar Carpio Marcos, Francisco Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde, Francisco Miró Quesada Rada, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León y Miguel Vilcapoma Ignacio. A la fecha el Instituto ha publicado el CD-ROM conteniendo las ponencias, agupadas en ocho mesas de trabajo, de los participantes extranjeros recibidas hasta el día 10 de febrero de 2002. Mientras tanto, *vid.* Raúl Márquez Romero (Coordinador): *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, D.F., 2002, 175 págs. En reciente correspondencia epistolar Diego Valadés me ha comunicado que todas las ponencias presentadas se publicarán en la *Memoria* que consta de nueve volúmenes. ¡Qué tal éxito académico!

Habida cuenta de todos estos hechos, he de aludir además, muy brevemente, que entre los días 14 al 20 de diciembre del presente año volveremos a México a fin de participar en dos encuentros académicos acompañados de Domingo García Belaunde y Aníbal Quiroga León, en calidad de expositores, en dos encuentros académicos. El primero, tendrá lugar en la Universidad de Morelia, gracias a los buenos oficios de nuestro dilecto colega Gumesindo García Morelos, el día 14 de diciembre. Ahí abordaremos el tema «La Justicia Constitucional en América Latina y los derechos humanos». De igual forma, se presentará la 3ª. edición del libro colectivo *Derecho Procesal Constitucional* (3 ts., Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., México, D.F. 2002) que ha diseñado con sumo esmero y eficiencia alturada Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. El segundo evento se desarrollará el día 16 de diciembre en la sede del Honorable Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala, con ocasión del 2º Seminario Internacional denominado «Incompetencia de origen. Aspectos Constitucionales», merced a la gentil invitación del Presidente José Rufino Mendieta Cuapio.

## II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO EN LOS ENCUENTROS ACADÉMICOS: SU IMPORTANCIA

Así las cosas, al cabo de diez años regresé a México, entre los días 1º y 8 de febrero de 2000, con el propósito de participar conjuntamente con Domingo García Belaunde en el Seminario Internacional «Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI»<sup>(2)</sup>—desarrollado en un verdadero clima cultural— que habían organiza-

---

(2) Las ponencias se han publicado en el libro colectivo coordinado por Diego Valadés y Miguel Carbonell: *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2000, 290 págs. La primera parte del libro lleva como título «La Constitución mexicana 83 años después», y contiene los siguientes ensayos de Miguel Carbonell: «Constitución y minorías»; Jorge Carpizo: «Constitución e información»; José Ramón Cossío Díaz: «La representación constitucional de México»; Héctor Fix-Zamudio: «Evolución del control constitucional en México»; y Diego Valadés: «La Constitución y el poder». La segunda parte del libro se intitula «Constituciones y procesos constituyentes en Iberoamérica», y cuenta con la colaboración de Allan R. Brewer-Carías: «Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999»; Domingo García Belaunde: «Sobre la problemática constitucional en el Perú de hoy. (Reflexiones al inicio de 2000)»; Jorge Mario García Laguardia: «Transición democrática y nuevo orden constitucional. La Constitución guatemalteca de 1985»; José Antonio Montilla Martos: «Proceso constituyente y desarrollo constitucional en España»; Néstor Osuna Patiño, Humberto Sierra Porto y Alexei Julio Estrada: «La Constitución colombiana de 1991» y José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz: «Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993».



do la Comisión de Estudios Legislativos de la LVII Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, que por esos días recuperaba su autonomía y normalidad para beneficio de la cultura latinoamericana. Fue motivo de gozo volver a extender la mano a los amigos y colegas comunes –gentes universitarias– que renuevan cada día su quehacer científico, tales como el eminente amparista Héctor Fix-Zamudio, el actual Director del Instituto, Diego Valadés, el ex-Rector de la UNAM, Jorge Carpizo, y el profesor José Ramón Cossío Díaz. Además, como suele darse en los encuentros académicos, conocer a jóvenes juristas que empiezan a ejercitar la docencia e investigación jurídicas, como son los casos de Miguel Carbonell Sánchez, cuyo libro, tempranamente agotado la 1ª. edición, *Constitución, reforma constitucional, y fuentes del Derecho en México* (2ª. edición, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999) demuestra su alta calidad intelectual; y a Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot quien acaba de coordinar un voluminoso colectivo sobre el Derecho Procesal Constitucional<sup>(3)</sup>, tal como lo hemos anotado líneas arriba.

Precisando más: traigo a remembranza este encuentro académico porque fue precisamente en México donde pude convencer, reconozco que cuesta mucho hacerlo, a García Belaunde para dar al público, bajo mi cuidado y responsabilidad, su reciente ensayo *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, agregando diversos apéndices, destacando su artículo «Los gigantes de Weimar. (A propósito de una visita a Peter Häberle)». Ha influido sobremanera en la presente publicación el hecho de haber conocido y compartido la velada internacional con el joven profesor de la Universidad de Granada, José Antonio Montilla Martos, quien por esas casualidades de la vida estaba intentando entrar en conversación con García Belaunde, a fin de lograr su participación en el Congreso «Derecho Constitucional y cultura» que tendría lugar en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada durante los días 2 y 3 de marzo de 2000, en honor al Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Häberle, bajo la dirección del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad granadina, Francisco Balaguer Callejón<sup>(4)</sup>.

---

(3) La ficha es la siguiente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.-Editorial Porrúa, México, D.F., 2001. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio. Ahora, Ferrer acaba de publicar un folleto cuyo título es el siguiente: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Colección Fundap, S.C., México, D.F., 2002. Antecede Prólogo de Héctor Fix-Zamudio.

(4) A dicho Congreso, de cuyas actividades da cuenta García Belaunde en el apéndice § 2, asistieron en calidad de expositores, los siguientes profesores españoles: Pedro de Vega García,

En tal sentido, en Lima había leído las primeras cuartillas del ensayo *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, que García Belaunde le dedica a Peter Häberle con ocasión de su 65 aniversario. Aquí, en México planteóseme la idea, y le manifesté: «Domingo, qué mejor oportunidad para publicar como librito tu ensayo, ahora que marchas a Granada a compartir intereses académicos en homenaje al discípulo de Konrad Hesse». Fue así que pude persuadirlo para que los lectores, indudablemente, dentro de la colección de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, tengan a la mano un nuevo opúsculo, el cual hemos rubricado y ampliado para esta edición, tal como lo desea su autor, con nueve apéndices, el último un texto de autoría del joven constitucionalista español Joaquín Brage Camazano.

### III. EL DISEÑO TEÓRICO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Tras esta breve introducción es preciso aludir que los primeros esfuerzos para hacer los deslindes teóricos, y la construcción de las paredes maestras, de y sobre la Jurisdicción Constitucional se encuentran en el pensamiento de los juristas de la década de los años veinte del siglo XX. En especial, León Duguit, Edouard Lambert y, sobre todo, el Jefe de la *Wiener Schule*, Hans Kelsen, debiendo traer a colación la célebre polémica que sostuvo con el teórico alemán Carl Schmitt. Años después se apagó el debate, rebrotando una vez más el interés por el tema al finalizar la Segunda Gran Guerra, debido al valioso aporte de los procesalistas italianos Piero Calamandrei y Mauro Cappelletti<sup>(5)</sup>; de los españoles Niceto Alcalá

---

Ángel López López, Juan Cano Bueso, Javier Corcuera Atienza, Gregorio Cámara Villar, Nicolás López Calera, Rafael Barranco Vela, Francisco Balaguer Callejón, Pedro Cruz Villalón, Javier Jiménez Campo, José Antonio Portero Molina, Modesto Saavedra, Miguel Pasquau Liaño y José Antonio Montilla Martos. De Portugal fue el profesor de la Universidad de Coimbra, José Joaquim Gomes Canothilo, de México participó Miguel Carbonell Sánchez, y del Perú estuvieron Domingo García Belaunde y el autor de estos folios. El Comité organizador estuvo presidido por Carmen Calvo Poyato, Consejera de Cultura de la Junta de Andalucía.

(5) La doctrina italiana en la década de los años sesenta se preocupó sobremanera en estudiar el tema desde sus diversas avenidas. Es de recordar aquí los aportes que siguen, Mario Battaglini: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957; Salvatore Villari: *Il processo costituzionale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957; y Serio Galeotti: *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1963.

Es importante reparar de nuevo sobre el tema, y mencionar también el ensayo de Franco Pierandrei «Corte Costituzionale», aparecido en la *Enciclopedia del Diritto*, T. X, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1962, págs. 874-1036. Como es sabido, Pierandrei empleó con exactitud en dicho ensayo la expresión «Magisterio constitucional», para significar que los máximos

Zamora y Castillo, Jesús González Pérez y Francisco Fernández Segado, y por cierto, de los juristas latinoamericanos Germán J. Bidart Campos, Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagüés, Allan R. Brewer Carías, y otros más. Y, ahora *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* se suma a los esfuerzos teóricos ya existentes, de gran valor, pero todavía escasos y contados, y además nada definitivos.

Mas en general, la paciencia y generosidad del público lector pone de relieve el interés que ofrece el tópico de la Jurisdicción Constitucional<sup>(6)</sup> entre nosotros, y su cuestionamiento teórico, a través de una nueva disciplina, a saber, el Derecho Procesal Constitucional, que nuestro autor insiste mucho. Buena prueba de ello es el hecho de que los planes de estudios de las Facultades de Derecho de las universidades (San Marcos como botón de muestra) empiezan a incluir en su estructura curricular, asignaturas como la que propone mi viejísimo amigo y gran jurista Domingo García Belaunde, apoyado en la masa de conocimientos que posee, y en el amplio bagaje bibliográfico que maneja con fluidez y solvencia en el quehacer académico. Ahí, su presencia ocupa un lugar especial que se ha ganado a pulso.

#### IV. LOS PRIMEROS PASOS DE GARCÍA BELAUDE EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU POSTERIOR DESARROLLO

En dicho orden de cosas hay que señalar que, el tema del Derecho Procesal Constitucional no es nuevo para García Belaunde. Recordemos que en su clásico libro *El Hábeas Corpus en el Perú*, compuesto en épocas tempranas de su vida,

---

tribunales marcan las pautas esenciales en la comprensión de todo el Ordenamiento, a partir de la consideración de la Carta Magna como el punto culminante y de cierre del Orden Jurídico. Así lo recuerda Raúl Canosa Usera en su libro *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 211 y sgts. Antecede Prólogo de Pablo Lucas Verdú.

<sup>(6)</sup> Acaba de publicarse en fecha reciente el libro de Norbert Lösing: *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, traducción del alemán de Marcela Anzola Gil, Fundación Konrad Adenauer-Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2002. Del propio contenido de la obra se desprende que el tema, abordado con mucho rigor por el autor y con riquísima información, está centrado en la «Jurisdicción Constitucional». Y el término «jurisdiccionalidad», que no tiene que ver nada en el asunto, trae a confusión al lector. De la misma opinión son Domingo García Belaunde, César Landa Arroyo, Edgar Carpio Marcos, José Julio Fernández Rodríguez, Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, con quienes he consultado y comentado este curioso detalle. Brage Camazano entiende que el error quizás provenga de que la terminación «barkeit» equivale por regla general a nuestra terminación «idad», pero en este caso no es así, pues provoca el «despiste» del eventual lector. A mayor abundamiento, me remito a la bibliografía que hasta la fecha se ha publicado, donde el vocablo «jurisdiccionalidad» no es de uso común, y como tal, falto de tradición.

terminado en 1975 y publicado tardíamente en noviembre de 1979, con su maestría habitual, ya delineaba conceptos del tema. En efecto, decía en aquella ocasión lo siguiente:

«Esta disciplina, aún en embrión, debe exteriorizarse en una ley orgánica que exprese los alcances y medidas de la Jurisdicción Constitucional, así como todo lo concerniente a la defensa y protección de la Carta Política. Aquí deberían establecerse no sólo los principios generales del procedimiento, sino las acciones que podrían incoarse en tal sentido. Sendas leyes deberían precisar cuidadosamente la acción de Hábeas Corpus, la acción de Amparo y la acción de Inconstitucionalidad. También deberían incluirse en dicho dispositivo la responsabilidad de los funcionarios públicos, el funcionamiento de los Ministros y sus Titulares [...], el reglamento de organización y funciones del Congreso (o de quien haga sus veces) etc.

Naturalmente, si todos estos asuntos de índole constitucional integran una nueva rama procesal que tiene un objeto propio (supremacía de la Constitución) de naturaleza especial, requiere y postula también un tratamiento distinto. Evidentemente, no puede pensarse que una indemnización por daños y perjuicios o el reclamo de una obligación alimentaria tienen la misma envergadura que el respeto a un derecho constitucional o el comportamiento político de un Ministro de Estado»<sup>(7)</sup>.

Guardando íntima relación con la cita anterior, es muy de mi agrado recordar que en horas de la mañana del día viernes 4 de febrero, exponían en el Seminario arriba señalado Fix-Zamudio, García Belaunde y el autor de estas líneas. En el intervalo, luego de que Fix Zamudio había disertado de manera brillante sobre la «Evolución del control constitucional en México», nos acercamos con García Belaunde para felicitarlo, y entre otros aspectos materia de la conversación el profesor peruano le manifestó con gratitud que el Derecho Procesal Constitucional lo había estudiado y profundizado por influjo suyo<sup>(8)</sup>. En seguida, Fix-Zamudio

---

(7) Vid. Domingo García Belaunde: *El Hábeas Corpus en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1979, págs. 134-135. Antecede Prólogo de Darío Herrera Paulsen. El texto tiene el siguiente sub-título: «Hacia un Derecho Procesal Constitucional». Es verdad, sin embargo, que García Belaunde en su libro *El Hábeas Corpus interpretado* (P.U.C., Lima, 1971, pág. 21) ya subrayaba la idea de «crear un Derecho Procesal Constitucional como disciplina autónoma».

(8) Para lo cual, en efecto, García Belaunde en su libro citado en la nota 7, *El Hábeas Corpus en el Perú* (pág. 229) tuvo a la vista como fuente de consulta los siguientes trabajos de

le respondió con serenidad y con la sencillez que lo caracteriza: «Domingo, no tanto, lo cierto es que por tus propios méritos has avanzado muy lejos». Creo que el maestro mexicano no exageró por cuanto García Belaunde sigue ampliando sus ideas y replanteando el contenido del Derecho Procesal Constitucional, con una meticulosidad ejemplar, tal como podrá advertir y juzgar el lector que ha seguido con paciencia sus sólidos estudios dedicados al tema, para lo cual reenvío a los siguientes: «Sobre la Jurisdicción Constitucional» (1989), «Tres años de jurisprudencia constitucional peruana» (1989), «La Jurisdicción Constitucional en el Perú» (1977, 1988 y 1997), «La Jurisdicción Constitucional en Guatemala» (1997, en colaboración con el catedrático madrileño Francisco Fernández Segado), «El Derecho Procesal Constitucional» (1997) y «La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo» (1998), entre otros. Y como complemento, dos libros que son hilos temáticos afines: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (1997, colectivo coordinado con Fernández Segado) y *Derecho Procesal Constitucional* (1998; 2ª. edición, 2000).

Ahora bien, asunto de obligada mención es el que sigue. En el mes de febrero de 1990, García Belaunde dictó un cursillo de Postgrado, al cual asistí en calidad de oyente, en la Universidad Panamericana de México, cuyo título fue «El Derecho Procesal Constitucional». Guardo en mi archivo particular las lecciones inéditas que algún día, con su aprobación, serán publicadas. Bueno es evocar que en aquella oportunidad, ante numerosos asistentes, entre jueces, fiscales y abogados dedicados al ejercicio de la profesión, abordó las categorías explicativas del Derecho Procesal Constitucional («disciplina embrión», según sus propias palabras) que está a mitad de camino de dos disciplinas: el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal, aun cuando –añadía aquél– lo cierto es que estamos frente a una disciplina procesal. Lo que sucede es que los constitucionalistas son los que más se encargan del tema, tanto en Europa como a este lado del Océano. Los casos de Piero Calamandrei y de Eduardo J. Couture, constituyen una excepción.

---

Fix-Zamudio: «Síntesis del Derecho de Amparo» (1965), *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional* (1968), «Protección procesal de las garantías individuales en América Latina» (1968) e «Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos» (1974). De su parte, Fix-Zamudio no ha parado de reflexionar sobre la disciplina del Derecho Procesal Constitucional, que tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales –dirá él– 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. *Cfr.* «Introducción al Derecho Procesal Constitucional», en Memoria de El Colegio Nacional, México, D.F., 1997, págs. 31 y sgts. Ahora, publicado en la Revista Peruana de Derecho Constitucional, órgano del Tribunal Constitucional, N° 1, Lima, 1999, págs. 15-69.

Por lo demás, son los constitucionalistas los llamados a elaborar la disciplina *ex novo* Derecho Procesal Constitucional y, sin entrar a «la guerra de palabras», al hablar de Justicia Constitucional o de Jurisdicción Constitucional, en expresión de García Belaunde, usados ambos como sinónimos, es evidente que estamos apuntando al Derecho Procesal Constitucional, *nomen iuris* muy joven aún y no tan generalizado.

## V. TRES CUESTIONES RELEVANTES ACERCA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Pues bien, a la fecha ¿cuál es el significado y el alcance del ensayo *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*? Tomando como punto de apoyo la historia constitucional, de manera general, se pueden plantear tres cuestiones: a) ¿Qué había antes?, b) ¿Qué hay ahora? y c) ¿Qué debemos esperar?

Un primer trazo, es el hecho de poner énfasis en el influjo de la judicatura inglesa que tuvo calidad de exportación cruzando el «charco», concretamente en la tradición norteamericana de la *judicial review*<sup>(9)</sup>, y de la supremacía constitucional, siendo paradigmática la figura de John Marshall, sin desmerecer por cierto a la institución del presidencialismo, ya que entre ambas hay una conjugación armoniosa. Así, es irreprochable la frase de Woodrow Wilson: «Un gobierno constitucional es aquel cuyas facultades han sido adaptadas a los intereses del pueblo que gobierna y a la protección de la libertad individual»<sup>(10)</sup>. Se complementa lo expuesto con el vital aporte de la dogmática constitucional italiana, alemana y últimamente la francesa, difícil de obviar, ya que le han dado forma y solidez al tema del control constitucional.

Un segundo trazo nos lleva a decir que, como consecuencia del nacimiento y *vis expansiva*, ahora en las ex-democracias del Este, de los Tribunales Constitucionales<sup>(11)</sup>, cuya paternidad se atribuye a Hans Kelsen, el Derecho Procesal Constitucional se viene cimentando. De esta guisa se desprende que: «El Derecho Cons-

---

(9) Cfr. Roberto L. Blanco Valdés: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994, en especial, págs. 114-177. Antecede prólogo de José Antonio Portero Molina. Hay traducción al italiano por la Editora Cedam, Padova, 1997.

(10) Vid. Woodrow Wilson: *El Gobierno Constitucional en los Estados Unidos*, traducción de la 3ª. edición inglesa por Federico González Garza, Editorial Cvltvra, México, 1922, pág. 8.

(11) Para un bosquejo introductorio, vid. José Julio Fernández Rodríguez: *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2002, *in totum*. Antecede Prólogo de Roberto L. Blanco Valdés.

titudinal de nuestra época es una de las ramas que más transformaciones ha experimentado en el campo de la Ciencia Jurídica. Efectivamente, nuestra disciplina se ha enriquecido considerablemente en los últimos decenios con numerosas y heterogéneas instituciones que se han introducido en los más recientes ordenamientos fundamentales, con objeto de asegurar el respeto a los derechos humanos y el funcionamiento equilibrado y armónico de los poderes públicos dentro de un régimen pluralista de libertad y de justicia social»<sup>(12)</sup>.

Y, en fin de cuentas, como tercer trazo, ¿qué debemos esperar? La idea es que el Derecho Procesal Constitucional adquiera su autonomía, y como tal, se constituya en una nueva disciplina del Derecho Público. Para ello tendrán que influir sobremanera en el terreno práctico de los ordenamientos jurídicos nacionales, la dación de un Código Procesal Constitucional –viejo proyecto anhelado de García Belaunde que ahora viene trabajando con un equipo de colaboradores–, y la implantación de cursos y/o asignaturas en los planes curriculares a nivel universitario, como también la organización de permanentes congresos y encuentros académicos sobre la materia, labor delicadísima que tendrán que asumir, a manera de reto, los profesores del área.

## VI. DE LA MAGISTRATURA ORDINARIA A LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, entre otros, el segmento que más se debe de incidir en el Derecho Público es el relativo a la magistratura ordinaria y la magistratura constitucional, incluyendo también a las Salas Constitucionales. Entendemos, y resulta difícil negarlo, que constituye el *punctum dolens* a trabajar de manera permanente, sobre la base del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional. Analizándolo con estas disciplinas orientadoras, el Juez ordinario tiene que manejar en perfecta sintonía los conceptos y las categorías que ofrece el Derecho Público, con especial sensibilidad aplicándolas en sus resoluciones judiciales.

De tal manera que mediante esa actividad contribuya a fortalecer el ordenamiento jurídico, siempre a tenor de la Constitución. Se afirma sin reserva, que el equilibrio, el criterio interpretativo claro, y la objetividad que apunta el operador judicial consolida, a todas luces, el Estado de Derecho, y lo más importante, ad-

---

(12) Al respecto, *cfr.* Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Editorial Porrúa-UNAM, México, D.F., 1999, pág. VII. Así también lo entienden, entre otros, Enrico Spagna Musso: *Diritto Costituzionale*, terza edizione, Cedam, Padova, 1990, cuando sostiene que la problemática jurídico-constitucional es una problemática de actualidad (págs. 28 y sgts.) y Giuseppe de Vergottini: *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, págs. 2 y sgts.



quiere un consenso generalizado y credibilidad, tanto de los órganos constitucionales como de los justiciables y agentes sociales.

Una vez anotado y reflexionado lo anterior, se añade de manera inevitable el hecho de que los centros universitarios atraviesan a nivel general una crisis alarmante de crecimiento y de labor educativa, aspectos negativos que influyen en una futura formación. En esa mira, desde luego, están los magistrados cuando egresan de las universidades con una formación deficiente, respaldada mediante fotocopias o apuntes de clase, reconociéndose que hoy en día la cultura es un lujo. Con lo cual se colige que el mercado de los jueces (entiéndase magistrados en el sentido lato) y el mercado de los abogados (en su condición de operadores prácticos) tienen el mismo origen, Y es difícil demostrar —con las excepciones de alto rango que nunca faltan— que uno sea mejor que el otro. De ahí pues, tenemos que prestar mayor atención al Derecho Público, desdoblado básicamente en dos disciplinas como son el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

Pero me urge precisar que en esa perspectiva, a las Escuelas Judiciales<sup>(13)</sup> —o como lo consagra la Constitución de 1993 en la pura dicción literal del artículo 151, a la Academia de la Magistratura— les corresponden tener como propósito la formación de aspirantes a la judicatura, capaces de desempeñar sus funciones en nuestra realidad nacional, con independencia, solvencia profesional y calidad moral, así como fortalecer los principios y valores que sustentan la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Ministerio Público, respectivamente, dentro del Estado de Derecho.

¿Cómo? A través de la enseñanza de cursos y/o asignaturas que cumplan a cabalidad tres objetivos bien definidos: *a)* Que los aspirantes reconozcan los procedimientos y prácticas existentes en el ejercicio de la función fiscal y jurisdiccional para identificar sus distorsiones, debilidades y fortalezas. *b)* Promover la iniciativa, el uso del criterio y la creatividad en el ejercicio de la función jurisdiccional y fiscal para optimizar los estándares de eficiencia y eficacia. Y, *c)* Promover un nivel de razonabilidad normativa y sociológica, adecuada para evaluar y resolver los conflictos de intereses y las incertidumbres jurídicas que surgen en la dinámica interacción entre actos y relaciones humanas<sup>(14)</sup>.

---

(13) En esta esfera téngase presente las serias reflexiones de Néstor Pedro Sagüés en su espléndido libro *Las Escuelas Judiciales*, UNAM, México, D.F., 1998, en especial lo concerniente al reclutamiento de los magistrados y a la constitucionalización de las Escuelas Judiciales. Antecede Presentación tanto de José Luis Soberanes Fernández como de Héctor Fix Fierro.

(14) Así lo dispone, al pie de la letra, el «Reglamento del Concurso Público de Méritos para la Admisión al Cuarto Curso del Programa de Formación de Aspirantes a la Academia de la Magistratura», correspondiente al año 2000.



Y en lo que respecta a la magistratura constitucional, diremos que su problemática se conecta ante el momento constitucional que se vive, una especie de proceso de institucionalización del cambio político, constituyendo el rol del Tribunal Constitucional (en calidad de Alto Tribunal e intérprete supremo de la Constitución) y su ubicación, un tema de análisis y discusión, dejando de lado las ideologías partidistas. Sobre la base de estas premisas, es correcto que el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de arrojar conclusiones de mayor alcance, siente el principio basilar de la construcción jurisprudencial *ad casum*, ya que los jueces o magistrados que lo integran son actores de primera línea y ejes fundamentales sobre los que gravita la interpretación constitucional, atributo y lujo que causaría envidia a cualquier órgano constitucional.

Es menester no olvidar, por ejemplo, que los poderes del Juez se reflejan inevitablemente en la siguiente gama de temas:

- a) El proceso, cuyo objetivo principal y compartido por doquier es dirimir controversias de modo pacífico, pero que también se puede convertir en un instrumento para afirmar o reforzar valores y principios de más amplio alcance, que en ocasiones pueden superar los intereses concretos discutidos en el juicio. Y,
- b) El control de constitucionalidad de las leyes que se ejerce a través del control difuso y del control concentrado, y existente en la mayor parte de las democracias contemporáneas, ejerciéndose mediante estructuras jurisdiccionales.

Todo ello conduce a la creatividad, independencia y responsabilidad democrática de la judicatura, con singular desvelo, incluyendo además la judicialización de la política<sup>(15)</sup>. Pero es más, lo que interesa poner de relieve es que, el Tribunal Constitucional vela por la pureza de la Constitución, resolviendo espinosas cuestiones de Derecho Público. Así, con tenor bíblico, G. Treves ha escrito que la Constitución es como un mapa geográfico sobre el cual se trazan los elementos esenciales del territorio, y al Tribunal Constitucional corresponde fijar los detalles topográficos. Y, al proceder así, es que tiene *auctoritas*.

Ahora más que nunca es bueno reflexionar sobre los presupuestos teóricos de la Jurisdicción Constitucional, los cuales serán de utilidad para luego establecer el desarrollo que el Derecho Positivo, a través de una política legislativa sensata, debe hacer en esta materia poco trajinada y falto todavía de estudios sistemáticos.

---

(15) Vid. Carlos Guarnieri y Patrizia Pederzoli: *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, traducción del italiano de Miguel Angel Ruiz de Azua, Ediciones Taurus, S.A., Madrid, 1999, págs. 104 125. De igual forma, vid. AA.VV.: *El Juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Escuela Judicial, Madrid, 2001, *in totum*.

Con tales planteos teóricos, que convergen en un propósito académico, es correcto aceptar que los estudios sobre la materia deben ser bienvenidos y divulgados, y en tal sentido, no habiendo ciencia infusa<sup>(16)</sup>, resulta bueno estudiar y difundir la problemática. Y el librito de García Belaunde, copiosamente aumentado, persigue tales propósitos, dentro de un clima de convivencia democrática, ya que contribuye decididamente a que aprendamos a manejar e interpretar, en punto de perfección, los conceptos y las categorías del Derecho Procesal Constitucional. Se trata, sin duda, de consolidar el bloque de valores, principios, derechos y deberes constitucionales, en tanto que tal constituyen el entramado y parte dogmática de la Constitución y, por ende, su núcleo teórico<sup>(17)</sup>.

#### VII. LAS ÚLTIMAS REFLEXIONES DE GARCÍA BELAUNDE SOBRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Débase a ello pues que nuestro autor, como hombre de buena pluma y gran estilo, no deja de investigar, labor que cultiva con disciplina militar. Así lo demuestra su bien informado estudio, y publicado prolijamente como libro, ante mi amistosa insistencia, rotulado *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, con valiosos apéndices documentales. Por su riqueza y meditación singular importa consagrarle alguna atención, siquiera sea someramente, en especial a las conclusiones que arriba, y de las cuales somos tributarios. A su juicio, el itinerario del modelo concentrado en América Latina, podría esquematizarse de la siguiente manera:

- a) Antecedentes en la experiencia colombiana y venezolana (siglo XIX).
- b) Perfiles bastantes definidos en el caso cubano, plasmado en 1940 (creación de la modalidad de la Sala Constitucional, que otros países han seguido).
- c) Primer caso de modelo europeo de Tribunal Constitucional, en Guatemala y en 1965. Y,

---

(16) A propósito, Domingo García Belaunde escribe así: «... en nuestro medio, y en general en vastos sectores de la América Latina, el Derecho Constitucional se da por sabido, generalmente por ósmosis o por ciencia infusa, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre la materia». *Cfr. Cómo estudiar Derecho Constitucional*, 3ª. edición revisada y corregida, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2000. Antecede notas introductorias y «Bibliografía de Domingo García Belaunde», a cargo de José F. Palomino Manchego.

(17) Para una visión global, *vid.* José F. Palomino Manchego-José Carlos Remotti Carbonell (Coordinadores): *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002.

- d) Primer caso de modelo europeo *stricto sensu*, en la Constitución peruana de 1979 (y que continúa la vigente Constitución de 1993).

De ahí que la obra en su conjunto, que ahora se publica, constituye en su médula, una base de partida, y un verdadero esfuerzo científico, con cargo a que el autor sigue replanteando sus ideas sobre el Derecho Procesal Constitucional, que está todavía por hacer, y de los diferentes tramos que de ahí brotan. La malla de defensa de la Constitución ahí empieza a tejerse. Volviendo al punto de partida, diremos que García Belaunde ha labrado e interpretado el Derecho Procesal Constitucional –fruto de muchos años de lecturas–, agregando en el presente librito valiosos datos y fuentes bibliográficas selectas, constituyéndose así en una herramienta de trabajo pedagógico que reviste una utilidad práctica difícil de ignorar, especialmente, ahora más que nunca, por los operadores jurídicos, ora el operador intérprete: el Juez.

México, D.F., febrero de 2000.

Lima, 13 de julio de 2002.

## ***H)* ENTREVISTAS**

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

**EL NUEVO CÓDIGO  
PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO:  
ALCANCES, REFLEXIONES Y PERSPECTIVAS <sup>(\*)</sup>  
(ENTREVISTA A DOMINGO GARCÍA BELAUNDE)**

*La promulgación del Código Procesal Constitucional peruano a fines del año pasado es, indudablemente, un hecho trascendental para el sistema jurídico nacional. El doctor Domingo García Belaunde, destacado especialista en la materia e impulsor del nuevo instrumento, nos alcanza a continuación sus valiosos comentarios respecto de este Código, pionero a nivel latinoamericano.*

**1. Promulgado finalmente el Código Procesal Constitucional, ¿considera que están sentadas las bases para que el Derecho Procesal Constitucional alcance una plena autonomía en nuestro país?**

Es difícil poder afirmar tal cosa. El llamado «Derecho Procesal Constitucional» ha sido aquí y en otros países, una creación de profesores. El Código, o mejor dicho, su promulgación y puesta en vigencia, condensan ese ideal y apuntan hacia una meta. Pero estamos sólo en el comienzo.

**2. Usted ha desempeñado un rol activo y decisivo en la difusión de esta disciplina en diversos países latinoamericanos. A grandes rasgos, ¿cómo observa el caso peruano con relación a los otros países de la región, respecto a la efectiva protección de los derechos fundamentales?**

Me parece que hemos tenido épocas de un garantismo excesivo; fruto, sin lugar a dudas, de los diversos regímenes que se han dado, en gran parte autorita-

---

(\*) La presente entrevista fue elaborada por Mauricio Balbi Bustamante, alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y miembro de la Comisión de Edición de *ADVOCATUS*. Agradecemos a Eloy Espinosa-Saldaña Barrera por su valiosa colaboración en la realización de la presente entrevista. Publicado en *ADVOCATUS*, N° 11, Lima, 2004-II, págs. 9-10.

rios. Esto se ve, por ejemplo, en determinada jurisprudencia en sede judicial y también en la del Tribunal Constitucional. Pero eso no significa que estemos en la cresta de la ola. Lo que se defiende bien son los derechos constitucionales en núcleos urbanos o cercanos a ellos; no así en el resto del país. Con todo, haciendo un esfuerzo en comparación con el resto de América Latina, diría que estamos en un término medio, equidistante entre Venezuela o Ecuador por un lado, y México y Argentina, que en esto son modélicos.

- 3. Han transcurrido casi nueve años desde que un grupo de prestigiosos profesores de Derecho, entre los que se encontraba usted, decidiera espontáneamente elaborar un anteproyecto de Código Procesal Constitucional, que abordara de manera integral y sistemática el conjunto de procesos constitucionales previstos en nuestro ordenamiento. A su juicio, ¿cuáles son los aportes más significativos de este Código en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales y el aseguramiento de la supremacía de la Constitución?**

Nuestro Código es continuidad y ruptura. Esto es importante recalcarlo. Hemos continuado lo existente, mejorándolo con los afinamientos que la práctica recomendaba. Quizá lo más importante es haber introducido principios generales; haber conducido las llamadas anteriormente acciones de garantías a la Teoría del Proceso, pero no del Proceso Civil, sino del Proceso Constitucional, que es distinto; haber precisado algunas figuras, como la del Hábeas Data; y sobre todo, haber remodelado el Amparo, para convertirlo en algo distinto a lo que fue, y ser, en lo fundamental, un proceso residual.

Que todo esto se cumpla, es tarea de los jueces, de los cuales, lamentablemente, no hay que esperar demasiado.

- 4. La proliferación de Amparos durante las últimas dos décadas, ha sido uno de los aspectos que ha reflejado en mayor medida la crisis de la administración de justicia, convirtiéndose en un serio problema por las distorsiones generadas en su incorrecta y abusiva aplicación. ¿En su opinión, las causales de improcedencia reguladas en el Código permitirán controlar y, por lo tanto, reducir los excesos cometidos?**

Yo creo que sí, pues a eso apunta la nueva remodelación del Amparo. Pero aquí hay que contar con la colaboración de jueces y abogados. Tan buenos pueden ser ambos, como igualmente corruptos o ineficientes. Y no sólo eso: no todo es corrupción. Hay otro problema grave a nivel judicial: la ausencia de una cultura del trabajo y sobre todo, la poca formación que demuestran sus cuadros. La inep-

titud campea en el área judicial. No en todos, por cierto, pero esa es la tónica que predomina.

- 5. El tema de la procedencia de Hábeas Corpus y Amparo contra resoluciones judiciales, ha sido desde siempre materia de discusiones y polémicas. En su opinión, ¿cómo podrían conciliarse las divergentes posiciones existentes entre la jurisprudencia y la normatividad respecto a la oportunidad del empleo de los procesos constitucionales frente a resoluciones judiciales?**

El Código apunta cuáles son los casos específicos, y a ellos me remito. Que se usen bien, es otro problema, y eso lo veremos recién en la práctica. Pero lo que sí hemos establecido claramente, es que *los Amparos son improcedentes contra los demás procesos constitucionales*, con lo cual queremos evitar el «Amparo contra el Amparo».

- 6. Desde su incorporación en el texto constitucional de 1993, el Hábeas Data ha sido objeto de severas críticas, a tal punto que muchos autores han cuestionado su inclusión como proceso constitucional autónomo. Frente a ello, ¿considera que el Código contribuye de algún modo a brindarle una mayor eficacia a este instituto?**

Nuestro objetivo, desde un principio, fue regular lo existente a nivel constitucional, y no pretender modificarlo. Eso explica su aceptación por todos los sectores en el Parlamento y su rápida aprobación en el Pleno. Si hubiéramos hecho un texto más doctrinario, más en la línea de las reformas, no tendríamos Código, sino un proyecto de buenas intenciones.

El Hábeas Data puede ser innecesario, pero ha ido calando en el resto de América Latina y en nuestra propia población, más aún, cuando hemos vivido, y en parte vivimos, en la cultura del secreto.

- 7. Habiendo transcurrido el periodo de *vacatio legis* previsto para la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, ¿considera que ha permitido durante este lapso preparar y capacitar adecuadamente a los jueces para que hagan efectivos los aportes contenidos en el Código y se fortalezca el nivel de protección de los derechos recogidos en nuestra Constitución Política?**

Se suponía que la *vacatio legis* prevista en el Proyecto serviría para eso. Pero, lamentablemente, no ha servido para nada. Como es usual en este país, todo



se deja para la última hora, y una semana antes se han puesto a la tarea de estudiar el Código un poco como aprendiendo sobre la marcha. Es natural y así lo hacen siempre. Pero también es verdad que nadie ha tenido interés en capacitar a los jueces, y menos aún el poder político les ha dado financiamiento suficiente para ello. Si la justicia sigue como sigue, es culpa tanto del propio aparato judicial, como del poder político, que no se interesa por este tema. O, en todo caso, vive con otras prioridades.

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

- 1) **En los últimos tiempos se ha venido sosteniendo que el principal mérito del Código Procesal Constitucional, es haber compendiado en forma sistemática y ordenada los procesos que anteriormente se encontraban regulados en forma dispersa. ¿Considera que es el principal aporte que nos ofrece dicha herramienta normativa?**

En parte sí, pero no es sólo eso. Aparte del ordenamiento, se ha procedido a sentar principios generales, introducir matices diversos, darle una configuración procesal más moderna y de manera especial cambiar la configuración del Amparo, que ahora pasa a ser un *proceso residual* y no a libre disposición del afectado en sus derechos. Este cambio obedece a diversas motivaciones, que están explicadas en el estudio preliminar que antecede a la edición que hemos hecho del Código los autores del Anteproyecto.

- 2) **¿Cómo es que se gestó la idea de elaborar un Código Procesal Constitucional, con esa específica nomenclatura, cuando la Constitución sólo se limita a propugnar la existencia de una simple Ley Orgánica reguladora de los procesos constitucionales?**

La idea de hacer una normativa general, moderna y unitaria partió de la iniciativa de Juan Monroy Gálvez, quien me la comunicó en enero de 1994, y juntos luego convocamos a los que serían los integrantes de esa Comisión *ad hoc*. En efecto, tuvimos presente que la Constitución habla de ley orgánica, y por eso nuestras vacilaciones iniciales, pero luego pensamos que la ley orgánica era la vestimenta, por así decirlo, pero el contenido podía tener nombre distinto, y por eso lo llamamos Código. Es el caso, por ejemplo, de muchas entidades culturales en el Perú, que se llaman sociedades, pero que están organizadas, como no podía ser de otra manera, como asociaciones civiles sin fines de lucro...

**3) ¿Cuáles fueron los criterios que impulsaron a los redactores del Anteproyecto del Código Procesal Constitucional a incorporar un Título Preliminar en su contenido y a consignar una serie de principios específicamente aplicables en el ámbito de la Justicia Constitucional?**

Precisamente para buscar líneas tendenciales y principios orientadores que tendiesen un hilo conductor a los diversos procesos constitucionales, que si bien son procesales y se parecen a los demás procesos, tienen la peculiaridad de que desarrollan institutos constitucionales, tan poco conocidos y peor comprendidos en nuestro medio. Hubo, pues, adicionalmente, una labor pedagógica que la decidimos a mitad de camino...

**4) ¿El Código establece diferencias entre los procesos constitucionales de la libertad y los llamados procesos constitucionales orgánicos?**

Esa clasificación que viene de Mauro Cappelletti y que desarrolla con maestría Héctor Fix-Zamudio, no la tuvimos en cuenta. Nos parecen valiosas y han tenido un rol protagónico de primer orden, pero hoy las consideramos superadas. Más bien hemos pensado en procesos que defienden derechos fundamentales y procesos que defienden la estructura y jerarquía normativas, que es lo que en realidad se trata...

**5) Dentro de las novedades que nos proporciona el Código Procesal Constitucional, se encuentra el régimen de ejecución anticipada de sentencia. ¿Podría ofrecernos una breve explicación de lo que se ha buscado con dicha institución y si la misma tiene antecedentes en el Derecho Comparado?**

Esto en realidad no se ha incorporado... se discutió mucho (en materia de Amparo) y al final no hubo acuerdo entre los miembros de la Comisión, y preferimos dejarla tal cual, pues el Código representa un gran consenso en los grandes temas, no necesariamente en los detalles. Lo que pasa es que en el estudio preliminar al Código publicado por nosotros, se deslizó esa referencia que por la premura del editor no fue revisada. En la segunda edición en prensa la hemos eliminado. Repito que es un punto de vista respetable, pero no contó con el consenso de todos nosotros, y por tanto no está incorporada en la norma, y tampoco pensó en ella el legislador al discutirla y aprobarla en el Pleno...

**6) El Código incorpora la noción «tutela procesal efectiva» como un derecho cuya vulneración justifica la posibilidad de cuestionar decisiones judiciales (firmes). ¿Podría precisarnos en qué se distinguiría dicho con-**

**cepto de las nociones «debido proceso» y «tutela judicial efectiva» a las que se refiere la Constitución de 1993?**

El nombre «debido proceso» es en realidad un concepto muy extendido, de rancio abolengo, pero con poca consistencia teórica. Por otro lado, la Constitución habla de tutela judicial efectiva, lo que nos limita, pues el Tribunal Constitucional no es judicial, sino ente autónomo. Por eso, en este Código y para los solos efectos del Código, hemos preferido usar la fórmula «tutela procesal efectiva» que a nuestro criterio cubre todo lo anterior, incluso los procesos administrativos y similares...

- 7) **¿Se puede decir que el Código elimina definitivamente la posibilidad de interponer un Amparo constitucional contra otro Amparo constitucional? En todo caso, ¿cómo podría proceder un justiciable cuyos derechos procesales de rango constitucional (tutela procesal efectiva) son vulnerados en forma manifiesta y abusiva por una autoridad judicial?**

La justicia perfecta no existe en este mundo, quizá en el otro... Hay que tener presente que vivimos y sufrimos la justicia de los hombres... pensar en un *Amparo contra un Amparo* es abrir la compuerta a las infinitas instancias, y por eso hemos pensado que no debe existir. Si antes se dio, no creo que ahora lo deba ser, ya que por un lado nuestro Código es garantista y por otro, el Poder Judicial, pese a sus carencias, debe asumir este reto ahora que vivimos en democracia... Lo que falta, más bien, es una suerte de casación de las sentencias estimatorias ante el Tribunal Constitucional, cuando se violen principios fundamentales sobre los que exista *jurisprudencia vinculante*. Pero eso exigiría una reforma constitucional, que aun cuando señalada por los miembros de la Comisión *ad-hoc*, estaba fuera de nuestro alcance. El Anteproyecto se limitó a tomar en cuenta la dogmática constitucional, y eso explica que tan fácilmente fuese aprobado en sede legislativa. Pero en nuestra exposición de motivos señalamos que, al lado de la dogmática constitucional vigente, habían otras cosas que cambiar, entre las cuales estaba esa tesis, que lamentablemente no tiene visos de ser debatida ni modificada.

- 8) **Si bien el Código Procesal Constitucional ha contemplado la posibilidad de ejercer el control difuso en los procesos constitucionales de la libertad, ¿por qué no ha precisado si es procedente dicha opción en los procesos constitucionales orgánicos (por ejemplo, en un proceso de inconstitucionalidad de las leyes) si dicha situación originó serias controversias en el pasado?**

El control *difuso* es en realidad para casos concretos y nada más... esto obedece a la mejor tradición norteamericana, que es la que alimenta toda la tradición

latinoamericana... hacerlo en una Acción o Proceso de Inconstitucionalidad, que es *abstracto*, es algo que no tiene sentido... si en el pasado se hizo, aún cuando explicable por el ambiente autoritario en que se vivió, no debe justificarse en el plano teórico... ni menos hacerlo permisible en un Código como el vigente.

**9) ¿Considera que el Código apunta hacia una magistratura constitucional especializada? En todo caso ¿cómo inculcarles a los operadores del Derecho un raciocinio diferente al tradicionalmente utilizado para los procesos ordinarios?**

Apuntamos a eso, sin lugar a dudas. Pero no hemos encontrado eco en el Poder Judicial, que más interesado está en los problemas penales o comerciales que en los constitucionales... además se tropieza con distintas realidades en los diferentes distritos judiciales del país... la situación en Lima es diferente a la de Huancavelica, sin lugar a dudas. Pero sin llegar a esto, en donde la situación no lo permita, una formación académica seria en materia constitucional y procesal constitucional, es algo que debe hacerse. Pero una formación de a verdad, no la que otorga la Academia de la Magistratura, a jueces cansados y sin estímulo alguno...

**10) ¿Considera que las modificaciones introducidas por el Congreso al texto original del Anteproyecto de Código Procesal Constitucional, fueron para mejorar su contenido?**

No creo que fueron para bien; aun más, no nos gustan... pero a decir verdad, respetaron lo esencial del texto, que es lo importante... el resto, en sustancia, no altera su estructura básica...

Lima, junio de 2005.

# BIO-BIBLIOGRAFÍA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (\*)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

## I. INDICACIÓN PRELIMINAR

La presente bio-bibliografía, debidamente ordenada, aumentada y revisada, se basa en dos trabajos que se publicaron tanto en el colectivo *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde* (Germán J. Bidart Campos-José F. Palomino Manchego, Coordinadores), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 1997, págs. 17-33 como en el librito de Domingo García Belaunde: *Cómo estudiar Derecho Constitucional*, 3ª. edición revisada y corregida, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2000, págs. 37-54.

El orden metodológico aquí empleado es el que mejor conviene para entender en su médula el *pathos* y el *ethos* de Domingo García Belaunde. Dotado de una tersa personalidad y animado a escribir en revistas especializadas desde 1964, y luego publicando libros desde 1970, García Belaunde ha ido con el transcurso del tiempo cimentando un rico causal bibliográfico de manera ininterrumpida.

Resulta preciso conocer, en primer término, los datos biográficos de cualquier autor identificado plenamente con el Mundo Jurídico, ora García Belaunde, donde se precise y detalle su hoja de vida complementada con el desenvolvimiento del quehacer científico. Y finalmente, detallar la producción bibliográfica realizada tanto de libros y folletos como de artículos en revistas especializadas. Tal metodología, y previas coordinaciones y aceptación por parte de nuestro homenajeado, resulta la más adecuada para poder ubicar en toda su médula al autor.

---

(\*) Deseo expresar mi sincero agradecimiento a Víctor Andrés García Belaunde y a Domingo, Diego y Daniela García-Belaunde Saldías por sus valiosas observaciones, comentarios y datos que me han proporcionado.

## II. DATOS BIOGRÁFICOS Y ACTIVIDAD ACADÉMICA

- Nombre : Domingo García Belaunde.
- Fecha de nacimiento : Lima, 13 de julio de 1944.
- Estudios primarios y secundarios : Colegio La Inmaculada (padres jesuitas).
- Estudios universitarios : • Facultad de Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú (de ahora en adelante, Universidad Católica) (1961-62).
- Doctoral de Filosofía de la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1963) y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (de ahora en adelante, Universidad de San Marcos) (1964-65).
- Facultad de Derecho de la Universidad Católica (1963-67).
- Sección Doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1968).
- Investigaciones en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin (Madison, U.S.A.) dentro de un Programa cooperativo entre dicha Universidad y la Universidad Católica (1969).
- Títulos o grados : • Bachiller en Humanidades (Universidad Católica, 1973).
- Bachiller en Derecho (Universidad Católica, 1966).
- Abogado (Universidad Católica, 1968).
- Doctor en Derecho (Universidad de San Marcos, 1974).
- Actividades académicas : • Instructor del curso de “Historia de la Cultura” en la Facultad de Letras de la Universidad Católica (1963-67).
- Profesor de “Introducción al Derecho” en la Facultad de Humanidades de la Universidad Católica (1970).
- Profesor Principal del área de “Derecho Constitucional” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (1968- ...).

- Profesor del curso electivo “Derecho Constitucional Especial” de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica (1970-76).
  - Profesor contratado de “Derecho Civil” de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1973-75).
  - Profesor contratado de “Derecho Constitucional” de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (1974-81).
  - Profesor Principal de “Derecho Constitucional” y “Filosofía del Derecho” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1984-2000).
- Instituciones :
- Miembro del Colegio de Abogados de Lima.
  - Miembro del Colegio de Abogados del Callao.
  - Miembro Honorario del Colegio de Abogados de La Libertad.
  - Miembro de la Sociedad Peruana de Filosofía.
  - Miembro del Comité Peruano de la Academia Internacional de Derecho Comparado (con sede en La Haya).
  - Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Buenos Aires, 1974).
  - Vocal del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (1975-2003); Vicepresidente (2003) y Secretario General Ejecutivo (desde 2003).
  - Miembro correspondiente de la Asociación Latinoamericana de Informática Jurídica y Derecho Cibernético (con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela).
  - Miembro del Comité Consultivo Internacional de Derecho Constitucional de la Asociación Latinoamericana de Informática Jurídica y Derecho Cibernético (Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela).



- Miembro correspondiente de la Asociación de Estudios Sociales Latinoamericanos (ASSLA) con sede en Roma (Italia).
- Miembro fundador del Grupo de Investigaciones de Derecho Constitucional del “Centro de Azione Latina” (con sede en Roma).
- Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina).
- Miembro de honor del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Rosario (Argentina).
- Miembro fundador del World Association of Law Professors (Washington).
- Profesor Distinguido de la Universidad Externado de Colombia.
- Profesor Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Parlamentario (Senado de la Nación Argentina).
- Miembro Titular correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Profesor Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa.
- Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.
- Miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- Profesor Emérito de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, Juliaca.
- Profesor Honorario de la Universidad Nacional del Altiplano, Puno.
- Profesor Emérito de la Universidad José Antonio Encinas, Puno.

- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ucayali.
- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Junín.
- Miembro Honorario del Centro de Estudios Justicia y Sociedad (CEJUS) Ica.
- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ica.
- Profesor Honorario de la Universidad Libre de Colombia, Seccional Barranquilla.
- Miembro Asociado de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.
- Profesor Honorario de la Universidad Nacional de Trujillo.
- Profesor Honorario de la Universidad César Vallejo, Trujillo.
- Profesor Honorario de la Universidad San Luis Gonzaga, Ica.
- Profesor Honorario de la Universidad Peruana Los Andes, Huancayo.
- Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
- Socio correspondiente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Constitucional Económico (Fortaleza, Brasil).
- Profesor Honorario de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel, Cajamarca.
- Miembro corresponsal de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo.
- Doctor *Honoris Causa* de la Universidad Privada San Pedro, Chimbote.
- Profesor Honorario de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.

- Profesor Honorario de la Universidad de Huánuco.
- Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Arequipa.
- Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.
- Miembro Honorario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.
- Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Principales congresos y eventos

- Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, agosto de 1975).
- Primero Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, abril de 1976).
- Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional (Bogotá, noviembre de 1977).
- Segundo Congreso Mexicano de Derecho Constitucional (México, julio de 1978).
- Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, julio de 1980).
- Coloquio Italo-Latinoamericano de Derecho Constitucional (Roma-Peruggia, mayo de 1980).
- Décimo Congreso Inter-Americano de Filosofía (Florida State University, octubre de 1981).
- Primera Reunión Regional de Expertos: Los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, agosto de 1982).
- VIII Conferencia de Escuelas y Facultades de Derecho (Ponente Principal). Universidad Central del Este; San Pedro de Macorís (República Dominicana, 10-15 de octubre de 1982).
- Quinta Jornada de Derecho Constitucional y Político; Universidad Nacional de La Plata, Argentina (abril de 1983).

- Segunda Reunión Regional de Expertos: Los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, agosto de 1983).
- Jornadas de Derecho Constitucional (Universidad de Lima, 11 a 15 de mayo de 1985).
- Primer Congreso Nacional de Filosofía (Lima, agosto de 1984).
- Seminario sobre Derecho y procesos electorales (San José, Costa Rica, 8-9 de agosto de 1985).
- III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México, 4-8 de noviembre de 1985).
- Primer Simposio Internacional de Derecho Constitucional Autonómico (Valencia, España, noviembre de 1985).
- Forum sobre el “Tribunal de Garantías Constitucionales” (Comisión Andina de Juristas y Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, 4-8 de agosto de 1986).
- Coloquio Iberoamericano de Derecho Electoral (Universidad Nacional Autónoma de México - CAPEL, México, 18-22 de agosto de 1986).
- Simposio sobre “Modernas tendencias del Derecho Constitucional” (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2-6 de noviembre de 1986).
- Seminario Internacional “La libertad económica y la Constitución” (Universidad Central de Venezuela, Caracas, 23-26 de marzo de 1987).
- Coloquio sobre legislación electoral comparada (CAPEL-Universidad de Montevideo, Montevideo, 23-24 de abril de 1987).
- Primer Encuentro Iberoamericano de Juristas (Cuenca, España, 8-10 de octubre de 1987).
- Seminario Latinoamericano sobre Justicia Constitucional (Universidad Central, Santiago de Chile, octubre de 1987).

- Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad de Lima, Lima, noviembre de 1987).
- Congreso Internacional sobre “La Reforma de la Constitución” (Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires, 9-13 de mayo de 1988).
- Tercer Congreso Brasileño de Filosofía Jurídica y Social (João Pessoa, Paraíba, julio de 1988).
- IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Madrid, 27-30 de setiembre de 1988).
- Seminario Internacional “Transición a regímenes democráticos en América Latina”, (I.I.D.H.-CAPEL-Fundación Civitas, Santiago de Chile, 14-16 de diciembre de 1988).
- Seminario sobre “Una América Latina integrada” (Centro de Formación Arístides Calvani-Universidad Simón Bolívar, Caracas, 19-20 de mayo de 1989).
- Misión de observación a las elecciones del Brasil (CAPEL-Instituto Interamericano de Derechos Humanos: Brasilia, Porto Alegre, Río, 11-17 de noviembre de 1989).
- Segundo Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad Católica, Lima, 19-21 de junio de 1990).
- Cuarto Congreso Brasileño de Filosofía del Derecho (João Pessoa, Paraíba, 9-15 de diciembre de 1990).
- II Jornada de Derecho Procesal Constitucional (Universidad Central, Santiago de Chile, 24-26 de abril de 1991).
- Simposio sobre “Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Iberoamérica” (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 8-10 de julio de 1991).
- Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad de San Agustín, Arequipa, 26-30 de agosto de 1991).

- Simposio Internacional “Constitución: análisis y perspectivas” (Asunción, 21-23 de agosto de 1991).
- Seminario Internacional “Constitución de 1991: visión latinoamericana”, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Universidad de Medellín (Bogotá y Medellín, 25-29 de mayo de 1992).
- Curso “Los derechos humanos en Iberoamérica”. Cursos de Verano, Universidad Complutense (El Escorial, España, 20-24 de julio de 1992).
- Simposio Internacional sobre “Derecho del Estado” (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 4-7 de mayo de 1993).
- “Seminario sobre procesos electorales” (Instituto de Derecho Electoral-CAPEL, México, 23-24 de septiembre de 1993).
- Cuarto Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad San Luis Gonzaga de Ica-CEJUS; Ica, 18-20 de noviembre de 1993).
- Seminario “Estados de excepción constitucional”, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación-Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanidades de la Universidad Andrés Bello (Santiago de Chile, 10-12 de enero de 1994).
- Simposium Internacional “Jorge Carpizo” (UNAM, México, 4-7 de abril de 1994).
- Simposio sobre Justicia Constitucional (Corte Suprema de Justicia, San José, 10-13 de mayo de 1994).
- Encuentros sobre Derecho Iberoamericano (Fundación BBV, Toledo, 11-13 de diciembre de 1994).
- Tercera reunión de la Comisión Interparlamentaria Latinoamericana de Derechos Humanos (CILDH), Asamblea Legislativa de Costa Rica, San José, 24-26 de marzo de 1995).
- Congreso Internacional de Derecho Constitucional. “Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual”. Área de Derecho Constitucional, Universidad de Alicante (Alicante, 2-5 de mayo de 1995).

- V Congresso Brasileiro de Filosofia, São Paulo (3-8 de setiembre de 1995).
- XII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional (Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Mendoza, 28-30 de setiembre de 1995).
- Seminario Internacional sobre la “Reforma del Estado” (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 29 de enero-2 de febrero de 1996).
- Seminario Internacional “Justicia y Sociedad en México”, Cámara de Senadores e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México, 8-11 de julio de 1996).
- Seminario taller “Salas y Cortes Constitucionales” (Corte Constitucional, Bogotá, 14-15 de agosto de 1996).
- Quinto Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad Católica, Lima 4-6 de noviembre de 1996).
- Seminario Iberoamericano sobre la Acción de Habeas Data (Universidad de Talca, 9-11 de abril de 1997).
- Seminario Iberoamericano sobre Acción de Habeas Corpus y Acción de Tutela, Amparo o Protección (Universidad Central de Chile, Santiago, 7-8 de abril de 1997).
- III Conferencia de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Iberoamérica, Portugal y España. Ponente (Madrid, 27-31 de octubre de 1997).
- Quinto Congreso Venezolano de Derecho Constitucional (Mérida, 27-29 de noviembre de 1997).
- VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Bogotá, 15-17 de abril de 1998).
- Seminario “Derechos Humanos y Garantías Constitucionales” (Universidad Libre de Berlín, 3-5 de junio de 1998).
- Seminario “Estado actual del Constitucionalismo Iberoamericano”, expositor (Universidad Nacional de Rosario, 14-16 de setiembre de 1998).

- Seminario “Derecho Internacional Marítimo”, Escuela de Guerra Naval, Buenos Aires (24-25 de setiembre de 1998).
- Sexto Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Huancayo, 12-14 de noviembre de 1998).
- Sesión Académica Plenaria sobre “Derecho Constitucional Comparado” (Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 29 de abril de 1999).
- VI Congreso Brasileiro de Filosofía (São Paulo, 5-10 de setiembre de 1999).
- III Convención Latinoamericana de Derecho, Universidad de Antioquia (Medellín, 13-17 de setiembre de 1999).
- Seminario Internacional sobre Justicia Constitucional, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (San José, 20-22 de octubre de 1999).
- Seminario Internacional “El constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI”, Cámara de Diputados de México y UNAM (México, 31 de enero-4 de febrero de 2000).
- Seminario “Derecho Constitucional y Cultura”, Universidad de Granada (2-3 de marzo de 2000).
- Seminario “El Derecho Administrativo ante el nuevo siglo”, Cincuentenario de la Revista de Administración Pública (Madrid, 21-22 de marzo de 2000).
- Seminario “Constitución y constitucionalismo, hoy”, Cincuentenario del “Derecho Constitucional Comparado” de Manuel García-Pelayo (Residencia de Estudiantes, CEPC, Tribunal Constitucional, Madrid, 24-26 de octubre de 2000).
- “Lo sviluppo del costituzionalismo en América Latina”, Centro di Recerca e formazione sul Diritto Costituzionale Comparato, Universidad de Siena (3 de noviembre de 2000).
- Foro Internacional “Derecho Procesal Constitucional” (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 22-24 de marzo de 2001).



- Seminario Internacional “Constitución y democracia en los umbrales del siglo XXI” (Universidad de Lima, Lima, 2-4 de mayo de 2001).
- Seminario Internacional “El Derecho Procesal en la realidad del nuevo milenio”, Facultad de Derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México (Morelia, agosto de 2001).
- Encuentro “Le influenza europea e statunitense sul costituzionalismo latinoamericano”, Center for Constitutional Studies and Democratic Development (Universidad de Bologna, 2 de octubre de 2001).
- Séptimo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (UNAM, México, 12-15 de febrero de 2002).
- Coloquio “Diálogo sobre culturas jurídicas” (en homenaje a Peter Häberle), Universidad de Bayreuth (Bayreuth, 11-12 de julio de 2002).
- Séptimo Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Universidad de Piura, Piura 8-10 de agosto de 2002).
- Segundo Seminario Internacional de Derecho Procesal, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (Michoacán, México), Morelia 10-14 de marzo de 2003.
- Primer Seminario Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Universidad Coral Ref., Cancún, 19-25 de julio de 2003).
- Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 21-22 de agosto de 2003).
- Seminario Internacional “Federalismo y Regionalismo” (Puebla, México, 12-14 de noviembre de 2003).
- Octavo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sevilla, 3-5 de diciembre de 2003).
- Sexto Congreso Mundial de Derecho Constitucional (Santiago de Chile, 12-16 de enero de 2004).

- II Posgrado intensivo de verano: Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (19-24 de febrero de 2004).
- Primer Congreso Boliviano de Derecho Constitucional; Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y Universidad Privada de Santa Cruz (Santa Cruz de la Sierra, 27-27 de marzo de 2004).
- Segundo Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano (Sala Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional e Instituto Costarricense de Derecho Constitucional) San José, 8-9 de julio de 2004.
- El Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica (curso) FUNDAP, Instituto de Administración Pública de Querétaro, Colegio de Abogados litigantes del Estado de Querétaro (Querétaro, 21 de setiembre de 2004).
- Primer Coloquio Internacional sobre Derecho Procesal Constitucional (Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 23-25 de setiembre de 2004).
- Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional “Germán J. Bidart Campos”, (Huancayo, 18-20 de noviembre de 2004).
- Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional (Iquique, 1-2 de abril de 2005).
- Diplomado de “Derecho Procesal Constitucional profundizado” (Centro de Altos Estudios, Tucumán 29-30 de abril de 2005).
- Jornadas “Cinco años de vigencia de la Constitución de Venezuela” (Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales y Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Caracas, 8-10 de junio 2005).
- Congreso Internacional “Reforma de la Constitución y control de la constitucionalidad” (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 14-18 de junio de 2005).

- Otras actividades** :
- I Encontro Internacional de Direito Público (En homenagem aos 80 años do prof. Paulo Bonavides) Natal/RN, 21-23 de julio de 2005.
  - Secretario de Redacción de la revista “Mercurio Peruano” (1966-1967).
  - Editor de la revista “Thémis” (1965-1967), publicada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica).
  - Editor de la revista “Derecho”, órgano del Programa de Derecho de la Universidad Católica (1969-1971).
  - Director de “Ius et Praxis”, órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima (1984-1991).
  - Miembro de diversas Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima (1975- ...).
  - Miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima (1977).
  - Presidente de la Comisión Redactora del Ante-proyecto de Ley de Habeas Corpus y Amparo (agosto-diciembre de 1981).
  - Miembro del Consejo Nacional de Cultura (1982-1983).
  - Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia (1985-1986; 1996-1999; 2001-2005).
  - Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores (1986-1992).
  - Fundador y director de la “Revista Peruana de Derecho Público” (2000).
  - Conferencista y profesor invitado en diversas instituciones nacionales (CAEM, Escuela de Guerra Naval, Centro de Estudios Superiores de la PIP, Academia Diplomática del Perú, Ministerio Público, Ministerio de Justicia, Universidad de Trujillo, Universidad de San Agustín, Universidad San Antonio Abad (Cuzco), Colegios de Abogados de Lima, Trujillo, Arequipa, Ucayali, etc., Corte Suprema de

Justicia, Corte Superior de Arequipa, Corte Superior de Huaraz, etc.; Universidad de San Marcos, Universidad de Lima, Universidad San Martín de Porres, etc.)

- Conferencias en universidades extranjeras (Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Católica de Rosario (Argentina), Universidad de Buenos Aires, Universidad Panamericana (México), Universidad Alcalá de Henares, Universidad Central de Caracas, Universidad Central de Chile, Colegio Mayor del Rosario (Bogotá), Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida, University of Warwick, Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Central de Barcelona, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad Carlos III, Universidad Complutense de Madrid, Universidad de Bologna, Universidad de Siena, Universidad Castilla-La Mancha (Toledo), Universidad de Sevilla, Universidad de Jaén (España), Universidad “Center Coral Reef” (Q.Roo, México), Universidad de Udine, etc.

### III. BIBLIOGRAFÍA

#### a) Libros y folletos

1. *El constitucionalismo peruano y sus problemas*, Programa Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1970, tomo I; *Suplemento* al Tomo I, Lima 1971.
2. *El Habeas Corpus interpretado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1971.
3. *La Justicia en los orígenes de la Filosofía del Derecho*, Sociedad Peruana de Filosofía, Lima 1975.
4. *El Habeas Corpus en el Perú*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1979.
5. *Constitución y Política*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1ª edición, Lima 1981; 2ª edición, revisada y ampliada, EDDILI, Lima 1991.
6. *Conocimiento y Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1982; 2ª edición, Centro de Investigaciones Judiciales “Manuel A. Olaechea”, Corte Superior de Ica, Ica 2004.

7. *Mar y Constitución*, Universidad de Lima, Lima 1984; 1ª. reimpresión, Lima 1987.
8. *Una democracia en transición (Las elecciones peruanas de 1985)*, 1ª. edición, CAPEL, San José 1986; 2ª. edición ampliada, Okura editores, Lima 1986. La primera edición ha sido reproducida en “Síntesis”, Revista documental de Ciencias Sociales, Madrid, número 3, setiembre-diciembre de 1987.
9. *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, EDDILI-Justo Valenzuela, 2 tomos, 1989-1993.
10. *El constitucionalismo peruano en la presente centuria*, Temas de Derecho Público N° 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1990.
11. *Esquema de la Constitución peruana*, Ediciones Justo Valenzuela, Lima 1992.
12. *Las Constituciones del Perú*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Lima 1993 (con la colaboración de Walter Gutiérrez C.).
13. *La Constitución traicionada* (con Pedro Planas) Seglusa Editores, Lima 1993.
14. *La Constitución peruana de 1993* (con Francisco Fernández Segado) Editorial Grijley, Lima 1994.
15. *Cómo estudiar Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídicas, Lima 1994; 2ª. edición, Editorial Grijley, Lima 1999; 3ª. edición, Editorial Grijley, Lima 2000.
16. *La Constitución en el péndulo*, Editorial UNSA, Arequipa 1996.
17. *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad César Vallejo, Trujillo 1998; 2ª. edición ampliada; Editorial Temis, Bogotá 2001.
18. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima 2000; 2ª. edición, Editorial Grijley, Lima 2000; 3ª. edición, FUNDAP, Querétaro (México) 2004; 4ª. edición, Editorial Grijley, Lima, 2004.
19. *Constitución y dominio marítimo*, Editorial Grijley, Lima 2002.
20. *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Editorial Grijley, Lima 2002.
21. *El Poder Judicial en la encrucijada*, Editorial Ara, Lima 2004.
22. *La Constitución y su dinámica*, UNAM, México 2004.

**b) Prólogos, notas y artículos en libros y revistas (\*)**

1. *Lo que la cultura debe ser “además”* en “Generación” (órgano de la Asociación Artística y Cultural Jueves), año 1, número 2, noviembre-diciembre de 1964.

---

(\*) Salvo indicación en contrario, todos los textos han sido publicados en Lima. No se incluyen artículos periodísticos, reseñas bibliográficas, entrevistas, traducciones, ediciones a su cuidado, editoriales ni notas a pie de página.

2. *Presentación* (sin nombre) en “Thémis” (editada por los alumnos de Derecho de la Universidad Católica), año 1, número 1, octubre-diciembre de 1965.
3. *Nuestro nombre* en “Thémis”, año 1, número 1, octubre-diciembre de 1965.
4. *Invitación a filosofar* (1ra. parte) en “Generación” año 1, número 3, enero-febrero 1965; la segunda parte en “Generación” año 2, número 4, julio-agosto 1966.
5. *Víctor Andrés visto por su último secretario* en “Oiga” número 205; 23 de diciembre de 1966 y en “Mercurio Peruano”, número 464, noviembre-diciembre de 1966.
6. *Breve paralelo entre el Código Penal peruano de 1863 y el de 1924* en “Thémis”, número 3, 2do. semestre de 1966.
7. *Noticia sobre los inéditos de Víctor Andrés Belaunde* en “Mercurio Peruano”, número 465, enero-febrero de 1967.
8. *El significado de “Thémis”* (sin nombre) en “Thémis”, año 3, número 5, 2do. semestre de 1967.
9. *La Justicia en el pensamiento de Aristóteles (a propósito de un ensayo de Hans Kelsen)* en “Thémis”, año 3, número 5, 2do. semestre de 1967.
10. *Consideraciones esquemáticas en torno al “espíritu de la ley”* en “Thémis”, año 4, número 6, 1er. semestre de 1968.
11. *Lo que no es la cultura* en “Generación” año 2, número 4, setiembre-octubre de 1968.
12. *Guía bibliográfica de Derecho Constitucional peruano* en “Derecho” (editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú), número 29, 1971.
13. *Perú* (con J. Avendaño) en AA.VV. “Expropriation in the Americas”, Univ. of Columbia, editor A.F. Lowenfeld, New York 1971.
14. *El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio Del Vecchio* en “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid, tomo XVI, 1971-1972 y en “Derecho” (Univ. Católica), número 30, 1972.
15. *Aspectos recientes del constitucionalismo peruano (1966-1973)*, Apéndice a “Derecho Constitucional Peruano” de José Pareja Paz-Soldán, 5ª. edición, 1973.
16. *Los orígenes del Habeas Corpus* en “Derecho” (Univ. Católica), número 31, 1973.
17. *Naturaleza jurídica del Habeas Corpus*, en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas” (editada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), número 2, 1973.

18. *Legislación peruana sobre Habeas Corpus* en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas” (Univ. de San Marcos) números 1-2-3, enero-diciembre de 1975.
19. *Prólogo* a Francisco Miró Quesada Rada “Ciencia Política, actualidad y perspectiva”, Biblioteca Peruana de Ciencia Política, 1976.
20. *Desarrollo constitucional peruano* en “Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia” (editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM), número 5, enero-abril de 1976.
21. *Gobiernos de facto* en “Boletín Informativo”, (editado por la Universidad Católica Santa María de Arequipa), número 11, 1976.
22. *Cuarenta años de constitucionalismo peruano (1936-1976)* en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas” (Univ. de San Marcos) vol. 41, números 1-2-3, enero-diciembre de 1977.
23. *Contribuciones de Racso al Derecho* en “Revista del Foro”, número 2, abril-junio de 1977. Corregido y con nuevo apéndice: *Racso y el Derecho*, en AA.VV. “Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet”, Cultural Cuzco editores, 1988 y en “Abogados” número 2, 1999.
24. *Preparación, selección y nombramiento de jueces en el Perú*, Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Gante, Bélgica, agosto-setiembre de 1977; resumida en la ponencia general presentada por el prof. Héctor Fix-Zamudio, en “Towards a justice with a human face”, Ghent 1977.
25. *Comentario al proyecto de Código de Procedimientos Penales en lo referente al Habeas Corpus* (con Alberto Borea) en “Revista del Foro”, número 1, enero-marzo de 1977.
26. *La jurisdicción constitucional en el Perú*, en “Revista de la Universidad Católica” (nueva serie) número 3, mayo de 1978 y en AA.VV. “La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1984.
27. *Derecho Constitucional y Ciencia Política (a propósito de la relación entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político)* en “Derecho” (Univ. Católica), número 33, 1978 (una primera versión se publicó en “Historia, problema y promesa”, Homenaje a Jorge Basadre, editado en 2 tomos por la Universidad Católica, 1978).
28. *La Constituyente ¿para qué?* (con Luis H. Pásara, Alfredo Quispe Correa, Marcial Rubio, Baltazar Caravedo, Carlos Urrutia), Retama Editorial, 1978.

29. *Bibliografía de Raúl Ferrero Rebagliati* en “Economía y Finanzas”, (editada por la Academia Nacional de Ciencias Económicas), número 13, abril de 1978; ampliado y corregido en “Libro de Homenaje a Raúl Ferrero R.”, 1984.
30. *El Poder Judicial en el proyecto constitucional* en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, número 423, abril de 1979.
31. *El Derecho Romano en el Perú*, en “Index” (International Survey of Roman Law) número 6, 1976, Roma y con adiciones en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, número 424, mayo de 1979.
32. *Normas económico-financieras en la nueva Constitución* (mesa redonda), en “Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica Bancaria”, número 3, julio de 1979.
33. *Control constitucional* en “Revista del Foro”, números 2-3-4, abril-diciembre de 1979.
34. *Perú: 25 años de evolución político-constitucional (1950-1975)* en AA.VV. “Evolución de la organización político-constitucional en América Latina”, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, tomo II.
35. *Una visita a Biscaretti di Ruffia*, en “Revista de la Universidad Católica”, número 6, diciembre de 1979.
36. *El mar en el debate constitucional* en “Revista de la Academia Diplomática del Perú”, números 19-20, enero-diciembre 1978-1979; en “Revista de Marina”, año 66, números 1-2, vol. 365, julio-octubre 1980 y en “Panorama sobre el nuevo Derecho del Mar”, Marina de Guerra del Perú, 1981 (1ª. edición) 1987 (2ª. edición).
37. *La persona en el Derecho Constitucional latinoamericano*, en “Derecho” (Univ. Católica), número 34, abril de 1980.
38. *El Habeas Corpus en la nueva Constitución*, en “Revista Jurídica del Perú”, número III, julio-setiembre de 1980.
39. *Amparo mexicano y Habeas Corpus peruano*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, México, número 39, setiembre-diciembre de 1980.
40. *La evolución legislativa del Habeas Corpus en el Perú (1897-1979)* en AA.VV. “La nueva Constitución y el Derecho Penal”, Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1980.
41. *El dominio marítimo en la nueva Constitución peruana*, en “Revista de Derecho y Ciencias Políticas” (San Marcos) vol. 44, números 1-3, enero-diciembre de 1980 y en “Panorama sobre el nuevo Derecho del Mar”, Marina de Guerra del Perú, 1981 (1ª. edición) y 1987 (2ª. edición).



42. *La nueva Constitución peruana* en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, México, número 40, enero-abril de 1981.
43. *Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979*, en “Derecho” (Univ. Católica), número 35, junio de 1981.
44. *Nuevas tendencias del Derecho Constitucional*, en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, números 444-446, enero-marzo de 1981.
45. *El Presidente del Consejo de Ministros en la nueva Constitución peruana*, en “Revista Jurídica del Perú”, número 1, enero-marzo de 1982.
46. *¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?* en “Anuario Jurídico”, México, número IX, 1982.
47. *La acción de Habeas Corpus* (intervención) “Revista del Foro” número 1, enero-junio de 1982.
48. *Defensa Nacional y Constitución* en “Defensa Nacional” (Revista del CAEM) número 2, diciembre de 1982.
49. *La influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)* en “Revista de Derecho Político”, Madrid, número 16, invierno 1982-1983.
50. *Los derechos humanos como ideología* en “Derecho” (Univ. Católica), número 36, diciembre de 1982.
51. *La reforma de los planes de estudio de Derecho en América Latina: notas y comentarios* en AA.VV. “VIII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho en América Latina”, Udel-Universidad Central del Este, San Pedro de Macorís, República Dominicana, 1982; en “Anuario”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina, Tomo V, Rosario 1983 y en la “Revista Peruana de Ciencia Política y Ciencias Sociales”, número 1, 1988.
52. *Nota sobre la presencia de la egología en el Perú* en “Derecho y Ciencia Política” (Revista de la Universidad Garcilaso de la Vega), número 1, diciembre de 1983; revisado y ampliado en “Ius et Praxis”, número 5, julio de 1985.
53. *Los ochenta años de Carlos Cossio* en “Revista de Ciencias Sociales”, Valparaíso, número 23, 1983.
54. *Constitucionalidad vs. inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia*, en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, marzo-abril de 1984, año II, número 5.
55. *Prólogo a José Pareja Paz-Soldán “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución Peruana de 1979”*, 3ª. edición, Justo Valenzuela editor, 1984.

56. *La Acción de Habeas Corpus* en “Ley Orgánica del Tribunal de Garantías - Ley de Habeas Corpus”, Ministerio de Justicia, edición oficial, s/f, 1984.
57. *Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas* en AA.VV. “Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno”, Comisión Andina de Juristas, 1984.
58. *Tridimensionalismo jurídico: balance y perspectiva* en “Thémis”, 2ª. época, número 2, diciembre de 1984; en AA.VV. “Libro homenaje a José León Barandiarán” Ed. Cultural Cuzco S.A. 1985 y en “Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho”, Valencia, Venezuela; tomo II, 1981-1985.
59. *El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales* en “Ius et Praxis”, número 4, diciembre de 1984.
60. *Nota preliminar* a V.A. Belaunde “La realidad nacional”, 5ª. edición, 1984.
61. *Descentralización en el Perú actual*, en “Ius et Praxis”, número 6, diciembre de 1985; una versión preliminar en AA.VV. “Simposio Internacional de Derecho Autonómico”, Publicaciones de la Generalitat Valenciana, Valencia (España), 1988.
62. *Gracias, señor empresario...* en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, número 11, marzo-abril de 1985.
63. *Cómo estudiar Derecho Constitucional* en “Derecho” (Univ. Católica), número 39, diciembre de 1985 y en “Derecho Constitucional General y Teoría del Estado” (selección de lecturas), Raúl Chanamé Orbe, José F. Palomino Manchego, Luis Sáenz Dávalos, Ediciones Jurídicas, 1994.
64. *Prólogo* a Alberto Borea Odría “El Amparo y el Habeas corpus en el Perú de hoy”, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985.
65. *Las personas jurídicas ¿tienen derechos fundamentales?* en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, número 17, marzo-abril de 1986.
66. *Perfil del Parlamento peruano* en AA.VV. “Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem”, Ed. Cultural Cuzco S.A., 1986; en “Revista Parlamentaria Iberoamericana”, Madrid, número 2, 1986 y en “Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional” UNAM, tomo II, México 1987.
67. *Constitución Económica peruana* (fragmento) en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, número 20, 1986; el texto completo en “Externado”, Bogotá, número 3, noviembre de 1986.
68. *Inconstitucionalidad del impuesto de salida* en “Ius et Praxis”, número 7, julio en 1986.

69. *Thémis, hace veinte años* en “Thémis”, segunda época, número 4, 1986 (con errores); completo en “Thémis”, segunda época, número 6, 1987.
70. *Nota preliminar* a V.A. Belaunde “La vida universitaria”, Okura editores S.A., 2ª. edición, 1987.
71. *Constitución y sistema financiero* en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, número 25, 1987.
72. *Nota preliminar* a Carlos Fernández Sessarego “El Derecho como Libertad”, Ediciones Studium, 1987; 2ª. edición, Universidad de Lima, 1994.
73. *Sistema electoral y representación política en el Perú actual* en AA.VV. “Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica”, Fundación F. Ebert e Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid 1986, vol. II; reproducido con errores en “Derecho” (Univ. Católica), número 41, diciembre de 1987 y completo en “Derecho” (Univ. Católica), número 42, diciembre de 1988.
74. *La Constitución Económica en el Perú actual* en “Ius et Praxis”, número 10, diciembre de 1987.
75. *La Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho*, en AA.VV. “Libro homenaje a Mario Alzamora Valdez”, Editorial Cultural Cuzco, 1988.
76. *Variantes hispánicas del tridimensionalismo jurídico* en AA.VV. “Conferencias do III Congresso brasileiro de Filosofia jurídica e social”, Espaço Cultural, João Pessoa (Paraíba, Brasil), 1988 y en “Ius et Praxis”, número 12, diciembre de 1988.
77. *Sinopsis de la normatividad electoral peruana* en AA.VV. “Legislación electoral comparada (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay)”, CAPEL-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Uruguay, San José (Costa Rica) 1988.
78. *Suspensión de garantías ¿o de derechos?* en AA.VV. “Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1988, tomo I.
79. *La Sociedad Peruana de Filosofía y sus publicaciones* en “Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía”, tomo VI, 1988 y en “Revista Venezolana de Filosofía” (Caracas) número 24, 1988.
80. *La democracia difícil* en “Los caminos del laberinto”, número 5, setiembre de 1987.
81. *El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales* en AA.VV. “El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate”, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986.

82. *¿Reforma constitucional?* en AA.VV. “La Constitución diez años después”, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Neumann, 1989.
83. *La Constitución, diez años después...* en Cámara de Diputados, “Asamblea Constituyente”, Homenaje al Décimo aniversario de la Constitución, 1989 (preparada por Enrique Chipoco Tovar).
84. *Funciones legislativas del Ejecutivo moderno: el caso peruano* en “Lecturas sobre temas constitucionales”, Comisión Andina de Juristas, número 3, 1989 y en “IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, UNAM, México 1992.
85. *Las vueltas del Amparo* en “Lecturas sobre temas constitucionales”, Comisión Andina de Juristas, número 3, 1989.
86. *El control de la constitucionalidad de las leyes en Iberoamérica* en AA.VV. “Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi”, Cultural Cuzco S.A. editores, 1989; una versión preliminar en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, tomo XCVII, 2ª. época, número 5, noviembre de 1988.
87. *El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú* en “Ius et Praxis”, número 13, junio de 1989.
88. *Derecho Económico y Constitución Económica* en “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, número 33, 1989.
89. *Sobre la jurisdicción constitucional* en “Revista del Foro” número 1, enero - junio de 1989 (fragmento); reproducido en “Ars Iuris” (Univ. Panamericana) México, número 3, 1990 con el título “La jurisdicción constitucional como concepto”; el texto completo con el primer título, en AA.VV. “Sobre la jurisdicción constitucional”, Aníbal Quiroga, compilador, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990 y en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice, Tomo VI, Buenos Aires 1990 (con reimpresiones).
90. *Nota sobre las garantías constitucionales en el Perú* en “Legislación sobre garantías constitucionales”, Edición oficial, Ministerio de Justicia, 1989 y en la “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, San José, número 10, julio-diciembre de 1989.
91. *El constitucionalismo peruano en la presente centuria* en AA.VV. “El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX”, UNAM, México 1989, tomo IV; en “Derecho” (Univ. Católica), números 43-44, diciembre 1989-diciembre 1990 y en AA.VV. “Doctrina constitucional”, INDEJUC, Trujillo 1992.
92. *¿Existe un derecho natural en la filosofía griega?* en AA.VV. “Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches” tomo II, UNAM, México 1987.
93. *Tres años de jurisprudencia constitucional peruana* en “Boletín Informativo” número 1, 1989 (Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México).

94. *Sobre el movimiento constitucional peruano*, Trujillo 1990. Sobretiro. Prólogo al libro de Víctor Julio Ortecho “Derechos y garantías constitucionales”, 2ª. edición, Trujillo 1990.
95. *Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979*, en “Lecturas sobre temas constitucionales”, Comisión Andina de Juristas, número 4, 1990.
96. *¿Alcalde o parlamentario? Un dilema constitucional y una solución administrativa* en “Advocatus”, Revista de Derecho (editada por los alumnos y egresados de la Univ. de Lima), número 1, 1990.
97. *La jurisdicción constitucional en Perú* en “La Revista de Derecho”, Universidad Central (Santiago de Chile) número 1, año II, enero-junio de 1988 (intervención en el Primer Seminario Latinoamericano sobre justicia constitucional, con errores).
98. *Habeas data: un nuevo instrumento legal* en “Justicia” número 3, agosto 1990.
99. *Crítica egológica del tridimensionalismo jurídico* en AA.VV. “Congreso Brasileiro de Filosofia do Direito” Espaço Cultural, João Pessoa, Paraíba (Brasil), diciembre 1990 y en “Ius et Praxis”, número 16, diciembre de 1990. Recogido en “Direito, politica, filosofia, poesia” Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário, Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. coordinadores, Editora Saraiva, São Paulo 1992 y en “Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social. Libro homenaje a José M. Delgado Ocando”, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2001, vol. II.
100. *Prólogo* a AA.VV. “Sobre la jurisdicción constitucional”, Aníbal Quiroga León, compilador, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1990.
101. *Procesos constitucionales en la Constitución brasileña de 1988* en “Lecturas sobre temas constitucionales”, Comisión Andina de Juristas, número 5, 1990.
102. *El Amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas* en “Lecturas sobre temas constitucionales”, Comisión Andina de Juristas, número 6, 1990.
103. *Prólogo* a Enrique Chirinos Soto “Cuestiones constitucionales 1933-1990”, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1991.
104. *Prólogo* a Víctor Andrés Belaunde “La realidad nacional”, Editorial Horizonte, 7ª. edición, 1991.
105. *La Acción de Inconstitucionalidad en el derecho comparado* en “Lecturas constitucionales andinas”, Comisión Andina de Juristas, número 1, agosto

- de 1991; en “El Derecho”, Buenos Aires, 30 y 31 de enero de 1992 y en la “Revista de la Facultad de Derecho de México”, México, Vol. 42, números 181-182, enero-abril de 1992. Una versión preliminar en “La Revista de Derecho”, Santiago de Chile, número 2, julio-diciembre de 1991.
106. *Prólogo* a Magdiel Gonzáles Ojeda “La excepcionalidad en la Constitución”, Lann Editorial, 1991.
107. *El Presupuesto de 1991: idas y venidas* en “El Jurista”, Revista Peruana de Derecho, número 3, agosto de 1991.
108. *Sistema constitucional del Perú* (fragmento) en “Anuario Jurídico”, número 1, 1991 (Univ. San Martín de Porres, Facultad de Derecho); el texto completo con el título de *El sistema constitucional peruano* en AA.VV. “Los sistemas constitucionales iberoamericanos”, D. García Belaunde, F. Fernández Segado y R. Hernández Valle, Coordinadores, Editorial Dykinson, Madrid 1992.
109. *Forma de gobierno en la Constitución peruana* en “Revista de Estudios Políticos” (nueva época) Madrid, número 74, octubre-diciembre de 1991; en “Notarius” año II, número 2, 1991; en “Ius et Praxis”, números 19-20, enero-diciembre de 1992. Traducido al italiano con el título *La forma di governo nella Costituzione peruviana* en “Diritto e Società”, número 4, 1993.
110. *La participación política en el Perú* en “Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor”, Editorial Cuzco S.A., 1992.
111. *Esquema de la Constitución peruana* (prólogo) en “El Jurista”, número 6, julio de 1992.
112. *Intervención* (con errores) en AA.VV. “Perú, futuro político” Centro de Estudios de la Realidad Peruana (CERP) Editor Ibesa, 1992.
113. *En torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos* en AA.VV. “Lógica, razón y humanismo (La obra filosófica de Francisco Miró Quesada C.)” David Sobrevilla-Domingo García Belaunde editores, Univ. de Lima, 1992.
114. *Garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en el Perú* en AA.VV. “Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica” UNAM, México 1992; en “Revista de Faculdade de Direito de Caruaru”, Pernambuco (Brasil); número 20, 1992; en “Derecho” número 46, diciembre 1992 y en “Reflexiones Jurídicas” (Chiclayo) número 3, mayo 1993.
115. *Un jurista de nuestro tiempo (a propósito del último libro de Carlos Fernández Sessarego)* en “Revista Jurídica” (Trujillo), número 130, 1991-1992 y en “Gaceta Jurídica”, tomo 14, febrero de 1995.

116. *Estructura del Estado en la Constitución* (con errores) en AA.VV. “Perú: crisis y desafío”, VI Congreso Nacional de la Empresa Privada, CONFIEP, 1992.
117. *El Derecho Constitucional como Derecho Público* en “El Derecho” (Asunción) año 4, número 29, febrero de 1993.
118. *Los inicios del constitucionalismo peruano* (1821-1842) en “Cuadernos de Derecho”, número 2, marzo de 1993 (con errores); en “Ayer” (Madrid) número 8, 1992, número monográfico dedicado a “El primer constitucionalismo iberoamericano” y en “Pensamiento Constitucional”, número 4, 1997.
119. *Reelección: el caso peruano* en “Debate constitucional” (Comisión Andina de Juristas), número 5, 30 de junio de 1993.
120. *Presentación* a Hans Kelsen “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, Luis Alfredo ediciones, 1993; 2ª. edición revisada, Asociación Peruana de Derecho Constitucional-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Lima 2001; reimpresión, México 2002.
121. *Los sistemas constitucionales iberoamericanos* en “Agora”, número 1, setiembre de 1993.
122. *Presentación* a Víctor Andrés Belaunde “El Cristo de la fe y los Cristos literarios”, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
123. *La interpretación constitucional como problema* en “Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita”, Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, tomo II, Bogotá 1993; en “Revista Tachirensis de Derecho”, Táchira, número 4, julio-diciembre de 1993; en “Pensamiento constitucional”, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Católica, 1994; en “Revista de Estudios Políticos” (Nueva época), Madrid, número 86, octubre-diciembre de 1994; en “Revista de Faculdade de Direito de Caruaru”, Pernambuco, año XXX, número 21, 1995; en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Medellín, 2, 1996; en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice Tomo VII, Buenos Aires 1996; en AA.VV. “Modernas tendencias del Derecho en América Latina”, José F. Palomino Manchego y Ricardo Velásquez Ramírez, Coordinadores, Editorial Grijley, 1997 y en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador, “Derecho Procesal Constitucional” 4ª. edición, Editorial Porrúa, tomo IV, México 2003; y en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador, “Interpretación constitucional”, Editorial Porrúa-UNAM, 2 tomos, México 2005s.
124. *La reforma del Poder Judicial en el Perú* en “Ius et Veritas”, número 7, 1993.
125. *El referéndum constitucional (Perú, 1993)* en “Boletín Electoral Latinoamericano” San José, número X, julio-diciembre de 1993 y en “Gaceta Jurídica”, tomo IV, abril de 1994.



126. *Itinerario bibliográfico de “La crisis presente”* apéndice a la obra de Víctor Andrés Belaunde “La crisis presente”, Edic. Luis Alfredo, 6ª. edición, 1994.
127. *Las garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993* en “Lecturas sobre temas constitucionales”, Comisión Andina de Juristas, número 10, julio de 1994 y en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice, Tomo VII, Buenos Aires 1996.
128. *La nueva Constitución del Perú* en AA.VV. “El Derecho Público actual”, Homenaje al Prof. Pablo A. Ramella, coordinador Alberto M. Sánchez, Edic. Depalma, Buenos Aires 1994 y en AA.VV. “Problemas actuales del Derecho Constitucional” (Estudios en homenaje a Jorge Carpizo), UNAM, México 1994. Publicado en inglés *The new Peruvian Constitution* en “Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart”, Tübingen 1995.
129. *El Habeas Corpus en América Latina* en “Ius et Veritas” número 9, 1994; en “Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, San José, número 20, julio-diciembre de 1994; en “El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano”, Ricardo Combellas (coordinador), COPRE-Fundación Adenauer, volumen II, Caracas 1996; en “Revista de Estudios Políticos”, Madrid, número 97, julio-setiembre de 1997 y en AA.VV. “Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. Luis A. Bramont Arias”, Editorial San Marcos, 2003.
130. *Los procesos constitucionales en América Latina* en “Gaceta Jurídica”, tomo XII, diciembre de 1994 y en “Desafíos constitucionales contemporáneos”, César Landa y Julio Faúndez (editores) University of Warwick, School of Law-Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional, 1996. Publicado en inglés: *Constitutional processes in Latin America* en “Contemporary constitutional challenges”, César Landa and Julio Faúndez (editors), University of Warwick, School of Law-Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1996.
131. *La judicatura en el proyecto constitucional* en “Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional”, Huancayo, número 4, diciembre de 1994 y en “Ius et Praxis”, número 25, junio de 1995.
132. *Prólogo* a “Compendio de legislación constitucional” de Walter Gutiérrez C. y Carlos Mesía R., Edición Oficial, Ministerio de Justicia, 1995.
133. *Prólogo* a “Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional” de Francisco Fernández Segado, Ediciones Jurídicas, 1995.
134. *Pinto Ferreira* en “Revista de Faculdade de Direito de Caruaru”, Pernambuco, año XXX, número 21, 1995.



135. *Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica* en “Revista Jurídica del Perú”, número 3, julio-setiembre de 1995 y en “Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía”, tomo VII, 1996.
136. *La distribución territorial del poder en Iberoamérica* en “Derecho y Sociedad”, número 10, 1995; en “Revista Jurídica”, Trujillo, número 133, 1995; en “Perspectivas Constitucionais”, Jorge Miranda, Coordinador, Vol. 1, Coimbra 1996 y en AA.VV. “El Derecho Público de finales de siglo”. Una perspectiva iberoamericana, Fundación BBV y Editorial Civitas, Madrid 1997.
137. *El nuevo sistema electoral en el Perú* en “Análisis internacional”, CEPEI, número 10, mayo-agosto de 1995 (con errores); revisado y corregido en “Gaceta Jurídica”, tomo 25, enero de 1996 y en “Scribas”, Arequipa, año 1, número 1, 1996.
138. *Elementos de la Administración Pública en el Perú (una perspectiva introductoria)* en “Alegatos”, México, número 30, mayo-agosto de 1995.
139. *La amnistía: pro y contra* en “Revista Jurídica del Perú”, número 4, octubre-diciembre de 1995.
140. *Contribuciones jusfilosóficas de los dos Villarán* en “Diálogo con la jurisprudencia”, número 2, diciembre 1995.
141. *Sobre el significado de la voz “constitucionalista”* en “El Constitucionalista”, número 1, agosto de 1995.
142. *Representación y partidos políticos: el caso del Perú* en “Pensamiento constitucional”, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Católica, 1995; en “Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político”, números 67-71, junio 1995-marzo 1996 y en “Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual” Coordinador José Asensi Sabater, Tirant lo Blanch, Valencia (España), 1997.
143. *Presentación* a Francisco J. del Solar “Orden público y orden interno”, Temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Universidad Garcilaso de la Vega, 1996.
144. *La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales* en “Desafíos constitucionales contemporáneos”, César Landa y Julio Faúndez (editores), University of Warwick-Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996. Versión en inglés en “Contemporary constitutional challenges”, César Landa and Julio Faúndez, editors; University of Warwick, School of Law - Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, 1996, título de la traducción: *The new peruvian constitution; the judiciary and constitutional guarantees*.

145. *Nota preliminar* a “Congresos Nacionales de Derecho Constitucional” (crónicas: I-IV, 1987-1993), Gerardo Eto Cruz y José F. Palomino Manchego (editores), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, Trujillo 1996.
146. *Conformado a regañadientes* en “Ideele”, número 88, julio de 1996.
147. *La reforma del Estado en el Perú* en “La reforma del Estado. Estudios comparados”, UNAM - Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, México 1996 y en “Lecturas sobre temas constitucionales”, número 12, Comisión Andina de Juristas, Lima 1996.
148. *Veinte años después (En el XII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional)* en “Boletín Informativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, número 123, julio de 1996; en “Diálogo con la jurisprudencia”, número 3, julio de 1996 y en ICPDC (Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional), Huancayo, número 5, 1996.
149. *El Amparo colonial peruano* en “Revista Jurídica del Perú”, número 2, abril-junio de 1996 y en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador, “Derecho Procesal Constitucional” 4ª. edición, Editorial Porrúa, tomo III, México 2003.
150. *Constitución y labor policial* en “Revista Jurídica del Perú”, número 1, enero-marzo de 1996.
151. *Cómo estudiar Derecho Constitucional (Una década más tarde)* en “Derecho-PUC”, número 49, diciembre de 1995.
152. *Nuestros primeros pasos* en “Boletín Peruano de Derecho Constitucional”, número 1, octubre de 1996.
153. *Prólogo* a “Cuestiones constitucionales” de Toribio Pacheco, Editora Jurídica Grijley, 1996.
154. *Prólogo* a “El control de la constitucionalidad” de Ernesto Blume Fortini, Editores Reunidos S.A., 1996.
155. *Víctor Andrés Belaunde y José Carlos Mariátegui* en “Scribas”, Arequipa, año 1, número 2, 1996.
156. *Gobierno y administración del Poder Judicial* en “Ius et Veritas”, número 14, junio de 1997; en “Enlace”, número 2, 1997; una versión preliminar en AA.VV. “La justicia mexicana hacia el siglo XXI”, UNAM-Senado de la República, México 1997.
157. *Presentación* a “Glosario de Educación Cívica”, de Raúl Chanamé Orbe, Derrama Magisterial, 1997 y 1999.

158. *La reelección presidencial y la Constitución histórica* en AA.VV. “Reelección presidencial y derecho de referéndum”, Alberto Otárola, coordinador, 1997 y en “Scribas”, Arequipa, número 3, 1997.
159. *Prólogo* a AA.VV. “El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993”, compilado por Ernesto Blume, Municipalidad de Lima, 1997.
160. *La jurisdicción constitucional en el Perú* en AA.VV. “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, García Belaunde D. y Fernández Segado F., Coordinadores, Madrid 1997; antes en NOTARIUS, número 6, 1996.
161. *La jurisdicción constitucional en Guatemala* (con Francisco Fernández Segado) en AA.VV. “La jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, García Belaunde D. y Fernández Segado F., Coordinadores, Madrid 1997.
162. *Diferencias entre el Habeas Data y la Acción de Amparo o Tutela constitucional en Perú* en “Ius et Praxis. Derecho en la Región”, año 3, número 1, (Talca), Primer semestre de 1997 (con errores). La versión corregida, con el título *Sobre el Habeas Data y su tutela* en “Derecho-PUC”, número 51, diciembre de 1997 y en “Apuntes de Derecho” año III, número 1, mayo de 1998.
163. *América Latina y los orígenes de la Lógica Jurídica* en “Derecho-PUC”, número 50, diciembre de 1996 y en “Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía”, tomo VIII, 2003. Una versión previa en “Revista de Estudios Privados”, número 3, junio de 1998.
164. *La jurisdicción militar en América Latina* en “Revista Jurídica del Perú”, número 13, octubre-diciembre 1997; en “Boletín Informativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, número 144, abril de 1998 y en “Kuraq”, Arequipa, número 2, junio de 1998.
165. *El Derecho Procesal Constitucional* en “Anuario de la Academia Peruana de Derecho”, 1997 y en “Gaceta Jurídica”, tomo 54, mayo de 1998.
166. *Prólogo* a “Lecciones de Derecho Constitucional” de Manuel Vicente Villarán, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998.
167. *Testimonio y recuerdos* en “Treinta años promoviendo democracia” de Francisco Miró Quesada Rada, Empresa Editora El Comercio, 1998.
168. *Propiedad y parafernalia en un proceso constitucional* en “Diálogo con la Jurisprudencia”, número 9, 1998.
169. *Los abogados y la crisis* en “Abogados”, número 1, 1998.
170. *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo* en “La Ley” (Buenos Aires, 16 de octubre de 1998); en “Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional” (Huancayo), número 6, noviembre de 1998;

- en *ADVOCATUS*, nueva época, I, 1998; en “VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, tomo II y en “Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú” UNAM-Univ. Complutense, tomo II, Madrid 2001.
171. *Los gigantes de Weimar (a propósito de una visita Peter Häberle)* en “Ius et Veritas”, número 17, noviembre de 1998; en “Entre abogados” (San Juan, Argentina), año VII, número 1, 1999 y en “Revista Jurídica” (Trujillo), número 134, enero 1996-julio 1999.
172. *Liminar* a “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Gaceta Jurídica Editores, tomo III, 1999.
173. *Prólogo* a “Amparo constitucional y legal del tercero registral” de Humberto Uchuya Carrasco, Enmarce Ediciones, 1999.
174. *El Habeas Data y su configuración normativa* en “Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio”, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. 1, San José 1999.
175. *Las cuatro constituyentes de este siglo* en “De lure”, año 1, número 1, julio de 1999.
176. *Prólogo* a “Mis votos singulares” de Juan Chávez Molina, Editorial Horizonte, 2000.
177. *Bases para la Historia constitucional del Perú* en “Derecho-PUC”, número 52, diciembre 1998-abril de 1999 y en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, número 98, mayo-agosto 2000.
178. *La Constitución Política del Perú y la Convemar* en AAVV “La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y el interés nacional”, Instituto de Estudios Histórico-marítimos del Perú, 1999 y en “Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”, Universidad Nacional de Ucayali (Pucallpa) número 1, 2000.
179. *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional* en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, número 3, 1999; en “Anales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), tomo 39, 2000 y en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador “Derecho Procesal Constitucional”, Editorial Porrúa, 4ª. edición, tomo IV, México 2003. Una versión preliminar se ha publicado en la “Revista Costarricense de Derecho Constitucional” (San José), tomo I, 2000.
180. *Sobre la problemática constitucional en el Perú de hoy (reflexiones al inicio del 2000)* en Diego Valadés y Miguel Carbonell, coordinadores, “Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI”, Cámara de Diputados-

- UNAM, México 2000 y en “Revista Jurídica” (Trujillo), número 136, abril de 2002. Traducción al alemán *Zur Verfassungsproblematik im heatigen Peru-Überlegungen Zu Beginn des Jahres 2000* en R. Sevilla-D. Sobrevilla (Hrsg) “Peru.Land des Versprechens?” Horlemann Verlag, Tübingen 2001.
181. *Los primeros escritos de José León Barandiarán: el aspecto constitucional* en “Temas de Derecho”, Homenaje a José León Barandiarán, Fondo Editorial del Congreso del Perú, tomo I, 2000.
182. *Atrapados por la legalidad* en “Diálogo con la jurisprudencia”, número 16, enero 2000.
183. *Sobre los diccionarios jurídicos y su utilidad* en “Diccionario de Derecho Constitucional” de Raúl Chanamé Orbe, Editorial Praxis, 2000 (ediciones posteriores en 2002 y 2004).
184. *Con Peter Häberle en Granada* en “Boletín Informativo”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Buenos Aires), número 172, agosto 2000; en “Abogados”, número 5, 2000 y en “Derecho Constitucional y Cultura” (Estudios en homenaje a Peter Häberle), Coordinador Francisco Balaguer Callejón, Editorial Tecnos, Madrid 2004.
185. *La reconstrucción del sistema político y la ingeniería constitucional* en “Lecturas sobre temas constitucionales” (Comisión Andina de Juristas) número 15, setiembre de 2000.
186. *El trajinado fuero de Pinochet* en “Diálogo con la Jurisprudencia”, número 24, setiembre de 2000.
187. *El Habeas Corpus latinoamericano*, en “Constitución y constitucionalismo hoy” (Cincuentenario del “Derecho Constitucional Comparado” de Manuel García-Pelayo), Fundación M. García-Pelayo, Caracas 2000; en “Homenaje a Javier Vargas”, Academia Peruana de Derecho, 2000; en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Fundación K. Adenauer, Buenos Aires 2000; en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, número 104, mayo-agosto de 2002; y en “Revista Iberoamericana Especializada en Derecho”, (Ica) número 1, 2003. Traducción al inglés: *Latin American Habeas Corpus* en “Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart”. B. 49,2001.
188. *Homenaje a Germán J. Bidart Campos* en “El Derecho” (Asunción), agosto de 2000 y en “Pensamiento Constitucional”, número 7, 2000.
189. *Prólogo* a “Constitución, Municipio y garantía institucional” de Luciano Parejo Alfonso, Editorial Jurídica Grijley, 2000.
190. *Preámbulo* a “Los derechos humanos y su protección” de Francisco J. del Solar, Fondo Editorial, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2000.

191. *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940 - 1952)* en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, número 4, 2000; en “Advocatus”, nueva época, número 6, julio 2002; en “Derecho Público a comienzos del siglo XXI” (Estudios en homenaje al Prof. Allan R. Brewer-Carías), Civitas Edic., Madrid 2003, tomo I; en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinador, “Derecho Procesal Constitucional”, 4ª. edición, Editorial Porrúa, tomo III, México 2003 y en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, número 109, 2004.
192. *El régimen presidencial en América Latina* en AA.VV. “III Convención Latinoamericana de Derecho”, J. Carlos Amaya y Ricardo Velásquez, coordinadores (con errores), 2000
193. *El tridimensionalismo jurídico a inicios del siglo XXI* en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, Buenos Aires, número 20, 2000.
194. *La presidencia de Paniagua* en “Legal express”, número 1, enero de 2001.
195. *Un Congreso dividido y el voto de confianza* en “Legal express”, número 4, abril de 2001.
196. *Procedimientos para una reforma constitucional*, en “Legal express”, número 7, julio de 2001, y en “Selva”, número 117, enero de 2003.
197. *El control de constitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* en “Revista Argentina de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, número 3, 2001 y en “Derecho Procesal Constitucional”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor coordinador, 4ª. edición, Editorial Porrúa, tomo IV, México 2003.
198. *Liminar* a “El Derecho Constitucional y su enseñanza” de Javier Tajadura Tejada, Editora Jurídica Grijley, 2001.
199. *Discurso en homenaje a Hector Fix-Zamudio* en “Derecho-PUC”, número 54, diciembre de 2001 y en “El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio”, José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz, Coordinadores, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, número 4, 2005.
200. *¿Existe el “leading case” en el Derecho peruano?* en “Legal express”, número 13, enero de 2002.
201. *Presentación* a “Constitucionalismo y derechos humanos”, AA.VV., Editora Jurídica Grijley, 2002.
202. *Amnistía y derechos humanos (A propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso “Barrios Altos”*, en AA.VV. “Constitucionalismo y derechos humanos”, Editora Jurídica Grijley, 2002; en Ricardo Méndez Silva, coordinador, *Derecho Internacional de los derechos humanos*, UNAM y otros, México 2002; y en “Estudios de Direito Cons-

- titucional em Homenagem a José Afonso da Silva”, Eros Roberto Grau y Sergio Servulo da Cunha, coordinadores, Editora Malheiros, São Paulo, 2003.
203. *Liminar* a “Lecciones elementales de política” de Germán J. Bidart Campos, Editora Jurídica Grijley, 2002.
204. *¿Se inició la reforma constitucional?* en “Actualidad Jurídica”, suplemento mensual de “Gaceta Jurídica”, número 100, marzo de 2002.
205. *A manera de presentación* a “Habeas Corpus” de Hermilio Vigo Zevallos, IDEMSA, 2ª. edición, 2002.
206. *Homenaje a Carlos Fernández Sessarego* en “Foro Jurídico”, año 1, número 1, 2002.
207. *El Habeas Corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas* en AA.VV. “Influenze europea e statunitense sul costituzionalismo latinoamericano”, CCSD, Libreria Bonomo Editrice, Bologna 2002 y en “Foro Jurídico”, número 2, julio de 2003.
208. *Sobre la reforma constitucional actual y sus problemas* en AA.VV. “Propuestas de reforma constitucional”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Católica de Santa María, Arequipa 2002. Revisado y corregido en “Actualidad Jurídica”; suplemento mensual de “Gaceta Jurídica”, tomo 109, diciembre de 2002; en AA.VV. “Derecho Constitucional y Derechos Humanos”, Francisco Carruitero Lecca y Ricardo Velásquez Ramírez, coordinadores, Ediciones BLG, 2005; y ampliado en “Aequum et bonum”, número 1, enero-junio 2003.
209. *Estado y municipio en el Perú* en “Revista Jurídica del Perú”, número 41, diciembre de 2002; en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano”, Montevideo, 2003 y en “Visión Iberoamericana del Derecho Constitucional”; Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas 2003.
210. *Liminar* a “Syllabus de Derecho Procesal Constitucional”, de José F. Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz, Luis R. Sáenz Dávalos, Edgar Carpio Marcos, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, número 1, 2003.
211. *Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823 - 1979)* en “Historia constitucional”, (Oviedo, España) número 4, junio de 2003 (revista electrónica: <http://hc.rediris.es/cuatro/articulos>) y en “Ius et Praxis”, enero-diciembre de 2003, número 34.
212. *¿Existe un espacio público latinoamericano?* en “El abogado y la justicia”. (Libro homenaje al Dr. Efrían Zegarra Sánchez”) Marsol Perú Editores S.A., Trujillo 2003 y en “Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais”



- (Belo Horizonte, MG), número 1, Janeiro/junho 2003. Traducción al inglés: *Is there a Latin American public space?* en “Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart”, t. 52, 2004.
213. *Víctor Andrés Belaunde y el Mercurio Peruano* en “Fénix”, números 43-44; 2001-2002.
214. *¿Ministros irresponsables?* en “Diálogo con la jurisprudencia”, número 56, mayo 2003.
215. *Sobre las revistas jurídicas de estudiantes* en “Aequum et Bonum”, número 1, enero-junio de 2003.
216. *Los tribunales constitucionales en América Latina* en AA. VV. “La Constitución y su defensa”, Domingo García Belaunde, coordinador, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) 2003 y en “Revista de Derecho Político” (Madrid), número 61, 2004. Traducido al alemán: *Verfassungsgerichte in Lateinamerika* en “Verfassung im Diskurs der Welt”, Liber Amicorum für Peter Häberle, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
217. *El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias* en F. Javier Díaz Revorio, compilador, “Textos constitucionales históricos”, Palestra Editores, 2003.
218. *Prólogo* a José F. Palomino Manchego “Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993”, UNAM, México 2003.
219. *Presentación* a Peter Häberle “Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar”, Palestra-Asociación Peruana del Derecho Constitucional, 2004.
220. *Prólogo* a Gustavo Zagrebelsky “¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional”, Colección Fundap, Querétaro (México) 2004.
221. *¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?* en “Revista Jurídica del Perú”, número 55, marzo-abril de 2004.
222. *Bilingüismo y multilingüismo en Iberoamérica (con especial referencia al caso del Perú)* en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” (Montevideo) tomo II, 2004; en “Derecho Constitucional y Cultura (Estudios en homenaje a Peter Häberle)”, Coordinador Francisco Balaguer Callejón, Editorial Tecnos, Madrid 2004 y en “Homenaje a Max Arias-Schreiber”, Academia Peruana de Derecho, 2005.
223. *Presentación* a Francisco Javier Díaz Revorio “La Constitución abierta y su interpretación”, Palestra Ediciones, 2004.
224. *La descentralización en el Perú actual (antecedentes, desarrollo y perspectivas)* en AA.VV. “Tendenze del decentramento in Europa e America Lati-



- na”, Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lectura Series, Lib. Bonomo Editrice, Bologna 2004. Ampliado y mejorado en AA.VV. “Federalismo y regionalismo”, Diego Valadés y José María Serna de la Garza, coordinadores, UNAM-Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, México, 2005.
225. *Prólogo* a “Las fuentes en el Derecho Comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)” por Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2003.
226. *Presentación y Homenaje* AA.VV. “Germán J. Bidart Campos (1927-2004)”, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, número 3, 2004.
227. *El Derecho Procesal Constitucional: un concepto problemático*, en AA.VV. “Estado de Derecho y justicia constitucional en el siglo XXI” (Primer Congreso Boliviano de Derecho Constitucional) Grupo Editorial Kipus, Cochabamba 2004 y en “Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais”, número 4, julio-diciembre 2004.
228. *Presentación* a “El Habeas Corpus en el Código Procesal Constitucional” de Christian Donayre Montesinos, Juristas Editores, 2004.
229. *Prólogo* a “Ensayos de Derecho Procesal Constitucional” de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Editorial Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2004.
230. *Víctor A. Belaunde y la Universidad Católica* en AA.VV. “El poder de la palabra. Homenaje a Víctor Andrés Belaunde”, PUC, Cuadernos del Archivo de la Universidad, número 37, 2004.
231. *Jorge Avendaño en el recuerdo* en AA.VV. “Homenaje a Jorge Avendaño”, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo I, 2004.
232. *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú* en “Derecho Procesal Constitucional”, Germán Cisneros Farías, Editor, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 2004; un extracto en Revista Bibliotecal, núm. 7, octubre 2004.
233. *Los ochenta años de Héctor Fix-Zamudio* en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, número 3, enero-junio 2005 y en “El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio”, José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz, Coordinadores, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, número 4, Lima 2005.
234. *Germán J. Bidart Campos (1927-2004)* en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, número 3, enero-junio 2005.

235. *Prólogo* a José Pareja Paz-Soldán “Historia de las Constituciones nacionales”, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª. edición, Lima 2005.
236. *Presentación* a “Imprevisión y reforma: dos problemas contemporáneos del Derecho Constitucional” de Néstor P. Sagüés y José F. Palomino Manchego, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, número 5, 2005.
237. *Gobernabilidad democrática y Constitución (A propósito del caso peruano)* en AA.VV. “Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina”, Diego Valadés, editor, UNAM, México 2005.
238. *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales (notas de introducción)* en AA.VV. “Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva” (Homenaje en memoria de Germán J. Bidart Campos y Luis Favoreu), Humberto Nogueira Alcalá, coordinador, Lexis Nexis, Santiago de Chile 2005.
239. *Seguridad jurídica, servicio público y confiabilidad judicial (A propósito del caso LAN PERÚ)*, en Themis, Revista de Derecho, número 50, agosto 2005.

Lima, julio de 2005.

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

### - A -

- Abad Yupanqui, Samuel B., I: xlix, 61, 211 y ss., 255, 271, 272 (n. 13), 275 (n. 22), 288, 311 (n. 5 y 6), 312 (n. 8), 316 (n. 13 y 15), 329, 400 (n. 3), 472 (n. 13), 516 (n. 3 y 4), 558; II: 982 (n. 150), 1018 (n. 32), 1055, 1077 (n. 60, 62 y 63), 1077 (n. 63), 1231, 1247, 1250 (n. 43), 1251, 1252, 1415.
- Abbamonte, Giuseppe, II: 1035 (n. 24).
- Aberastury, Pedro, I: 749, 755 (n. 17).
- Abramovich, Víctor, I: 115, 121; II: 967 (n. 113 y 114), 968, 969 (n. 122).
- Abreu Dallari, Dalmo de, I: 661.
- Acosta Sánchez, Francisco, I: 587 (n. 55), 590 (n. 64).
- Acosta Sánchez, José, II: 989.
- Adenauer, Konrad, II: 1264.
- Adrián Coripuna, Javier, II: 1283 (n. \*)
- Aguirre Roca, Manuel, I: 262; II: 880 (n. 61), 881, 882.
- Agustín de Hipona (*San*), I: 419 (n. 3).
- Ahumada Ruiz, María de los Ángeles, II: 776 (n. 1), 992 (n. 193).
- Aja, Eliseo, I: 114, 117, 121; II: 886 (n. 3), 897 (n. 39).
- Alarcón Quintana, Luis, I: xlix.
- Albán Peralta, Walter, I: 217.
- Albanese, Susana, II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, I: 63, 64, 83, 84, 147, 166, 256; II: 1055 (n. 3), 1401, 1422, 1423, 1424 (n. 3), 1441-1442.
- Alcalde Huamán, Jhony Rubén, I: xlix.
- Aldermann, R. K., II: 1335 (n. 62).
- Alegre Martínez, Miguel Ángel, II: 888 (n. 11).
- Alejos Calderón, Walter, I: 290.
- Alexy, Robert, I: 573 (n. 27).
- Almagro Nosete, José, I: 32, 33 (n. 3), 43.
- Almerí Veramendi, Carlos, I: 290.
- Alonso García, Enrique, I: 358 (n. 9); II: 797 (n. 27).
- Alonso García, Ricardo, II: 781 (n. 13).
- Alsina, Hugo, I: 387 (n. 13).
- Alston, P., II: 968 (n. 120).
- Alva Orlandini, Javier, II: 1419.
- Álvarez Cienfuegos, José María, I: 647 (n. 4).
- Álvarez Gardiol, Ariel, I: 285 (n. 5).
- Álvarez Miranda, Ernesto, I: xlix.
- Álvarez Simonetti, Manuel, II: 1093 (n. 7).
- Álvarez Thomas, Ignacio, II: 1417.
- Álvarez Vita, Juan, II: 1218 (n. 17).
- Alzamora Silva, Lizardo, II: 1370 (n. 2).

- Amaya, Jorge Alejandro, I: 649 (n. 10).  
 Amirante, Domenico, II: 887 (n. 8), 892 (n. 23).  
 Amprimo Plá, Natale, I: 290.  
 Andrade Geywitz, Carlos, II: 1427.  
 Andrés Ibáñez, Perfecto, I: 323 (n. 36).  
 Angarita Barón, Ciro, II: 1177 (n. 43).  
 Anzola Gil, Marcela, II: 1442 (n. 6).  
 Anzon, Adele, II: 1046 (n. 44), 1047 (n. 45), 1298 (n. 47 y 48).  
 Aragón Reyes, Manuel, I: 47, 260; II: 1034 (n. 23), 1303 (n. 54).  
 Aragoneses, Pedro, II: 1058.  
 Aragoneses Martínez, Sara, I: 535 (n. 35).  
 Aristóteles, I: 168, 184, 302.  
 Arriola Espino, Marcela, I: xlix.  
 Arteaga Nava, Elisur, II: 1062, 1063 (n. 26), 1067 (n. 36), 1070 (n. 40).  
 Asencio Mellado, José María, I: 537 (n. 38).  
 Ávila Rincón, Calixto, II: 1148 (n. 7).  
 Avril, Pierre, II: 1293 (n. 25), 1317 (n. 19), 1318 (n. 21), 1319 (n. 22).  
 Ayala, Francisco, I: liii.  
 Ayala Corao, Carlos M., I: 743; II: 1117, 1145 y ss., 1146 (n. 3), 1158 (n. 17), 1160 (n. 19, 20 y 21), 1165 (n. 24), 1169 (n. 30), 1170 (n. 31 y 32), 1181 (n. 48), 1199 (n. 68 y 70), 1209.  
 Azuela Güitrón, Mariano, I: 105, 106.
- B -**
- Bachof, Otto, I: 43, 104.  
 Badén, Gregorio, II: 1381 (n. 28), 1382 (n. 28).  
 Bagehot, Walter, II: 1325 (n. 36).  
 Bagni, Silvia, II: 1283 y ss.  
 Balaguer Callejón, Francisco, II: 906 (n. 65), 1440, 1441 (n. 4).  
 Balaguer Callejón, María Luisa, II: 897 (n. 40).  
 Balat, J. C., II: 1293 (n. 25).  
 Balbi Bustamante, Mauricio, II: 1453 (n. \*).  
 Barbera, A., II: 1326 (n. 36).  
 Barranco Vela, Rafael, II: 1441 (n. 4).  
 Barrios González, Boris, I: 86.  
 Barrundia, José Francisco, I: 728.  
 Bartole, Sergio, II: 1026 (n. 1), 1309.  
 Basadre Grohmann, Jorge, I: liii, 205, 206.  
 Basso, Lelio, II: 1329 (n. 47).  
 Bassols Coma, M., II: 776 (n. 2).  
 Bastera, Marcela I., I: 149 (n. 14).  
 Battaglini, Mario, II: 1036 (n. 26), 1441 (n. 5).  
 Bazán, Víctor, I: liv, 284 (n. 3), 309 y ss., 321 (n. 28), 364 (n. 19); II: 939 (n. 1), 940 (n. 5 y 6), 944 (n. 23), 946 (n. 30 y 32), 947 (n. 33 y 35), 952, 953 (n. 61), 961 (n. 91), 991 (n. 188).  
 Beethoven, Ludwig van, II: 1264.  
 Béguin, Jean-Claude, II: 816.  
 Belaunde, Víctor Andrés, I: lii, liii, 204; II: 1410, 1413.  
 Belaunde Irigoyen, Mercedes, II: 1410, 1413.  
 Belaunde Ruiz de Somocurcio, Javier de, II: 1390.  
 Belaunde Terry, Fernando, II: 1414, 1416.  
 Belda Pérez-Pedrero, Enrique, I: 520 (n. 9), 559.  
 Bellet, P., II: 1363 (n. 126).  
 Beltrán, Pedro, I: 205.

- Beltrán Varillas, Cecilia, II: 839 (n. \*), 842 (n. 3).
- Benazzo, Antonella, II: 888 (n. 11).
- Benda, Ernst, I: 84.
- Benítez Rivas, Heriberto, I: 222.
- Bernales Ballesteros, Enrique, I: xlix, 61, 210 (n. 63); II: 913 (n. 80), 1012, 1121, 1122, 1123 (n. 21), 1124, 1139 (n. 41), 1142.
- Bernaschina González, Mario, II: 1427.
- Bertelsen Repetto, Raúl, I: 168; II: 1427.
- Bertoni, Eduardo, II: 1197, 1201 (n. 72).
- Bianchi, Alberto B., II: 943.
- Bianchi, P., II: 1362 (n. 122).
- Bidart Campos, Germán José, I: li, liii 62, 149, 152, 288, 301, 302 (n. 53), 323, 432, 554 (n. 77), 559, 560; II: 940 (n. 4 y 6), 942, 943, 947 (n. 34), 949, 955 (n. 67, 71 y 72), 956 (n. 73), 962, 963 (n. 101), 964, 970, 990 (n. 184), 1119, 1166 (n. 26), 1170 (n. 32), 1174, 1235 (n. 14), 1236 (n. 16), 1415, 1416, 1417, 1442, 1461.
- Bidegaray, C., II: 1324 (n. 32).
- Bilbao Ubillos, Juan María, I: 119, 121, 362 (n. 16).
- Billing, W., II: 1354 (n. 87).
- Blackstone, William, I: 445, 451, 462.
- Blancas Bustamante, Carlos, I: xlix.
- Blanco Valdés, Roberto L., I: 103; II: 1232 (n. 7), 1445 (n. 9 y 11).
- Blasco Soto, M<sup>a</sup>. del Carmen, II: 777 (n. 4).
- Bleckmann, Albert, I: 573 (n. 28).
- Bloch, Ernst, II: 1264.
- Blume Fortini, Ernesto, I: xlix, 62, 107, 325 y ss., 327 (n. 4); II: 826, 887 (n. 5), 910 (n. 74), 915 (n. 82), 917, 918 (n. 88), 1004, 1076 (n. 60), 1438 (n. 1).
- Bobbio, Norberto, I: liii, 118, 121; II: 1288 (n. 8 y 9).
- Bocanegra Sierra, Raúl, II: 1303 (n. 52).
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, I: 565 (n. 4).
- Boggiano, Antonio, II: 1135 (n. 37).
- Bognetti, Giovanni, II: 1312 (n. 13), 1317 (n. 19).
- Bolivar, Ligia, II: 969, 970 (n. 125).
- Bolívar, Simón, I: 209.
- Bordalí Salamanca, Andrés, I: 85.
- Borea Odría, Alberto, I: xlix, 270 (n. 9), 401 (n. 4), 464 (n. 3); II: 1230, 1251, 1252 (n. 49), 1414, 1419.
- Borges, Jorge Luis, II: 1410.
- Bossi, Umberto, II: 1351.
- Brage Camazano, Joaquín, I: 570 (n. 16); II: 801 y ss., 1441, 1442 (n. 6).
- Brahim Bianchi, Johanna Graciela, II: 1262 (n. \*).
- Bramont Arias, Luis A., II: 1418.
- Branca, Giuseppe, II: 1287 (n. 6), 1290 (n. 16).
- Brazier, Rodney, II: 1333 (n. 56), 1337 (n. 65).
- Brewer-Carías, Allan R., I: ii, li (n. \*), liv; II: 761 y ss., 762 (n. 1 y 2), 764 (n. 3), 766 (n. 5), 767 (n. 6 y 7), 772 (n. 15), 888 (n. 11), 1146 (n. 3), 1439 (n. 2), 1442.
- Brondel, S., I: 6 (n. 5).
- Brunelli, G., II: 1324 (n. 32).
- Bryce, James, II: 1308, 1310 (n. 6), 1343 (n. 71).
- Buergenthal, Thomas, II: 967 (n. 115).
- Burdeau, Georges, II: 817, 893 (n. 25), 1322 (n. 26).
- Burgoa Orihuela, Ignacio, II: 1070 (n. 46).

- Bustamante, Carmen Julia, II: 1434.  
 Bustamante Alarcón, Reynaldo, I: 299 (n. 48).  
 Bustamante Guerra, Eduardo E., I: xlix.  
 Bustamante y Rivero, José Luis, I: 201;  
 II: 1390.
- C -**
- Caamaño, F., II: 779 (n. 8).  
 Cabala Pinazo, Remigio, I: xlix.  
 Cabo, Carlos de, I: 119, 121.  
 Cabrera Romero, Jesús Eduardo, II: 1145.  
 Cáceres Arce, Jorge Luis, I: xlix, 255 y  
 ss.; II: 1434, 1435.  
 Calamandrei, Piero, I: 43, 65, 256, 305,  
 306 (n. 62); II: 1035 (n. 24 y 25), 1401,  
 1422, 1423, 1441, 1444.  
 Calandrella, V., II: 1365 (n. 133).  
 Calle, Juan José, I: 197, 200.  
 Calvo García, Manuel, II: 1046 (n. 44).  
 Calvo Poyato, Carmen, II: 1441 (n. 4).  
 Cámara Villar, Gregorio, II: 1441 (n. 4).  
 Camby, Jean-Pierre, II: 1317 (n. 19).  
 Campos, Joseph, I: xlix; II: 1229 y ss.,  
 1243 (n. 28), 1252 (n. 51).  
 Cançado Trindade, Antonio Augusto, II:  
 1162 (n. 22), 1166 (n. 26), 1167, 1168  
 (n. 28), 1169 (n. 29), 1234 (n. 12).  
 Cancela Outeda, Celso, II: 1215 (n. 11).  
 Cano Bueso, Juan, II: 1441 (n. 4).  
 Canosa Usera, Raúl, II: 1442 (n. 5).  
 Cappelletti, Mauro, I: 7 (n. 7), 18 (n. 3),  
 30, 31, 32, 43, 65, 74, 92, 108, 121,  
 150, 158, 159, 163, 174, 179, 296,  
 665, 666 (n. 40); II: 952, 954 (n. 67),  
 1027 (n. 5), 1030 (n. 11), 1035 (n. 25),  
 1401, 1404, 1423, 1441, 1458.  
 Caravale, Giulia, II: 1335 (n. 62).  
 Caravita, B., I: 10 (n. 14); II: 1041 (n. 39).  
 Carbonell Sánchez, Miguel, I: 315 (n. 11);  
 II: 1439 (n. 2), 1440, 1441 (n. 4).  
 Carducci, M., II: 1324 (n. 32).  
 Caretti, P., II: 1041 (n. 39).  
 Carlassare, L., II: 1028 (n. 7), 1297 (n.  
 44), 1324 (n. 32).  
 Carmona, A., II: 780 (n. 11).  
 Carnelutti, Francesco, I: 38, 305, 382 (n. 8).  
 Carnevale, Paolo, II: 898, 1291 (n. 20).  
 Carpio Marcos, Edgar, I: xlix, 3 (n. \*), 62,  
 87, 291 (n. 29), 311 (n. 7), 408 (n. 13),  
 420, 427, 465 (n. 4), 582 (n. 42); II:  
 819, 885 y ss., 915 (n. 83), 916 (n. 84  
 y 86), 922 (n. 94), 979, 980 (n. 143),  
 981, 982, 983, 984, 985 (n. 159, 160  
 y 162), 1005 (n. 9), 1021, 1079 (n. 67),  
 1283 (n. \*), 1438 (n. 1), 1442 (n. 6).  
 Carpizo, Jorge, II: 1061 (n. 23), 1074 (n.  
 53), 1088 (n. 79), 1415, 1438, 1439  
 (n. 2), 1440.  
 Carrasco Durán, M., II: 1033 (n. 22).  
 Carrasco Perera, Ángel, I: 471 (n. 11).  
 Carrazza, Roque Antônio, II: 954, 958 (n.  
 84), 979 (n. 137).  
 Carré de Malberg, Raymond, II: 1124.  
 Carrillo, Marc, I: 447, 462.  
 Carrillo Salcedo, Juan Antonio, I: 321,  
 450.  
 Carrión Lugo, Jorge, I: 295 (n. 37), 297,  
 298 (n. 46), 301, 391 (n. 16).  
 Carruitero Lecca, Francisco, I: 418 (n. 2),  
 420, 434.  
 Cartabia, M., II: 797 (n. 28).  
 Cascajo Castro, José Luis, I: 43; II: 1010  
 (n. 16), 1033 (n. 22).  
 Cassese, S., II: 1331 (n. 53).

- Castagno, Antonio, I: 35.
- Castañeda Otsu, Susana Ynes, I: xlix, 87, 291 (n. 29), 311 (n. 7), 322 (n. 32), 400 (n. 2), 408 (n. 13), 412 (n. 17), 507 (n. 12), 521 (n. 10), 559, 635 (n. 35), 677 (n. 5); II: 1001 y ss., 1004 (n. 5), 1005 (n. 8), 1011 (n. 20), 1221 (n. 24), 1228 (n. 39), 1292 (n. 20).
- Castellá, Josep M<sup>a</sup>, II: 788 (n. 21).
- Castillo, Florencio del, I: 727.
- Castillo Armas, Carlos, I: 729.
- Castillo Córdova, Luis, I: 563 y ss., 565 (n. 2), 571 (n. 23), 583 (n. 43), 595 (n. 73); II: 942, 965, 966, 973 (n. 128), 979, 993, 994 (n. 197).
- Castillo Gálvez, Jorge del, I: 290.
- Castro, Juventino V., II: 1070 (n. 45 y 47).
- Cattoni, Marcelo, I: 84.
- Ceccherini, E., II: 1045 (n. 42).
- Celotto, Alfonso, I: 292 (n. 32); II: 898, 1297 (n. 45).
- Centurión Morínigo, Ubaldo, I: li (n. \*).
- Cerri, Augusto, II: 899.
- Cerulli Irelli, V., II: 1326 (n. 37).
- Cervati, A. A., II: 1318 (n. 21).
- Chabersky, S. G., II: 1362 (n. 123).
- Chamorro Balvín, Alcides, I: 290.
- Chanamé Orbe, Raúl, I: xlix.
- Chantebout, B., II: 1325 (n. 32 y 33).
- Chaplin, Charles, I: liii.
- Chase, Samuel, II: 1362 (n. 123).
- Chavero Gazdik, Rafael, II: 1146.
- Chávez Frías, Hugo, II: 1149.
- Chiavario, Mario, I: 287 (n. 14).
- Chimentí, C., II: 1324 (n. 32).
- Chiovenda, Giuseppe, I: 386, 396 (n. 21); II: 1287 (n. 6).
- Chipoco Cáceda, Carlos, I: xlix.
- Chirinos Soto, Enrique, II: 1134, 1135, 1136.
- Chirinos Soto, Francisco, I: 380.
- Chofre Sirvent, José F., I: 116, 121.
- Chunga Chávez, Luis Miguel, II: 1419.
- Churchill, Winston, II: 1264.
- Cianciardo, Juan, I: 571 (n. 22), 572 (n. 25), 580 (n. 37).
- Cicerón, Marco Tulio, II: 1264.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, I: 355 (n. 6), 650, 661 (n. 33); II: 1177 (n. 42).
- Ciurlizza, Javier, II: 913 (n. 80), 1133, 1136.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, I: 324.
- Clavero, Bartolomé, I: 61, 103.
- Cobrerros, E., II: 796 (n. 26).
- Coke, Edward, I: 89, 90, 146, 170, 256.
- Colliard, J. C., II: 1323 (n. 29).
- Colombo Campbell, Juan, I: 85, 742, 743 (n. 1 y 2), 745; II: 1427 (n. 6).
- Comba, M., II: 1330 (n. 50).
- Complack, Krystian, I: 287 (n. 16).
- Concheiro del Río, Jaime, II: 1275.
- Constant, Benjamín, I: 182, 183 (n. 24), 185, 186.
- Contarini, Eugenia, II: 968 (n. 116).
- Contreras Peláez, F., II: 968.
- Coombes, D., II: 1324 (n. 32).
- Corcuera Atienza, Javier, II: 1441 (n. 4).
- Corea Salas, Fernando, II: 1221 (n. 21).
- Cornejo Polar, Antonio, I: 206.
- Corzo Sosa, Edgar, I: 516 (n. 2), 559; II: 777 (n. 4), 1077 (n. 60), 1079 (n. 67 y 69).
- Cossio, Carlos, I: 376.
- Cossío Díaz, José Ramón, I: 77; II: 1060, 1061 (n. 17, 21 y 23), 1063, 1074 (n. 53), 1439 (n. 2), 1440.



- Costanzo, P., II: 1356 (n. 93), 1358 (n. 100), 1360 (n. 112), 1364 (n. 132).
- Cotler, Julio, I: 207.
- Courtis, Christian, I: 115, 121; II: 967 (n. 113 y 114), 968, 969 (n. 122).
- Couture, Eduardo J., I: 43, 65, 256, 384; II: 1401, 1420, 1422, 1423, 1424 (n. 3), 1444.
- Crick, B., II: 1326 (n. 38).
- Crisafulli, Vezio, II: 906 (n. 64), 989 (n. 177), 1031 (n. 14), 1039 (n. 34), 1042 (n. 41), 1288 (n. 10 y 11).
- Crivelli, E., II: 1034 (n. 22).
- Cruz Villalón, Pedro, I: 7 (n. 6); II: 776 (n. 2), 940 (n. 3), 1031 (n. 15), 1036 (n. 27), 1441 (n. 4).
- Cueva Geldres, Carla, I: 399 (n. \*).
- Cueva Mejía, Roxana, I: 658.
- D -**
- D'Alema, Massimo, II: 1351 (n. 78).
- D'Amico, M., II: 1035 (n. 25), 1041 (n. 38).
- D'Orazio, Giustino, II: 1028 (n. 8), 1036 (n. 26), 1041 (n. 38), 1292 (n. 21 y 23).
- D'Ors, Álvaro, I: 74; II: 1212 (n. 2).
- Dahl, Robert A., II: 1321 (n. 25), 1332 (n. 54).
- Dalla Vía, Alberto Ricardo, I: 650, 660 (n. 32), 661 (n. 32).
- Danós Ordóñez, Jorge, I: xlix, 179 (n. 18), 255, 288, 311 (n. 5), 329, 409 (n. 14), 516 (n. 3); II: 912 (n. 79), 1055, 1077 (n. 63), 1093 (n. 7), 1370 (n. 1), 1415.
- Dante Alighieri, II: 1268.
- Dantwitz, II: 831.
- Daranas Peláez, Mariano, II: 945 (n. 24, 25 y 26).
- Darío, Rubén (*Félix Rubén García Sarmiento*), I: 46.
- Davis, Michael H., I: 103.
- Debré, Michel, II: 1317 (n. 20).
- Delgado Guembes, César, I: xlix.
- Delgado Núñez del Arco, José, I: 290.
- Delperee, F., II: 1357 (n. 96).
- Denti, Vittorio, II: 1287 (n. 6).
- Denver, D., II: 1333 (n. 55).
- Desfeuilles, H., II: 1324 (n. 32).
- Devis Echandía, Hernando, I: 294 (n. 34), 296 (n. 39), 298 (n. 45), 393 (n. 19).
- Di Manno, Thierry, I: 116, 121; II: 989 (n. 178 y 179).
- Díaz Muñoz, Óscar, I: xlix, 267 y ss.
- Díaz Portilla, J., I: 462.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, I: 116, 121, 359 (n. 12); II: 818, 863 (n. 35), 865, 1303 (n. 54).
- Díaz Ricci, Sergio, I: 45 y ss., 61, 516 (n. 2), 559; II: 838.
- Dickinson, Georg Brian, II: 1363 (n. 130).
- Donayre Montesinos, Christian, I: 515 y ss., 556 (n. 79), 559.
- Dueñas Ruiz, Óscar José, II: 904 (n. 62).
- Duguit, Léon, II: 1441.
- Dulitzky, Ariel E., II: 1170 (n. 33).
- Dumet Delfín, David M., I: xlix.
- Dunleavy, P., II: 1335 (n. 62).
- Dupuis, G., II: 1293 (n. 25).
- Durán Abarca, Washington, I: xlix.
- Duverger, Maurice, I: 6 (n. 3), 355 (n. 4); II: 1323 (n. 29).
- Dworkin, Ronald, I: 323, 423.

**- E -**

Eastman, Jorge, II: 1116 (n. 14).  
 Eguiguren Praeli, Francisco, I: ii, xlix, 255, 257, 278 (n. 29), 288, 310, 311 (n. 5), 320 (n. 26 y 27), 329, 413 (n. 18), 464 (n. 3), 465 (n. 6), 516 (n. 3), 534 (n. 32), 559, 655, 656 (n. 20), 660; II: 865, 866, 887 (n. 7), 912 (n. 79), 1055, 1076 (n. 59 y 60), 1077 (n. 63), 1132, 1228 (n. 39), 1253 (n. 54), 1415, 1438 (n. 1).  
 Einstein, Albert, II: 1145.  
 Eisenmann, Charles, 166; II: 888.  
 Elia, L., II: 1324 (n. 30).  
 Ely, John Hart, I: 466 (n. 7).  
 Emeri, Claude, II: 889, 1324 (n. 32).  
 Engels, Federico, II: 1418.  
 Escobar Fornos, Iván, I: 86.  
 Espín Templado, Eduardo, II: 777 (n. 5), 1303 (n. 54).  
 Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, I: xlix, 162 (n. 50), 291 (n. 29), 300, 322, 351 y ss., 356 (n. 7), 361 (n. 15), 371 (n. 26), 372 (n. 30), 408 (n. 13), 518 (n. 8), 520 (n. 9), 552 (n. 73), 556 (n. 79), 559, 635 (n. 35), 655, 657 (n. 21), 659 (n. 27), 660, 676 (n. 5), 677 (n. 6), II: 887 (n. 7), 986 (n. 163, 164 y 166), 987, 988 (n. 72), 1250 (n. 42 y 44), 1252 (n. 50), 1370 (n. 1), 1438 (n. 1), 1453 (n. \*).  
 Espinoza Zevallos, Rodolfo José, I: 375 y ss.  
 Esposito, C., II: 1031 (n. 14), 1288 (n. 10).  
 Estrada Pérez, Daniel, II: 1419.  
 Eto Cruz, Gerardo, I: xlix, li (n. \*), 62, 87, 107, 178 (n. 18), 283 y ss., 297 (n. 40), 301 (n. 50); II: 838, 961, 1370 (n. 1), 1377 (n. 16), 1409 y ss., 1438 (n. 1), 1439 (n. 2).

Eunaudi, Luigi, II: 1289 (n. 14).  
 Expósito Gómez, Enriqueta, II: 788 (n. 21), 899 (n. 50), 1066 (n. 5).  
 Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., II: 989 (n. 175).

**- F -**

Fairén Guillén, Víctor, I: 211 (n. 1).  
 Falzea, P., II: 989.  
 Farachio, M., II: 1326 (n. 37).  
 Farías Mata, L. H., II: 769 (n. 10).  
 Farstein, Carolina, II: 968 (n. 116).  
 Faúndez Ledesma, Héctor, I: 215 (n. 8), 520 (n. 9), 523 (n. 14), 539 (n. 42), 543 (n. 51), 560; II: 1110, 1146 (n. 3).  
 Faure, Bertrand, II: 894 (n. 26).  
 Favoreu, Louis, I: 33, 177 (n. 17); II: 816, 885 (n. 1), 887 (n. 9), 888, 889, 890 (n. 18), 891 (n. 19), 894, 901 (n. 55), 1031 (n. 15), 1293 (n. 25), 1399.  
 Fenucci, F., II: 1326 (n. 37).  
 Fernández, Tomás Ramón, I: 181 (n. 21), 182 (n. 22), 361 (n. 14); II: 899 (n. 48), 1275 (n. 1).  
 Fernández Farreres, Germán, II: 897.  
 Fernández Fontenoy, Carlos, I: xlix.  
 Fernández M., Fernando, II: 1198 (n. 67).  
 Fernández Rodríguez, José Julio, I: 286 (n. 12), 359 (n. 12), 645 y ss., 648 (n. 5), 652 (n. 16), 662 (n. 37), 665 (n. 39); II: 818, 825, 886 (n. 3), 940 (n. 5), 944, 948 (n. 39), 951, 992, 1026 (n. 1), 1031 (n. 15), 1442 (n. 6), 1445 (n. 11).  
 Fernández Segado, Francisco, I: li (n. \*), 12 (n. 17), 61, 171, 173 (n. 13), 174, 175, 296 (n. 38), 355 (n. 5), 355 (n.

- 6), 648; II: 802, 804, 889 (n. 14), 942, 944 (n. 21), 945 (n. 27), 948 (n. 38 y 41), 949 (n. 46), 950, 951 (n. 49, 51 y 52), 952, 953 (n. 59), 954 (n. 65 y 67), 955, 956 (n. 73 y 74), 957 (n. 77 y 79), 958 (n. 84 y 85), 959 (n. 86 y 87), 963, 964, 979 (n. 137), 1003 (n. 3), 1010 (n. 17), 1026 (n. 1), 1030 (n. 10), 1032, 1061 (n. 23), 1076 (n. 57), 1122, 1221 (n. 24), 1232 (n. 8), 1416, 1418, 1422 (n. 1), 1442, 1444.
- Fernández Sessarego, Carlos, I: ii, 521 (n. 9), 559, 560.
- Ferrajoli, Luigi, I: 323.
- Ferreira Mendes, Gilmar, II: 957 (n. 79).
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, I: liv, 17 (n. 1), 35 (n. 7), 41, 43, 63 y ss., 85, 86, 106, 121, 122, 286 (n. 10), 287, 288 (n. 19), 516 (n. 1), 560, 646 (n. 2), 655 (n. 17); II: 939 (n. \*), 1032 (n. 16), 1034 (n. 22), 1055 (n. 4), 1056 (n. 6), 1061, 1069 (n. 41), 1079 (n. 67 y 69), 1235 (n. 14), 1292 (n. 20), 1439, 1440.
- Ferrero Costa, Carlos, I: 290; II: 1419.
- Ferrero Costa, Eduardo, II: 1136.
- Ferrero Costa, Raúl, I: xlix.
- Ferrero Rebagliati, Raúl, II: 1414, 1416.
- Fiamma Olivares, Gustavo, II: 1427.
- Figallo Rivadeneyra, Daniel, I: 220 (n. 19).
- Figueruelo Burrieza, Ángela, I: 121; II: 958 (n. 82), 990 (n. 186), 991 (n. 187 y 189).
- Finer, H., II: 1328 (n. 43).
- Fischer, Joschka, II: 1269.
- Fisher, J., II: 1334 (n. 60).
- Fix Fierro, Héctor, II: 1061 (n. 20), 1066 (n. 33), 1447 (n. 13).
- Fix-Zamudio, Héctor, I: li (n. \*), 18, 34, 35 (n. 7), 43, 65, 66, 67, 68, 74, 82, 86, 106, 122, 152, 153, 163, 176, 179 (n. 19 y 20), 256, 284, 287 (n. 17 y 18), 352 (n. 1); II: 963 (n. 99), 1057 (n. 7, 8 y 9), 1058 (n. 10), 1061 (n. 22 y 23), 1066 (n. 34), 1070 (n. 46), 1074 (n. 53), 1291 (n. 20), 1399, 1401, 1404, 1415, 1422, 1423, 1424, 1438, 1439 (n. 2), 1440, 1442, 1443, 1444 (n. 8), 1446 (n. 12), 1458.
- Flauss, Jean François, II: 1265.
- Flores Galindo, Alberto, I: 206 (n. 56).
- Flores Juberías, Carlos, I: 354 (n. 3).
- Flores-Aráoz Esparza, Ántero, I: 290.
- Floridia, Giuseppe, II: 916 (n. 85).
- Foucher, B., II: 1320 (n. 23).
- Foulquier, N., I: 6 (n. 5).
- Frangi, Marc, II: 941 (n. 9).
- Frías, Pedro, II: 1234 (n. 11).
- Friedrich, Carl Joachim, II: 1328 (n. 44).
- Friedrich, Manfred, II: 1325 (n. 33).
- Fromont, M., II: 1031 (n. 15), 1032.
- Frosini, Vittorio, I: 649 (n. 10).
- Fuentes, Manuel Atanasio, I: 189 y ss.
- Fujimori Fujimori, Alberto, I: 289, 316 (n. 20), 320; II: 852, 880, 883, 932, 1122, 1237, 1418.
- Furnish, Dale Beck, I: 172
- Fusaro, C., II: 1309 (n. 3).

- G -

- Gadamer, Hans-Georg, II: 1263.
- Gairaud Brenes, Alfonso, I: 123 y ss.
- Galeotti, Serio, II: 1441 (n. 5).

- Galizia, M., I: 1324 (n. 32).
- Garberi Llobregat, José, I: 214 (n. 5).
- García Belaunde, Domingo, I: li, lii, liii, liv, lv, lvi, 3, 12 (n. 17 y 18), 13, 29, 31, 43, 45, 46, 52, 60, 61, 83, 85, 86, 87, 107, 108, 122, 124, 145, 147 (n. 6), 151, 163, 178 (n. 18), 202 (n. 49), 255, 256, 268, 278 (n. 29), 288, 292 (n. 33), 309 (n. \*), 310, 311 (n. 5), 325, 326 (n. 1 y 3), 3272 (n. 3), 329, 352 (n. 1), 353, 355 (n. 6), 356 (n. 9), 400, 432, 437, 473 (n. 17), 475 (n. 20), 499 (n. 4), 508 (n. 16), 515, 516 (n. 3), 517, 518 (n. 6 y 7), 549 (n. 68), 558, 560, 645, 646, 647, 649, 659, 660, 685, 741; II: 761, 801, 802, 819, 821, 825, 826, 838, 868 (n. 49), 894 (n. 31), 911 (n. 77), 920, 921 (n. 92), 961 (n. 92), 1001, 1003, 1026 (n. 1), 1032 (n. 16 y 17), 1033 (n. 22), 1038 (n. 33), 1053 (n. \*), 1055, 1056 (n. 6), 1061 (n. 23), 1075, 1076 (n. 57 y 60), 1077 (n. 63), 1129, 1130, 1227 (n. 37), 1230, 1231 (n. 2), 1248 (n. 37 y 39), 1261 (n. \*), 1292 (n. 20), 1369, 1372 (n. 6), 1389, 1390, 1391, 1392, 1393, 1395, 1396, 1397, 1398, 1399, 1400, 1401, 1402, 1403, 1404, 1405, 1406, 1407, 1409, 1410, 1411, 1412, 1413, 1414, 1415, 1416, 1417, 1418, 1419, 1420, 1421, 1422, 1423, 1427, 1429, 1430, 1431, 1432, 1433, 1434, 1435, 1437, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442, 1443, 1444, 1445, 1446, 1449, 1450, 1453 y ss., 1457 y ss.
- García Belaunde, José Antonio, II: 1409, 1417.
- García Belaunde, Margarita, II: 1409.
- García Belaunde, María Luz, II: 1409.
- García Belaunde, Mercedes, II: 1409.
- García Belaunde, Víctor Andrés, II: 1409, 1414, 1461 (n. \*).
- García-Belaunde Saldías, Daniela, II: 1461 (n. \*).
- García-Belaunde Saldías, Diego, II: 1461 (n. \*).
- García-Belaunde Saldías, Domingo, II: 1420, 1461 (n. \*).
- García Couso, S., II: 783 (n. 16), 1040 (n. 35).
- García de Enterría, Eduardo, I: ii, 181, 182 (n. 22), 361 (n. 14), 433; II: 776 (n. 3), 778 (n. 7), 1042 (n. 41), 1119, 1273 y ss.
- García Figueroa, Alfonso, I: 434 (n. 23 y 24), 436 (n. 26).
- García Laguardia, Jorge Mario, I: 727, 729; II: 1415, 1439 (n. 2).
- García Marcelo, José, I: 587 (n. 55), 590 (n. 64).
- García Máynez, Eduardo, I: 287, 288 (n. 20).
- García Morelos, Gumercindo, II: 1439.
- García Morillo, Joaquín, II: 1033 (n. 22), 1325 (n. 32).
- García-Pelayo, Manuel, I: 47, 120, 284 (n. 4); II: 776 (n. 3), 1036, 1231, 1415, 1425.
- García Rada, Domingo, I: lii; II: 1389, 1393, 1409, 1413, 1414, 1418, 1434.
- García Rejón y Alcalá, Manuel Crescencio, I: 46, 76.
- García Roca, F. Javier, II: 777 (n. 4), 901.
- García Ruiz, J. L., II: 776 (n. 2).
- García-Sayán Larrabure, Diego, I: xlix, 471 (n. 10), 472 (n. 14); II: 1219 (n. 19), 1418, 1419.
- García Toma, Víctor, I: xlix; II: 959, 960 (n. 88), 962 (n. 95).
- Gardella, Lorenzo A., I: 377 (n. 2).
- Gardino Garli, Adriana, II: 1046 (n. 43).

- Garrido del Toral, Andrés, I: 86.
- Garth, Bryant, I: 158 (n. 40)
- Garzón Valdés, Ernesto, I: 573 (n. 27).
- Gascón Abellán, Marina, I: 314, 315 (n. 11), 433, 434 (n. 23 y 24), 436.
- Gásperi, A. de, II: 1264.
- Gaulle, Charles de, I: liii; II: 893.
- Gavara de Cara, Juan Carlos, I: 570 (n. 16).
- Geck, W., II: 1354 (n. 87).
- Gehrig, N., II: 1323 (n. 29).
- Gelsi Bidart, Adolfo, I: 37, 43, 158 (n. 40).
- Genevois, B., II: 1293 (n. 25).
- Georgel, J., II: 1293 (n. 25).
- Gerlich, P., II: 1324 (n. 32)
- Gianformaggio, L., II: 1300 (n. 50).
- Gicquel, Jean, II: 1293 (n. 25), 1319 (n. 21 y 22).
- Gil Domínguez, Andrés, I: 554 (n. 78), 560.
- Gil Rendón, Raymundo, I: 86.
- Gil-Robles y Gil-Delgado, Álvaro, I: 211 (n. 2).
- Gimeno Sendra, Vicente, I: 214 (n. 5), 304 (n. 60); II: 1033 (n. 22).
- Giocoli Nacci, Paolo, II: 922 (n. 94), 1035 (n. 25), 1041 (n. 38).
- Giorgis, Andrea, I: 287 (n. 14).
- Giscard d'Estaing, Valéry, II: 1269.
- Gladstone, William, II: 1336 (n. 63).
- Gomes Canotilho, José Joaquim, II: 951, 959 (n. 86), 964 (n. 105), 1441 (n. 4).
- Gómez Bernales, Gastón, II: 1427.
- Gómez Colomer, Juan Luis, I: 303 (n. 55).
- Gómez Lara, Cipriano, II: 1074 (n. 54).
- Gómez Puente, Marcos, II: 992.
- Gonçalves Ferreira, Manoel, II: 944.
- Gonçalves Correia, Marcus Orione, I: 85.
- González Mantilla, Gorky, II: 1434.
- González Ojeda, Magdiel, I: xlix; II: 1429 y ss.
- González Posada-Eyzaguirre, Luis, II: 1416, 1419.
- González Beilfuss, Markus, I: 117, 121; II: 886 (n. 3).
- González Garza, Federico, II: 1445 (n. 10).
- González Pérez, Jesús, I: 34, 36, 43, 85; II: 1399, 1442.
- González Rivas, Juan José, II: 1032 (n. 15).
- González Voilo, Lorena, II: 968 (n. 120).
- Gordillo, Agustín, II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, I: liv, 25 y ss., 43, 44, 84, 86, 151, 646 (n. 2).
- Grant, James Allan Clifford, I: 172
- Grasso, G., II: 1358 (n. 100).
- Greppi, Andrea, I: 323 (n. 36).
- Griffith, J. A. G., II: 1335 (n. 62).
- Groppi, Tania, II: 1040 (n. 37), 1303 (n. 53), 1352 (n. 79), 1355 (n. 91), 1363 (n. 128).
- Gros Espiell, Héctor, II: 1215 (n. 12).
- Grottanelli de Santi, G., II: 1324 (n. 32).
- Guardia, Ernesto de la, I: 321.
- Guarneri, Carlos, II: 1448 (n. 15).
- Guasp, Jaime, I: 65.
- Guastavino, Marta, I: 323 (n. 37).
- Guastini, Riccardo, II: 886 (n. 2), 899 (n. 47), 919 (n. 91), 1285, 1289 (n. 12), 1301 (n. 51).
- Gudiño Pelayo, José de Jesús, II: 1062 (n. 25), 1068 (n. 37).
- Guerra, José Guillermo, II: 1427.
- Guerra Filho, Willis Santiago, I: 84.
- Gutiérrez Camacho, Walter, I: xlix.

Guzmán Hernández, Martín Ramón, I: 744 (n. 4), 746 (n. 7), 748.

**- H -**

Häberle, Peter, I: ii, liii 61, 66, 116, 152, 203, 287, 358 (n. 10), 471 (n. 12), 568 (n. 10), 569 (n. 16), 580; II: 802, 808, 838, 1034 (n. 22), 1261, 1292 (n. 20 y 21), 1305 (n. 59), 1310 (n. 6), 1416, 1422, 1440, 1441.

Habermas, Jürgen, II: 1266.

Hakansson Nieto, Carlos, I: xlix; II: 1211 y ss.

Hallstein, W., II: 1264, 1270.

Hamilton, Alexander, I: 171, 445.

Hamon, Francis, II: 893 (n. 25).

Harb, Benjamín Miguel, I: li (n. \*).

Haro, Ricardo, II: 1395 y ss.

Hauriou, André, I: 425.

Hauriou, Maurice, II: 889.

Haya de la Torre, Víctor Raúl, I: 204, 205, 207; II: 1416.

Heineccio, Johannes Gottlieb, I: 185.

Heller, Hermann, I: 115, 209.

Henaó Hedrón, Javier, I: 85.

Hernández Valle, Rubén, I: ii, liv, 30, 31 (n. 1), 44, 85, 286 (n. 10), 443 y ss.; II: 1033 (n. 22), 1038 (n. 33), 1049 (n. 48), 1132, 1303 (n. 52).

Herrera, Bartolomé, I: 185 y s., 190, 191.

Herrera, Carlos Miguel, I: 61, 284 (n. 1).

Herrera García, Alfonso, I: liv; II: 1053 y ss.

Herrera Paulsen, Darío, II: 1443 (n. 7).

Hesse, Konrad, I: 357 (n. 9), 565 (n. 3), 586 (n. 52); II: 819, 940, 1123, 1441.

Heuschling, L., I: 6 (n. 5).

Hinostroza Mingués, Alberto, I: 294 (n. 36), 298 (n. 46).

Hinostroza Pariachi, César: I: 497 y ss.

Hitler, Adolf, II: 818.

Hitters, Juan Carlos, I: 44, 147, 152.

Hobbes, Thomas, I: 189.

Hogg, P. W., II: 1363 (n. 127).

Horn, Hans-Rudolf, I: 62.

Hottelier, Michel, II: 817.

Hoyos, Arturo, II: 886 (n. 5), 1079 (n. 67).

Huerta Guerrero, Luis Alberto, II: 839 y ss., 842 (n. 3).

Humberto I (de Saboya), II: 1198.

Hurtado Pozo, José, II: 1418.

Hussain, Adib, II: 1148.

**- I -**

Iribarne, Héctor Pedro, I: 44.

Iribarne, Rodolfo A., I: 44.

Isensee, Josef, I: 648 (n. 8).

Ísmodes Cairo, Aníbal, I: xlix.

Izascum Basterra, Marcela, I: 650, 660 (n. 32), 661 (n. 32).

**- J -**

Jan, P., II: 1293 (n. 25).

Jaspers, Karl, I: liii.

Jefferson, Thomas, I: 430.

Jellinek, Georg, I: 179, 297 (n. 41), 301; II: 1126, 1268.

Jennings, W. Ivor, II: 1326 (n. 38).

Jessup, I: 118.  
 Jiménez, Eduardo Pablo, I: 44.  
 Jiménez Campo, Javier, II: 777 (n. 4),  
 1035 (n. 24), 1441 (n. 4).  
 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, II: 1116  
 (n. 13).  
 Jiménez Mayor, Juan, I: xlix, 430, 431, 433,  
 437 (n. 27), 438 (n. 28), 439 (n. 29).  
 Johnes, G. W., II: 1335 (n. 62).  
 Johnson, N., II: 1333 (n. 55), 1335 (n. 62).  
 Jonas, Hans, II: 1264.  
 Jones, J. W., II: 1335 (n. 62).  
 Juan Pablo II (*Karol Józef Wojtyła*), I: 419  
 (n. 3).  
 Juan XXIII (*Angelo Giuseppe Roncalli*),  
 I: 419 (n. 3).  
 Julio Estrada, Alexei, II: 1439 (n. 2).  
 Justo López, Mario, II: 1415.

**- K -**

Kägi, Werner, I: 47, 61; II: 1323 (n. 29).  
 Kant, Emmanuel, I: 180; II: 1264, 1266.  
 Kelsen, Hans, I: liii, 7, 26, 32, 45, 51, 61,  
 64, 65, 89, 91, 92, 103, 110, 113, 147,  
 148, 165, 166, 167, 168, 172, 175,  
 177, 256, 268, 284, 352 (n. 1), 355,  
 359, 431; II: 776 (n. 1), 806, 807, 808,  
 810, 1001, 1009, 1049, 1055 (n. 3),  
 1075, 1214, 1216, 1219, 1281, 1289  
 (n. 14), 1355 (n. 90), 1398, 1422,  
 1424, 1426, 1427, 1441, 1445.  
 Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa, II:  
 960.  
 Kersell, J., II: 1324 (n. 32).  
 Khan-Freund, Otto, II: 1312 (n. 15).  
 Kirchheimer, Otto, II: 1426.

Kirchhof, Paul, I: 648 (n. 8).  
 Kirchmann, Julius Hermann von, II: 1309.  
 Klein, Eckart, I: 84.  
 Klestil, Thomas, II: 1355 (n. 91).  
 Kötz, Hein, II: 1312 (n. 15).  
 Krasner, M. A., II: 1362 (n. 123).  
 Kresalja Rosselló, Baldo, I: xlix; II: 1420.  
 Kriele, Martín, II: 1213 (n. 5).  
 Krüger, Herbert, I: 204.  
 Kweitel, Juana, II: 968 (n. 116).

**- L -**

La Roche, Humberto J., II: 768 (n. 19).  
 Lama, Miguel Antonio de la, I: 191.  
 Lamarque, E., II: 1297 (n. 44).  
 Lamartine, Alphonse de, II: 891 (n. 20).  
 Lambert, Edouard, I: 6 (n. 4), 92, 103; II:  
 817, 1441.  
 Landa Arroyo, César, I: xlix, li (n. \*), 62,  
 87, 320 (n. 26), 406 (n. 10), 414 (n.  
 20), 435, 463 y ss., 465 (n. 4), 473 (n.  
 15), 560; II: 867, 868 (n. 48), 887 (n.  
 7), 913 (n. 80), 941 (n. 10), 964, 965  
 (n. 106), 980 (n. 141 y 142), 983, 1013  
 (n. 26), 1017 (n. 31), 1018 (n. 31),  
 1075 (n. 55), 1076, 1077 (n. 62), 1080,  
 1086 (n. 77), 1094, 1100, 1101 (n. 18),  
 1218 (n. 18), 1230, 1261 (n. \*), 1442  
 (n. 6).  
 Larrazábal, Antonio de, I: 727.  
 Laski, Harold, I: 115.  
 Laskin, Bora, II: 1363 (n. 126 y 130).  
 Lassalle, Ferdinand, II: 940 (n. 5).  
 Laubadère, André de, II: 890 (n. 17).  
 Le Mire, Pierre, II: 894.



- Legaz y Lacambra, Luis, I: 147.  
 Legrand, André, I: 211 (n. 2).  
 Leguía, Jorge Guillermo, I: 205.  
 Leibholz, Gerhard, II: 1323 (n. 29), 1324 (n. 32)  
 León XIII (*Vincenzo Gioacchino*), I: 419 (n. 3).  
 Lescano Ancieta, Yonhy, I: 290; II: 1419.  
 Lévy, D., II: 1293 (n. 25).  
 Liet-Veaux, G., II: 816.  
 Linares Benzo, Gustavo, II: 1146 (n. 3).  
 Linares Quintana, Segundo V., II: 1124, 1125 (n. 22), 1381 (n. 28).  
 Lippolis, V., II: 1326 (n. 37).  
 Livingston, Eduardo, I: 728.  
 Loayza Tamayo, Carolina, I: 215 (n. 7).  
 Locke, John, I: 180, 181, 445.  
 Loewenstein, Karl, I: 574; II: 1125, 1127, 1128, 1231, 1426.  
 Lombardi, Giorgio, II: 1026 (n. 1), 1311 (n. 11), 1312 (n. 14).  
 López Aguilar, Juan Fernando, II: 1322 (n. 26).  
 López Calera, Nicolás, II: 1441 (n. 4).  
 López Guerra, Luis, I: 33 (n. 4), 44, 269 (n. 7); II: 1303 (n. 54), 1304 (n. 56), 1325 (n. 35).  
 López López, Ángel, II: 1441 (n. 4).  
 López Pina, Antonio, I: 568 (n. 10); II: 1034 (n. 22).  
 López Ulla, Juan Manuel, II: 777 (n. 4).  
 Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena, II: 897 (n. 38).  
 Lösing, Norbert, I: 75, 104; II: 1442 (n. 6).  
 Luatti, L., II: 1363 (n. 128).  
 Lúcar de la Portilla, Nicolás, I: 658, 682.  
 Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, I: 649 (n. 11).  
 Lucas Verdú, Pablo, I: 167 (n. 4), 173; II: 1322 (n. 26), 1416, 1442 (n. 5).  
 Luchaire, François, II: 894, 1293 (n. 25).  
 Luciani, Massimo, II: 1035 (n. 24), 1041 (n. 38), 1287 (n. 7).  
 Lullio, Raymundo, I: 376.  
 Luna Cervantes, Eduardo, I: 233 (n. 25).  
 Luther, Jorg, II: 891 (n. 19), 1026 (n. 1), 1031 (n. 15), 1303 (n. 53), 1353 (n. 82), 1354 (n. 85 y 87), 1355 (n. 89), 1359 (n. 103), 1360 (n. 110), 1366 (n. 137).  
 Lyon, J., II: 1318 (n. 21).
- M -**
- MacDonald, O., II: 1335 (n. 62).  
 Macera, Pablo, I: 205, 207.  
 Machado Pelloni, Fernando M., I: 84.  
 MacKintosh, J. P., II: 1336 (n. 63).  
 Madison, James, I: 96, 171.  
 Magioncalda, M., II: 1356 (n. 93).  
 Maier, Julio B., II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).  
 Maldonado Aguirre, Alejandro, I: 754, 756 (n. 19).  
 Malfatti, E., I: 15 (n. 21).  
 Manili, Pablo Luis, I: 145 y ss., 150 (n. 16), 155 (n. 29), 163 (n. 53 y 54), 554 (n. 77), 560; II: 888, 889, 896 (n. 35), 911 (n. 78), 1216 (n. 15).  
 Mannino, A., II: 1284 (n. 1), 1324 (n. 32).  
 Manzella, A., II: 1324 (n. 32), 1327 (n. 41).  
 Manzini, Vincenzo, I: 379 (n. 5).  
 Marañón, Gregorio, II: 1396.  
 Maraví Sumar, Milagros, II: 1223 (n. 27).



- Marcos-Sánchez, José, II: 1233 (n. 9).  
 Marías, Julián, I: liii.  
 Mariátegui, José Carlos, I: 204, 205, 206, 207.  
 Márquez Rábago, Sergio R., II: 1060 (n. 15), 1062 (n. 23).  
 Márquez Romero, Raúl, II: 1438 (n. 1).  
 Marsh, N. S., II: 1312 (n. 16).  
 Marshall, John, I: 64, 146, 171, 172, 261; II: 1445.  
 Martín de la Vega, Augusto, II: 1048 (n. 46).  
 Martín-Retortillo, Lorenzo, I: 570 (n. 17).  
 Martínez González, Michel, I: 290.  
 Martínez-Pujalte, Antonio Luis, I: 570 (n. 19), 571 (n. 21), 572 (n. 24), 573 (n. 30), 577 (n. 33), 584 (n. 46), 585 (n. 51).  
 Martini, Carlos Antonio von, I: 376.  
 Masías, Felipe, I: 186 y s.  
 Mata Fernández, Judith de la, I: 290.  
 Maurer, Hartmut, I: 573 (n. 29), 578 (n. 36).  
 Mazza, M., II: 1026 (n. 1), 1032 (n. 15).  
 Mazzoni Honorati, M. L., II: 1284 (n. 1).  
 Medina Guzmán, Elizabeth, II: 1434.  
 Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, I: 741 y ss.  
 Meléndez Sáenz, Jorge M., I: xlix, 479 y ss., 507 (n. 13).  
 Mendieta Cuapio, José Rufino, II: 1439.  
 Merryman, John Henry, I: 270 (n. 10).  
 Mesía Ramírez, Carlos, I: xlix, 165 y ss.  
 Meunier, J., II: 1293 (n. 25), 1317 (n. 19).  
 Mezzanotte, C., II: 1031 (n. 14).  
 Mezzetti, Luca, I: 354 (n. 3); II: 1323 (n. 28), 1329 (n. 49).  
 Mieres Mieres, L. J., II: 791 (n. 23).  
 Milton, John, I: 445.  
 Mirabeau (*Honoré Gabriel Riqueti, Comte de*), I: 445.  
 Miranda, Jorge, II: 944 (n. 23), 946 (n. 32), 949, 948 (n. 38), 951.  
 Miranda, Mónica, I: 158 (n. 40).  
 Mirkine-Guetzevitch, Boris, I: 166; II: 1425, 1426.  
 Miró Quesada Rada, Francisco José, I: xlix; II: 1419, 1438 (n. 1).  
 Missiroli, A., II: 1336 (n. 63).  
 Modesto, Paulo, II: 951 (n. 52), 958 (n. 85).  
 Modugno, Franco, II: 899 (n. 49), 1031 (n. 14).  
 Monaco, A. de, II: 1329 (n. 48).  
 Moncayo, Guillermo R., II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).  
 Monnet, Jean, II: 1264.  
 Monroy Gálvez, Juan, I: xlix, 255, 298 (n. 43 y 46), 303 (n. 56 y 57), 305, 311 (n. 5), 329, 359 (n. 11), 390, 392 (n. 18), 516 (n. 3); II: 1055, 1077 (n. 63), 1405, 1415, 1457.  
 Montealegre Lynett, Eduardo, II: 1178 (n. 44).  
 Montero Aroca, Juan, I: 214 (n. 5), 298, 303; II: 1400.  
 Montero Gibert, José Ramón, II: 1325 (n. 32).  
 Montero Puerto, M., II: 1033 (n. 22).  
 Montesinos Torres, Vladimiro, I: 222.  
 Montesquieu (*Charles Louis de Secondat, Barón de*), I: 174, 184, 195, 445; II: 1264.  
 Montilla Martos, José Antonio, I: 113, 122; II: 1439 (n. 2), 1440, 1441 (n. 4).

Morales Bermúdez, Francisco, II: 1416.  
 Morales, Diego, II: 968 (n. 116).  
 Moreau, J., II: 1293 (n. 25).  
 Morell Ocaña, Luis, II: 1098.  
 Morón Urbina, Juan Carlos, I: xlix; II: 1091 y ss.  
 Morris S. M., William, II: 1433, 1435.  
 Mortati, Costantino, II: 899 (n. 47), 900 (n. 51), 952 (n. 59), 990, 991 (n. 187 y 188), 1031 (n. 14), 1288 (n. 10), 1289 (n. 15), 1323 (n. 29).  
 Moscoso Perea, Carlos, I: xlix.  
 Mosler, H., II: 1168 (n. 28).  
 Muci Borjas, José Antonio, II: 1165 (n. 24).  
 Müller, Friedrich, I: 565 (n. 1).  
 Muñoz Arnau, Juan Andrés, I: 586, 587 (n. 54).

- N -

Napoleón I (*Bonaparte*), I: 181.  
 Naranjo Mesa, Vladimiro, II: 904 (n. 61).  
 Nava Malagón, Pedro Alberto, II: 1069 (n. 41).  
 Nikken, Pedro, II: 967, 1146 (n. 3).  
 Nino, Carlos Santiago, I: 146 (n. 1).  
 Nocilla, D., II: 989.  
 Nogueira Alcalá, Humberto, I: 449, 459, 462; II: 996, 1059 (n. 13), 1111, 1112, 1115, 1116 (n. 12), 1120, 1421.  
 Norris, Robert E., II: 967 (n. 115).  
 Novak, Fabián, II: 1143, 1236 (n. 15 y 16), 1237 (n. 18).  
 Novak, John E., II: 1201 (n. 72).  
 Núñez, Manuel Antonio, II: 1223 (n. 26).  
 Núñez Borja, Humberto, II: 1433, 1435.

- O -

O'Connor, Sandra Day, II: 1362 (n. 120).  
 O'Donnell, Daniel, II: 1112, 1113, 1115.  
 O'Leary, B., II: 1335 (n. 62).  
 Ochoa Cardich, César, I: xlix.  
 Odría, Manuel A., II: 1390.  
 Oestreich, Gerhard, II: 1234 (n. 10).  
 Ojwang, J. B., II: 1312 (n. 16).  
 Olaechea, Manuel Augusto, I: 198, 199.  
 Olano García, Hernán Alejandro, I: liv, 387 (n. 12), 685 y ss.; II: 988 (n. 74), 992 (n. 194), 997 (n. 198).  
 Olavarría, Jorge, II: 1146 (n. 3).  
 Oliva, E., II: 1317 (n. 19).  
 Olivari Ortega, Walter, I: L.  
 Oliveira, Pedro M., I: 199.  
 Oliveira Baracho, José Alfredo de, I: 284 (n. 3).  
 Oliver Araujo, Joan, II: 1033 (n. 22).  
 Olivetti, M., II: 1303 (n. 53).  
 Olivieri, L., II: 1360 (n. 112).  
 Onida, V., II: 1038 (n. 32), 1046 (n. 43).  
 Orbegoso Venegas, Sigifredo, I: L, 657 (n. 22).  
 Ordóñez Maldonado, Alejandro, I: 694.  
 Oré Guardia, Arsenio, I: L, 255, 288, 311 (n. 5), 329, 516 (n. 3); II: 1055, 1077 (n. 63), 1415.  
 Ortecho Villena, Víctor Julio, I: L, 465 (n. 6), 657 (n. 21); II: 923 y ss., 1105.  
 Ortells Ramos, Manuel, I: 298 (n. 47), 303 (n. 55).  
 Ortino, S., II: 1364 (n. 131).  
 Ortiz Mayagoitia, Guillermo, II: 1072 (n. 50).

- Osterling Parodi, Felipe, II: 1419.  
 Osuna Patiño, Néstor, II: 904 (n. 60), 1439 (n. 2).  
 Otárola Peñaranda, Alberto, I: L; II: 1109 y ss., 1131 (n. 30).  
 Otto Pardo, Ignacio de, I: 181 (n. 21), 182 (n. 22), 271 (n. 11), 272 (n. 15), 291 (n. 31), 570 (n. 17), 577 (n. 32), 581 (n. 40).  
 Ovalle Favela, José, II: 1064.

**- P -**

- Pablo VI (*Giovanni Battista Montini*), I: 419 (n. 3).  
 Pace, Alessandro, I: 116, 122; II: 1308 (n. 2), 1343 (n. 71), 1345 (n. 73).  
 Pacheco Gómez, Máximo, I: 418 (n. 3), 420, 422.  
 Pacheco, Toribio, I: 187 y ss., 194.  
 Paine, Thomas, I: 417.  
 Paladin, V. Livio, II: 1028 (n. 7), 1285 (n. 3), 1287 (n. 7), 1288 (n. 12).  
 Palici di Suni Prat, Elisabetta, II: 1330 (n. 50).  
 Palma Encalada, Leny, I: 399 (n. \*), 673 y ss.  
 Palomino Manchego, José F., I: L, li, 62, 86, 87, 107, 123, 283 y ss., 292 (n. 33), 309 (n. \*), 400 (n. 2), 412 (n. 17), 429 (n. 15), 558, 560, 685, 742; II: 838, 941 (n. 8), 949, 950 (n. 47), 1005 (n. 8), 1076 (n. 60), 1215 (n. 12), 1370 (n. 1), 1377 (n. 16), 1412, 1417, 1418, 1419, 1420, 1422 (n. 1), 1437 y ss., 1438 (n. 1), 1439 (n. 2), 1440, 1449 (n. 16 y 17), 1457 y ss., 1461 y ss.  
 Paniagua Corazao, Valentín, I: L, 210, 320, 325 (n. \*); II: 883, 1231, 1389 y ss., 1411, 1418.  
 Panich, Leo, I: 118.  
 Panizza, S.: 15 (n. 21); II: 1292 (n. 22), 1295 (n. 41).  
 Pardo Falcón, Javier, I: 355 (n. 5); II: 779 (n. 9), 889 (n. 15), 892, 894.  
 Pareja Paz-Soldán, José, II: 1414.  
 Parejo Alfonso, Luciano, II: 1165 (n. 24).  
 Parodi, Gianpaolo, II: 1048 (n. 47).  
 Parodi, Jean-Luc, II: 1324 (n. 32).  
 Pasquau Liaño, Miguel, II: 1441 (n. 4).  
 Pasquino, G., II: 1336 (n. 63).  
 Passaglia, Paolo, II: 891 (n. 19), 895 (n. 32), 896 (n. 34).  
 Paz de la Barra, Vladimir, I: L, 658.  
 Paz Soldán, José Gregorio, I: 201.  
 Pease García-Yrigoyen, Henry, II: 1419.  
 Peces-Barba Martínez, Gregorio, I: 419, 420 (n. 5), 454, 462.  
 Pederzoli, Patrizia, II: 1448 (n. 15).  
 Pegoraro, Lucio, I: ii, 31, 44, 62, 292 (n. 33); II: 1026 (n. 1), 1030 (n. 13), 1032 (n. 18), 1034 (n. 23), II: 1283 y ss., 1305 (n. 58), 1317 (n. 19), 1361 (n. 119).  
 Pellet-Lastra, Arturo, I: 445, 462.  
 Pereira Menaut, Antonio-Carlos, II: 1212 (n. 1 y 3), 1214 (n. 10), 1219 (n. 20).  
 Pérez de Acha, Luis, II: 1061 (n. 17).  
 Pérez Luño, Antonio-Enrique, I: 150, 419, 439, 565 (n. 3), 566, 569 (n. 13), 650.  
 Pérez Royo, Javier, I: 417 (n. 1), 424, 425 (n. 12), 426, 427, 429, 440 (n. 30), 449, 462; II: 776 (n. 3), 808, 1303 (n. 54).  
 Pérez Tremps, Pablo, I: 61, 103, 104, 260 (n. 4), 268 (n. 2 y 4), 276 (n. 24), 465

- (n. 5); II: 775 y ss., 777 (n. 6), 782 (n. 15), 788 (n. 20), 791 (n. 22), 796 (n. 25), 797 (n. 28), 802, 897 (n. 39), 1035 (n. 24), 1037 (n. 31), 1304 (n. 55), 1305 (n. 59).
- Perini, M., II: 1286 (n. 4).
- Pesole, L., II: 1351 (n. 78).
- Pestalozza, Christian, II: 957.
- Pestana Uribe, Enrique, I: L, 711 y ss.
- Peters, H., II: 1326 (n. 38).
- Petkoff, Teodoro, II: 1149.
- Pézant, J. L., II: 1317 (n. 19).
- Philip, L., II: 887 (n. 9), 1293 (n. 25).
- Pibernat Domenech, Xavier, II: 1304 (n. 55).
- Picardi, Nicola, II: 991 (n. 188).
- Pieper, S., II: 1354 (n. 87).
- Pierandrei, Franco, II: 1031 (n. 14), 1441 (n. 5).
- Piérola, Nicolás de, II: 1414.
- Piérola y Balta, Nicolás de, I: 215 (n. 7 y 9).
- Pieroth, Bodo, I: 569 (n. 15).
- Pina, Rolando E., II: 953 (n. 60).
- Pinheiro Ferreira, Silvestre, I: 185, 186, 190.
- Piniella Sorli, Juan-Sebastián, II: 914 (n. 81).
- Pinto, Mónica, II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).
- Pinto Acevedo, Mynor, I: 738.
- Pinto Ferreira, Luiz, I: li (n. \*).
- Pío XII (*Eugenio Pacelli*), I: 419 (n. 3).
- Pisapia, Gian Domenico, I: 537 (n. 38).
- Piza Escalante, Rodolfo E., I: 214 (n. 4); II: 1172 (n. 37).
- Pizzetti, F., II: 1040 (n. 35).
- Pizzolo, Calogero, I: 554 (n. 77), 559, 560.
- Pizzorusso, Alessandro, I: ii, 3 y ss., 5 (n. 2), 7 (n. 8), 10 (n. 12 y 13); II: 1027 (n. 3), 1031 (n. 14), II: 1048 (n. 46), 1290 (n. 16), 1291 (n. 19 y 20), 1298 (n. 47 y 48), 1299 (n. 49).
- Podetti, Ramiro, II: 1401.
- Poggi Ernst, L., II: 1359 (n. 103), 1360 (n. 111).
- Ponce de León Armenta, Luis, I: 86.
- Porras Barrenechea, Raúl, I: 205.
- Porras Ramírez, J. M., II: 795 (n. 24).
- Portero Molina, José Antonio, II: 1441 (n. 4), 1445 (n. 9).
- Potter, A., II: 1332 (n. 54).
- Poullain, b., II: 1293 (n. 25).
- Power Manchego-Muñoz, Jorge, I: L.
- Pradera, Javier, I: 449, 462.
- Prado, Gerardo, I: 727 y ss.
- Prado, Javier, I: 196.
- Prado, Mariano, I: 205.
- Prieto Eterra, Ángel, I: 299 (n. 48).
- Prieto Sanchís, Luis, I: 103, 570 (n. 19), 571 (n. 21), 572 (n. 25), 577.
- Priori Posada, Giovanni, II: 1250 (n. 42).
- Puccinelli, Óscar R., I: 607 y ss.
- Pugiotto, Andrea, II: 1047 (n. 45).
- Pulido Quecedo, M., II: 795 (n. 24).
- Punnet, R., II: 1334 (n. 57), 1338 (n. 66).

- Q -

- Quermonne, J. L., II: 1331 (n. 53).
- Quijano R., R., II: 1426 (n. 5).
- Quimper, José María, I: 191, 192 y ss.
- Quintero, César A., I: li (n. \*).
- Quinzio Figueiredo, Jorge, II: 1427.
- Quiroga León, Aníbal, I: L, 43, 62, 178 (n. 18), 256, 352 (n. 1), 355 (n. 5), 414

- (n. 20); II: 828, 1079 (n. 69), 1438 (n. 1), 1439.  
 Quispe Correa, Alfredo, I: L.
- R -**
- Ramelli, Alejandro, II: 908 (n. 69).  
 Ramírez, Manuel, II: 1325 (n. 32)  
 Ramiro Chávez-López, Dany, I: L.  
 Ramos Méndez, Francisco, I: 306 (n. 63).  
 Ramos Núñez, Carlos, II: 1434.  
 Rasson Roland, A., II: 1357 (n. 96).  
 Rausch, H., II: 1323 (n. 28), 1329 (n. 46).  
 Raveraira, Margherita, II: 916 (n. 84).  
 Rawls, John, II: 1264.  
 Recaséns Siches, Luis, II: 1438.  
 Recchia, G., II: 1326 (n. 37).  
 Redlich, J., II: 1343 (n. 70).  
 Remotti Carbonell, José Carlos, I: L, 429 (n. 15); II: 1215 (n. 12), 1228 (n. 39), 1449 (n. 17).  
 Renoux, T., II: 1293 (n. 25).  
 Reposo, A., II: 1359 (n. 103).  
 Requejo Pagés, Juan Luis, II: 777 (n. 4 y 5), 779 (n. 9), 782 (n. 15), 792 (n. 23), 900.  
 Requejo Rodríguez, Paloma, II: 897 (n. 37), 902, 903 (n. 58 y 59).  
 Rescigno, Francesca, II: 1303 (n. 53).  
 Rescigno, Giuseppe Ugo, II: 1324 (n. 31).  
 Restrepo Piedrahita, Carlos, II: 1438.  
 Revenga Sánchez, Miguel, I: 89 y ss.  
 Revoredo Marsano de Mur, Delia, I: 262; II: 882, 1419.  
 Rey Cantor, Ernesto, I: 35, 44, 85; II: 1423 (n. 2).  
 Rey Terry, Guillermo, I: 262; II: 882.  
 Reyven, J., I: 61.  
 Ribas Maura, A., II: 777 (n. 4).  
 Rinella, Angelo, I: 292 (n. 33); II: 1307 y ss., 1310 (n. 7).  
 Ríos, Fernando de los, I: 297 (n. 41).  
 Risso Ferrand, Martín J., II: 947 (n. 36 y 37).  
 Rivas, Adolfo Armando, I: 84; II: 1369 y ss., 1380 (n. 25).  
 Rivas Cifuentes, Benjamín, I: L.  
 Rivera Santiváñez, José Antonio, I: 659, 661 (n. 34).  
 Rocco, Ugo, I: 388.  
 Rodríguez Domínguez, Elvito A., I: 35, 44, 87.  
 Rodríguez Robles, Sebastián, II: 887 (n. 5).  
 Rodríguez Rodríguez, Simón, I: 687.  
 Rojas Chaves, Magda Inés, II: 946 (n. 31), 957 (n. 78).  
 Roldán, Alcibiades, II: 1427.  
 Rolla, Giancarlo, I: ii, liv, 456, 462; II: 1025 y ss., 1026 (n. 2), 1028 (n. 6), 1030 (n. 12), 1038 (n. 32), 1042 (n. 40), 1045 (n. 42), 1046 (n. 44).  
 Romboli, Roberto, I: 15 (n. 21); II: 891 (n. 19), 990 (n. 181 y 182), 1026 (n. 1), 1031 (n. 15), 1035 (n. 24), 1041 (n. 38), 1041 (n. 39), 1287 (n. 5), 1290 (n. 17), 1291 (n. 19 y 20), 1292 (n. 21 y 22), 1299 (n. 49), 1303 (n. 53), 1359 (n. 103).  
 Romero, Emilio, I: 205.  
 Roques, X., II: 1317 (n. 19).  
 Rosabal de Roth, Ana Lorena, II: 1225 (n. 30).  
 Rosas, Roberto, I: 85.  
 Rossi, Julieta, II: 968 (n. 116).  
 Rotunda, Ronald D., II: 1201 (n. 72).

- Rousseau, Dominique, II: 886 (n. 3), 1031 (n. 15), 1293 (n. 25).
- Rousseau, Jean-Jaques, I: 172, 189.
- Roussillon, H., II: 1293 (n. 25).
- Rovira Viñas, Antonio, I: 213 (n. 3).
- Rubio Correa, Marcial, I: L, 210 (n. 63), 291 (n. 30); II: 1012, 1121, 1133, 1143.
- Rubio Llorente, Francisco, I: 104, 109, 110, 111, 112, 113, 122, 276 (n. 26), 420, 435; II: 777 (n. 4), 784 (n. 17), 887 (n. 6), 901, 902 (n. 56), 1032, 1036 (n. 29), 1202 (n. 77), 1303 (n. 54), 1425, 1426.
- Ruggeri, Antonio, II: 898 (n. 46), 899 (n. 46), 1289 (n. 12), 1290 (n. 17), 1292 (n. 23), 1299 (n. 49), 1300 (n. 50).
- Ruiz de Azua, Miguel Ángel, II: 1448 (n. 15).
- Ruiz Lapeña, Rosa, II: 776 (n. 2).
- Ruiz Manero, Juan, II: 1427 (n. 6).
- Ruiz Miguel, Carlos, I: 637 y ss.; II: 944 (n. 20), 1166 (n. 25), 1442 (n. 6).
- Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, II: 1304 (n. 56).
- Russel, P. H., II: 1363 (n. 124).
- Russell, Bertrand, I: liii.
- Ryle, M., II: 1335 (n. 62).
- Sáenz Dávalos, Luis, I: L, 62, 87, 291 (n. 29), 399 y ss., 408 (n. 13); II: 967 (n. 111), 970, 976 (n. 129), 1010 (n. 19).
- Sáenz Peña, Roque, II: 1417.
- Sagüés, María Sofía, II: 939 y ss., 977 (n. 131).
- Sagüés, Néstor Pedro, I: ii, li (n. \*), liv, 17 y ss., 19 (n. 4), 35, 44, 84, 129 (n. 4), 147, 150, 152, 153, 159, 162, 166 (n. 2), 285 (n. 8), 287 (n. 19), 357 (n. 9), 358 (n. 9), 429, 438, 439, 464 (n. 2), 473 (n. 15 y 16), 474 (n. 19), 506, 516 (n. 1), 560, 660, 661, 677, 678; II: 802, 823, 838, 880 (n. 61), 940 (n. 4 y 7), 946 (n. 30), 949, 954, 955 (n. 69 y 70), 960 (n. 89), 962, 990, 1055 (n. 4), 1247 (n. 34 y 35), 1249, 1251, 1416, 1422, 1423 (n. 2), 1442, 1447 (n. 13).
- Sáid, Alberto, II: 1070 (n. 45).
- Saitta, A., II: 1292 (n. 23).
- Saiz Arnaiz, A., II: 783 (n. 16), 797 (n. 28).
- Salas y Cortés, Ramón de, I: 184 y s.
- Salgado Pesantes, Hernán, I: 103.
- Salhuana Cavides, Eduardo, I: 290.
- Salinas, Sofía, II: 839 (n. \*).
- Salmón, Elizabeth, II: 1236 (n. 15 y 16), 1237 (n. 18).
- San Martín, José de, I: 209; II: 1131, 1417.
- San Martín Castro, César, I: 534 (n. 33), 535 (n. 35), 537 (n. 38), 561.
- Sánchez Cordero Dávila de García Villegas, Olga, II: 1062 (n. 23 y 24), 1067 (n. 35).
- Sánchez Morón, M., II: 1033 (n. 22).
- Sánchez Navarro, A. J., II: 1331 (n. 52).
- Sánchez Viamonte, Carlos, II: 1371 (n. 2).
- Sánchez, Luis Alberto, I: liii, 205, 206, 207.

- S -

- Saavedra Gallo, P., II: 777 (n. 4).
- Saavedra Mesones Cruz, Gerardo, I: 290.
- Saavedra, Modesto, II: 1441 (n. 4).
- Sacco, Rodolfo, II: 1310 (n. 8), 1311 (n. 10 y 12), 1312 (n. 14).
- Sáchica, Luis Carlos, I: 355 (n. 6).

- Sánchez-Palacios Paiva, Manuel, II: 1419.
- Sandulli, Aldo M., II: 1031 (n. 14), 1035 (n. 24 y 25), 1288 (n. 10).
- Santa María Calderón, Luis, I: 290.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso, I: 566 (n. 7); II: 1098.
- Santaolalla López, Fernando, II: 992, 1326 (n. 37).
- Santisteban de Noriega, Jorge, I: 213 (n. 3).
- Santo, Víctor de, I: 378.
- Saucedo, Kathia, I: 220 (n. 18).
- Savigny, Friedrich Carl von, II: 1266.
- Scaffardi, L., II: 1364 (n. 132), 1365 (n. 135).
- Scheuner, U., II: 1323 (n. 29).
- Schiffirin, Leopoldo, II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).
- Schleiermacher, Friedrich, II: 1263.
- Schmitt, Carl, I: 26, 64, 147, 148, 167, 183 (n. 24), 256, 284; II: 818, 830, 899, 940 (n. 2), 1058, 1059, 1129, 1130 (n. 28), 1323 (n. 29), 1441.
- Schmitt Glaeser, Walter, I: 648.
- Schmitter, Philippe C., I: 118.
- Schneider, Hans-Peter, II: 989 (n. 175), 991 (n. 189), 1322 (n. 26).
- Schreuer, C. H., II: 1168 (n. 28).
- Schumann, R., II: 1264.
- Schwarze, Jürgen, II: 1265.
- Scialoja, A., II: 1290 (n. 16).
- Semino, Miguel Ángel, I: li (n. \*).
- Sentís Melendo, Santiago, I: 43, 306 (n. 62).
- Seoane Corrales, Manuel, I: 205.
- Sequeiros Vargas, Iván, I: L.
- Serna, Pedro, I: 577 (n. 32), 582 (n. 41), 585 (n. 49), 586 (n. 53).
- Serna de la Garza, José María, II: 1070 (n. 43).
- Serra, María Mercedes, I: 61, 84; II: 1422.
- Serra Cristóbal, Rosario, I: 104.
- Serrano, Jorge Antonio, I: 262.
- Shelton, Dinah, II: 967 (n. 115).
- Sicardi, S., II: 1322 (n. 26), 1323 (n. 29), 1325 (n. 34), 1327 (n. 40), 1340 (n. 67), 1343 (n. 69), 1348 (n. 74).
- Siclari, Massimo, II: 922 (n. 24).
- Sierra Porto, Humberto, II: 1439 (n. 2).
- Sieyès, Emmanuel Joseph, I: 5, 6, 46; II: 900 (n. 51).
- Silva, José Afonso da, I: li (n. \*), 284 (n. 3); II: 1438.
- Silva Bascuñán, Alejandro, II: 1427.
- Simon, Helmut, I: 120, 122.
- Smend, Rudolf, II: 1266.
- Soberanes Fernández, José Luis, II: 1447 (n. 13).
- Sobral Fernández, Jorge, I: 299 (n. 48).
- Solar Rojas, Francisco José del, I: xlix; II: 1413 y ss., 1419.
- Solf y Muro, Alfredo, I: 198, 199, 200.
- Sommerman, Karl Peter, II: 1234 (n. 10).
- Soria Luján, Daniel, II: 1231.
- Soriano, Ramón, I: 521 (n. 10).
- Sorrentino, Federico, II: 916 (n. 85).
- Soza Mesta, Hugo, I: 418 (n. 2), 420 (n. 7).
- Soto Vallenás, Gastón, I: L.
- Souza Calle, Martha, I: 179 (n. 18); II: 912 (n. 79).
- Spadaro, Antonino, II: 898 (n. 46), 899 (n. 46), 900 (n. 51), 1291 (n. 18).
- Spagna Musso, Enrico, II: 1446 (n. 12).
- Specchia, C., II: 1284 (n. 1).
- Stein, Ekkehart, I: 445, 462; II: 1312 (n. 15).
- Stein, Torsten, I: 430, 432, 433.
- Stern, Klaus, I: 565 (n. 4), II: 817.

Stone, Harlan Fiske, II: 819.  
Szabo, Imre, II: 1114.

- T -

Tajadura Tejada, Javier, I: 105 y ss., 288 (n. 19), 327 (n. 4); II: 818, 894 (n. 21).  
Tamayo, Sergio, II: 839 (n. \*).  
Tamayo y Salmorán, Rolando, I: 61, 147 (n. 6).  
Tarchi, R., II: 1026 (n. 1), 1031 (n. 15), 1303 (n. 53), 1359 (n. 103).  
Tobo Rodríguez, Javier, II: 904 (n. 60).  
Toledo Manrique, Alejandro, I: 320, 353 (n. 2); II: 1419, 1420.  
Toledo Toribio, Omar, I: L.  
Toller, Fernando, I: 577 (n. 32), 586 (n. 53).  
Tomás de Aquino (*Santo*), I: 169, 376, 419 (n. 3).  
Tomás y Valiente, Francisco, I: 122, 267 (n. 1), 360 (n. 13); II: 900 (n. 53), 957, 958 (n. 81 y 82).  
Tomasevski, K., II: 968 (n. 120).  
Torreblanca Lazo, Gabriel, II: 1433.  
Torres del Moral, Antonio, I: 115, 116, 122, 327 (n. 4), 581 (n. 39).  
Torres Pérez, Mercedes, I: 354 (n. 3).  
Torres Vásquez, Aníbal, I: 302 (n. 54); II: 1419.  
Torres y Torres Lara, Carlos, I: 204.  
Tosi, S., II: 1284 (n. 1).  
Touchard, Jean, I: 168.  
Tovar Gil, Javier, II: 1135 (n. 37).  
Tovar Gil, María del Carmen, II: 1135 (n. 37).

Townsend Ezcurra, Andrés, I: 204, 205 (n. 53), 208, 209 (n. 60).  
Travieso, Juan A., II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32).  
Trazegnies Granda, Fernando de, I: 191 (n. 42); II: 1093 (n. 7).  
Treves, G., II: 1291 (n. 19), 1448.  
Trieipel, Heinrich, II: 1111.  
Trocker, Nicolo, I: 542.  
Tropper, Michel, II: 892 (n. 22), 893 (n. 25).  
Tunc, A., II: 1363 (n. 126).  
Túpac Amaru (*José Gabriel Condorcanqui*), I: 209.  
Tupayachi Sotomayor, Jhonny, I: L, 255 y ss.  
Turner, J., II: 1336 (n. 63).  
Turpin, D., II: 1293 (n. 25).

- U -

Uchuya Carrasco, Humberto, I: L, 417 y ss.  
Ugaz Sánchez Moreno, José, I: 466 (n. 6); II: 866 (n. 44).  
Ullswatter, W., II: 1334 (n. 57).  
Uprimny Yepes, Rodrigo, II: 907 (n. 67).  
Urías, J., II: 792 (n. 23).  
Urrego Ortiz, Franky, I: 686, 695, 698, 702.

- V -

Valadés, Diego, I: ii, 287 (n. 17); II: 1438, 1439 (n. 2), 1440.  
Valdivia Cano, Ramiro de, I: L; II: 1433 y ss.  
Valega García, César, I: L.



- Valencia Carmona, Salvador, II: 1061 (n. 22), 1066 (n. 34), 1446 (n. 12).  
 Vallejo, César, I: 205.  
 Valle-Riestra González-Olaechea, Javier, I: 528 (n. 19), 561; II: 918 (n. 89), 1419.  
 Van Dunné, J. M., II: 1312 (n. 16).  
 Van Hoof, G., II: 968.  
 Vanossi, Jorge Reinaldo, II: 1166 (n. 26), 1170 (n. 32), 1438.  
 Vargas, Guillermo, I: 471 (n. 10).  
 Vásquez Sotelo, José Luis, I: 377.  
 Vascones Vega, Ricardo, II: 1418.  
 Vecchio, Giorgio del, I: liii.  
 Vedel, Georges, II: 816, 1324 (n. 32).  
 Vega García, Pedro de, I: 106, 107, 118, 121, 149 (n. 13); II: 817, 940 (n. 2), 1438, 1440 (n. 4).  
 Vega Gómez, Juan, I: 516 (n. 2), 559; II: 1077 (n. 60), 1079 (n. 67 y 69).  
 Vega Hernández, Rodolfo, I: 86.  
 Velasco, Ignacio, II: 1152.  
 Velasco Alvarado, Juan, II: 1414, 1433.  
 Velásquez Ramírez, Ricardo, I: L.  
 Velásquez Turbay, Camilo, I: 688.  
 Verdi, Giuseppe, II: 1268.  
 Verdugo Marinovic, Mario, II: 1427.  
 Verdussen, M., II: 1026 (n. 1), 1032 (n. 15).  
 Vergara Cortés, Rodrigo, II: 904 (n. 63).  
 Vergottini, Giuseppe de, I: li (n. \*), liii; II: 1311 (n. 9), 1312 (n. 16), 1322 (n. 26 y 27), 1323 (n. 28 y 29), 1325 (n. 33), 1326 (n. 37), 1327 (n. 40), 1328 (n. 43, 45 y 46), 1335 (n. 61 y 62), 1336 (n. 63), 1337 (n. 64), 1338 (n. 66), 1343 (n. 70), 1446 (n. 12).  
 Vernengo, Roberto José, II: 1427 (n. 6).  
 Véscovi, Enrique, I: 397.  
 Vidal Herrera, Antonio Ketin, I: 217.  
 Vidal Marín, T., I: 454, 462.  
 Vila, Cynthia, II: 839 (n. \*).  
 Vilcapoma Ignacio, Miguel, I: L; II: 1438 (n. 1).  
 Villacampa, Vicente, I: 33 (n. 5).  
 Villamil Portilla, Edgardo, I: 693, 694.  
 Villán Durán, Carlos, II: 1109, 1110.  
 Villanueva Flores, Rocío, I: 232 (n. 24).  
 Villarán, Manuel Vicente, I: 196, 200, 202; II: 1390, 1414.  
 Villari, Salvatore, II: 1441 (n. 5).  
 Villaverde Menéndez, I., II: 777 (n. 4).  
 Villone, M., II: 1326 (n. 37).  
 Vírgala Foruria, Eduardo, II: 780 (n. 12).  
 Viver i Pi Sunyer, C., II: 787 (n. 19), 1033 (n. 22).  
 Vizioli, N., II: 1355 (n. 91), 1356 (n. 93), 1358 (n. 102).  
 Volpe, Giuseppe, I: 103.  
 Voltaire (*François Maire Arouet*), I: 306.  
 Von Beyme, K., II: 1327 (n. 42).  
 Vulpios, A., II: 1326 (n. 38).

- W -

- Watson, Alan, II: 1310 (n. 8), 1312 (n. 15).  
 Weber, Albrecht, I: 62.  
 Weber, Max, I: 22.  
 Wechsler, H., I: 357 (n. 9).

Wessel, II: 952.

Wilson, Woodrow, II: 1445.

Winetrobe, B. K., II: 1334 (n. 60).

Witte, B. de, II: 797 (n. 28).

Wittmayer, L., II: 1323 (n. 29).

Wolff, Christian, I: 375 y ss.

**- Y -**

Young, Nelson J., II: 1201 (n. 72).

**- Z -**

Zagrebelsky, Gustavo, I: 26, 33, 34, 66, 86, 104, 361 (n. 13), 420; II: 886 (n. 4), 899 (n. 47), 900 (n. 51), 906 (n. 65), 919 (n. 90), 1031 (n. 14), 1040 (n. 35), 1047 (n. 45), 1285 (n. 3), 1289 (n. 13), 1298 (n. 46).

Zelada Bartra, Jaime, I: L.

Zúñiga Urbina, Francisco, II: 1421 y ss.

Zweigert, Konrad, II: 1312 (n. 15).

JOSÉ FRANCISCO MANCHEGO

## ÍNDICE DE MATERIAS

### - A -

**Acción**, I: 39 y s.

**Acción de Cumplimiento** (v. *Proceso [s] de Cumplimiento*).

**Acción de Inconstitucionalidad** (v. *Proceso [s] de Inconstitucionalidad*).

**Acción de teoría general del proceso** (en el proceso constitucional mexicano), I: 69, 78.

**Acción Popular** (v. *Proceso [s] de Acción Popular*)

**Adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales**, I: 304 y ss., 392 y s.

**Amicus curiae (Intervención como)**, I: 214 y s., 221.

**Amparo (Proceso de)**

— contra Amparos y procedimientos contra fueros jurisdiccionales especiales, I: 720 y ss.

— en Ecuador, I: 98 y s.

— es un medio de protección, I: 746 y s.

— es un proceso constitucional, I: 745.

— es un proceso especial por razón jurídico-material, I: 745.

— es un proceso judicial, I: 744 y s.

— presentado por un paciente con VIH-SIDA, I: 233.

Autocuestión y —, II: 791 y ss.

Competencia judicial en el proceso de —, I: 403 y s.

Contenido constitucional de los derechos como objeto del proceso de —, I: 563 y ss.

Control de Inconstitucionalidad por Omisión y —, II: 966 y ss.

Demanda de —, I: 753 y s.

Intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de —, I: 228 y ss.

Juicio de — mexicano, I: 66 y ss., 76 y ss.

Principios de procedibilidad

Principio de agravio personal y directo, I: 751 y ss.

Principio de definitividad procesal, I: 749 y ss.

Principio de oportunidad en la presentación de la acción, I: 748 y s.

Reglas contenidas en el Código Procesal Constitucional sobre —, I: 619 y ss.

Regulación constitucional del —, I: 742 y ss.

Tutela judicial por medio del —, I: 754 y ss.

**Aplicación supletoria**, I: 321 y s.

**Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional**, I: 73.

**Autocuestión (es)**

— de inconstitucionalidad, II: 791.

- y conflicto en defensa de la autonomía local, II: 795.
- y Recurso de Amparo, II: 791 y ss.

## - B -

**Bloque constitucional**, II: 902 y ss.

**Bloque de constitucionalidad**

- «de la» Corte Constitucional colombiana, II: 904 y ss.
- en el Perú, II: 910 y ss., 921 y s.
- en España, II: 896 y ss.
- Antecedentes del *bloc de constitutionnalité*, II: 889 y ss.
- Bloque constitucional y —, II: 902 y ss.
- Código Procesal Constitucional y —, II: 921 y s.
- Contenido, II: 890 y ss., 913 y ss.
- Control de validez de las fuentes primarias y —, II: 918 y ss.
- El caso francés, II: 887 y ss.
- Función procesal, II: 894 y ss.
- Generalidades, II: 885 y ss.
- Origen de la expresión, II: 887 y ss.
- Status de las normas que forman parte del — en el sistema de fuentes del Derecho, II: 917 y ss.
- Tratados de derechos humanos y —, II: 1216.

*Bundesverfassungsgericht*, I: 12.

## - C -

**Celeridad (como carácter del proceso constitucional)**, I: 57.

**Censura judicial previa**

- Establecimiento de la —, II: 1178 y ss.

- Inexistencia de la —, I: 451 y s.

*Certiorari*, I: 65.

**Cláusula de conciencia**, I: 447 y s.

**Codificación**

- del proceso constitucional, I: 17 y ss.
- Destino de la —, I: 22 y s.
- La — y sus mercados, I: 21 y s.
- Mérito de la —, I: 22.
- Topes de la —, I: 20 y s.

**Código Procesal Constitucional de Tucumán**, I: 45 (n.), 47, 52, 53, 161, 285, 516.

**Código Procesal Constitucional del Perú**

- y tutela de la supremacía constitucional, I: 351 y ss.
- ¿Es el — un buen reflejo de las tendencias y una respuesta eficaz a los desafíos hoy existentes sobre el particular?, I: 368 y ss.
- Bloque de constitucionalidad y —, II: 921 y ss.
- Comentario al artículo III del Título Preliminar, I: 375 y ss.
- Condiciones para su adecuada implementación y debido funcionamiento, I: 348 y s.
- Contenido, I: 3, 263 y ss., 311 y ss.
- Control de Inconstitucionalidad por Omisión y —, II: 964 y ss.
- Control de normas y —, II: 923 y ss.
- Crítica del concepto de los *derechos de la comunicación* del —, I: 639 y ss.
- Deberes del Juez en el —, I: 292 y s.
- Debido proceso en el —, I: 711 y ss.
- El primer Código Procesal Constitucional del mundo, I: 283 y ss.
- Especial relevancia, I: 516 y s.

- Estructura sistemática, I: 55.
- Evolución de los derechos constitucionales y el nuevo —, I: 255 y ss.
- Gestación, significado e importancia, I: 326 y ss.
- Hábeas Corpus en el nuevo —, I: 463 y ss., 497 y ss., 515 y ss., 517 y ss.
- Interpretación de los derechos constitucionales en el —, I: 125 y ss.
- Iter* legislativo del —, I: 288 y ss.
- Etapas de la iniciativa académica, I: 288 y ss.
- Etapas de la iniciativa legislativa multipartidaria, I: 290 y s.
- Labor interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional en el —, I: 309 y ss.
- Lógica de su desarrollo temático y su esquema, I: 331 y ss.
- Notas preliminares al —, I: 325 y ss.
- Órganos competentes en el modelo de jurisdicción constitucional desarrollado por el —, I: 399 y ss.
- Principales innovaciones, I: 334 y ss.
- Principios procesales específicos del —, I: 375 y ss.
- Principios procesales que rigen el —, I: 291 y ss.
- Procesos compartidos, I: 401 y ss.
- Significación jurídica, I: 47 y ss.
- Significación política, I: 46 y s.
- Significación sistemática, I: 49 y ss.
- Significación técnica, I: 48 y s.
- Sistema peruano, I: 51 y ss.
- Título preliminar, I: 291, 375 y ss.
- Trascendencia y valor del —, I: 45.
- Tutela procesal efectiva en el —, I: 711 y ss.
- Un hito en la historia legislativa de América Latina, I: 283 y ss.
- Ventajas, I: 59 y s.
- Competencia**
- del Poder Judicial en el ejercicio del control difuso, I: 412 y ss.
  - del Tribunal Constitucional en el ejercicio del control difuso, I: 412 y ss.
  - del Tribunal Constitucional en el Proceso Competencial, I: 410 y s.
  - del Tribunal Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes, I: 410.
  - del Tribunal Constitucional en los procesos constitucionales de la libertad, I: 405 y s.
  - judicial en el proceso de Acción Popular—, I: 408 y ss.
  - judicial en el Proceso de Amparo, I: 403 y s.
  - judicial en el Proceso de Cumplimiento, I: 404 y s.
  - judicial en el Proceso de Hábeas Corpus, I: 401 y ss.
  - judicial en el Proceso de Hábeas Data, I: 404 y s.
- Conflictos de — o de atribuciones, II: 935 y ss.
- Conflictos de —: su conceptualización, II: 935.
- Competencial** (v. *Proceso Competencial*).
- Concordancia práctica (Principio de)**, I: 431 y s.
- Condena de costos y costas**, I: 307 y s.
- Conducta procesal (Principio de)**, I: 396 y ss.
- Conformidad funcional (Principio de)**, I: 432.
- Conseil Constitutionnel*, I: 6.

**Constitución**

- Control de la validez de la legislación anterior a la —, II: 1041 y ss.
- Defensa jurídica de la —, I: 63 y ss.
- Defensa jurisdiccional de la —, I: 174 y s.
- Defensa política de la —, I: 173 y s.
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos y —, II: 1122 y ss., 1211 y ss.
- Derechos fundamentales y —, II: 1124 y ss.
- «Guardián de la —», I: 49 y ss.
- Jerarquía de los tratados en la —, I: 132 y ss.; II: 1118 y ss., 1215 y ss.
- Principio de interpretación conforme a la —, I: 433 y ss.
- Principio de la inmediatez de la —, I: 436 y s.
- Principio de normatividad de la —, I: 575 y s.
- Principio de unidad de la —, I: 431, 575.
- Sistemas de defensa de la —, I: 173 y ss.

**Constitución española**, I: 567 y ss.

**Control concreto de constitucionalidad**, I: 111.

**Control de constitucionalidad**

- concentrado de actos administrativos, II: 762 y ss.
- concentrado de las leyes, II: 762 y ss.
- de la ley, I: 167 y ss., 258 y ss., 923 y ss.
- Antecedentes y orígenes, 167 y ss., 195 y ss., 255 y ss.
- En el Perú, 195 y ss.
- El Tribunal Constitucional frente al — de las leyes, I: 258 y ss.
- Modelo de — adoptado en el Perú, I: 310 y s.

Objeto del —, II: 764 y ss.

Peculiaridad del — en vía incidental, II: 1034 y ss.

Sistemas de —, II: 1397 y ss.

Vía incidental y —, II: 1025 y ss., 1034 y ss.

**Control de Inconstitucionalidad por omisión**

Conceptualización del objeto de —, II: 948 y ss.

Efectos del control de constitucionalidad, II: 957 y ss.

Jurisdicción constitucional de las libertades y —: II: 965 y ss.

Mandatos de ejecución, II: 962 y ss.

Paradoja de la vigencia de los textos constitucionales, II: 939 y ss.

Parámetros de las garantías de —, II: 945 y ss.

Pautas relativas a la ejecución de sentencias: II: 986 y s.

Proceso Competencial y —: II: 987 y s.

Proceso de Amparo y —: II: 966 y ss.

Proceso de Cumplimiento y —: II: 978 y ss.

Recepción normativa en el Código Procesal Constitucional, II: 939 y ss., 964 y ss.

Sentencias aditivas o constructivas y sentencias exhortativas: II: 988 y ss.

Sujetos pasivos del control, II: 953 y ss.

Sujetos titulares de legitimación activa, II: 955 y ss.

Vías jurisprudenciales, II: 988 y ss.

**Control de normas**

— infralegales en el Perú, II: 1002 y ss.

Código Procesal Constitucional y —, II: 923 y ss.

Disposiciones generales, II: 924 y ss.

V. t. *Proceso Competencial; Proceso [s] de Acción Popular; Proceso [s] de Inconstitucionalidad.*

**Control difuso**, I: 412 y ss.

**Controversia constitucional** (v. *Proceso de controversia constitucional [en México]*).

**Corresponsabilidad** (Principio de), I: 422.

**Corte Constitucional (italiana)**, II: 1283 y ss., 1307 y ss.

**Corte Interamericana de Derechos Humanos**, II: 1222 y ss., 1224 y ss.

**Costas y costos procesales**, I: 307 y s.

**Cuestión de inconstitucionalidad**, I: 111.

**Cuestión de inconstitucionalidad (en el derecho español).**

Aplicabilidad y la relevancia, II: 783 y s.

Autocuestión y conflicto en defensa de la autonomía local, II: 795.

Autocuestión y Recurso de Amparo, II: 791 y ss.

Autocuestiones de inconstitucionalidad, II: 791.

Características generales, II: 775 y ss.

El juicio *a quo*, II: 779.

El juicio de constitucionalidad propiamente dicho, II: 790 y s.

Fundamentación, II: 784 y s.

Las normas objeto de control, II: 779 y ss.

Potestades de control sobre el planteamiento de la cuestión, II: 788 y ss.

Procedimiento, II: 785 y ss.

¿Quién puede plantear la cuestión?, II: 782 y s.

Valoración de la institución, II: 796 y s.

**Cuestión incidental**, I: 11.

**Cumplimiento** (v. *Proceso [s] de Cumplimiento*).

## - D -

**Debido proceso (Derecho al)**, I: 489, 503, 711 y ss.

**Defensa de la Constitución**, I: 63 y ss., 173 y ss.

**Defensoría del Pueblo**

Criterios de intervención en procesos constitucionales, I: 219 y s.

Intervención coadyuvante, I: 214 y s.

Intervención como *amicus curiae*, I: 214 y s.

Intervención de la — en los procesos constitucionales, I: 211 y ss.

Legitimación activa, I: 213 y s.

Legitimación para interponer e intervenir en procesos constitucionales, I: 213.

Orientación para iniciar procesos constitucionales, I: 218.

Presentación de informes u opiniones defensoriales en procesos en trámite por las partes o a solicitud del Tribunal Constitucional, I: 216 y ss.

Procesos constitucionales en los cuales la — ha sido parte demandada, I: 251 y ss.

**Derecho Constitucional**

Etapas de ausencia de la interpretación del —, I: 423 y ss.



Incorporación de la interpretación al —, I: 425 y ss.

**Derecho (s) constitucional (es)**

- a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, I: 488, 501 y s.
- a la integridad personal, I: 487.
- a la intimidad (v. *Intimidación [Derecho a la]*).
- a la inviolabilidad de domicilio, I: 489, 503 y s.
- a no ser privado del DNI, I: 489.
- a no ser sometido a tortura, I: 487.
- a no ser sometido a tratos inhumanos o humillantes, I: 487, 500 y s.
- al debido proceso, I: 489, 503.
- al honor (v. *Honor [Derecho al]*).
- de rectificación o respuesta, I: 453.
- Algunos institutos procesales aptos para favorecer la tutela concreta de los —, II: 1037 y ss.
- Doble dimensión de los —, I: 115.
- El contenido limitado de los — es ilimitable, I: 594 y ss.
- Evolución de los —, I: 255 y ss.
- Garantía del contenido constitucional de los —, I: 564 y ss.
- Los — son derechos absolutos, I: 596.
- Los — tienen un contenido limitado y ese contenido limitado es todo él esencial, I: 591 y ss.
- Principios de interpretación de la Constitución e interpretación de los —, I: 425 y ss.
- V. t. *Derecho (s) fundamental (es); Derechos humanos.*

**Derecho Constitucional Europeo, II:** 1261 y ss.

**Derecho Constitucional Peruano**

Ideología y doctrina en el siglo XIX, I: 184.

**Derecho (s) fundamental (es)**

- Evolución de los —, I: 255 y ss.
- a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, I: 488, 501 y s.
- a la integridad personal, I: 487.
- a la intimidad (v. *Intimidación [Derecho a la]*).
- a la inviolabilidad de domicilio, I: 489, 503 y s.
- a no ser privado del DNI, I: 489.
- a no ser sometido a tortura, I: 487.
- a no ser sometido a tratos inhumanos o humillantes, I: 487, 500 y s.
- al debido proceso, I: 489, 503.
- al honor (v. *Honor [Derecho al]*).
- y el Derecho Procesal Constitucional, I: 105 y ss.
- ¿— o derechos humanos?, I: 124 y s.
- Configuración de los poderes privados como la principal amenaza para los — en el mundo actual, I: 117 y ss.
- Constitución y —, II: 1124 y ss.
- Constitucionalización de los —, II: 1124 y ss.
- Contenido constitucional del —, I: 597 y ss., 604 y ss.
- Contenido jurisprudencial del —, I: 604 y ss.
- Contenido legal del —, I: 604 y ss.
- Derechos humanos, — y derechos constitucionales, II: 1232 y ss.
- Estado Constitucional de Derecho y —, II: 1231 y s.
- Garantía del contenido constitucional de los —, I: 564 y ss.
- Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los, II: 1025 y ss.
- Ubicación jurídica de los —, II: 1129 y ss.

- Vía incidental y una tutela concreta de los —, II: 1045 y ss.
- V. t. *Derecho (s) constitucional (es); Derechos humanos.*
- Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, I: 317 y ss.; II: 861 y s., 1229 y ss.
- Constitución y —, II: 1122 y ss., 1211 y ss.
- Derecho nacional de los Estados y —, II: 1109 y ss.
- Incorporación de las normas del — en la legislación interna, II: 1111 y s., 1133 y ss.
- Inserción del — en el sistema constitucional peruano, II: 1109 y ss.
- Libertad de expresión y —, II: 1145 y ss., 1153 y ss.
- Obligaciones de los Estados-parte de los tratados de —, II: 1112 y ss.
- Principio de soberanía y —, II: 1219 y s.
- Sistema americano de protección de los derechos y libertades, II: 1222 y s.
- Sistema internacional de protección de los derechos humanos, II: 1220 y s.
- Sistema universal de protección de los derechos y libertades, II: 1221 y s.
- Derecho Procesal Constitucional**
- como disciplina jurídica autónoma, I: 63 y ss., 66 y ss.
- como disciplina sincrética, II: 1423 y ss.
- de las libertades, I: 74.
- europeo, I: 108 y ss., 113 y ss.; II: 1261 y ss.
- local, I: 75.
- mexicano, I: 76 y ss.
- orgánico, I: 75.
- transnacional, I: 75.
- Algunas particularidades
- Pluralidad de normas en los Estados Federales, I: 154 y s.
- Principio *pro homine*: pauta para superar la pluralidad de normas, I: 155 y s., 307.
- Antecedentes históricos, I: 89 y ss., 145 y ss., 168 y ss.
- Autonomía científica, I: 25 y ss., 37 y ss., 63 y ss.
- Codificación del —, I: 161 y s.
- Contenidos del —, I: 150 y ss.; II: 1401.
- Tesis amplia, I: 151.
- Tesis intermedia, I: 151.
- Tesis restringida, I: 150.
- ¿Rama o ciencia autónoma?, I: 30 y ss.
- Desafíos, I: 82 y ss., 159 y ss.
- Desarrollo tardío en el Perú y —, I: 165 y ss.
- Enseñanza del —, II: 1401 y s.
- Evolución de la materia, I: 145 y ss., 255 y ss.
- Garantía de los derechos fundamentales y —, I: 105 y ss.
- Jurisdicción constitucional como objeto, II: 1425 y ss.
- Magistratura especializada, I: 70 y ss., 159 y s., 160.
- Naturaleza del —, I: 151 y ss.
- Perfil del —, I: 145 y ss.
- Retos y desafíos, I: 82 y ss., 159 y ss.
- Sentido común y —, I: 74.
- Ubicación de la ciencia, I: 36 y s.
- V. t. *Proceso constitucional.*
- Derecho Procesal Transnacional**, I: 163 y s.
- Derechos colectivos**, I: 125.

**Derechos de la comunicación**, I: 637 y ss.

Concepto, I: 638 y s.

Crítica de los procesos constitucionales sobre — en el Código Procesal Constitucional peruano, I: 642 y ss.

Crítica del concepto de los — del Código Procesal Constitucional peruano, I: 639 y ss.

Generalidades, I: 637.

V. t. *Hábeas Data*; *Libertad de expresión*; *Libertad de información*.

**Derechos humanos**

¿— o derechos fundamentales?, I: 124 y s.

Instrumentos internacionales sobre — aplicables en el Perú, I: 132 y ss.

Interpretación de los —, I: 417 y ss.

Mecanismos de interpretación, I: 123 y ss.

Principios, I: 420 y ss.

Corresponsabilidad, I: 422.

Efectividad, I: 421.

Igualdad en derechos, I: 422.

Imprescriptibilidad, I: 421.

Interdependencia y complementariedad, I: 422.

Inviolabilidad, I: 421.

Irrenunciabilidad o inalienabilidad, I: 421.

Su trascendencia a la norma positiva, I: 422.

Universalidad, I: 421.

Principios interpretativos de normas sobre —, I: 129 y ss., 420 y ss.

V. t. *Derecho (s) constitucional (es)*; *Derecho (s) fundamental (es)*; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

**Desaparición forzada**, I: 502.

**Dirección judicial del proceso (Principio de)**, I: 292 y ss., 294 y s., 378 y s.

**Dispositivo (Principio de)**, I: 293 y s.

**Documento Nacional de Identidad (DNI)**, I: 489.

**- E -**

**Economía procesal (Principio de)**, I: 296 y ss., 382 y ss.

**Efectividad (Principio de)**, I: 421.

**Eficacia integradora (Principio de)**, I: 432 y s.

**Estado Constitucional de Derecho**, II: 1231 y s.

**Europa (Teoría constitucional para)**, I: 108 y ss., 113 y ss.; II: 1261 y ss.

**- G -**

**Garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales**

— en el Tribunal Constitucional español, I: 567 y ss.

— en la Constitución española, I: 567 y ss.

— en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, I: 587 y ss.

Crítica a la concepción del Tribunal Constitucional sobre la —, I: 591 y ss.

Definición en la doctrina, I: 569 y ss.

Referencia general, I: 569 y s.

Teoría subjetiva y objetiva, I: 571 y s.

Teoría absoluta y relativa, I: 572 y ss., 600 y ss.

- Definición general, I: 564 y ss.  
 Definición según el Tribunal Constitucional peruano, I: 589 y ss.  
 Hacia una nueva formulación de la —, I: 574 y ss.  
     Desarrollo de la reformulación, I: 576 y ss.  
     El limitado limitador, I: 574 y s.  
     El principio de normatividad de la Constitución, I: 575 y s.  
     El principio de unidad de la Constitución, I: 575.  
     Formulación general de la reformulación, I: 576.
- Garantías constitucionales**, II: 1369 y ss.  
**Gobiernos Locales**, II: 1007 y s.  
**Gobiernos Regionales**, II: 1006 y s.  
**Gratuidad (Principio de)**, I: 295 y s., 307 y s., 379 y ss.  
**«Guardián de la Constitución»**, I: 49, 50.
- H -**
- Hábeas Corpus (Proceso de)**  
 — a favor de diversos abogados detenidos, I: 222 y s.  
 — conexo, I: 510, 557 y s.  
 — contra resoluciones judiciales, I: 470 y s., 490 y ss.  
 — correctivo, I: 475 y s., 483, 507 y s., 545 y ss.  
 — en el nuevo Código Procesal Constitucional, I: 463 y ss., 497 y ss., 515 y ss., 517 y ss.  
 — en la Constitución de 1993, I: 465 y s.  
 — en regímenes de excepción, I: 471 y s., 612.
- excepcional, I: 473 y s., 482, 509, 553 y ss.  
 — innovativo, I: 473, 483 y s., 508 y s., 549 y ss.  
 — instructivo, I: 475, 484, 508, 552 y s.  
 — judicial, I: 509 y s.  
 — preventivo, I: 473, 480, 505 y s., 527 y ss.  
 — reparador, I: 474, 480, 505, 532 y ss.  
 — restringido, I: 474 y s., 480, 506, 531 y s.  
 — traslativo, I: 474, 480 y s., 506, 541 y ss.
- Ampliación de los derechos protegidos por el —, I: 486 y ss., 500 y ss.  
 Derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, I: 488, 501 y s.  
 Derecho a la integridad personal, I: 487, 500 y s.  
 Derecho a la inviolabilidad de domicilio, I: 489, 503 y s.  
 Derecho a no ser objeto de desaparición forzada, I: 502.  
 Derecho a no ser privado del DNI, I: 489, 502.  
 Derecho a no ser sometido a tortura, I: 487.  
 Derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o humillantes, I: 487, 500 y s.  
 Derecho al debido proceso, I: 489, 503.
- Antecedentes, I: 515 y ss., 518 y ss.  
 Aspectos procesales innovados, I: 510 y ss.  
 Características del proceso de —, I: 469 y s.  
 Competencia judicial en el proceso de —, I: 401 y ss.

- Configuración normativa del —, I: 480 y ss.
- Derechos protegidos, I: 500 y ss., 515 y ss., 520 y ss.
- Efectos de la sentencia del proceso de —, I: 476.
- Importancia, I: 498 y s.
- Intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de —, I: 221 y ss.
- Jurisdicción del proceso de —, I: 467 y s.
- Naturaleza, I: 498 y s.
- Nuevos tipos de —, I: 482 y ss.
- Origen, I: 145, 146.
- Procedimiento, I: 515 y ss.
- Procesos sustantivos del proceso constitucional de —, I: 468 y s.
- Reglas de procedimiento, I: 494 y ss., 525 y ss.
- Responsabilidad del agresor, I: 492 y ss.
- Tipología, I: 472 y ss., 482 y ss., 504 y ss., 515 y ss., 527 y ss.
- Hábeas Data (Proceso de)**
- aditivo, I: 678.
  - en Argentina, I: 607 y ss., 628 y ss.
  - en el Código Procesal Constitucional, I: 607 y ss., 673 y ss., 679 y ss.
  - exclutorio o cancelatorio, I: 679.
  - rectificador o correctivo, I: 678.
  - reservador, I: 678.
- Aciertos del Código Procesal Constitucional en la regulación del —, I: 679 y ss.
- Análisis comparativo con el Hábeas Data argentino, I: 628 y ss.
- Aspectos adjetivos, I: 658 y ss.
- Competencia judicial en el proceso de —, I: 404 y s.
- Cuestionamientos al — como proceso autónomo, I: 676 y s., 677 y ss.
- Deficiencias advertidas en la regulación del — en el Código Procesal Constitucional, I: 681 y ss.
- Derechos protegidos, I: 654 y ss.
- Desarrollo del procedimiento, I: 666 y s.
- Exigencias de la intimidad, I: 647 y ss.
- Intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos de —, I: 234.
- Legitimación y procedencia, I: 662 y ss.
- Órgano competente, I: 665 y s.
- Reglas contenidas en el Código Procesal Constitucional sobre —, I: 618 y s.
- Sentencia, I: 667 y ss.
- Sociedad de la información y proceso de —, I: 645 y ss.
- Tipos de —, I: 677 y ss.
- Trascendencia del — a partir de los derechos constitucionales que tutela, I: 674 y ss.
- V. t. *Derechos de la comunicación.*
- Homine liberum exhibendo**, I: 145 y s.
- Honor (Derecho al)**
- Conflicto entre la libertad de información y el derecho al —, I: 443 y ss.
  - Límites entre la crítica y el respeto al derecho al —, I: 456 y ss.
- I -**
- Igualdad en derechos (Principio de)**, I: 422.
- Imagen (Derecho a la)**, I: 454 y ss.
- Imprescriptibilidad (Principio de)**, I: 421.
- Impulso procesal de oficio (Principio de)**, I: 303 y s., 390 y ss.

- In dubio pro accionante (Principio)**, I: 393 y ss.
- Inalienabilidad (Principio de)**, I: 421.
- Inconstitucionalidad** (v. *Proceso [s] de Inconstitucionalidad*).
- Inconstitucionalidad e ilegalidad de normas conexas**, II: 1020 y s.
- Inconstitucionalidad por omisión**, II: 939 y ss. (v. t. *Control de Inconstitucionalidad por omisión*).
- Indivisibilidad (Principio de)**, I: 131 y s.
- Información (Derecho a la)**, I: 452 (v. t. *Derechos de la comunicación; Libertad de información*).
- Inmediación (Principio de)**, I: 298 y ss., 385 y ss.
- Inmediatez de la Constitución (Principio de)**, I: 436 y s.
- Inquisitivo (Principio)**, I: 293 y s.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional**, I: 73.
- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional**, I: 73.
- Instrumentos internacionales sobre derechos humanos**  
 — aplicables en el Perú, I: 132 y ss.  
 — vigentes en el Perú, I: 134 y s.  
 Jerarquía de los —, I: 132 y ss.; II: 1118 y ss., 1215 y ss.
- Integridad personal (Derecho a la)**, I: 487, 500 y s.
- Interacción (Principio de)**, I: 130 y s., 139-141.
- Interdependencia y complementariedad (Principio de)**, I: 422.
- Interpretación**  
 — conforme a la Constitución, I: 314 y ss., 428 y ss.  
 — conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, I: 317 y ss.  
 — constitucional en el Código Procesal Constitucional, I: 312 y ss.  
 — de los derechos constitucionales, I: 428 y ss.  
 — de los derechos humanos, I: 417 y ss.  
 — jurisdiccional, I: 128 y s.  
 — progresiva, I: 131, 141 y s.  
 Aplicación de los principios de — por el Tribunal Constitucional, I: 135 y ss.  
 Ausencia de la — del derecho constitucional, I: 423 y ss.  
 Etapa de ausencia de la — del derecho constitucional, I: 423 y ss.  
 Incorporación de la — al derecho constitucional, I: 425 y ss.  
 Labor de interpretación de los jueces y el Tribunal Constitucional en el Código Procesal Constitucional, I: 309 y ss.  
 Mecanismos de — de los derechos humanos, I: 123 y ss.  
 Método tópico de — constitucional, I: 429 y s.  
 ¿Para qué es la —?, I: 127 y ss.  
 ¿Para qué sirven los principios interpretativos?, I: 129 y s.  
 ¿Por qué el énfasis en la interpretación jurisdiccional?, I: 128 y s.  
 Precisiones acerca de la —, I: 126 y ss.  
 Principio de — conforme a la Constitución, I: 433 y ss.  
 Principio de — de la Constitución, I: 428 y ss., 433 y ss.  
 Principio de — *pro libertatis*, I: 136 y s., 144, 438.

- Principio de — progresiva, I: 131, 141 y s.
- Principios interpretativos de normas sobre derechos humanos, I: 129 y ss.
- Interpretación constitucional**
- y la interpretación de los derechos humanos, I: 417 y ss.
- Método tópico de —, I: 429 y s.
- V. t. *Interpretación*.
- Intimidad (Derecho a la)**
- y sociedad de la información, I: 647 y ss.
- Conflicto entre la libertad de información y el derecho a la —, I: 443 y ss.
- Conflicto entre la libertad de opinión y los derechos al honor y a la —, I: 443 y ss.
- Distinción entre el derecho a la —, el derecho a la imagen y el derecho al honor, I: 454 y ss.
- Internet y derecho a la —, I: 648.
- Límites entre la crítica y el respeto al derecho a la —, I: 459 y ss.
- Protección de datos, I: 651 y ss.
- Inviolabilidad (Principio de)**, I: 421.
- Inviolabilidad de domicilio (Derecho a la)**, I: 489, 503 y s.
- Irrenunciabilidad (Principio de)**, I: 421.
- Iura novit curia*, I: 39; II: 1022 y s.
- J -**
- Judicial review**, I: 5, 6, 50, 51, 111, 170 y ss.
- Juez (ces)**
- Deberes del — en el Código Procesal Constitucional, I: 292 y s.
- Labor interpretativa de los — en el Código Procesal Constitucional, I: 309 y ss.
- Márgenes de acción de la acción del —, I: 369 y ss.
- Perfil del — constitucional deseado, I: 368 y s.
- Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental**, II: 1025 y ss.
- Juicio de revisión constitucional electoral (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 79.
- Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 79 y s.
- Juicio político (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 80 y s.
- Jurado Nacional de Elecciones**, I: 722 y ss.
- Jurisdicción**, I: 38 y s.
- Jurisdicción constitucional**
- comunitaria e internacional, I: 180.
- de la libertad, I: 179; II: 965 y ss.
- en el Perú, I: 180 y ss., 203 y ss., 268 y s.
- orgánica, I: 180.
- y jurisdicción ordinaria, I: 89 y ss.; II: 1023.
- Algunos desafíos al mejor desarrollo de las tareas hoy propias de la —, I: 366 y ss.
- Aparición tardía de la — en el Perú, I: 203 y ss.
- Contenidos de la —, I: 179 y ss.
- El legado de la Constitución peruana de 1979, I: 203 y ss.
- Estudio comparativo de los casos de Guatemala y el Perú, I: 727 y ss.

- Evolución de la — en Europa, I: 108 y ss.
- Insuficiencias de un modelo de — configurado como legislador negativo (en Europa), I: 113 y ss.
- Justicia constitucional y —, II: 1399.
- Mecanismos de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la —, II: 1023.
- Modelo americano de —, I: 176.
- Modelo europeo de —, I: 176 y ss.
- Modelos de —, I: 175 y ss.
- Órganos competentes en el modelo de — desarrollado por el Código Procesal Constitucional, I: 399 y ss.
- Panorámica sobre algunas tendencias dentro de la — en la actualidad, I: 353 y ss.
- Primera tendencia: Una clara derrota del control sin fisonomía jurisdiccional, I: 354 y ss.
- Segunda tendencia: La derrota del «legislador negativo» y la consolidación del juez ordinario o constitucional, I: 358 y ss.
- Tercera tendencia: El Juez constitucional como promotor de la constitucionalización del Derecho y de la política, I: 360 y ss.
- 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, I: 362 y ss.
- Quinta tendencia: Una creciente ampliación de los espacios de acción, I: 364 y s.
- Sexta tendencia: Una lógica de aporte y diálogo con las pautas e instancias previstas para la protección internacional de los derechos humanos, I: 365 y s.
- Procesos compartidos, I: 401 y ss.
- Procesos exclusivos, I: 408 y ss.
- Jurisdicción ordinaria**  
— y jurisdicción constitucional, I: 89 y ss.; II: 1023.
- Jurisdicción supranacional**, II: 1117 y s.
- Jurisprudencia constitucional**  
— y Poder Judicial, I: 277 y s.  
Antecedentes legislativos sobre la —, I: 269 y ss.  
Aplicación de la — por el Tribunal Constitucional, I: 273 y ss.  
Generalidades, I: 267 y s.
- Justicia arbitral**, I: 722 y ss.
- Justicia constitucional**  
Hacia la progresiva convergencia de modelos originalmente contrapuestos, II: 1028 y ss.  
Jurisdicción constitucional y —, II: 1399.  
Modelo abstracto, I: 10 y ss.  
Modelo concreto, I: 10 y ss.  
Modelo peruano, I: 3 y ss.
- Jurisdicción constitucional**, I: 3 y ss.
- Justicia militar**, I: 722 y ss.
- Justiciabilidad (Principio de)**, I: 58.
- L -**
- Libertad de expresión (Protección internacional de la)**, II: 1145 y ss.
- Libertad de información**  
Conflicto entre la — y los derechos al honor y a la intimidad, I: 443 y ss.



Contenido, I: 446 y ss.  
 Diferencia con la libertad de opinión,  
 I: 444 y ss., 456 y ss.  
 V. t. *Derechos de la comunicación;*  
*Libertad de expresión.*  
**Libertad de opinión**, I: 444 y ss., 456  
 y ss.

**- M -**

**Magistratura constitucional**  
 Especialización, I: 27 y ss., 70 y ss.,  
 159 y s.  
 Independencia, I: 160.  
**Mandatos de ejecución**, II: 962 y ss.  
**Marbury v. Madison (Caso)**, I: 5, 39, 64,  
 89, 146, 171, 172, 176.  
**Medidas cautelares**, I: 616 y ss.  
**Método tópic de interpretación cons-  
 titucional**, I: 429 y s.  
**Ministerio Público**  
 Exclusión del — en los procesos consti-  
 tucionales de la libertad, I: 407 y s.  
**Modelo austriaco**, I: 7, 8, 64.

**- N -**

**Normatividad de la Constitución (Prin-  
 cipio de)**, I: 575 y s.

**- O -**

**Ombudsman**, I: 81, 211 y ss. (v. t. *Defen-  
 soría del Pueblo*).

**Omisión (Inconstitucionalidad por)**, II:  
 939 y ss.

**Opinión (Libertad de)**, I: 444 y ss., 456  
 y ss.

**Oposición parlamentaria**, II: 1307 y ss.

**- P -**

**Pluralidad de normas**

— en los Estados Federales, I: 154 y s.  
 Principio *pro homine*: pauta para su-  
 perar la —, I: 155 y s., 307.

**Poder Ejecutivo**, II: 1008.

**Poder Judicial**

— y Jurisprudencia constitucional, I:  
 277 y s.  
 Competencia del — en el ejercicio del  
 control difuso, I: 412 y ss.

**Previsión de consecuencias (Principio  
 de)**, I: 437.

**Principio (s)**

— de adecuación de las formalidades  
 al logro de los fines de los proce-  
 sos constitucionales, I: 304 y ss.,  
 392 y s.  
 — de conducta procesal, I: 396 y ss.  
 — de conformidad funcional, I: 432.  
 — de corresponsabilidad, I: 422.  
 — de dirección judicial del proceso,  
 I: 292 y ss., 294 y s., 378 y s.  
 — de economía procesal, I: 296 y ss.,  
 382 y ss.  
 — de efectividad, I: 421.  
 — de eficacia integradora, I: 432 y s.  
 — de gratuidad en la actuación del  
 demandante, I: 295 y s., 379 y ss.

- de gratuidad, I: 295 y s., 307 y s.
- de igualdad en derechos, I: 422.
- de imprescriptibilidad, I: 421.
- de impulso procesal de oficio, I: 303 y s., 390 y ss.
- de indivisibilidad, I: 131 y s.
- de intermediación, I: 298 y ss., 385 y ss.
- de interacción, I: 130 y s., 139-141.
- de interdependencia y complementariedad, I: 422.
- de interpretación conforme a la Constitución, I: 433 y ss.
- de interpretación de la Constitución, I: 428 y ss.
- de interpretación progresiva, I: 131, 141 y s.
- de inviolabilidad, I: 421.
- de irrenunciabilidad o inalienabilidad, I: 421.
- de justiciabilidad, I: 58.
- de la inmediatez de la Constitución, I: 436 y s.
- de previsión de consecuencias, I: 437.
- de promoción, I: 131, 142 y s.
- de publicación, I: 57 y s.
- de sencillez, I: 57.
- de socialización del proceso, I: 301 y ss., 387 y ss.
- de trascendencia a la norma positiva, I: 422.
- de universalidad, I: 131, 143 y s., 421.
- del proceso constitucional, I: 57 y s.
- del respeto a los valores y principios constitucionales, I: 437 y s.
- dispositivo, I: 293 y s.
- *in dubio pro accionante*, I: 393 y ss.
- inquisitivo, I: 293 y s.
- interpretativos de normas sobre derechos humanos, I: 129 y ss.
- *iura novit curia*, I: 39; II: 1022 y s.
- *pro actione*, I: 157 y ss.
- *pro homine*, I: 130, 136-138, 144, 155 y s., 307.
- *pro libertatis*, I: 136 y s., 144, 438.
- procesales específicos del Código Procesal Constitucional, I: 375 y ss.
- Aplicación de los — de interpretación por el Tribunal Constitucional, I: 135 y ss.
- ¿Para qué sirven los — interpretativos?, I: 129 y s.
- Pro actione (Principio)***, I: 157 y ss.
- Pro homine (Principio)***, I: 130, 136-138, 144, 155 y s., 307.
- Pro libertatis (Principio)***, I: 138 y s., 144, 438.
- Procedimiento ante los organismos autónomos protectores de los derechos humanos (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 81.
- Procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 78.
- Proceso**, I: 40 y ss.
- Proceso Competencial**
  - Competencia del Tribunal Constitucional en el —, I: 410 y s.
  - Conflictos: su conceptualización, II: 935.
  - Conflictos de Competencia o de Atribuciones, II: 935 y ss., 1055 y ss.
  - Control de (la) Inconstitucionalidad por Omisión y —, II: 987 y s.
  - «Controversia constitucional» mexicana y —: II: 1053 y ss., 1059 y ss., 1085 y ss.
  - Demanda y contestación, II: 1082 y s.
  - Desarrollo del proceso, II: 1080 y s.

- Generalidades, II: 1075 y ss.  
 Inadmisibilidad e improcedencia, II: 1081 y s.  
 Instrucción y pruebas, II: 1083.  
 Materia y objeto del conflicto de competencia, II: 1078 y ss.  
 Recursos, II: 1084 y s.  
 Sentencia constitucional y sus efectos, II: 1083 y s.  
 Sujetos legitimados, II: 1080 y s.
- Proceso (s) constitucional (es)**
- como recursos efectivos, sencillos y rápidos, II: 1243 y ss.
  - contra decisiones de la justicia militar y arbitral y del Jurado Nacional de Elecciones, I: 722 y ss.
- Adecuación de las formalidades al logro de los fines de los —, I: 304 y ss., 392 y s.
- Causales de improcedencia de los —, II: 1245 y ss.
- Codificación del —, I: 17 y ss.
- Continuación del — frente a la duda de su conclusión, I: 306 y s.
- Finalidades esenciales del —, II: 1025 y ss.
- Intervención de la Defensoría del Pueblo en los —, I: 211 y ss.
- Perfeccionamiento de los —, I: 160.
- Principio (s), I: 57 y s., 291 y ss.
- de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, I: 304 y ss., 392 y s.
  - de concordancia práctica, I: 431 y s.
  - de conducta procesal, I: 396 y ss.
  - de dirección judicial del proceso, I: 292 y ss., 294 y s., 378 y s.
  - de economía procesal, I: 296 y ss., 382 y ss.
  - de gratuidad en la actuación del demandante, I: 295 y s., 307 y s., 379 y ss.
  - de impulso procesal de oficio, I: 303 y s., 390 y ss.
  - de intermediación, I: 298 y ss., 385 y ss.
  - de normatividad de la Constitución, I: 575 y s.
  - de socialización del proceso, I: 301 y ss., 387 y ss.
  - de unidad de la Constitución, I: 431, 575.
  - dispositivo, I: 293 y s.
  - *in dubio pro accionante*, I: 393 y ss.
  - inquisitivo, I: 293 y s.
  - *pro actione*, I: 157 y ss.
  - *pro homine*, I: 130, 136-138, 144, 155 y s., 307.
  - *pro libertatis*, I: 136 y s., 144, 438.
- Celeridad, I: 57.  
 Justiciabilidad, I: 58.  
 Publicación, I: 57 y s.  
 Sencillez, I: 57.  
 V. t. *Interpretación*.
- Residualidad del —, II: 1229 y ss.
- Resoluciones de la Corte Constitucional (italiana) como fuentes normativas del —, II: 1283 y ss.
- V. t. *Derecho Procesal Constitucional*.
- Proceso (s) constitucional (es) de la libertad**, I: 441 y ss.
- Principios específicos de los —, I: 375 y ss.
- Principios procesales que regirán los —, I: 57 y s., 292 y ss.

- Competencia del Tribunal Constitucional en los —, I: 405 y s.
- Exclusión del Ministerio Público en los —, I: 407 y s.
- Proceso (s) de Acción Popular**
- de inconstitucionalidad de los reglamentos (en Venezuela), II: 771 y ss.
- Admisibilidad de la demanda, II: 1014 y s.
- Admisión de las medidas cautelares para suspender la norma acusada, II: 1102 y s.
- Análisis preliminar, II: 1001 y ss., 1091 y ss.
- Apelación o consulta ante la Sala Constitucional y Social, II: 1016 y ss.
- Aspectos procesales, II: 1009 y ss.
- Autoridad de cosa juzgada, II: 1019 y s.
- Competencia judicial en el —, I: 408 y ss.; II: 928, 1099 y s.
- Conceptualización, II: 1093 y ss.
- Contestación de la demanda, II: 1015 y s.
- Control de las normas infralegales en el Perú, II: 927 y ss., 1002 y ss.
- Cosa juzgada, II: 926 y s.
- Determinación conceptual, II: 927.
- Efectos de la sentencia fundada, II: 926, 1018 y ss., 1103 y ss.
- Finalidad y objetivo, II: 924, 1005.
- Inadmisibilidad e improcedencia de la demanda, II: 1013 y ss.
- Inconstitucionalidad e ilegalidad de normas conexas, II: 1020 y s.
- Intervención de la Defensoría del Pueblo en los —, I: 235 y ss.
- Irretroactividad, II: 927.
- Legitimación, II: 928, 1101 y s.
- Legitimación procesal activa, II: 1010 y s.
- Mecanismos de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, II: 1023.
- Normas objeto de control, II: 1005 y ss., 1094 y ss.
- Normas administrativas de carácter general dictadas por otros órganos, II: 1006 y s.
  - Normas de carácter general de los Gobiernos Locales, II: 1007 y s.
  - Normas de carácter general de los Gobiernos Regionales, II: 1006 y s.
  - Normas de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo, II: 1008.
- Omisiones importantes en la codificación a tomar en cuenta para el futuro, II: 1104 y ss.
- Órgano jurisdiccional competente, II: 1009.
- Otras formas de conclusión, II: 1021 y s.
- Plazo de prescripción, II: 928.
- Preferencia del Proceso de Inconstitucionalidad respecto del —, II: 1104 y ss.
- Principio *iura novit curia*, II: 1022.
- Procedencia de la demanda, II: 924 y s.
- Procedimiento, II: 928 y ss.
- Relaciones institucionales y control de normas, II: 925.
- Requisitos de la demanda, II: 1011 y ss.
- Supuestos de vicios objeto de control, II: 1096 y ss.
- Tramitación, II: 1014 y s.
- Unificación de los plazos de prescripción para interponer la demanda, II: 1100 y s.

**Proceso de controversia constitucional (en México), II: 1053 y ss., 1059 y ss.**

- externas, 1065 y s.
- internas, 1064 y s.
- Demanda y su contestación, 1068.
- Desarrollo del proceso, 1067 y ss.
- Improcedencia, 1067 y s.
- Inadmisibilidad, 1067 y s.
- Instrucción y pruebas, 1069 y ss.
- Materia y objeto, 1061 y ss.
- Proceso de competencia peruano y —: II: 1085 y ss.
- Recursos, 1074 y ss.
- Sentencia constitucional y sus efectos, 1071 y ss.
- Sobreseimiento, 1067 y s.
- Sujetos legitimados, 1064 y ss.
- V. t. *Proceso Competencial*.

**Proceso (s) de Cumplimiento**

- en Colombia y Perú, I: 685 y ss., 706 y ss.
- para dar cumplimiento a norma que incorporó la anticoncepción oral de emergencia, I: 235.
- Competencia judicial en el —, I: 404 y s., 693.
- Control de (la) Inconstitucionalidad por Omisión y —, II: 978 y ss.
- Intervención de la Defensoría del Pueblo en los —, I: 235.
- Principios
  - Principio de celeridad, I: 692.
  - Principio de economía, I: 692.
  - Principio de eficacia, I: 692.
  - Principio de gratuidad, I: 692.
  - Principio de informalidad, I: 693.
  - Principio de prevalencia, I: 693.
  - Principio de publicidad, I: 692.
- Titularidad de la pretensión, I: 694 y ss.

**Proceso (s) de Inconstitucionalidad**

- de las leyes y demás actos estatales de rango legal, II: 764 y ss.
- de normas conexas, II: 868 y ss., 1020 y s.
- en el Perú y Venezuela, II: 761 y ss.
- Antecedentes, II: 839 y s.
- Bloque de constitucionalidad y — de las leyes, II: 885 y ss.
- Competencia del Tribunal Constitucional en el — de las leyes, I: 410.
- Competencia, II: 805, 931.
- Control de normas y —, II: 931 y ss.
- Control previo, II: 850 y s., 851.
  - Cosa juzgada, II: 926 y s.
- Efectos de la sentencia fundada, II: 926, 1273 y ss.
- Fuerza vinculante de las decisiones en los —, II: 877 y ss.
- Inconstitucionalidad por conexión, II: 925, 1020 y s.
- Intervención de la Defensoría del Pueblo en los —, I: 238 y ss.
- Irretroactividad, II: 927.
- Legitimación activa, II: 805 y s., 931.
- Legitimación para accionar, II: 766 y ss., 931.
- Legitimación pasiva, II: 811 y s.
- Legitimación popular en Latinoamérica, Baviera y Hungría, II: 807.
- Legitimación territorial
  - de las minorías parlamentarias y del Defensor del Pueblo: el caso español, II: 806 y s.
  - y de las minorías políticas: el modelo alemán, II: 806.
  - El caso italiano, II: 806.
- Legitimidad para dar inicio al —, II: 852 y ss.
- Lineamientos generales sobre el —, II: 770 y s.

- Mayoría cualificada exigida para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, II: 807.
- Motivos para declarar inconstitucional una norma, II: 858 y ss.
- Naturaleza del — y modo de examen, II: 803 y ss.
- Normas objeto de control, II: 846 y ss.
- Control de los decretos leyes, II: 847 y ss.
- Control de normas sobre reforma constitucional, II: 849 y ss
- Control posterior de las normas, II: 850 y ss
- Normas que regulan el —, II: 841 y s.
- Número de votos para declarar inconstitucional una norma, II: 879 y ss.
- Objeto, II: 812 y ss.
- Parámetro de control, II: 819 y s.
- Plazo de ejercicio, II: 821 y ss., 856 y ss.
- Plazo de prescripción, II: 932 y ss.
- Preferencia del — respecto del Proceso de Acción Popular, II: 1104 y ss.
- Principios de interpretación, II: 821 y ss., 856 y ss.
- Procedencia de la demanda, II: 925.
- Procedimiento
- Admisión, II: 824.
- Continuación del procedimiento hasta la sentencia, II: 824 y ss.
- Demanda, II: 822 y s.
- Representación procesal, II: 823 y s.
- Reforma constitucional, II: 842 y s.
- Representación procesal legal, II: 932.
- Retroactividad benigna en materia penal, II: 873 y ss.
- Retroactividad en materia tributaria, II: 871 y ss.
- Sentencia (s), I: 278 y s.
- aditivas, II: 865 y ss., 988 y ss.
  - constructivas, II: 865 y ss., 988 y ss.
  - desestimatorias, II: 826 y ss.
  - estimatorias, II: 826 y ss., 832 y ss.
  - exhortativas, II: 867 y s., 988 y ss.
  - que condicionan a una determinada interpretación la compatibilidad de una norma con la Constitución, II: 863 y ss.
  - que exhortan la aprobación de una nueva legislación, II: 867 y ss.
  - sustitutivas, II: 867.
- Efectos, II: 772 y s., 870 y ss., 1273 y ss.
- Nulidad por conexión o consecuencia, II: 836 y s.
- Posibilidad de — atípicas, II: 832.
- Postergación de sus efectos, II: 875 y ss.
- Publicación, II: 837.
- Tipos, II: 863 y ss.
- Procesos constitucionales contra resoluciones judiciales**
- Amparos contra Amparos y los procedimientos contra fueros jurisdiccionales especiales, I: 720 y ss.
- Antecedentes, I: 712 y ss.
- Control de las resoluciones judiciales en el Código Procesal Constitucional, I: 714 y ss.
- Introducción, I: 711 y s.
- Problema respecto a la aplicación del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, I: 716 y s.
- Problema respecto a la obtención de una resolución fundada en derecho, I: 717 y ss.

Procesos contra decisiones de la justicia militar y arbitral y del Jurado Nacional de Elecciones, I: 722 y ss.

**Promoción (Principio de)**, I: 131, 142 y s.

**Protección de datos**, I: 651 y ss.

**Protección de los derechos político-electorales del ciudadano (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 79 y s.

**Publicación (Principio de)**, I: 57 y s.

## - R -

**Rectificación (Derecho de)**, I: 453.

**Recurso de inconstitucionalidad directo**, I: 110.

**Regímenes de excepción**

Hábeas Corpus en —, I: 471 y s.

Procesos constitucionales durante la vigencia de los —, I: 612.

**Residualidad del proceso constitucional**, II: 1229 y ss.

**Resoluciones judiciales**

Control de las — en el Código Procesal Constitucional, I: 714 y ss.

Hábeas Corpus contra —, I: 470 y s., 490 y ss.

Procedencia de los procesos constitucionales respecto a las —, I: 716 y ss.

Procesos constitucionales contra —, I: 711 y ss.

**Respeto a los valores y principios constitucionales (Principio del)**, I: 437 y s.

**Respuesta (Derecho de)**, I: 453.

**Retroactividad**

— benigna en materia penal, II: 873 y ss.

— en materia tributaria, II: 871 y ss.

**Revisión constitucional electoral (en el proceso constitucional mexicano)**, I: 79.

**Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, I: 73.

## - S -

**Secreto profesional**, I: 448 y ss.

**Sencillez (Principio de)**, I: 57.

**Sentencia (s)**

— aditivas, II: 865 y ss., 988 y ss.

— constructivas, II: 865 y ss., 988 y ss.

— desestimatoria de la ley conforme a la Constitución, I: 436; II: 826 y ss.

— estimatoria por infracción grave a la Constitución, I: 435.

— estimatorias, II: 826 y ss., 832 y ss.

— exhortativas, II: 867 y s., 988 y ss.

— interpretativa por vaciamiento de la Constitución, I: 435 y s.

— manipulativa por incompatibilidad de la ley, I: 435.

— que condicionan a una determinada interpretación la compatibilidad de una norma con la Constitución, II: 863 y ss.

— que exhortan la aprobación de una nueva legislación, II: 867 y ss.

— sustitutivas, II: 867.

Autoridad de cosa juzgada, II: 1019 y s.

Contenido, I: 613.

Cumplimiento de la —, I: 614.

Efectos de la — en los Procesos de Acción Popular, II: 1018 y ss.

**Sentido común**, I: 74.

**Servicio militar**, I: 488, 501 y s.

**SIDA**, I: 233.

**Sistema de control de constitucionalidad «concreto»**, I: 9.

**Sistema de control de constitucionalidad incidental**, I: 10, II: 1025 y ss.

**Soberanía (Principio de)**, II: 1219 y s.

**Socialización del proceso (Principio de)**, I: 301 y ss., 387 y ss.

**Sociedad de la información**, I: 645 y ss.

*Staatsgerichtsbarkeit*, I: 7, 8 (n. 9).

**Stare decisis (Principio)**, I: 269 y ss., 276.

**- T -**

**Teoría pura del Derecho**, I: 91.

**Título preliminar (del Código Procesal Constitucional)**

Comentario al artículo III del —, I: 375 y ss.

Generalidades, I: 291 y s., 312 y ss.

Reglas emergentes del —, I: 609 y s.

**Tortura**, I: 487.

**Trascendencia a la norma positiva (Principio de)**, I: 422.

**Tratados internacionales de derechos humanos**, II: 1118 y ss., 1133 y ss., 1138 y ss., 1141 y ss., 1211 y ss. (v. t. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*)

**Tratos inhumanos o humillantes**, I: 487, 500 y s.

**Tribunal Constitucional**

— frente al control constitucional de las leyes, I: 258 y ss.

Aplicación de la jurisprudencia por el —, I: 273 y ss.

Aplicación de los principios de interpretación por el —, I: 135 y ss.

Competencia del — en el ejercicio del control difuso, I: 412 y ss.

Competencia del — en el proceso competencial, I: 410 y s.

Competencia del — en el Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes, I: 410.

Competencia del — en los procesos constitucionales de la libertad, I: 405 y s.

Garantía del contenido constitucional de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del —, I: 587 y ss.

Labor interpretativa del — en el Código Procesal Constitucional, I: 309 y ss.

Recursos ante el —, I: 614 y s.

Vinculatoriedad de los productos interpretativos del —, I: 314 y ss.

**Tribunal Constitucional español**, I: 567 y ss.

**Tutela de la supremacía constitucional**, I: 351 y ss.

**Tutela procesal efectiva**, I: 711 y ss.

**- U -**

**Unidad de la Constitución (Principio de)**, I: 431, 575.

**Unión Europea**, II: 1261 y ss.

**Universalidad (Principio de)**, I: 131, 143 y s., 421.



- V -

*Vacatio sententiae*, II: 875 y ss.

*Verfassungsgerichtshof*, I: 8, 14, 433 y  
s.; II: 1030.

**Vía incidental**

Algunos institutos procesales idóneos  
para favorecer la tutela concreta de  
los derechos fundamentales —, II:  
1037 y ss.

El control de la validez de la legisla-  
ción anterior a la Constitución, II:  
1041 y ss.

Hacia la progresiva convergencia de  
modelos originalmente contra-  
puestos, II: 1028 y ss.

Juicio de legitimidad constitucional en  
—, II: 1025 y ss.

Peculiaridad del control de constitu-  
cionalidad en —, II: 1034 y ss.

Tutela de los derechos fundamen-  
tales y —, II: 1025 y ss.

*Notas*



*Notas*



*Notas*



*Notas*





*Notas*



**Esta obra se terminó de imprimir en los  
Talleres Gráficos de Editorial Iustitia SAC  
([mentejuridica@hotmail.com](mailto: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 Gozañi: 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 Manllí: Perfil del derecho procesal constitucional • Carlos Mesía 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 / Jhonny 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 Fortín: 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 Uchuya 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 Pariachi: 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. Pucellinelli: 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 Tremps: 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 Otsu: 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 potencial 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 Rinella: 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 • Magdiel 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