

Revista

Peruana

AÑO 1, N° 2

Enero-junio 2001

DIRECTOR

DOMINGO GARCÍA BELAUDE

SECRETARIO

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO



de **DERECHO**
PUBLICO



GRIJLEY

REVISTA PERUANA DE
DERECHO PUBLICO

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

REVISTA PERUANA DE DERECHO PUBLICO

Año 1, Número 2 • Enero-junio de 2001

Director
Domingo García Belaunde

Comité de Redacción
**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren
Praeli, César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich**

Secretario de Redacción
José F. Palomino Manchego

Comité Asesor Internacional

Alemania	: Peter Häberle
Argentina	: Germán J. Bidart Campos, Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés, Alejandro Pérez Hualde
Brasil	: Luiz Pinto Ferreira, José Afonso Da Silva
Chile	: Humberto Nogueira Alcalá
Colombia	: Carlos Restrepo Piedrahita, Jaime Vidal Perdomo, Vladimiro Naranjo Mesa, Eduardo Cifuentes Muñoz
EE.UU.	: Robert S. Barker
España	: Pablo Lucas Verdú, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de Enterría, Luciano Parejo Alfonso
Francia	: Louis Favoreu, Franck Modern
Italia	: Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro
México	: Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Diego Valadés
Panamá	: César Quintero
Portugal	: Jorge Miranda
Venezuela	: Allan R. Brewer-Carias, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional
**Alberto Ruiz-Eldrege
Alfredo Quispe Correa
Gustavo Bacacorzo**



GRIJLEY

Agradecimientos

Lucchetti (Perú)S.A.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Carátula de Nicolás Gracey

Solicitamos canje
Tauschverkehr erwünscht
Sollecitiamo scambio
We would like exchange
On prie de bien vouloir établir l'échange

Correspondencia editorial:
Av. José Gálvez 200 (Corpac)
Lima 27 - PERU
Email: jpalomino@terra.com.pe

Suscripciones, avisaje y distribución:
Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL N° 1501012001-0883

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

SUMARIO

EDITORIAL	7
-----------------	---

ACTUALIDAD

- ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS Crónica del gobierno de transición	11
- FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI El «retorno» del Perú al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	27

ESTUDIOS

- JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ La revisión de los actos en vía administrativa en la Ley del Procedimiento Administrativo General	35
- SUSANA CASTAÑEDA OTSU La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos en la Constitución peruana de 1993	53
- LUIS R. SÁENZ DÁVALOS El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso	73
- LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia	81

- JOSÉ ANTONIO TIRADO BARRERA	
El sistema de relaciones entre el Poder Judicial y la Administración Pública a propósito del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos	99
- DOMINGO GARCÍA-BELAUNDE SALDÍAS	
Acreedores del Estado, patrimonio público y presupuesto	125
- VÍCTOR GARCÍA TOMA	
Los derechos fundamentales de la persona como ser espiritual	139

NOTAS

- EDGAR CARPIO MARCOS	
Las «Lecciones de Derecho Público Constitucional» de Ramón de Salas	169

DOCUMENTOS

- Discurso del Dr. José Pareja Paz-Soldán en el acto de incorporación del Dr. Walter Montenegro a la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, el 6 de diciembre de 1978	175
- Informe de la Sub-comisión Permanente encargada de informar sobre la denuncia constitucional contra el Presidente de la República y otros de fecha 20 de mayo de 1999	179
- Resumen ejecutivo y conclusiones del Informe emitido por la Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992	187
- Habeas Corpus (Caso Alberto Borea)	199

SEMBLANZA

- EDGAR CARPIO MARCOS	
Darío Herrera Paulsen	205
- Normas para los colaboradores	209

EDITORIAL

El presente número 2 corresponde a un nuevo año, que se abre lleno de interrogantes. Lo más importante sucedido en los últimos meses es, precisamente, el cambio o mejor aun, la transición del régimen autoritario a la democracia, primero a través de la elección del doctor Valentín Paniagua C. como presidente de la República hasta el 28 de julio de 2001. Y posteriormente las elecciones generales que han dado como ganador al doctor Alejandro Toledo Manrique, quien asumirá el cargo el próximo 28 de julio. Se inaugura así un nuevo período, en donde existen muchas urgencias, tanto materiales, como institucionales. En este último rubro, es pertinente plantearse seriamente el futuro de la actual Constitución de 1993, la que como tal no debería continuar en esa condición. Pero ello no parece preocupar demasiado a gran parte de la clase política, que ha demostrado un inusitado interés en mantener dicho texto. Lo que debe motivar una seria reflexión sobre nuestra actual situación política, nada halagüeña teniendo presente estos hechos.

Ahora, y de acuerdo a las políticas trazadas, publicamos en nuestra sección central, colaboraciones de colegas nacionales y extranjeros. Y además, una parte especial sobre el periodo de transición, y el retorno del Perú a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lima, junio de 2001.

El Director.

ACTUALIDAD

CRONICA DEL GOBIERNO DE TRANSICION

Enrique Bernales Ballesteros ^(*)

Sumario: 1. El fraude electoral del 2000 (agosto de 1999-28 de mayo del 2000). 2. La aceleración de la caída. 3. Fuga y renuncia de Fujimori e instalación del gobierno de transición presidido por Valentín Paniagua. 4. Los ejes y acciones del gobierno transitorio de Valentín Paniagua. 4.1. Un proceso electoral con equidad y limpieza. 4.2. Desmontar el aparato autoritario. 4.3. Lucha contra la corrupción. 4.4. Los derechos humanos. 4.5. Las comisiones sectoriales. 4.5.1. Mesa de Concertación de Lucha contra la Pobreza. 4.5.2. Acuerdo Nacional por la Educación. 4.5.3. Iniciativa Nacional Anticorrupción. 4.5.4. Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. 4.5.5. La Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. 4.6. Las elecciones del 8 de abril. 4.7. La Comisión de la Verdad.

1. EL FRAUDE ELECTORAL DEL 2000 (AGOSTO DE 1999-28 DE MAYO DEL 2000)

El proceso electoral del 2000 estuvo signado por una campaña de desprestigio y hostilización de los candidatos opositores. Desde la llamada «prensa chicha»⁽¹⁾ se difamó al candidato Alberto Andrade

^(*) Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁽¹⁾ Se conoce bajo este nombre, a una deformación peruana de la prensa independiente, donde un grupo de periodistas, financiados por grupos cercanos al gobierno o directamente por organismos de inteligencia, se amparan en la "libertad de expresión" para hacer un mal uso de ella, difamar, encanallar, hostigar a la oposición, levantar

(candidato de Somos Perú) que encabezaba las simpatías populares, hasta lograr restarle puntos progresivamente y desplazarlo hasta el tercer lugar de las encuestas. Luego, al ascender a un expectante segundo lugar en las encuestas el blanco de los ataques fue Luis Castañeda Lossio (candidato de Solidaridad Nacional). Ante el declive de Castañeda, la candidatura que asomó con fuerza fue la de Alejandro Toledo, quien también fue objeto de la campaña difamatoria de la prensa adepta al gobierno.

Estas maniobras tendían a fortalecer la reelección de Fujimori. La inscripción de su candidatura presidencial por la alianza "Perú 2000" el 27 de diciembre del 2000, generó una gran polémica debido a la inconstitucionalidad de su segunda reelección. Contra ella se presentó catorce tachas. Pero el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el 31 de diciembre del 1999, con argumentos formales y sin entrar a analizar el fondo del asunto desestimó las tachas e inscribió su candidatura. Ya en ese año empezó a tomar cuerpo en la opinión pública, que el JNE no era un órgano imparcial sino más bien adicto a la maquinaria reeleccionista que dirigía el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos.

Este y otros antecedentes de falta de equidad llevaron a la Federación Internacional de Derechos Humanos, el Instituto Democrático Nacional para Asuntos Internacionales (NDI) y el Centro Carter a que elaboraran un informe a la comunidad internacional en el que sostienen que no existían en el Perú garantías para unas elecciones justas.

La sospecha quedó comprobada cuando el 29 de febrero del 2000 Transparencia, el Centro Carter y el diario *El Comercio* revelaron a la Defensoría del Pueblo la presunta falsificación de firmas para inscribir al movimiento Perú 2000 ante el Jurado Nacional de Elecciones. Se falsificaron más de 1 millón de firmas. Este hecho comprometió gravemente la legitimidad de todo el proceso, pues el JNE no investigó ni anuló la inscripción fraudulenta.

Durante todo el proceso, el gobierno de Fujimori hizo uso de los recursos del Estado. Los fondos públicos sirvieron para manipular la

campañas psicosociales, tergiversar y desorientar a la opinión pública, presionándola por estos medios a convertir en una masa acrítica alineada con el gobierno.

imagen de su gobierno ante la opinión pública y para ejecutar una estrategia que incluía el soborno a altos funcionarios del Estado y la utilización calumniosa de los medios de comunicación, especialmente la televisión de señal abierta y la prensa "chicha".

Otro hito importante fue la declaración de la misión de observadores de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 3 de abril del 2000 que consideró que los comicios presidenciales tienen "deficiencias" en el proceso electoral, pero son "viables". Es decir, ninguna de las misiones de observadores internacionales para el proceso lo avalaron, antes bien lo criticaron y advirtieron sobre la escasa o ninguna fiabilidad.

La primera vuelta se realizó el 9 de abril del 2000 bajo un clima de tensión y de desconfianza. Los cuestionamientos respecto del organismo técnico electoral: la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y de su máxima autoridad, José Portillo dejaron ver que las elecciones no estaban garantizadas. Muestra de ello es que la ONPE, luego de afirmaciones contradictorias de su máxima autoridad, y de presiones sociales en las calles contra la posible consumación de un posible fraude electoral, retardó su informe sobre los resultados oficiales de la elección. Apurada por el clamor popular anunció el recuento final de los comicios recién el 19 de abril del 2000. En esta elección Fujimori obtuvo el 49,87% de los votos válidos y Toledo el 40,24%. Así, las denuncias sobre maniobras dolosas aumentaron. Los resultados de la ONPE daban cuenta que el total de votos computados al 97,68 % era de 11'822,926. Un día después, sin embargo, en la página web de este organismo sólo aparecían computados 9'568,819 votos al 97,86%. Todo parecía indicar que existían actas electorales que habrían sido cambiadas.

Ya conocidos los resultados oficiales, el JNE declaró el 30 de abril del 2000 que debía realizarse una segunda vuelta electoral entre los candidatos Alberto Fujimori y el candidato Alejandro Toledo. No obstante, y debido a la presencia de irregularidades que harían cuestionable el proceso, todos los sectores políticos (a excepción de Perú 2000) declararon la necesidad de postergar la fecha de la segunda vuelta. El JNE, no obstante lo razonable de la solicitud decidió no postergar la elección, ratificando la fecha del 28 de mayo, a pesar del anuncio del candidato Alejandro Toledo de no participar en dicho proceso.

De acuerdo a sus advertencias, Toledo anunció que no participaría en la segunda vuelta si se realizaba el 28 de mayo, y llamó a sus seguidores a abstenerse o viciar su voto con la frase NO AL FRAUDE. El candidato opositor pidió una prórroga hasta el 18 de junio para corregir las irregularidades del proceso. El JNE rechazó sin mayores argumentos frente a una propuesta razonable la posibilidad de aplazar los comicios.

La misión de la OEA abandonó el 22 de mayo del 2000 temporalmente la supervisión técnica de las elecciones tras determinar que había numerosas fallas en el sistema de cómputo, lo que contradecía la versión oficial de las autoridades electorales peruanas.

Con el retiro de Toledo, la segunda vuelta se realizó el 28 de mayo del 2000. La particularidad de esta elección es que virtualmente se desarrolló con un solo candidato, Alberto Fujimori, quien de este censurable modo obtuvo por tercera vez consecutiva la Presidencia de la República. Los sectores democráticos invocaron el voto en blanco o viciado o no asistir a votar. Pero el gobierno contraatacó amenazando a la población que no asistiese a votar con fuertes sanciones económicas. Pese a ello, una mayoritaria proporción de ciudadanos, obligados a votar, expresó su rechazo al proceso con un gran porcentaje de votos nulos y blancos, con su ausencia a sufragar y con su voto a favor de Toledo, aun cuando por decisión propia éste no participaba de ese proceso electoral. El 57% de los ciudadanos votó por opciones distintas a Fujimori (Toledo, voto en blanco y nulo así como inasistencia). Sólo el 43% votó por Fujimori. Fue en consecuencia una victoria relativa y afectada por vicios fraudulentos.

Los vicios no sólo se detectaron en la elección presidencial. También la elección de congresistas estuvo plagada de ellos. La sistemática alteración del voto preferencial en la elección de representantes al Congreso y el masivo transfuguismo trastocaron la voluntad popular. Los resultados oficiales otorgaron al oficialismo sólo el 43% de los votos; Perú 2000- no debía tener mayoría en el Parlamento. Sólo obtuvo 52 congresistas, que posiblemente fueron menos, pues los resultados de la ONPE le daban a esa agrupación entre 42 y 44 representantes. La maniobra ilegítima conocida como "transfuguismo", que consiste en el desplazamiento inducido por Vladimiro Montesinos desde el SIN, para que algunos congresistas se "pasa-

ran" al oficialismo, logró subir el número de representantes fujimoristas del 43 al 58% del total de congresistas.

2. LA ACELERACION DE LA CAIDA

La asamblea general de la OEA, reunida en Windsor (Canadá) el 6 de junio del 2000 manifestó serias reservas sobre la legitimidad de la elección de Fujimori. Acordó enviar una misión a Perú para explorar maneras de «fortalecer la democracia» y propiciar consensos favorables. La misión fue integrada por el canciller canadiense Lloyd Axworthy y el secretario general de la organización, César Gaviria. Los cancilleres americanos reunidos en la XXX Asamblea General de la OEA tomaron esta decisión preocupados por la credibilidad del proceso democrático, criticada por la misión de la OEA que presidió el ex-canciller de Guatemala, Eduardo Stein.

Otro hecho que confirmó la participación de las fuerzas armadas en el proyecto reeleccionista fue el reconocimiento del presidente Alberto Fujimori como su jefe supremo para el período 2000-2005, el mismo día en que el líder opositor Alejandro Toledo regresó al país e insistió en la necesidad de nuevas elecciones; Fujimori fue reconocido como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, a pesar de que no había aun sido juramentado por el Congreso peruano.

En este escenario, de agitación y disturbios frente a la imposición de Fujimori la misión de la OEA, encabezada por su secretario general, César Gaviria buscó que el gobierno y los opositores se comprometieran a fortalecer la debilitada democracia peruana. Es decir que el margen de maniobra de Fujimori, se había estrechado, a consecuencia de un triunfo pírrico, que no convencía a nadie y que lo convirtió en un gobernante magullado y sin futuro.

El 28 de julio del 2000 se instaló el gobierno en un contexto de protesta popular, expresada por una jornada de lucha contra un gobierno ilegítimo. La Marcha de los 4 Suyos, liderada por Toledo, y todas las jornadas demostraron que la sociedad civil podía organizarse y desestabilizar al gobierno de Fujimori. Sin embargo, el Servicio de Inteligencia Nacional infiltró personas en la marcha que crearon desorden y destrucción, generando violencia e incendiando edificios. Precisamente, como resultado de estos actos fallecieron 6 personas. El

gobierno intentó hacer aparecer a Toledo como un agitador y como responsable de los daños y las muertes originadas por la marcha.

Uno de los hechos que precedió a la caída del régimen de Alberto Fujimori fue el descubrimiento de una red de tráfico de armas a las guerrillas de las FARC desde Jordania. Algunos militares, según la denuncia, habían integrado la mafia internacional. La revelación del gobierno peruano pretendiendo dar por verdadera una versión falsa, no hizo más que comprometer a funcionarios peruanos y altos mandos militares, que presuntamente habían participado en la provisión de armas a la guerrilla colombiana.

Días más tarde, el 14 de setiembre del 2000 se presentó a la opinión pública un video que mostraba a Montesinos entregando 15.000 dólares a un parlamentario de la oposición (Alberto Kouri, de Perú Posible) para que se uniese a las filas de la alianza Perú 2000, partido del Gobierno. El video registraba un hecho producido en mayo, pero que ponía en evidencia y confirmaba las sospechas sobre la naturaleza corrupta de la asociación Fujimori-Montesinos.

Pocos días más tarde, acorralado por el escándalo del tráfico de armas, por el creciente descrédito de Montesinos, y por el rechazo popular, el Presidente Fujimori decidió sorprendentemente recortar su mandato y convocar a nuevas elecciones para antes de un año. En estas elecciones Fujimori no se presentaría. Además anunció la desactivación del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN).

Luego del anuncio de Fujimori, se dieron algunos acontecimientos que modificaron la composición parlamentaria. Progresivamente varios parlamentarios de Perú 2000 se alejaron de su organización. De este modo, el partido gobernante perdió su mayoría parlamentaria. Paralelamente, la opinión pública presionó a Fujimori para que abandonara el poder lo antes posible y así facilitar un proceso de transición. Apenas una semana más tarde, Montesinos era obligado a viajar a Panamá en medio de unas discutibles gestiones internacionales encabezadas nada menos que por el Secretario General de la OEA César Gaviria, bajo el argumento que la permanencia en el Perú de Montesinos; generaba una maligna situación de inestabilidad política. ¿Era esto verdad? ¿Podían las Fuerzas Armadas dar un golpe de Estado en un contexto de acelerada descomposición que afectaba a toda la estructura del mando superior? En todo caso,

Montesinos hubiera debido ser puesto a disposición de la justicia, antes que protegido por el señor Gaviria.

3. FUGA Y RENUNCIA DE FUJIMORI E INSTALACION DEL GOBIERNO DE TRANSICION PRESIDIDO POR VALENTIN PANIAGUA

Montesinos llegó a Panamá en busca de asilo político. El gobierno facilitó su salida hacia ese país. El asilo, finalmente no fue concedido. Luego de un mes de estancia en Panamá, Montesinos retornó al Perú. Fujimori sabía los efectos de un creciente rechazo. Rota la alianza y en medio de un gran y lastimoso espectáculo fue a la búsqueda de su ex asesor. Pero, su credibilidad estaba mellada. La «cacería» espectacular fue presentada en los medios e interpretada por los analistas como una forma de recuperar la imagen del Presidente. En ese contexto, el gobierno suizo comunicó la existencia de millonarias cuentas de Montesinos en bancos de ese país. La suerte del ex asesor estaba echada y ya no le quedaba otra salida que la huida. Mientras Fujimori se desgastaba en una persecución policial estéril, el ex asesor se embarcaba clandestinamente a una isla ecuatoriana (Galápagos), luego a Aruba y Venezuela. Cómo lo logró y si hubo o no complicidad de su novísimo perseguidor, es algo que resta por esclarecer.

En este contexto, el 12 de noviembre del 2000 Martha Hildebrandt, Presidenta del Congreso, fue censurada, ante su resistencia a renunciar a un cargo que en esos momentos no expresaba la voluntad mayoritaria del Congreso. Para ese cargo, el Congreso eligió tres días después a Valentín Paniagua (Acción Popular) con 64 votos a favor. Presionado por las circunstancias, con su composición parlamentaria en retroceso y aislado, Fujimori optó por abandonar el Perú aprovechando una cita presidencial en Brunei. Luego, desde el Japón presentó su renuncia a la Presidencia de la República, configurando con ello un hecho que lo descalificaba moral y políticamente. Por ello el Congreso, donde la mayoría fujimorista se había descompuesto, optó por destituirlo por incapacidad moral el 21 de noviembre del 2000.

Ante la renuncia de los vicepresidentes, Francisco Tudela primero y luego Ricardo Márquez, el Congreso, en uso de sus facultades

des constitucionales ⁽²⁾ encargó la Presidencia de la República, al presidente del Congreso, Valentín Paniagua. El nuevo gobernante invocó el consenso y la reconstrucción de la institucionalidad democrática como los dos pilares sobre los cuales edificó su transitoria gestión.

Montesinos, como se comprobó después, había reunido un comprometedor material audio visual para mantener en jaque a representantes del gobierno y de la oposición. Las filmaciones (reveladas a la opinión pública posteriormente), exhibieron a Montesinos en ocultas entrevistas apelando al chantaje para obtener favores políticos de jueces, parlamentarios, empresarios y militares. El poder del ex asesor estuvo siempre vinculado a la influencia que ejercían sus allegados en el Ejército, el Congreso, el Gabinete, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Jurado Nacional de Elecciones, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y diversos medios de comunicación.

4. LOS EJES Y ACCIONES DEL GOBIERNO TRANSITORIO DE VALENTIN PANIAGUA

El gobierno provisional tuvo como sustento su legitimidad jurídica, a lo que añadió un enorme respaldo político. La población apoyó comprensivamente al gobierno. Sobre estos dos ejes, se estructuró un proceso político corto, intenso y de plazo fijo, que tenía tres objetivos centrales: garantizar las elecciones generales del 2001 posibilitando con ello un retorno del Perú a la democracia; desmontar el aparato autoritario del fujimorismo y la lucha contra la corrupción generada durante el régimen de Fujimori.

⁽²⁾ Constitución de 1993: Artículo 115º: Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones.

Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente.

4.1. Un proceso electoral con equidad y limpieza

A fin de garantizar un proceso electoral limpio, justo y transparente, el gobierno de Paniagua realizó importantes reformas en la Ley Orgánica de Elecciones de 1998. Asimismo, hizo cambios en los organismos electorales. Las elecciones del 2001 se caracterizaron, por ello, por su absoluta transparencia y la confiabilidad en sus resultados. Para lograr tales fines se expidió la Ley de Reforma Constitucional, Ley Nro. 27365 del 5 de noviembre de 2000 por la cual elimina la reelección presidencial inmediata y modifica la duración del mandato del Presidente, Vicepresidentes y Congresistas de la República elegidos en las Elecciones Generales de 2000, acortándolo hasta el 27 de julio del 2001. Asimismo, se estableció el distrito electoral múltiple para darle una mayor representatividad al Congreso.

Por la Ley N° 27639 del 14 de noviembre del 2000, el Congreso asignó franjas electorales en los medios de comunicación a los candidatos al Congreso y a la Presidencia de la República.

Se reformó la ONPE, cambiándose a sus principales autoridades. Fernando Tuesta reemplazó a José Portillo. Por su parte, el Jurado Nacional de Elecciones también cambió de autoridades. Su Presidente, Alipio Montes de Oca fue reemplazado por Manuel Sánchez Palacios. Además, se encargó a Eduardo Stein, la responsabilidad de ser el jefe de la misión de observación electoral de la OEA.

4.2. Desmontar el aparato autoritario

Con el fin de desmontar el aparato autoritario del fujimorismo se derogó las leyes de intervención en el Poder Judicial y el Ministerio Público, se devolvió facultades al Consejo Nacional de la Magistratura, se dio fin a la cúpula militar montesinista y se elaboró un estudio de las normas inconstitucionales dictadas desde 1992.

4.3. Lucha contra la corrupción

Para investigar la corrupción de régimen de Fujimori se le encargó al abogado José Ugaz la Procuraduría *Ad Hoc* para defender los intereses del Estado en las denuncias de corrupción durante el régimen de Fujimori, se creó la comisión en el Congreso para inves-

tigar las cuentas de Vladimiro Montesinos integrada por los congresistas David Waisman (Perú Posible); Ernesto Gamarra como vicepresidente (FIM); Anel Townsend (Somos Perú); Luis Chang Ching y Rodolfo Amorín (Perú 2000). Para investigar los hechos oscuros que comprometían al régimen anterior se creó la Iniciativa Nacional Anticorrupción.

El descubrimiento de la vasta red de corrupción durante el gobierno de Alberto Fujimori generó una reacción positiva en la población, de apoyo al gobierno de transición y de indignación colectiva. La ciudadanía pudo conocer a cabalidad los detalles de los actos de corrupción: la intromisión del Gobierno en el Poder Judicial y el Ministerio Público; el control y sumisión del Parlamento por el gobierno de Fujimori para evitar la fiscalización; la neutralización y uso político de todos los mecanismos de control público (Tribunal Constitucional, Contraloría, SUNAT, etc.); el escándalo de malos manejos de las donaciones provenientes del Japón por la familia Fujimori; los manejos turbios de la Caja de Pensiones Militar Policial; el constante manejo de obras públicas previo decretos de urgencia para evitar licitaciones y así beneficiar a colaboradores de Fujimori (Camet, Vitor, Joy Way); el uso dispendioso de los fondos provenientes de la privatización sin que siquiera se de cuenta al Congreso; la expedición ilegal de decretos supremos secretos que autorizan uso de fondos públicos (1,141 millones de dólares); el chantaje y uso de fondos para controlar a los medios de comunicación, especialmente en casos de hermanos Winter (Canal 2), Crousillat (Canal 4) y otros; el caso de las cuentas de Montesinos y sus testaferros, militares y políticos del régimen en el Banco Wiese (Montesinos) y en Suiza; etc.

De acuerdo a indagaciones de la Fiscalía, existen muchos altos mandos militares implicados en la red de corrupción, varios de los cuales están detenidos. Por ejemplo, el General Nicolás de Bari Hermoza y el General José Villanueva Ruesta, quienes fueron Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas; el General Walter Chacón Málaga, el general (r) Juan Yanqui Cervantes, ex jefe del Comando de Instrucción y Doctrina del Ejército (COINDE), el General Luis Delgado de La Paz, ex jefe de Estado Mayor General del Ejército; Esleván Bello, Comandante General de la Fuerza Aérea; el General Carlos Bergamino, ex ministro de Defensa, etc.

Los mandos militares participaron en actividades delictivas diversas, como compra de armas, uso de dólares de Caja Militar Policial, narcotráfico y actos destinados a perpetrar el fraude en las elecciones generales del 2000.

Uno de los hechos más resaltantes ocurridos durante la transición de Paniagua fue la exhibición de un video en el que se observaba al Comandante General de las Fuerza Armadas, General Juan Carlos Tafur y al titular de la Fuerza Aérea, Pablo Carbone, firmando –a igual que muchos altos mandos militares y policiales– un acta de sujeción al régimen fujimorista y un acuerdo sobre la «validez» del autogolpe del 5 de abril de 1992. La puesta de los cargos a disposición del Presidente generaron un clima de tensión rápidamente superado gracias al manejo prudente y hábil de Paniagua.

4.4. Los derechos humanos

La comunidad internacional apoyó el proceso de transición presidido por Paniagua. Durante su corta gestión, el Perú no sólo volvió al cauce de la institucionalidad democrática sino que además impulsó la reinserción del Perú en la comunidad internacional, especialmente como país protector de los derechos humanos.

Para cumplir con los objetivos de la transición en cuanto a la recuperación de la vigencia plena de los derechos humanos fue necesario tomar algunas medidas:

El 4 de diciembre del 2000 se promulga la Resolución Suprema No. 557-2000-RE, mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución Suprema No. 453/RE-92, que cesó a 117 miembros del Servicio Diplomático del Perú.

El 7 de diciembre del 2000 el Perú retornó a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este fue un paso fundamental que determina la voluntad del Estado peruano de someterse a la jurisdicción internacional y respetar los cauces establecidos por el sistema interamericano para la defensa de los derechos humanos. En esa misma fecha, se suscribe el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El 14 de diciembre del 2000 el Perú suscribe la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional en

la ciudad de Palermo, Italia, por el Subsecretario de Asuntos Multilaterales y Especiales.

El 22 de diciembre del 2000 el Perú suscribe el Protocolo Facultativo contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Dicho protocolo fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999.

El 23 de diciembre del 2000 se establece el procedimiento para el seguimiento de recomendaciones de los órganos internacionales de naturaleza no jurisdiccional y creación del grupo de trabajo que asume interinamente estas funciones. Se encarga al Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia el seguimiento de las recomendaciones de los mecanismos internacionales no jurisdiccionales de los cuales el Perú es parte (a nivel interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos).

El 8 de enero del 2001 el Perú suscribe la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Dicho instrumento se adoptó en el marco del XXIV período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1994, en Brasil, y fue concebido con el objetivo de contribuir a la prevención, sanción y supresión de la desaparición forzada de personas. Establece, entre otras cosas, la obligación de los Estados Parte de tipificar como delito el acto de desaparición forzada y su imprescriptibilidad. Asimismo, otorga a los Estados Parte jurisdicción para impedir la impunidad de este delito; prohíbe la aplicación de fueros especiales para tales casos y establece que la desaparición forzada no podrá ser considerada como delito político, a efectos de la extradición y el asilo.

El 10 marzo del 2001 se publica ley que reincorpora a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público cesados con posterioridad al 5 de abril de 1992.

El 21 de abril del 2001 se produce la iniciativa del gobierno peruano para impulsar la Carta Democrática Interamericana. De acuerdo al ministro de Relaciones Exteriores del Perú, Javier Pérez de Cuéllar, dicho documento fue concebido como la sistematización del conjunto de reglas y mecanismos para la promoción y defensa de la democracia.

Con el asentimiento de las democracias del hemisferio, la iniciativa presentada fue recogida en la Declaración Final de la Cumbre de Quebec: "...Para mejorar nuestra capacidad de respuesta a estas amenazas, instruimos a nuestros Ministros de Relaciones Exteriores que, en el marco de la próxima Asamblea General de la OEA, preparen una Carta Democrática Interamericana que refuerce los instrumentos de la OEA para la defensa activa de la democracia representativa".

El 14 de mayo del 2001 el gobierno de Paniagua reincorporó al Ejército, a diecisiete de los veinticinco oficiales que participaron en el intento de golpe de Estado contra el dimitido ex presidente Alberto Fujimori el 13 de noviembre de 1992. Entre los militares reincorporados se encuentran, los generales de División Jaime Salinas Sedó y José Pastor Vives, los generales de Brigada Manuel Obando Salas y Jorge Soriano Morgan, el coronel José Montero Méndez y el comandante Marco Zárate Rotta. Los coroneles de Infantería Jaime Gutiérrez Tovar, Wilmer Sánchez Gambini, Víctor Granda Guzmán, César Martínez Uribe. Y el coronel de Ingeniería Jorge Noblecilla Merino. Los tenientes coroneles de Infantería, Enrique Aguilar, José Chávez Begaso, Eduardo Solano Pimentel, Pedro Tello Delgado, César Rosado Cisneros, Luis Antonio Ruíz de Urquiza y Carlos Galdós Chacón. Asimismo los mayores de Infantería: Felipe Gómez de la Torre, Hugo Ormeño Huapaya y César Cáceres Aros.

4.5. Las comisiones sectoriales

4.5.1. Mesa de Concertación de Lucha contra la Pobreza

Esta fue un mecanismo en el que participaron representantes del Estado, de organismos no gubernamentales, gremios empresariales, organismos sociales y de cooperación internacional, asociaciones vecinales y comunales, etc., los mismos que establecieron los lineamientos para combatir la pobreza en el país.

4.5.2. Acuerdo Nacional por la Educación

Esta comisión estuvo representada por diversas personas vinculadas a la materia. Se le encargó la realización de una propuesta de Acuerdo Nacional por la Educación, presentada al país para constituir la base de un Proyecto Educativo Nacional al 2015.

4.5.3. Iniciativa Nacional Anticorrupción

El gobierno constituyó esta comisión para generar un espacio de encuentro entre representantes de organismos públicos, la sociedad civil y los actores políticos, para discutir asuntos relacionados con las bases éticas y democráticas sobre las cuales debe asentarse el Perú y formular un diagnóstico sobre la corrupción en el país.

4.5.4. Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación emitida desde el 5 de abril de 1992

La creación de este grupo de trabajo, se debió a la necesidad de conocer las normas inconstitucionales emitidas por el gobierno de Fujimori. Ellas sirvieron para copar las instituciones y favorecer una reelección inconstitucional.

4.5.5. La Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional

A través del Decreto Supremo N° 018-2001-JUS se creó la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional a fin de fijar los lineamientos generales para una reforma constitucional y, en esa medida, contribuir al fortalecimiento de la democracia. Esta comisión estuvo integrada por veintiocho especialistas y presidida por el Ministro de Justicia.

Su objetivo central fue elaborar un informe en el cual se formulan las bases para una reforma constitucional, así como plantear los posibles procedimientos para llevarlas a cabo.

4.6. Las elecciones del 8 de abril

El 8 de abril del 2001 se realizaron elecciones generales en el Perú. La primera vuelta electoral arrojó resultados inesperados. Alejandro Toledo, con 37% de los votos debió disputar la segunda vuelta con Alan García (APRA), que logró un sorpresivo 26%. Si bien, la contienda tuvo en su mayor tramo como favoritos para disputarla a Toledo y Lourdes Flores (Unidad Nacional), Alan García logró remontar las encuestas ocupando el espacio dejado hace algunos años por la izquierda.

Durante la realización de la segunda vuelta, los periodistas Alvaro Vargas Llosa y Jaime Bayly alentaron al electorado para votar

en blanco. Su descontento frente a ambas candidaturas los llevó a montar una campaña que no recibió finalmente el apoyo que los dos periodistas creyeron que podían lograr de la ciudadanía. El electorado optó por usar su voto en favor de los candidatos. En esta segunda vuelta, Alejandro Toledo obtuvo la Presidencia de la República con 53.08%. El candidato aprista logró un 46.92% y creó expectativas frente a su figura política para los próximos años.

Lo resaltante es que no hubo ningún cuestionamiento a la transparencia del proceso electoral. Este fue ejemplar y bien conducido.

4.7. La Comisión de la Verdad

El 4 de junio del 2001 se publica el decreto supremo que crea la Comisión de la Verdad. Esta comisión está encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos.

Su importante misión es coadyuvar a que la necesidad colectiva de conocer la verdad sea plenamente satisfecha, echándose así bases sólidas para un proceso sustantivo de justicia y reconciliación. La Comisión no tiene atribuciones jurisdiccionales, en tanto no sustituye en sus funciones al Poder Judicial y al Ministerio Público. No obstante, sus proposiciones relativas a políticas de resarcimiento en favor de las víctimas y otras que contribuyan a la reconciliación, serán asumidas con un carácter vinculante, según compromiso adquirido por el Presidente Alejandro Toledo. Su funcionamiento será de 18 meses, el cual podrá ser prorrogado por 5 meses más.

De este modo, la transición de Paniagua, logró colmar todas las expectativas y dejó el camino llano para que el gobierno que asumió el 28 de julio pueda continuar la transición y profundizar las reformas democratizadoras que el Perú espera tras diez años de fujimorismo.

EL «RETORNO» DEL PERU AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Francisco José Eguiguren Praeli (*)

Como se recordará, el gobierno autoritario de Alberto Fujimori resolvió retirar al Estado Peruano de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobando para este efecto la Resolución Legislativa N° 27152 del 8 de julio de 1999. Esta injustificada y arbitraria medida se adoptó dando como pretexto la sentencia condenatoria dictada por la Corte en el caso Castillo Petruzzi y otros (del 30 de mayo de ese año) donde se ordenaba al Estado que el grupo de ciudadanos chilenos vinculados a actos de terrorismo y secuestro, condenados por el delito de traición a la patria ante la Justicia Militar, debía ser sometido a un nuevo juicio ante la jurisdicción ordinaria, observándose las reglas del debido proceso.

Pero la intención real de esta decisión, a la que el gobierno pretendía atribuir efectos inmediatos, era eludir el cumplimiento de las futuras sentencias de la Corte Interamericana, era eludir el cumplimiento de las futuras sentencias de la Corte Interamericana que –se preveía– condenarían también al Estado en diversos procesos entonces en trámite, relacionados con graves violaciones a los derechos humanos. Señalemos, por ejemplo, los casos de Baruch Ivcher, de los

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

magistrados del Tribunal Constitucional destituidos por la mayoría oficialista del Congreso, de Leonor La Rosa, la ley de amnistía para violadores de derechos humanos, "La Cantuta", "Barrios Altos" y tantos otros.

El notorio control político que ejercía el régimen fujimorista sobre el Poder Judicial y el Ministerio Público, vergonzosamente corroborado con los "vladivideos" y las denuncias que se han venido difundiendo, le aseguraba contar con decisiones judiciales que encubrían las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y propiciaban la impunidad para los responsables de las mismas. Sin embargo, esta situación no podía lograrse ante una jurisdicción internacional imparcial, por lo que el gobierno "necesitaba" "anticiparse al dictado de posibles sentencias condenatorias desvinculándose de la competencia de la Corte, para lo cual sólo aguardaba un pretexto".

Nos hemos pronunciado anteriormente sobre la improcedencia de este pretendido retiro, con efectos inmediatos, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ⁽¹⁾. Constituía una mera maniobra, carente de verdadero sustento jurídico, para burlar compromisos internacionales de nuestro país respecto del Pacto de San José y eludir el procedimiento formal de denuncia de la Convención. Así lo entendió también la Corte, que reafirmó la continuidad de su competencia y la ineficacia de este "retiro" o de sus "efectos inmediatos", anunciando que seguiría conociendo y resolviendo los casos en trámite o que se interpongan contra el Estado del Perú y su Gobierno, lo que efectivamente hizo.

Pero al margen de esta ineficacia formal del invocado retiro inmediato del Estado peruano de la competencia de la CIDH, en los hechos el asunto resultaba particularmente grave y preocupante. Si bien terminaba de desnudar o "sincerar", ante la comunidad internacional y nacional, el carácter autoritario, antidemocrático y violador de los de-

⁽¹⁾ Puede revisarse nuestro trabajo: "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 (dic. 2000), pp. 53 a 69. Asimismo el trabajo de CÉSAR LANDA, "Invalidez del retiro del Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", publicado en la misma revista (pp. 27 a 51).

rechos humanos del gobierno de Fujimori, evidenciaba que dicho régimen no tenía la menor intención de acatar ni cumplir las decisiones del máximo órgano jurisdiccional del sistema interamericano en materia de protección de los derechos humanos. A las escasas garantías que ofrecía el sistema judicial interno, por su falta de independencia y compromiso con la vigencia de los derechos fundamentales, se sumaba el intento de impedir el acceso ante la Corte, configurándose el riesgo de una virtual desprotección e indefensión para los peruanos frente a los actos arbitrarios de las autoridades.

Afortunadamente, esta situación anómala duró bastante menos de lo que deseaban el gobierno de Fujimori y sus "asesores". En efecto, sólo un año después del pretendido retiro de la competencia de la Corte, y luego de la inconstitucional y fraudulenta nueva reelección de Fujimori, se agudizó la crisis política en el país que culminaría –poco después– con la caída del régimen "dictatorial". Las negociaciones políticas entre los representantes del gobierno, la oposición y las organizaciones de la sociedad civil, en el marco de la Mesa de Diálogo promovida por la OEA, así como el surgimiento del gobierno transitorio encabezado por el Presidente Valentín Paniagua, tras la destitución por el Congreso del prófugo Fujimori, crearon en el país un clima favorable para la recuperación democrática y el respeto de los derechos humanos.

Gracias a los acuerdos políticos que se fueron logrando en este proceso y, hay que decirlo también, a la colaboración del Congreso, se dictaron norma y adoptando medidas encaminadas a normalizar las relaciones del Estado peruano con los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Puede así mencionarse hechos como la restitución por el Congreso de los tres magistrados que habían sido indebidamente destituidos del Tribunal Constitucional, el restablecimiento de los derechos de propiedad y nacionalidad del empresario Baruch Ivcher, el cumplimiento por el Gobierno y los órganos judiciales de diversas recomendaciones de la Comisión Interamericana, así como de las resoluciones y sentencias de la Corte.

El gobierno del Presidente Paniagua, a partir de la activa gestión del Ministro de Justicia Diego García-Sayán, fue reinsertando a nuestro país ante la comunidad internacional en materia de derechos humanos. Cabe así mencionar la aprobación del D.S. N° 014-2000-JUS, mediante el cual el gobierno transitorio estableció un procedimien-

to para el seguimiento de las resoluciones no vinculantes expedidas por órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Igualmente, tuvo importancia y repercusión fundamental la aprobación de la Resolución Legislativa N° 27401, del 18 de enero del 2001, que dispuso la derogación de la Resolución Legislativa N° 27152 y encargó al Poder Ejecutivo realizar todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los indeseables resultados generados por la resolución eliminada, restableciendo a plenitud para el Estado Peruano su sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde entonces, la actuación política e imagen internacional de nuestro gobierno en materia de derechos humanos, son totalmente distintas respecto de la situación imperante en el "fujimorismo". Se procedió a designar nuevos agentes del Estado ante la Corte, para que lo representen en los casos con una clara vocación de cumplimiento de lo dispuesto por la Convención y la Corte. Estos agentes, a su vez, se instituyeron como procuradores públicos *ad hoc (ad honorem)* a fin de coadyuvar ante el órgano judicial y las autoridades nacionales para la ejecución de lo ordenado en las sentencias de la Corte.

Todos estos esfuerzos han producido un reconocimiento internacional, que ha incidido en la elección del entonces Ministro de Justicia del gobierno transitorio doctor García-Sayán, actual Canciller del régimen del Presidente Toledo, como integrante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, el Estado peruano viene procurando agilizar la resolución de los casos pendientes ante la Comisión y la Corte, lo que se evidencia en que sobre unos 176 procesos en trámite, más de 80 se encuentran en fase de solución.

Abandonando del todo las prácticas dilatorias o propiciadoras de la impunidad, que caracterizaron la actuación de los agentes del "fujimorismo" ante los órganos de protección internacional de los derechos humanos, el Estado ha reconocido su responsabilidad en algunos casos, como el de Barrios Altos. Ello ha contribuido a que la Corte Interamericana dicte una sentencia histórica, declarando la incompatibilidad con la Convención del otorgamiento de amnistías a los violadores de derechos humanos, disponiendo también la nulidad de la que fue concedida durante el régimen de Fujimori. Ello permitirá la adecuada investigación y sanción de los responsables.

En definitiva, se ha producido un pleno y positivo “retorno” del Estado peruano al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, dejando sin efecto el pretendido “retiro con efectos inmediatos” que, si bien nunca tuvo eficacia jurídica real o reconocida, sin duda conspiraba contra el cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado y la efectiva protección de los derechos humanos en los planos nacional e internacional.

Sólo resta esperar que prosiga este esfuerzo por afianzar el respeto de los derechos humanos y el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana. Pero también, que esta nefasta experiencia no vuelva a repetirse, pues los peruanos no podemos ni debemos permitir cualquier nuevo intento de restringir los mecanismos de protección de nuestros derechos.

ANEXO

RESOLUCION LEGISLATIVA N° 27401

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA;

Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

RESOLUCION LEGISLATIVA QUE DEROGA LA RESOLUCION LEGISLATIVA N° 27152

Artículo único.- Deroga la Resolución Legislativa N° 27152.

Derógase la Resolución Legislativa N° 27152 y encárgase al Poder Ejecutivo a realizar todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que haya generado dicha Resolución Legislativa, restableciéndose a plenitud para el Estado peruano la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los doce días del mes de enero de dos mil uno.

CARLOS FERRERO
Presidente a.i. del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCIA
Segundo Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

Lima, 18 de enero de 2001.

Cúmplase, comuníquese, regístrese, publíquese y archívese.

VALENTIN PANIAGUA CORAZAO

Presidente Constitucional de la República

JAVIER PEREZ DE CUELLAR

Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores

DIEGO GARCIA SAYAN LARRABURE

Ministro de Justicia

ESTUDIOS

LA REVISION DE LOS ACTOS EN VIA ADMINISTRATIVA EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Jesús González Pérez (*)

Sumario: I. Introducción. II. La Ley de Procedimiento Administrativo General.- 1. La Ley número 27.444 del procedimiento administrativo general.- 2. Contenido.- 3. Procedimiento administrativo común y procedimientos administrativos especiales.- 4. Procedimientos de revisión. III. Invalidez de los actos administrativos.- 1. La infracción del ordenamiento jurídico por los actos administrativos.- 2. Grados de invalidez.- 3. La admisión de la nulidad en el Derecho administrativo.- 4. La nulidad de los actos administrativos en la Ley 27.444. IV. Revisión de los actos en vía administrativa.- 1. La autotutela administrativa.- 2. Clases de revisión.- a) Revisión que tiende a verificar la conformidad con el Ordenamiento jurídico.- b) Revisión que no tiende a verificar la conformidad con el Ordenamiento jurídico.- 3. Límites de la revisión. V. Revisión de oficio.- 1. La revisión de oficio en la Ley 27.444.- 2. Declaración de nulidad de oficio en vía administrativa.- 3. Declaración de nulidad en el proceso administrativo. VI. Los recursos administrativos.- 1. Los recursos administrativos, obstáculos de la tutela judicial efectiva o garantía del administrado.- 2. El agotamiento de la vía administrativa.- 3. Regulación.

(*) Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense (España).

I. INTRODUCCION

La sujeción de la actuación administrativa a los cauces formales de un procedimiento no solo responde a la necesidad de garantizar los derechos de los ciudadanos, sino también a la de garantizar los intereses públicos, la eficacia y acierto de las decisiones. De ahí, la trascendencia de su regulación, que permita el cumplimiento de aquellas finalidades.

La complejidad de las funciones administrativas se traduce en la existencia de muy diversas modalidades de procedimiento administrativo, adecuadas a la finalidad en cada caso perseguida. Por lo que resulta muy difícil, por no decir imposible, estructurar unos procedimientos tipo, y en absoluto un procedimiento ordinario aplicable con carácter general, salvo que, para la actividad de que se trate, exista un procedimiento especial. Pero sí resulta posible regular los principios generales que informan toda la reglamentación del procedimiento, las normas que tienen una aplicación general, las exigencias mínimas a que en todo caso ha de ajustarse el órgano administrativo al que corresponda la instrucción del procedimiento, así como los instrumentos que puedan utilizarse y, por supuesto, aquellos procedimientos en los que no tenga relevancia el objeto de la función administrativa, como son los de revisión de los actos administrativos. En lo que se pretende con las llamadas leyes de procedimiento administrativo, que no son ni pueden ser leyes de procedimiento, o más exactamente, solo pueden serlo en parte, en una mínima parte.

Porque las leyes de procedimiento administrativo han ido en su regulación mucho más allá de lo que era procedimiento. Han tratado –lo que ya es importante– de regular el régimen jurídico de la acción administrativa en sus diversos aspectos, y no sólo el procedimental. En consecuencia, en ellas se encuentra el ordenamiento jurídico de los sujetos de la acción administrativa –órgano administrativo y administrados–; del objeto; de los actos, no sólo los de trámite que integran el procedimiento, sino del régimen general del acto administrativo –requisitos, validez y efectos–, y del procedimiento administrativo en el sentido antes expuesto, como la regulación de los procedimientos formalizados no condicionada por el objeto y, muy especialmente, los de revisión. En el aspecto procedimental no pueden descender a una regulación formalizada de todos los procedimientos, salvo de los no condicionados por el objeto.

Así son las distintas leyes de procedimiento promulgadas hasta la fecha en los distintos estados y, por supuesto, en los de habla española. Lo que explica que, aun cuando todavía se conserve tal denominación –como la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo argentina de 1972 y las de sus distintas provincias ⁽¹⁾, la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo de Venezuela de 1982 ⁽²⁾, el libro que la reforma de 1984 introdujo en el Código Contencioso-Administrativo colombiano ⁽³⁾– y las mejicanas, tanto la Ley federal del procedimiento administrativo de 1995, como las que han sido promulgadas por el DF, el Estado de México y el Estado de Aguascalientes ⁽⁴⁾, se han empezado a utilizar rúbricas distintas en leyes de contenido más amplio, como la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica de 1978, y la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

II. LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

1. La Ley N° 27444 del procedimiento administrativo general

En El Peruano de 11 abril 2001 aparecía publicada la Ley 27444 de 21 de marzo de 2001.

⁽¹⁾ El trabajo más completo sobre la ley son los comentarios de Tomás HUTCHISON, en dos tomos: *Ley nacional de procedimiento administrativo. Reglamento de la Ley 19.549*, Buenos Aires, 1988.

⁽²⁾ Entre los trabajos sobre la misma, merece destacarse el de BREWER-CARÍAS, *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1985.

⁽³⁾ Fueron muchos los comentarios al Código aparecidos a raíz de la reforma. A título de ejemplo, VV.AA., *Comentarios al Código Contencioso-administrativo*, 2ª ed., Bogotá, 1986, en el que se incluyen, referidos al procedimiento administrativo, los trabajos siguientes: ESGUERRA PORTOCARRERO, *El campo de aplicación de los procedimientos administrativos*, pp. 45 y ss.; VARGAS AYALA, *Las actuaciones administrativas*, pp. 59 y ss.; ARBOLEDA PERDOMO, *Vía gubernativa*, pp. 73 y ss. Asimismo, vid. PENAGOS, *Código Contencioso-administrativo*, Bogotá, 1985. El libro de ORDÓÑEZ OCHOA, *Nuevo Código Contencioso-Administrativo*, Edición 1991, ofrece el texto actualizado del Código, concordado y anotado, incluyendo en cada artículo el texto de las disposiciones legales complementarias.

⁽⁴⁾ Me remito a mi trabajo *Procedimiento administrativo federal*, 3ª edición, México, 2000, y ACOSTA, ROMERO, HERRAU y VENEGAS, *Ley federal de procedimiento administrativo y Ley de procedimiento administrativo del Distrito Federal*, México, 1996.

No era la primera regulación general sobre procedimiento administrativo que se promulgaba en Perú ⁽⁵⁾. Porque ya con anterioridad a la corriente legislativa antes resumida se había concretado en disposiciones generales de distinto rango, hasta llegar al Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado en 1994. Pero es esta Ley de 21 de marzo de 2001 la que puede equipararse plenamente a las leyes generales de procedimiento administrativo con el título *Ley del procedimiento administrativo general*, que sustituyó al del anteproyecto elaborado por la Comisión presidida por Jorge Danós Ordóñez, que llevó a cabo tan excelente trabajo, que denominaba *Ley de Normas Generales de procedimientos administrativos*.

Lo cierto es que estamos ante una de las leyes que, cualquiera que sea su título, son algo más que de procedimiento administrativo.

2. Contenido

Respondiendo al esquema de otras leyes de procedimiento administrativo, la nueva ley, después de un Título preliminar, en el que hay que destacar el artículo IV sobre principios del procedimiento administrativo ⁽⁶⁾, se divide en los siguientes títulos:

Título I: Del régimen jurídico de los actos administrativos.

Título II: Del procedimiento administrativo, en el que se regulan aspectos que no son procedimentales, como el capítulo II, sobre sujetos del procedimiento.

Título III: De la revisión de los actos en vía administrativa.

⁽⁵⁾ Sobre la evolución, MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, 2ª edición, Lima, 1999, pp. 123 y ss.; BACACORZO, *Reglamento de procedimientos administrativos (Normas generales)*, Lima, 1987, y *Ley de procedimientos administrativos*, Lima, 1994. Sobre la formulación del proyecto y posterior aprobación de la nueva ley ver DANÓS El proceso de elaboración y aprobación de la nueva ley de procedimiento administrativo general, en *Advocatus*, N° 4, Lima, Mayo del 2001, pp. 325 y ss.

⁽⁶⁾ El valor de los principios del procedimiento administrativo como auténticos principios generales del Derecho ha sido destacado por DANÓS, en *El procedimiento administrativo. Principios generales. Formas de conclusión*, en "Boletín de Informes y Dictámenes dirimientes. Ministerio de Justicia", núm. 1, Lima, diciembre de 1997, pp. 38 y ss.

Título IV: De los procedimientos especiales, en el que se regulan el procedimiento tributario y el sancionador, extendiéndose al regular éste a la regulación de los principios de la potestad sancionadora.

Título V: De la responsabilidad de la Administración Pública y del personal a su servicio. En él se establece la responsabilidad de la Administración con tanta amplitud como la española. Por lo que tendría que plantearse, como nos planeamos en España, hasta qué punto podrá hacerse efectiva, aun cuando la presión tributaria sobre el contribuyente se lleve al máximo.

3. Procedimiento administrativo común y procedimientos administrativos especiales

La Ley no parte de una clasificación que, inspirada en la Ley de Procedimiento Administrativo de la República Federal Alemana de 25 de mayo de 1976, fue calificada de primer grado en España por González Navarro ⁽⁷⁾: la clasificación entre los llamados procedimientos formalizados y los procedimientos no formalizados, o más exactamente, procedimientos con tramitación preestablecida y procedimientos en que se deja libertad al instructor para fijar aquélla.

Porque el legislador, al regular una actuación administrativa, puede adoptar uno de estos dos criterios: establecer el cauce formal que ha de seguirse determinando en qué orden y en qué momento han de realizarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trate, o dejar al instructor en libertad para seguir el procedimiento que estime idóneo, atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía.

La Ley peruana regula lo que considera un procedimiento administrativo común —que tipifica en los artículos 30 a 36—, previendo “procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley

⁽⁷⁾ GONZÁLEZ NAVARRO, *Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos*, “Revista de Estudios de la Vida Local”, núm. 211, pp. 410 y ss. Vid., también, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, 2ª edición, Ed. Civitas, 1999.

expresa, atendiendo a la singularidad de la materia”, a los que la Ley se aplicará como supletoria (art. II).

Las distintas entidades administrativa regularán, por tanto, los procedimientos especiales, si bien sujetándolos a los principios de la Ley general (art. II). Y se impone a las entidades que elaboren y aprueben un “Texto único de procedimientos administrativos”, con sujeción a lo establecido en los artículos 37 a 49. Estamos, por tanto, ante un proyecto ambicioso –estimo que de difícil cumplimiento– de codificación de las regulaciones de los procedimientos administrativos, siquiera sea por entidades. El conjunto de TUPA sería un Código de procedimiento administrativo.

4. Procedimientos de revisión

El Título III de la Ley se dedica a la regulación de la revisión de los actos administrativos en vía administrativa. Los procedimientos de revisión en vía administrativa constituyen uno de los supuestos típicos de procedimiento administrativo común, en cuanto en su regulación no incide el objeto de la función administrativa. La materia objeto de la controversia, el Ordenamiento de la actividad administrativa cuestionada no incide en absoluto en el régimen jurídico de las vías de revisión, ni siquiera aunque versare sobre las relaciones jurídicas tributarias, aunque éstas suelen someterse a un sistema especial, por lo general atribuyendo a los órganos a los que dentro de la Administración se confía la competencia se les dote de una cierta independencia y especialización, lo que refuerza las garantías del administrado, llegando a considerarse “jurisdiccionales” las funciones que realizan aquellos órganos “seudojurisdiccionales”⁽⁸⁾.

Antes de entrar en el examen de la regulación de los procedimientos de revisión, creo conveniente una referencia a la invalidez de los actos administrativos, ya que los grados de invalidez inciden o deben incidir en el régimen de su revisión, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional.

⁽⁸⁾ Sobre la cuestión cfr. el excelente trabajo de DANÓS, *El proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*, en: Themis, Revista de Derecho, N° 41, Lima, 2000, pág. 73 y ss.

III. INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. La infracción del Ordenamiento jurídico por los actos administrativos.

La infracción del Ordenamiento jurídico por un acto administrativo determina la producción de importantes efectos, que se califican de efectos anormales, frente a los que normalmente derivan de cada tipo de acto.

Estas consecuencias de la infracción del Ordenamiento jurídico pueden afectar o no a la eficacia del acto. Las que afectan a la eficacia se denominan genéricamente invalidez y, a veces, con el término nulidad en sentido muy amplio.

Pues existen infracciones del Ordenamiento jurídico que no impiden que el acto produzca sus efectos normales. Se trata de los vicios denominados "transgresiones improcedentes", "irregularidades no invalidantes", "vicios irrelevantes" o "vicios inoperantes". Los actos que incurrir en estas infracciones que no impiden la producción de efectos normales pero que pueden determinar otros efectos anormales, son los que denominamos actos irregulares.

Se da la invalidez del acto administrativo, por tanto, siempre que incurra en una infracción del Ordenamiento jurídico que impide la producción de sus efectos normales.

2. Grados de invalidez

En los Ordenamientos jurídicos se distinguen, por lo general, dos grados de invalidez, en función de la gravedad de infracción del Ordenamiento jurídico en que incurra el acto, que reciben denominaciones distintas (anulabilidad y nulidad; nulidad relativa y absoluta; inexistencia y nulidad...).

La diferencia de régimen entre uno y otro grado de invalidez radica, fundamentalmente, en las notas siguientes:

- La anulabilidad solo puede hacerse valer dentro de los plazos fijados por el Ordenamiento jurídico, mientras que la acción de nulidad puede instarse en cualquier momento, aun cuando hubiesen transcurrido los plazos para impugnarlos, mediante los recursos admisibles.

- Mientras que los actos nulos no pueden convalidarse ni subsanarse por prescripción, los simplemente anulables pueden ser subsanados por el transcurso de los plazos para hacer valer la anulabilidad y pueden ser objeto de convalidación.

3. La admisión de la nulidad en el Derecho administrativo

Tradicionalmente, se había venido afirmando que no cabía admitir la nulidad en el Derecho administrativo. Los actos administrativos que infringían el Ordenamiento jurídico solo podían ser privados de eficacia incoando los procedimientos de revisión dentro de plazos, generalmente breves, que establecían las distintas legislaciones. Transcurridos estos plazos, los actos devenían inatacables y, por tanto, quedaban subsanados los defectos de que adolecieran. En Derecho administrativo solo se admitía la anulabilidad.

Esta rígida doctrina tradicional se fue atenuando. Y a los ejemplos excepcionales de nulidad de los actos administrativos que se aducían en los Tratados y Manuales que nosotros estudiamos en la Universidad –que eran realmente supuestos de inexistencia–, se fueron añadiendo otros, siempre tasados, en los que dada la gravedad de la infracción, no existía límite para instar su revisión, si bien se sometía ésta a un procedimiento con garantías excepcionales.

Fuera de estos supuestos, las infracciones del Ordenamiento jurídico solo podían hacerse valer a través de los procedimientos de revisión regulados en el Ordenamiento jurídico, dentro de los breves plazos en ellos previstos, incoados por los particulares, y en su caso, por la Administración. Peculiaridad del sistema español –que ha pasado a otros Ordenamientos de América– es el llamado proceso de lesividad.

4. La nulidad de los actos administrativos en la Ley 27444

La doctrina peruana es consciente de la existencia de actos administrativos que adolecen de vicio de nulidad de pleno Derecho, y, consiguientemente, de los problemas que planteaba su revisión ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Cfr., por ejemplo, DANÓS, *El procedimiento administrativo*, cit., pp. 47 y ss.

La Ley 27444 ha resuelto la cuestión, sin distinguir grados de invalidez. Y aunque emplea el término "nulidad", lo que únicamente admite es la anulabilidad de los actos administrativos, en cuanto solo se pueden hacer valer las infracciones de que puedan adolecer los actos dentro de los plazos que se establecen.

La enumeración que hace el artículo 10 de las causas de nulidad no tiene sentido, después de que el apartado 1 de este artículo enumera como primera causa "la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reguladoras". Si cualquier contravención de las normas que integran el Ordenamiento –incluso las reglamentarias– es determinante de lo que denomina nulidad, ¿por qué tipificar después algunas de ellas? La tipificación tiene sentido cuando se trate de infracciones graves que dan lugar a nulidad, como las que enumera el citado artículo 10 en sus apartados 3 y 4, tomadas de la Ley española. En la Ley española la inclusión tiene por finalidad destacarlas como causas de nulidad distintas de las generales de infracción de cualquier otra norma del Ordenamiento jurídico. Pero no tienen sentido una vez que se van a someter al mismo régimen que cualquier "contravención" a la Constitución, a las leyes y a las normas reglamentarias.

IV. REVISION DE LOS ACTOS EN VIA ADMINISTRATIVA

1. La autotutela administrativa

Los privilegios de que está investida la Administración pública en el régimen administrativo se extienden a la potestad de volver sobre sus propios actos, a fin de verificarla oportunidad y conformidad con el Ordenamiento jurídico.

Las prerrogativas de que están investidas las Administraciones públicas al actuar en régimen administrativo no se agotan en la potestad de dictar decisiones investidas de presunción de legitimidad, obligatorias y ejecutivas, sin la previa homologación judicial. Las Administraciones públicas pueden, además, volver sobre sus propios actos, a fin de que, por razones de legalidad o de simple oportunidad, eliminarlos del mundo del Derecho, no sólo a instancia del afectado, sino de oficio.

Si esta potestad de revisión puede ejercerse libremente respecto de los actos no declarativos de derechos y de los actos de gravamen, siempre que no se infrinja ninguno de los principios generales del Derecho, en todos los demás supuestos únicamente podrá ejercerse a través de los cauces formales de los procedimientos que la ley regula y en los supuestos que en ella se prevén ⁽¹⁰⁾.

2. Clases de revisión

La revisión de los actos por la propia Administración puede tener por objeto verificar la conformidad con el Ordenamiento jurídico o una finalidad distinta.

a) *Revisión que tiende a verificar la conformidad con el Ordenamiento jurídico.*

La Administración pública tiene potestad para verificar la conformidad con el Ordenamiento jurídico de sus actos y disposiciones y, en consecuencia, decidir acerca de su mantenimiento o anulación. Estamos ante la anulación en sentido amplio, que comprende tanto la declaración de nulidad como la anulación en sentido estricto. La Ley 27444 prevé dos tipos de procedimiento de revisión: los que denomina "revisión de oficio" (al que se dedica el capítulo primero del Título III) y los "recursos administrativos" (al que se dedica el capítulo segundo).

Se plantea la cuestión de si existen dos tipos de revisión: uno ordinario y otro extraordinario, en función de los plazos en que es posible.

El principio de seguridad jurídica impone que la Administración únicamente pueda volver sobre sus actos en plazos razonables. El procedimiento de revisión ordinario ante la Administración es el de los recursos administrativos.

Ahora bien, la confrontación entre justicia y seguridad jurídica puede conducir a que, cuando concurren determinadas circunstancias, ceda el principio de seguridad y se abran las posibilidades de

⁽¹⁰⁾ Resumen aquí la doctrina más general que expongo en mis trabajos *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas* (en colaboración con GONZÁLEZ NAVARRO), 2ª edición, II, pp. 2212 y ss., y en *Manual de procedimiento administrativo*, Ed. Civitas, 2000, pp. 489 y ss.

revisión de los actos declarativos de derechos, pese a haber transcurrido los plazos normales de impugnación, a través de procedimientos extraordinarios. Pero ello, siempre que concurren supuestos realmente excepcionales e introduciendo en los procedimientos de revisión garantías asimismo excepcionales.

Sobre esta posibilidad extraordinaria de revisión de los actos una vez transcurridos los plazos ordinarios de anulación, el Derecho comparado ofrece soluciones muy distintas. Simplistamente, pueden señalarse tres posibles soluciones:

Una, sumamente limitada. Así, en Derecho argentino, la prevalencia del principio de seguridad ha conducido a que la regla general sea la inmutabilidad, irrevocabilidad o estabilidad de los actos, llegándose a hablar de cosa juzgada administrativa, sin que prevea la posibilidad de revisión más allá de los límites temporales normales, ni siquiera respecto del acto nulo, siempre que "estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo", quedando reservada la posibilidad de "impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad". Así se establece en el artículo 17 de la Ley 19549 de Procedimientos Administrativos y en algunas leyes provinciales ⁽¹¹⁾. Es posible instar la revisión de un acto administrativo fuera de los límites normales de impugnación, mediante la llamada denuncia de ilegitimidad, y se admite que un recurso administrativo interpuesto extemporáneamente pueda tramitarse como denuncia de ilegitimidad. Esta institución, que tiene su fundamento en el artículo 14 de la Constitución nacional y ha sido admitida en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (artículo 1º, e), apartado 6º) y en las leyes provinciales, cuya naturaleza ha sido discutida ⁽¹²⁾, está sujeta a importantes límites: no procede

(11) Sobre el problema de la revisión de los actos administrativos en derecho administrativo, cfr. HUTCHINSON, ob. cit., pp. 355 y ss.

(12) LINARES, *Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la corte suprema de la Nación*, Buenos Aires, 1946; BIELSA, *Derecho administrativo*, 5ª edición, Buenos Aires, 1957, V, pp. 160 y ss.; GORDILLO, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª edición, Buenos Aires, 1971, nota 75, t. 41, capítulo VIII, p. 520; HUTCHINSON, ob. cit., nota 13, pp. 290 y ss.; CASSAGNE, *Los plazos en el procedimiento administrativo*, "El Derecho", 83, pp. 907 y ss.; FIORINI, *Los recursos en la Ley de procedimientos administrativos de la Nación*, "La Ley", 147, pp. 1283 y ss. Sobre el problema, ARMIENTA HERNÁNDEZ, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, cit., pp. 25 y ss.

rá, además de cuando por motivos de seguridad se establezca, cuando "por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió abandono voluntario del derecho".

Otra que admite en los supuestos de nulidad la posibilidad de declarar ésta y privar de efectos a los actos que incurran en alguna de las infracciones tasadas que así se sancionan, a través del procedimiento ordinario. Que es la solución que se adopta en el Código portugués de Procedimiento Administrativo de 1991 (artículo 134).

Y, por último, la que, si bien admite la revisión de los actos en circunstancias excepcionales –nulidad de pleno Derecho o infracción grave y manifiesta–, ello sólo es posible a través de procedimientos extraordinarios en los que se instrumentan garantías asimismo excepcionales. Es la solución del Derecho español.

En la Ley 27444 no tiene relevancia esta distinción y sí la distinción entre revisión de oficio y recursos administrativos, aunque incluye entre los primeros la rectificación de errores materiales (artículo 201), que no es propiamente una revisión –el acto se mantiene aunque rectifica el error de que adolece– ni únicamente procede de oficio, ya que también es admisible a instancia de interesado.

b) *Revisión que no tiende a verificar la conformidad con el Ordenamiento jurídico*

Cuando la Administración vuelve sobre sus propios actos al margen de si son o no conformes a Derecho, no para verificar su legalidad, sino la conveniencia de su mantenimiento por razones de interés público, estamos ante la revocación en sentido estricto⁽¹³⁾. La Administración decidirá acerca de la privación de efectos del acto, abstracción hecha de si es o no válido. Aun cuando la revocación puede darse a instancia de persona distinta a la autora del acto, normalmente se producirá de oficio.

⁽¹³⁾ AROZAMENA SIERRA, *Comentario al Capítulo primero del Título VIII de la LRJPA*, "Revista de Administración pública", núm. 140, pp. 69 y ss.; E. GARCÍA-TREVILJANO GARNICA. *Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen*, "Revista Española de Derecho administrativo", núm. 51, pp. 415 y ss., y mi trabajo *La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española*, "Revista de Administración pública", núm. 1, pp. 149 y ss.

La revocación, en sentido estricto, es el acto de contrario imperio de la Administración autora, encaminado al expurgo del mundo jurídico de un acto administrativo por motivos de oportunidad.

La Ley 27444 no admite la revisión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de los actos declarativos o "constitutivos de derechos o intereses legítimos", salvo en supuestos excepcionales (artículo 203) y con indemnización (artículo 205), Por lo que, *a contrario sensu*, será admisible la revocación de los actos que no sean declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos.

3. Límites de la revisión

El artículo 204 de la Ley establece que en ningún caso serán revocables en sede administrativa los actos que hayan sido objeto de confirmación por sentencia judicial firme.

Respecto de este límite, que opera tanto en los procedimientos de revisión de oficio como en los de recurso administrativo, interesa destacar:

- Que, por lo general, teniendo en cuenta la brevedad de los plazos para incoar las vías de revisión, lo normal es que una vez dictada sentencia firme confirmando el acto su irrevisibilidad vendrá dada por el transcurso de los plazos.
- Que, el problema de la irrevisibilidad podrá plantearse respecto de los actos que fueran reproducción o confirmación del acto confirmado. Y en estos supuestos, ¿por qué ha de operar en todo caso el límite de la sentencia confirmatoria? Ya que puede ocurrir que la sentencia hubiera declarado válido el acto por estimar infundado el motivo de impugnación que sirvió de fundamento al recurso resuelto por ella, mientras que la infracción del Ordenamiento jurídico en que se funde la revisión es distinta y no tiene conexión con la que tuvo en cuenta la sentencia, por lo que no se extienden a ella los efectos de la cosa juzgada.

Y, por supuesto, parece evidente que siempre operaran como límite de las potestades de revisión los principios generales del derecho, en especial el principio de la buena fe y de confianza legítima ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Me remito a mi trabajo, *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, 3ª ed., Civitas, 1999, pp. 174 y ss.

V. REVISION DE OFICIO

1. La revisión de oficio en la Ley 27444

En el Título III de la Ley, en el artículo 202, se prevé tan solo un supuesto de revisión en vía administrativa: el que para declarar la nulidad del acto se regula en los apartados 1, 2 y 3 del citado artículo; pues los apartados siguientes no regulan una revisión en vía administrativa, sino en sede judicial.

No se limita la revisión de oficio a determinados tipos de infracción del Ordenamiento jurídico. Puede instarse la revisión por cualquier infracción, ya que, como se dijo en el apartado III, cualquier infracción es determinante de lo que el artículo 10 llama nulidad. Son, por tanto, los mismos motivos que pueden fundar el recurso administrativo. La diferencia está en los plazos para incoar el procedimiento de nulidad y el de recurso. Y mientras el particular únicamente puede hacer valer la infracción a través de los recursos en los plazos que la ley establece, las Administraciones pública pueden incoarlo en plazos más amplios.

El administrado únicamente puede plantear la “nulidad” a través de los recursos administrativos (artículo 11). Transcurrido el plazo que la Ley establece para interponer los recursos administrativos, no podrá incoar –carece de legitimación– los que la Ley prevé en el artículo 202. Como se trata de los procedimientos que pueden incoarse de oficio (artículo 104), el administrado únicamente podrá denunciar la supuesta infracción para que el órgano administrativo en cada caso competente pueda, si lo estima oportuno, incoar el procedimiento.

Transcurridos los plazos que la Ley establece para interponer los recursos administrativos, únicamente podrá incoar la revisión la Administración. A tal efecto, la Ley establece un límite temporal para su revisión en vía administrativa; transcurrido éste, solo podrá hacerse valer la nulidad en vía judicial en el plazo que asimismo se fija. Siempre, por tanto, existe un límite temporal.

2. Declaración de nulidad de oficio en vía administrativa

Notas características de la declaración de nulidad de los actos por la propia Administración, son las siguientes

- a) Que la competencia para declararla se reserva al órgano que determina el artículo 202.2.
- b) Que es necesario que los actos “agravien el interés público”.
- c) Que no es admisible respecto de los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa. Respecto de éstos únicamente es posible demandar la declaración de nulidad en vía contencioso-administrativa en proceso incoado por la propia Administración ⁽¹⁵⁾.
- d) Que el plazo para declarar la nulidad es de un año “contado a partir de la fecha en que el acto haya sido emitido”. Aunque el artículo 202.3 califica al plazo de prescripción, parece evidente que es de caducidad. Y que el plazo se establece para ejercer la facultad, esto es, para dictar el acto en que se declare la caducidad, no para incoar el procedimiento de revisión.

3. Declaración de nulidad en el proceso administrativo

Si hubiese transcurrido el plazo para que la Administración pública pudiera declarar la nulidad de un acto en vía administrativa, siempre podrá incoar proceso administrativo con esta finalidad en el plazo de dos años a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para hacerlo en vía administrativa. Como éste era de un año, deberá incoar el proceso administrativo dentro de los tres años siguientes a la fecha en que fuera consentido por el particular (artículo 202.4).

En este mismo plazo podrá incoarse el proceso administrativo para declarar la nulidad de los actos respecto de los que no cabe la revisión en vía administrativa (artículo 202.5).

⁽¹⁵⁾ Sobre la impugnación judicial de las resoluciones del Tribunal Fiscal, criticándose el abuso en el ejercicio de esta potestad administrativa SUNAT, en *El procedimiento contencioso tributario de la legislación peruana*, “Revista jurídica del Perú”, n° 17 p. 253 y *la justicia administrativa y el Tribunal Fiscal* “Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario”, n° 31 p. 23. Cit. por DANÓS, *El proceso contencioso-administrativo en materia tributaria*, cit. 14

El proceso administrativo a que da lugar la interposición de recurso contencioso-administrativo por la propia Administración es el que se ha calificado de proceso de lesividad en la legislación española y, por su influjo, en las legislaciones americanas en que así se admite.

VI. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. Los recursos administrativos, obstáculos de la tutela judicial efectiva o garantía del administrado

Los recursos administrativos pueden constituir eficaces medios de protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados. Los procedimientos a que dan lugar y en los que han de resolverse son más flexibles y sencillos que los jurisdiccionales, permitiendo la defensa sin la asistencia de técnicos del Derecho, con la consiguiente eliminación de gastos. Por otro lado, si en ellos se da satisfacción a las pretensiones de los ciudadanos, al no tener que acudir a los órganos jurisdiccionales, se descargará a éstos de los asuntos que se acumulan ante ellos.

Mas para que se cumpla esta finalidad de garantía es necesario: primero, una regulación adecuada de los procedimientos en que tengan intervención servicios integrados por personal especializado y dotados de cierta independencia; segundo, que esos recursos tengan carácter potestativo en todo caso, y nunca constituyan presupuestos procesales para acceder a la vía jurisdiccional ⁽¹⁶⁾.

El administrado optará por el recurso administrativo, en lugar de acudir directamente a la vía jurisdiccional, si, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del Ordenamiento jurí-

⁽¹⁶⁾ La bibliografía sobre el tema es copiosísima. Desde la perspectiva de la tutela judicial, entre las más recientes cfr. CASSAGNE, *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*, en "Revista Peruana de Derecho Público", núm. 1, 2000, pp. 97 y ss; CANOSA, *Las reformas al régimen de los juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Buenos Aires, 2001, pp. 61 y ss. y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley; Mayo 2001, pp. 24 y ss.

dico en que el acto incurre y circunstancias personales del órgano competente para resolver, considera posible una resolución por esta vía, sin tener que acudir al proceso. Nadie con más interés que él para no acudir al proceso sin intentar ese último remedio ante la Administración que son los recursos. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil, incompatible con la tutela judicial.

2. El agotamiento de la vía administrativa

De lo expuesto se desprende que no tiene sentido el requisito tradicional de “causar estado” o “agotamiento de la vía administrativa”. Así se ha pronunciado la generalidad de la doctrina española. En Perú, la eliminación del requisito encuentra el obstáculo de la propia Constitución (artículo 240 de la Constitución de 1979 y artículo 148 de la Constitución de 1993). Si bien se ha tratado de reducir su ámbito todo lo posible. En este sentido, Danós, en un completísimo trabajo sobre el tema, ha dicho: “de conformidad con la doctrina más avanzada consideramos que la vía previa como requisito formal debería ser interpretada con criterio restrictivo, atenuando el excesivo rigorismo impuesto por la jurisprudencia, que la hace aparecer como un poderoso privilegio que beneficia a los entes administrativos en desmedro de las posibilidades de defensa de los ciudadanos”⁽¹⁷⁾.

En la Ley 27444 se mantiene el requisito del agotamiento de la vía administrativa, con bastante generalidad, en el artículo 218.

3. Regulación

La regulación de los recursos que se contiene en los artículos 206 a 217 es congruente con los principios que informan el Ordenamiento jurídico, con la excepción del mantenimiento de la excepción de acto consentido (artículo 206.3). Esta excepción, que, tradicionalmente,

⁽¹⁷⁾ En *Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Las llamadas resoluciones “que causan estado”*, en “Academia de la Magistratura. Revista”, núm. 1, enero 1998, pp. 207 y ss. Publicado también en *Ius et Veritas*, N° 16, Lima 1998, pgs. 150 y ss.

figuraba en la regulación del proceso administrativo –de la que se exceptuaban los supuestos de *nulidad de pleno Derecho*, empleando esta acepción en su sentido propio– ha sido criticada por la generalidad de la doctrina española⁽¹⁸⁾. No obstante, se mantiene en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998.

En los Ordenamientos jurídicos administrativos suelen distinguirse distintos tipos de recursos, regulándose procedimientos distintos para cada uno de ellos. La Ley 27444 distingue tres tipos de recurso: de reconsideración y de apelación (que pueden considerarse ordinarios) y de revisión (extraordinario). Y, con buen criterio, salvo en las especialidades impuestas por el objeto, los somete a los mismos requisitos (v.gr., artículos 207.2 y 211), procedimiento (artículos 213, 215 y 217) y efectos (artículo 216).

⁽¹⁸⁾ Un resumen de la doctrina, en mis trabajos *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 3ª edición, 2ª reimpresión, Ed. Civitas, 1999, I, pp. 691 y ss., y *Manual de Derecho procesal administrativo*, 3ª edición, Ed. Civitas, 2001, p. 243. Sin embargo, pese a que se mantiene en otros Ordenamientos jurídicos la doctrina de esta partes lo admite pacíficamente.

LA INTERPRETACION CONFORME A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCION PERUANA DE 1993

Susana Castañeda Otsu ⁽¹⁾

Sumario: Introducción. 1. Antecedentes. 2. La interpretación conforme a los tratados de derechos humanos. 3. Perú y los tratados sobre derechos humanos. 3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos. 3.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 3.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. 4. El artículo 10.2 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4. 1. Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 1981. 4. 2. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981. 4. 3. Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de julio de 1981. 4. 4. Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 1982. 4. 5. Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1982. 4.6. Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de octubre de 1982. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

INTRODUCCION

El Derecho constitucional es la rama del Derecho interno que se ocupa primordialmente de los derechos humanos, como en el Derecho internacional lo es el Derecho internacional de los derechos humanos.

⁽¹⁾ Profesora de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Federico Villarreal y Profesora Asociada del Módulo de Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura.

Ambas ramas del Derecho se relacionan, pues cuando los tratados son incorporados en el ordenamiento interno pasan a formar parte de éste, constituyendo el Derecho internacional una de sus fuentes; del mismo modo, el Derecho interno es acogido como fuente del Derecho internacional de los derechos humanos, cada vez que resulta más amplio o generoso que un tratado determinado.

Como bien sostiene el Profesor Bidart Campos, "...el problema de los derechos humanos se ha vuelto, desde el advenimiento del Derecho internacional de los derechos humanos, un problema de jurisdicción compartida entre la interna de cada Estado, y la internacional. Lo real es que tal problema ya no es visto ni tolerado como de jurisdicción reservada y exclusiva de cada Estado, porque ningún Estado lo puede resolver discrecionalmente a su arbitrio"⁽²⁾, concluyendo que el papel del Derecho constitucional es lograr que los derechos que el Derecho internacional ha incorporado a su área con jurisdicción compartida, alcancen vigencia sociológica en el Derecho interno.

La Constitución peruana de 1993, al igual que las demás Constituciones latinoamericanas, consagra los derechos humanos contenidos en los tratados de los sistemas universal y regional de protección⁽³⁾, a la vez que regula la jerarquía que éstos ocupan en el Derecho interno.

Como se recordará la Constitución de 1979 en el artículo 105 otorgaba jerarquía constitucional a los tratados relativos a derechos humanos⁽⁴⁾, disposición que la Constitución de 1993 vigente ya no con-

(2) Bidart Campos, Germán: "Dogmática constitucional de los Derechos Humanos. (El Derecho natural en el Derecho constitucional de los derechos humanos)", en Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Cerio, número 6, Valencia, 1994, págs. 5 a 28, en concreto págs. 23-24.

(3) Entre los tratados de derechos humanos del sistema universal, (de la Organización de Naciones Unidas) destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el sistema regional americano (de la Organización de Estados Americanos) destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador.

(4) Artículo 105 Constitución peruana de 1979: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional, No pue-

templa; sin embargo, la Disposición Final y Transitoria Cuarta textualmente establece: *“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 los acuerdos internacionales, sobre las mismas materias ratificados por el Perú»*.

El propósito del presente trabajo, es valorar la singular importancia de la citada disposición, en materia de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución peruana reconoce, ya que ésta opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando hay dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos.

1. ANTECEDENTES

La disposición contenida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la vigente Constitución, constituye una de las técnicas que los constituyentes de Latinoamérica han utilizado para incluir los tratados de derechos humanos en sus respectivos ordenamientos internos.

Entre otras de las técnicas, se consideran las cláusulas que reconocen **derechos implícitos o no enumerados**, (que en nuestra Constitución se encuentra prevista en el artículo 3); **cláusulas reguladoras de procedimientos especiales** (por la que se establecen mecanismos especiales para la aprobación o denuncia de tratados de derechos humanos y que en nuestra Constitución están prevista en el artículo 56); y **cláusulas jerárquicas** (mediante las cuales se establece el lugar que los tratados de derechos humanos ocupan en el sistema de fuentes)⁽⁵⁾.

den ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

⁽⁵⁾ Respecto el tercer punto Enrique Bernaldes sostiene que “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, (art. 101). Este aspecto ha sido omitido en la nueva Carta; la prevalencia sólo aparece en la Disposición Final y Transitoria Cuarta y con alcances limitados... Es una forma de hacer prevalecer los tratados, pero exclusivamente para los asuntos referidos a los derechos funda-

Colombia fue el primer país en esta parte del continente, que incluyó la cláusula de interpretación conforme a los derechos humanos, al establecer en el artículo 93 de la Constitución de 1991 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. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».

Colombia había tomado como modelo a la **Constitución española** de 1978, que en el artículo 10, apartado 2do. expresa: "*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*», tendencia que fue iniciada por la **Constitución portuguesa de 1976**⁽⁶⁾.

Para Bidart Campos, las Constituciones de España y Colombia, al disponer que los derechos constitucionales se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos en que el Estado se hace parte, contienen una pauta valiosa y constituyen una posición de vanguardia, agregando: "Esta sintonización armoniza el derecho interno y el internacional, más allá o más acá de que cada Constitución confiera o no prelación al Derecho internacional de los derechos humanos por sobre todo el derecho interno, incluido el constitucional"⁽⁷⁾.

Como se advierte la disposición constitucional peruana que es materia del presente trabajo, contiene una redacción idéntica a la contenida en el artículo 10, apartado 2do de la Constitución españo-

mentales". Agregando sobre el mismo punto: "Así, y por vía de interpretación, se reconoce la autoridad superior de los convenios internacionales de la materia". Ver: Bernal Ballesteros, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Constitución y Sociedad, 3ra. Ed., Lima, 1997.

⁽⁶⁾ Artículo 16 inc. 2 de la Constitución de Portugal de 1976: "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos."

⁽⁷⁾ Bidart Campos, Germán: "Dogmática constitucional...", pág. 25.

la, con la diferencia de que en el ordenamiento constitucional español, se encuentra prevista en el **Título I referido a los derechos y libertades fundamentales**; por tal motivo además de principio de interpretación, se le considera **una garantía**, ya que en conexión con el apartado primero del mismo artículo ⁽⁸⁾, se establece la posición preferente que el constituyente le otorgó, originándose con ello que toda interpretación de la Constitución deba respetar el sistema constitucional de derechos como parámetro evaluador de la legitimidad del orden político ⁽⁹⁾.

Situación que no se da en el caso de nuestra Constitución, en que inadecuadamente aparece regulado en una Disposición Final y Transitoria; sin embargo, esta situación no debe impedir, que el Juez le otorgue el carácter de instrumento de protección o de garantía de los derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce, ya que en todo ordenamiento jurídico se establecen garantías internas, a las que se añaden aquellas que son producto de la integración de un país a los sistemas internacionales de protección de derechos, como consecuencia obligada de que su texto fundamental se inserta en un contexto internacional, lo que en nuestro caso ocurre en virtud del artículo 55.

Estamos de acuerdo con Ariel E. Dulitzki cuando sostiene que “La recepción constitucional de estos tratados debe servir de sustento para que los jueces se sientan doblemente obligados a aplicarlos” ⁽¹⁰⁾, indicando que en el caso de los tratados que crean mecanismos de supervisión y control, los tribunales nacionales adquieren una dimensión especial como garantes de los derechos protegidos en di-

⁽⁸⁾ Además, la citada disposición está en concordancia con el artículo 96.1, que dispone: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

⁽⁹⁾ Cfr. Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonel, José Carlos: *El derecho a la libertad personal*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A, 1a. edición, Barcelona, 1993, pág. 25.

⁽¹⁰⁾ Dulitzki Ariel: “La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales: Un estudio Comparado”, en *Justicia y Derechos Humanos*, Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1998, pág. 80.

chos tratados, concluyendo que “prácticamente en todos los casos de denuncias internacionales por violación de los derechos humanos, existirá algún tribunal nacional que ha fallado en la obligación de garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos” ⁽¹¹⁾.

Es por ello, que teniendo en cuenta las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos afirmar que la mayor cantidad de éstas tienen como sustento jurídico la violación del artículo 6 del Convenio Europeo ⁽¹²⁾ y 8 de la Convención Americana, relativos ambos al **debi-**
do proceso o juicio justo, procesos en los cuales indudablemente se ha cuestionado la validez de un fallo judicial interno, por infracción de las garantías que lo integran; y en los procesos penales con reos en cárcel, además por violación a los artículos 5 y 7 de ambos convenios respectivamente, relativos al **derecho a la libertad personal**.

2. LA INTERPRETACION CONFORME A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Un primer paso para la internacionalización de las declaraciones y garantías de los derechos del hombre, lo constituye sin lugar a dudas la Declaración Universal de Derechos Humanos; a partir de la cual se elaboraron diversos convenios internacionales tendientes a la protección de los derechos humanos. Estos interesan con relación a la interpretación constitucional, sólo cuando la Constitución garantiza explícitamente menos de lo que en aquéllos se proclama, esto es así, porque al ser las normas internacionales más explícitas en algunos casos, valen como derecho aplicable y como principio de interpretación de conformidad con la cláusula de interpretación conforme a los derechos humanos.

Para Pedro Díaz Arenas, la interpretación conforme con los tratados también permite que los contenidos constitucionales resulten

⁽¹¹⁾ Ibidem, pág. 82.

⁽¹²⁾ Denominado Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, conocido también como Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, o Convenio de Roma, suscrito el 4 de noviembre de 1950.

precisados por la normatividad supraconstitucional, por lo que estima que debe acudir a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Internacional de Justicia ⁽¹³⁾; a la que debe agregarse además, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, y de los diversos Comités que los Convenios sobre un derecho específico han creado para la protección de tal derecho, así tenemos: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura ⁽¹⁴⁾, Comité de los Derechos del Niño, etc.

En estrecha conexión a esta cláusula de interpretación, el intérprete debe tener en cuenta el **principio pro homine**, en virtud del cual "se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria" ⁽¹⁵⁾.

3. PERU Y LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Para dar cumplimiento a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra vigente Constitución, el juez debe tener en consideración no solo la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino los diversos tratados que sobre la materia ha ratificado Perú, tanto del sistema universal como regional de protección de los derechos humanos.

En el marco de la Organización de Naciones Unidas, destacan por su importancia: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

⁽¹³⁾ Díaz Arenas, Pedro Agustín: *La Constitución Política Colombiana*, (1991), Temis, Santa Fe de Bogotá 1993, pág. 318.

⁽¹⁴⁾ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos, creados como órganos de supervisión de las obligaciones impuestas por las respectivas Convenciones y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son los únicos que están facultados para recibir comunicaciones de individuos que aleguen la violación de los derechos amparados, siempre que el Estado haga la declaración de la competencia de los respectivos Comités.

⁽¹⁵⁾ Para un mejor estudio de este principio que informa todo el Derecho internacional de los derechos humanos, Ver: Pinto, Mónica: *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, CELS, Buenos Aires, 1997.

Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

En el marco de la Organización de Estados Americanos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o “Protocolo de San Salvador”, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y la Convención Americana sobre desaparición forzada de personas.

Como se recordará la Décimo Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979, ratificó 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, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo sus artículos 45 y 62 referidos a la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que de manera sucinta abordaremos aspectos puntuales de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de 3 los tratados mencionados porque interesan al tema.

3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Votaron a favor de la Declaración 48 Estados, no hubo ningún voto en contra y se abstuvieron 8.

Era la primera vez que una comunidad organizada de naciones había formulado una declaración de los derechos y libertades fundamentales del hombre. En ella se consagran los derechos civiles y políticos; y también los derechos económicos, sociales y culturales.

Su importancia radica, en que es la más importante y amplia de todas las declaraciones de las Naciones Unidas, que cuenta con un gran consenso universal y es la fuente que ha inspirado los demás textos internacionales que promueven y protegen los derechos humanos; y sus disposiciones han sido incorporadas en casi todas las constituciones del mundo.

La Declaración Universal de Derechos Humanos permite que por vía indirecta se recurra a las normas consuetudinarias y los principios generales del Derecho, recurriendo a la regla hermenéutica a favor de la libertad.

En el caso de España, que constituye el precedente jurídico de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, el artículo 10 apartado 2do. conecta el ordenamiento jurídico español con una serie de Recomendaciones y Declaraciones aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁽¹⁶⁾; que si bien no tienen la naturaleza jurídica de tratados y por tanto no son vinculantes, positivizan valores, principios y exigencias normativas de gran contenido y amplio alcance, en materia de derechos y libertades fundamentales⁽¹⁷⁾.

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos recibió el encargo de elaborar un convenio, con la finalidad de darle fuerza vinculante a los derechos enunciados en la Declaración Universal, decidiendo la Asamblea General en 1951 que fueran dos convenios; es así como el 16 de diciembre de 1966 se adoptan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conocidos también como los Pactos de Nueva York.

3.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como su nombre lo indica contiene los derechos civiles y políticos, añadiendo algunos derechos al listado de la Declaración Universal: **art. 10**, que establece el derecho a que las personas privadas de libertad sean tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, que los procesados serán separados de los con-

⁽¹⁶⁾ La Constitución española además, en su artículo 39.4 hace una remisión especial a los acuerdos internacionales que velan por los derechos del niño, lo que se refiere principalmente a la Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1969, precedente jurídico de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁽¹⁷⁾ Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín: "Artículo 10, Derechos fundamentales de la persona", en *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid, 1984, págs. 45 a 155, en concreto pág. 136.

denados, y los menores procesados separados de los adultos, estableciendo la finalidad del régimen penitenciario; **art. 11**, referido a la prohibición del encarcelamiento por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual, **art. 24**, el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad y recibir las medidas de protección que requiera; y **art. 27**, que establece el derecho que les corresponde a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma ⁽¹⁸⁾.

Es preciso indicar que tanto este Pacto como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contienen disposiciones comunes. Así en el artículo 1 se declara que el derecho a la libre determinación es universal y se pide a todos los Estados que promuevan el ejercicio y el respeto de ese derecho. Igualmente, en el artículo 3 se reafirma el principio de la igualdad de hombres y mujeres con respecto a los derechos humanos y se impone a los Estados la obligación de aplicar ese principio; y en el artículo 5 se establecen salvaguardas destinadas a impedir la destrucción o la limitación indebida de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la interpretación impropia de los Pactos que justifique la violación de un derecho o libertad, o la limitación de ese derecho o libertad, en grado mayor de lo previsto en ellos.

El Pacto en comentario contiene una disposición de singular importancia en el artículo 28, que crea el **Comité de Derechos Humanos**, que constituye un importante mecanismo de protección de los derechos, pues según el artículo 41 del Pacto, está facultado para recibir y examinar las **comunicaciones interestatales**, por las cuales un Estado se dirige a él, alegando que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone el Pacto ⁽¹⁹⁾.

Del mismo modo, el citado Comité es el organismo competente para recibir y considerar **comunicaciones individuales**, de quienes aleguen haber sido víctimas de violación de los derechos enunciados en el Pacto. Para que el Comité de Derechos Humanos pueda recibir

⁽¹⁸⁾ Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 8.1.d) añade el derecho de huelga.

⁽¹⁹⁾ Se requiere que los Estados Partes hayan efectuado una declaración aceptando la competencia del Comité.

una comunicación individual contra un Estado, es necesario que el Estado Parte en el Pacto ratifique el **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** ⁽²⁰⁾.

Este es quizás el mecanismo más interesante, pues permite a las personas acudir al sistema universal exponiendo su caso, el Comité recibe las comunicaciones de los Estados denunciados y si se constata la violación, a través de sus **Decisiones** señalará las medidas que deben cumplir los Estados con las personas cuyos derechos han sido violados.

Por vía de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, las Decisiones del Comité de Derechos Humanos sirven como criterio de interpretación; sin embargo el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 17 de Abril de 1998 recaída en la Acción de amparo, Exp. 012-95-AA/TC ⁽²¹⁾ ha otorgado a una Decisión de este organismo internacional de protección de los derechos humanos, **“los alcances de una sentencia internacional definitiva”** en aplicación al artículo 4 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506 y artículo 101 de la Constitución Política de 1979, vigente al momento de plantearse la acción de amparo, constituyendo este fallo una posición minoritaria pero de avanzada en el Derecho comparado latinoamericano.

3.3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conocida también como Pacto de San José, suscrita en 1969, entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Enuncia los derechos civiles y políticos, refiriéndose a los derechos económicos, sociales y culturales sólo en un artículo, el número 26, derechos a los que según el texto se otorga la categoría de programáticos.

Establece como órganos competentes “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención, a la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**.”

⁽²⁰⁾ Aprobado por Perú mediante Decreto Ley Nro. 22129 del 28 de marzo de 1978.

⁽²¹⁾ Publicada en el diario Oficial El Peruano, el 7 de octubre de 1998.

La Corte Interamericana es por su naturaleza un tribunal internacional competente para examinar las quejas o denuncias por violaciones de los derechos reconocidos en la Convención Americana, sus fallos según el artículo 67 son definitivos e inapelables. Esta constituye la función contenciosa que le otorga la Convención, habiendo expedido ya desde su funcionamiento sentencias en contra de Estados Partes, entre ellos Perú.

Como la Convención Americana sobre Derechos Humanos no contiene un listado de los derechos económicos, sociales y culturales, con fecha 17 de noviembre de 1988, se ha suscrito el **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o "Protocolo de San Salvador"**, que aún no entra en vigencia pues requiere la ratificación o adhesión de once Estados ⁽²²⁾.

4. EL ARTICULO 10.2 DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para el presente tema, se ha seleccionado un grupo de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español, en las que en aplicación al artículo 10 apartado 2 de la Constitución española, se recurre a la doctrina sentada por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos que han conocido, con las que se demuestra que esta disposición es efectivamente aplicada por el supremo intérprete de la Constitución.

De este modo el Tribunal Constitucional recurre a las normas internacionales de derechos humanos como criterio de interpretación, como se advierte, las disposiciones contenidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, son las que más se citan –relativas al debido proceso–, las que a su vez son fuente del artículo 24 de la Constitución española referido a la tutela judicial efec-

⁽²²⁾ Este Protocolo Adicional contiene la particularidad de que en caso de violación del derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y el derecho a la educación previstos en los artículos 8.a) y 13 respectivamente, intervenga la Corte Interamericana, mediante el sistema de peticiones individuales.

tiva; y que motiva el mayor número de amparos ante el Tribunal Constitucional.

4. 1. Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 1981

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional hace suyo el criterio del Tribunal Europeo expuesto en su sentencia del 17 de enero de 1970, recaída en el caso *Delcourt* contra Bélgica; y por la cual las garantías del artículo 6.1 del Convenio Europeo se extienden a todas las instancias, incluida el Tribunal de Casación belga.

El fundamento jurídico pertinente, es el siguiente: “Las garantías constitucionales del artículo 24.1, son aplicables a las sentencias de casación y en el control de legalidad que corresponde al Tribunal Supremo deben observarse también esas garantías, lo que constituye el tema del presente recurso. Este es el criterio sustentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de enero de 1970 (caso *Delcourt*), aplicando el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, ratificado por España, **con arreglo al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, conforme al artículo 10.2 de la Norma Suprema...**”; para continuar analizando la doctrina que sobre el caso *Delcourt* sentó el Tribunal Europeo.

4. 2. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional recurre a la doctrina del Tribunal Europeo recaída en los casos *Neumeister* y *Ringeisen*, sobre el **plazo razonable** del artículo 6.1 del Convenio Europeo, que en un inicio fue interpretado para los procesos penales y luego extendido a la jurisdicción administrativa con el caso *Koning*, según la cual el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y considerando fundamentalmente: complejidad del asunto, comportamiento de los demandantes y comportamiento de las autoridades ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Vid. Muñoz Machado, Santiago: “El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: Las

Los fundamentos jurídicos pertinentes son los números 3 y 4, cuya parte más importante literalmente expresa: "El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo número 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de un "proceso público sin dilaciones indebidas", y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión solo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso. Es en este sentido en que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales al establecer en su artículo 6.1. que..."; Fundamento 4: "El artículo 10.2 de la Constitución establece que ..., **este precepto constitucional nos permite acudir a aquella doctrina establecida en el caso Koning para determinar si en el sometido ahora a esta jurisdicción constitucional concurren los supuestos que permitan calificar de lesiva constitucionalmente la actuación del órgano del Poder Judicial**".

4. 3. Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de julio de 1981

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional como criterio de interpretación recurre a las disposiciones del Convenio Europeo y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el **derecho de defensa**:

"El derecho a la defensa y asistencia de letrado, que el párrafo 2 del artículo 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos, es por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no solo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. A ello hay que añadir que el Convenio Europeo

indemnizaciones debidas", en Revista española de Derecho Administrativo, núm. 25, año 1980; y sobre el mismo tema respecto al caso Zimmermann y Steiner contra Suiza, Marin Castán, María Luisa: "La polémica cuestión de la determinación del plazo razonable en la Administración de justicia (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 1983) "Revista española...", año 4, núm. 10, 1984.

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 6.3 c); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 d), al referirse a los derechos mínimos que han de garantizar a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por un defensor de su elección. Por lo que el derecho de defensa y asistencia de letrado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, **interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del artículo 10.2 de la misma**, comporta de forma esencial, el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa ...”.

4. 4. Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de julio de 1982

El Tribunal Constitucional en esta sentencia, recurre al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: derecho a toda persona declarada culpable a que el fallo condenatorio y pena impuesta sean sometidos a un Tribunal Superior, es decir, el **derecho a la instancia plural** que no consagra el artículo 24 de la Constitución española.

“El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta**, consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable... Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (cfr. Boletín Oficial del Estado, núm. 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la de un recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas de Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento”.

4. 5. Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1982

Invoca el demandante, la violación de los artículos 17 y 24.2 de la Constitución española, y la presunta vulneración del artículo 5.3

del Convenio Europeo, sobre el **plazo razonable de la detención preventiva**. En esta sentencia el Tribunal Constitucional deniega el amparo, basándose en la doctrina del Tribunal Europeo recaída en los casos Neumeister contra Austria y Wemhoff contra la República Federal de Alemania.

El fundamento jurídico pertinente es el núm. 5: "Finalmente, el artículo 5.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, que el recurrente considera infringido, parte de que toda persona detenida previamente tiene derecho a ser juzgada en un plazo "razonable o hacer puesta en libertad durante el procedimiento". La aplicación e interpretación que de dicho precepto ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos centra la cuestión en la delimitación del plazo de detención dentro de los límites de lo razonable. En el caso Neumeister el Tribunal afirmó que "competen a las autoridades judiciales nacionales investigar todas las circunstancias para apreciar o descartar la existencia de un verdadero interés público que justifique una derogación a la regla del respeto a la libertad individual". En este sentido el mismo Tribunal en el caso Wemhoff afirmaba que "este carácter razonable del mantenimiento de la detención de un acusado debe apreciarse, en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa".

El fundamento jurídico 3 recurre como criterio interpretativo al artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual la institución de la prisión preventiva "no debe ser la regla general" para las personas que hayan de ser juzgadas; y a la Resolución 11 del Consejo de Europa, que dispone que la **prisión preventiva debe inspirarse en 3 principios**: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional; y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.

Finalmente concluye que no ha habido vulneración por parte de la autoridad judicial de los artículos 17 y 24.2, así como del artículo 5.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en cuanto medio de interpretación (art. 10.2 de la CE) de los artículos anteriores.

4.6. Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de octubre de 1982

El Tribunal Constitucional recurre a las disposiciones del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 del Convenio Europeo, sobre el **derecho de toda persona a un proceso público en materia penal**; y las limitaciones establecidas a este derecho por los dos últimos textos internacionales, en cuyo caso es válidamente permitido excluir al público de la sala y llevar a cabo las audiencias en privado: "... la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España (...). En este sentido, debemos recordar que el derecho a un proceso público en materia penal se encuentra reflejado en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ... Y en análogos términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19-XII-1966, art. 14, tampoco contempla este derecho como absoluto... Y, en fin, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado en Roma el 4-XI-1950 (artículo 6), reconoce también con carácter general este derecho, si bien indica que..." "Las consideraciones efectuadas conducen a sostener, de una parte, que el artículo 24 de la Constitución ha de ser interpretado de conformidad con la Declaración, tratados y acuerdos a que se refiere el art. 10.2 de la propia Norma Fundamental, y de otra, que tal interpretación lleva a la conclusión de que el derecho a un proceso público se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que inserta nuestra Constitución".

Se puede concluir, que la doctrina del Tribunal Constitucional español (expresión con la que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional denomina a la jurisprudencia emanada del mismo) ha sido reiterativa en este sentido y también es aplicada por los miembros del Poder Judicial, es más el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 17/1985, de 9 de febrero ha sentado que "La legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos".

A esta corriente garantista se aúna el Ministerio Fiscal, conforme se advierte de la circular del 12 de enero de 1983 emitida por la Fiscalía del Tribunal Supremo que declara: "...la armonía del ordenamiento jurídico depende esencialmente de la parte dogmática de la Constitución; no sólo el Capítulo Segundo del Título I, sino todo ese título y el preliminar han de ser tenidos en cuenta como inspiradores de la legislación vigente. No deben olvidarse nunca los criterios interpretativos señalados en el artículo 10.2 de la Constitución..."

5. CONSIDERACIONES FINALES

1. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, además del Principio de Interpretación, contiene una cláusula de garantía a la que el Juez debe recurrir en defensa de los derechos de las personas.
2. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución integra el ordenamiento jurídico interno con el internacional en una unidad normativa, en lo que concierne a la protección de los derechos humanos.
3. Aun cuando en el artículo 3 se consagra la cláusula de los derechos implícitos, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, además ofrece parámetros precisos, en base a los cuales, los jueces pueden admitir otros derechos no expresamente consagrados en la Constitución extendiendo a ellos las garantías constitucionales previstas en el artículo 200.
4. El Juez debe recurrir a este Principio de interpretación, cuando se presenten **dificultades interpretativas** respecto a derechos y libertades fundamentales, las que deben salvarse inicialmente a favor de la interpretación que suministran los tratados o acuerdos sobre derechos y libertades, si son favorables a la persona, en concordancia con los Principios *Pro homine* y *Favor libertatis*.
5. Por el Principio de interpretación conforme a los derechos y libertades, nuestra Constitución Política hace suya la interpretación de los derechos y libertades que lleva a cabo especialmente la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; y el Comité de Derechos Humanos, ratificados constitucionalmente en la Décimo Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias

de la Constitución de 1979; sin dejar de lado la interpretación que llevan a cabo los Comités creados en los diversos convenios de derechos humanos ratificados por Perú.

6. Hay Convenios en materia de derechos humanos, que por la precisión de su articulado (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos), y por la puntualización que de su contenido han realizado los órganos jurisdiccionales (Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; y Comité contra la Tortura), juegan un papel decisivo al recurrir a ellos el intérprete de la Constitución y el juez ordinario.
7. La autovinculación de la Constitución a la interpretación de los organismos antes mencionados no debe confundirse con la fuerza vinculante de los fallos de la Corte Internacional de Derechos Humanos.
8. La disposición contenida en el artículo 10.2 de la Constitución española, precedente jurídico de nuestra disposición constitucional contenida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, se viene aplicando en forma efectiva por el Tribunal Constitucional español.

6. BIBLIOGRAFIA

Bernales Ballesteros, Enrique: La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Constitución y Sociedad, 3era. Ed., Lima, 1997.

Bidart Campos, Germán J.: "Dogmática constitucional de los Derechos Humanos. (El Derecho natural en el Derecho constitucional de los derechos humanos)", en Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Cerio, número 6, Valencia, 1994, págs. 5 a 28.

Díaz Arenas, Pedro Agustín: La Constitución Política Colombiana (1991), Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993.

Dulitzki Ariel: "La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales: Un estudio comparado", en Justicia y Derechos Humanos, Comisión Episcopal de Acción Social, Lima, 1998.

Freixes Sanjuán, Teresa y Remotti Carbonell, José Carlos: *El derecho a la libertad personal*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A, 1ª edición, Barcelona, 1993.

Marín Castán, María Luisa: "La polémica cuestión de la determinación del plazo razonable en la Administración de Justicia. (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 1983)", *Revista española de Derecho Administrativo*, año 4, núm. 10, 1984.

Muñoz Machado, Santiago: "El derecho a obtener justicia en un plazo razonable y la duración de los procesos contencioso-administrativos: Las indemnizaciones debidas", en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 25, año 1980.

Pinto, Mónica: *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, CELS, Buenos Aires, 1997.

Ruiz-Giménez Cortes, Joaquín: "Artículo 10, Derechos fundamentales de la persona", en *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución española de 1978*, dirigido por Oscar Alzaga Villaamil, Ed. Edersa, Madrid, 1984, págs. 45 a 155.

EL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO EN LA LEY COMO VARIABLE DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO

Luis R. Sáenz Dávalos (*)

Sumario: Introducción. 1. Debido Proceso y Procedimiento preestablecido. Infracciones. 2. El tratamiento de las irregularidades procesales en el proceso judicial. Su relación con el proceso constitucional para efectos de cuestionamiento. 3. El tratamiento de las irregularidades procesales en los procedimientos administrativos y corporativo particulares. Su relación con el proceso constitucional para efectos de cuestionamiento.

INTRODUCCION

Uno de los temas que resulta bastante sencillo de asumir, pero al revés de ello, acentuadamente difícil de comprender, es el atinente al llamado "procedimiento preestablecido por la ley".

La razón principal de tal realidad estriba en un simple hecho. Aunque todos estamos de acuerdo en que a una persona pasible de enjuiciamiento, o en general, de cualquier tipo de procesamiento, no se le puede sino someter al régimen jurídico previsto por anticipado o con anterioridad, esto es, al vigente en el momento de producirse los hechos que motivan tal encausamiento, sin que por lo mismo, no se pue-

(*) Asesor del Tribunal Constitucional. Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura.

dan alterar las reglas en el camino o *a posteriori*; no se ha reflexionado detenidamente o por lo menos hasta la fecha, a que tipo de alcances procesales nos estamos refiriendo cuando hablamos de procedimiento preestablecido. Dicho en otros términos, si nadie duda respecto de la existencia de un procedimiento preestablecido como regla imperativa, en cambio no se responde o no se tiene una versión definida, respecto de los alcances amplios o restrictivos que pueda tener la noción en referencia, sobre todo si se parte del supuesto de su integración al interior del concepto, todavía mucho más amplio, de debido proceso.

Esto sin lugar a dudas origina un problema bastante delicado, porque si por procedimiento preestablecido, va entenderse el respeto a cualquier tipo de formalidad por el solo hecho de estar ello reconocido en la ley, bastaría cualquier anomalía simple al interior de un proceso, para que este pueda reputarse como arbitrario o inconstitucional. Al revés de ello, si la transgresión de una mera formalidad preestablecida no es de por sí contraria a la norma fundamental, se impone como necesidad el delimitar los casos en los cuales aquella sí lo sería.

Las líneas que siguen a continuación intentan esbozar a partir de una interpretación coherente de la Constitución y de la legislación pertinente, una solución o respuesta al problema que subyace tras la asunción del procedimiento preestablecido como una manifestación del derecho constitucional al debido proceso y las consecuencias jurídicas que pueden desprenderse, de asumirse un concepto extensivo o por el contrario, restrictivo, de la misma variable.

1. DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO. INFRACCIONES

Conforme lo establece el inciso 3) del Artículo 139° de la Constitución Política de 1993 "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*". Agregándose además que, "*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación*".

Se sabe, por otra parte, que de acuerdo a lo postulado por la doctrina y lo definido por la jurisprudencia, la idea de debido proce-

so, esta referida al conjunto de atributos de elemental justicia que todo sujeto de derecho o justiciable invoca ante el órgano jurisdiccional, o de acuerdo a su naturaleza ante órganos administrativos o corporativo particulares que dirimen situaciones o reconocen derechos⁽¹⁾. Bajo tal supuesto, y así como forman parte de tal atributo, el derecho de defensa, la jurisdicción predeterminada, la motivación resolutoria, la instancia plural, la cosa juzgada, en fin; también, es componente o forma parte del mismo, el llamado procedimiento preestablecido, en lo que a su observación o respeto se refiere.

Hay entonces una evidente relación de genero a especie. Mientras el debido proceso es el continente, el respeto al procedimiento preestablecido, es una de sus parcelas o espacios territoriales. Como tal, supone un contenido esencial mínimo, que, de modo preliminar puede graficarse en la simple necesidad de observar durante la secuela de todo proceso, sea o no judicial, sea o no contencioso, el conjunto de reglas básicas o esenciales establecidas imperativamente y de modo anticipado para que el mismo pueda cumplir su cometido. Tal observación, obviamente, atañe tanto a los juzgadores como a las partes involucradas en la relación procesal.

Ahora bien, si como se conoce, una infracción a cualquiera de las manifestaciones del debido proceso convierte automáticamente el proceso—cualquier tipo de proceso— en irregular y por lo mismo, habilita la procedencia de las garantías constitucionales como instrumentos procesales correctores⁽²⁾, no cabe duda que por principio, una vulneración del procedimiento preestablecido, en cuanto específica variable, debería legitimar el mismo tipo de cuestionamiento, esto es, el que ofrecen, fundamentalmente, procesos como el habeas corpus o el amparo⁽³⁾. Por consecuencia, al proceso irregular surgido

⁽¹⁾ Sobre el tema nos remitimos a un trabajo anterior. Cfr. Luis Sáenz Dávalos.- "La Tutela del Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*; Año I, N° 1, Tribunal Constitucional, Lima, 1999, págs. 483 y ss.

⁽²⁾ Cfr. Samuel Abad Yupanqui.- "¿Procede el Amparo contra resoluciones judiciales"; *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1991, págs. 35 y ss.

⁽³⁾ Ello claro esta, sin que se excluya el tema de las posibles vías alternativas a las cuales se pueda acudir en salvaguarda del proceso debido, como podría ser el

tras una vulneración de la regla a la observancia del procedimiento preestablecido, le debería seguir la interposición de una garantía como mecanismo elemental de defensa.

Ocurre sin embargo, que muy a parte de asumirse tal formula como premisa general, con el procedimiento preestablecido la lógica de recurrencia frente a la hipótesis de vulneración, cambia o varía según se trate de unas u otras infracciones procesales. En otras palabras, no todas las infracciones son exactamente iguales. Por lo mismo, no todas ellas se corrigen de la misma forma.

2. EL TRATAMIENTO DE LAS IRREGULARIDADES PROCESALES EN EL PROCESO JUDICIAL. SU RELACION CON EL PROCESO CONSTITUCIONAL PARA EFECTOS DE CUESTIONAMIENTO

Aún cuando a primera vista, lo que puede considerarse una irregularidad procesal, esto es, la infracción a una norma de procedimiento, podría suponerse igual para todo tipo de proceso, sea o no judicial, el ordenamiento jurídico peruano, no suele, como veremos inmediatamente, otorgar idénticas consecuencias.

Podemos afirmar, por de pronto, que las irregularidades que pudieran cometerse en un proceso judicial y que por principio podrían entenderse como infracciones típicas a procedimientos preestablecidos no tienen la misma repercusión para los efectos de su solución, que las irregularidades procesales que, por ejemplo, pudieran presentarse en un proceso administrativo o en un proceso corporativo particular.

En efecto, una irregularidad o anomalía procesal como lo podría ser, un proveído incorrecto, una equivocada notificación, la inobservancia de un plazo etc., no tiene las mismas implicancias en el proceso judicial, que por el contrario, si las tiene en procesos distintos al judicial. Esto es así, simplemente porque los procesos judiciales a diferencia de otros tipos de mecanismos de resolución de conflictos o de determinación de situaciones jurídicas, se encuentran rodeados

caso de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta de la que nos habla el Artículo 178° del Código Procesal Civil.

o estructurados sobre la base de diversos mecanismos de autocorrección. No hay en otros términos, proceso judicial (civil, penal, laboral, etc.) que no prevea de modo expreso contingencias de irregularidad y de suyo soluciones a dichas contingencias. Lo que se busca con el proceso judicial, a fin de cuentas, es que la solución susceptible de adoptarse, sea resultado de un óptimo análisis tanto en la forma como en el fondo. Para tal efecto, se aplican dos criterios, el de los principios y derechos del proceso debido, que por su importancia y significado se elevan a rango constitucional, y el de las formalidades procesales. Cuando los primeros son vulnerados, se opta o recurre a las garantías, que son procesos distintos a aquel en el que se cometen las infracciones. Cuando las segundas son inobservadas, se utiliza sólo los mecanismos de autocorrección interna o lo que es lo mismo, los recursos impugnatorios reconocidos al interior de cada proceso.

Tal temperamento, no es un asunto de simple reflexión teórica, sino que lo tenemos claramente reconocido, tanto en la Constitución Política del Estado, como en la Ley N° 23506, reguladora de las garantías o procesos constitucionales de tutela de derechos.

Mientras que el Artículo 200° inciso 4) de la Norma Fundamental, nos advierte, refiriéndose al amparo, que "... No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular", el Artículo 6° inciso 2) de la referida Ley N° 23506, nos señala el mismo criterio como aplicable para toda clase de garantías (habeas corpus, amparo, etc.) y en tal sentido prescribe que "No proceden... ..Contra resolución judicial o arbitral emanada de proceso regular"⁽⁴⁾.

Si de lo que se trata entonces, es de distinguir categorías, no cabe la menor duda que para nuestro ordenamiento jurídico, las irregularidades procesales cometidas durante un proceso judicial, no son o no representan lo mismo que un proceso irregular. Las primeras, ya se adelantó, son entendidas como anomalías de trámite, susceptibles de ser subsanadas mediante los mecanismos internos del proceso conforme la lógica del Artículo 10°, primer párrafo, de la Ley N° 25398 ("Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso regular al que se refiere el inciso 2) del Artículo 6° de la Ley -la

(4) Texto según la última modificación operada por conducto de la Ley N° 27053 sobre el inciso 2) del Artículo 6° de la Ley N° 23506.

Ley N° 23506-, *deberán ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen*”), **el segundo, en cambio, un evidente atentado contra el debido proceso, que como tal sólo puede superarse por conducto de las garantías constitucionales.**

Lo afirmado permite por consiguiente sostener, que aún cuando el respeto al procedimiento preestablecido, supone en materia judicial, el evitar todo tipo de irregularidad, grande o pequeña, relevante o irrelevante, es un hecho que para efectos de cuestionamiento y correctivo procesal constitucional, dicha variable tendrá connotaciones necesariamente restringidas, pues sólo podrá invocársele por vía del amparo o del hábeas corpus, cuando esté de por medio alguna de las manifestaciones del debido proceso previstas o desarrolladas expresamente en las leyes procesales específicas⁽⁵⁾. Al revés de ello las dimensiones del procedimiento preestablecido serán no empero amplias o extensivas cuando se trate de los correctivos internos o medios impugnatorios de cada proceso, donde lo legal y lo formal tienen aparentemente mayor identificación.

3. EL TRATAMIENTO DE LAS IRREGULARIDADES PROCESALES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y CORPORATIVO PARTICULARES. SU RELACION CON EL PROCESO CONSTITUCIONAL PARA EFECTOS DE CUESTIONAMIENTO

La situación en cambio y como ya se dijo es bastante diferente cuando se trata de procesos distintos al judicial, pues en tales contingencias no rigen, por lo menos en términos diferenciados, las nociones de proceso irregular y de anomalías o irregularidades procesales.

En los diversos procedimientos administrativos, por poner los casos más frecuentes, no interesa si el proceso se convirtió en notoriamente irregular o si se incurrió en una específica anomalía procesal. La lógica, por lo menos la que esboza la Constitución y la corres-

⁽⁵⁾ Con lo cual la noción de procedimiento preestablecido sería una suerte de desarrollo legal de debido proceso para el ámbito de los procesos estrictamente judiciales.

pondiente legislación procesal constitucional, es la del respeto a los procedimientos preestablecidos como una regla imperativa con alcances inobjetablemente amplios o extensivos. Ni la Ley N° 23506, ni su complementaria, la Ley N° 25398, hacen para el procedimiento administrativo, los distinguos respectivos entre proceso irregular e irregularidades procesales, que por el contrario y como se ha señalado si se hace en materia de procesos judiciales. Por esa misma razón no llama la atención, sino que por el contrario es perfectamente previsible, que cualquier infracción a disposiciones de procedimiento administrativo, sean o no trascendentes, termine habilitando el proceso constitucional como mecanismo de cuestionamiento frente a tal eventualidad, y por consiguiente, de tutela del derecho al procedimiento preestablecido.

Son verdaderamente numerosos los fallos que tanto en el Poder Judicial como en el Tribunal Constitucional, han ratificado similar razonamiento. Aquí no los vamos a glosar, pero los supuestos son en muchos casos, bastante conocidos: procesos de evaluación a trabajadores practicados fuera de los plazos expresamente previstos por ley, procedimientos disciplinarios aplicados a servidores o funcionarios sin respetar las etapas de investigación y juzgamiento preestablecidas normativamente, procedimientos colectivos que omiten ceñirse a los diversos requisitos ordenados por las normas respectivas, etc.

Cierto es que en todos estos casos, como en otros distintos, la transgresión a las formalidades previstas por la normatividad han tenido una gravitación inobjetable en función de la importancia de la norma objeto de inobservancia. Sin embargo, ello no siempre ha sido así, pues han existido ocasiones en que no empero la poca trascendencia de la formalidad invocada, se ha hecho del reclamo un manifiesto (aunque no tan legítimo) problema constitucional.

La situación descrita es bastante similar cuando se trata de los procedimientos preestablecidos al interior de las corporaciones privadas o de particulares, pues si los estatutos o reglamentos internos que las rigen, son distorsionados en lo que respecta a los específicos procedimientos que reconocen, es por demás evidente, que van permitir el uso de las garantías siempre en salvaguarda de la noción relativa al procedimiento preestablecido.

Tampoco hay pues en este caso, la consabida distinción de proceso irregular y anomalías procesales, siendo por tanto y al igual como

ocurre con los procedimientos administrativos, amplia o extensiva la variable comentada.

Si el contexto descrito, supone un exceso al fomentar en algunos casos el ritualismo formalista en el ámbito de la administración o en el de las propias corporaciones particulares, es un tema a parte, cuyo comentario lo dejamos para otra oportunidad. Lo real en todo caso, es que se trata de un problema de previsión jurídica, que por ahora se encuentra resuelto de una forma determinada y que como tal puede agradarle a unos y no así a otros. Personalmente nos anticipamos en precisar que la fórmula no es perfecta, pero tampoco creemos que pueda reputarse como nociva, pues gracias a ella, la jurisprudencia constitucional ha podido recrear en más de una oportunidad ⁽⁶⁾ principios de alcance general, distinguiendo lo óptimo de lo que no lo es, tanto al interior de cada proceso. Por ahora es cuestión de sensatez y prudencia al momento de interpretar.

Lima, enero de 2000.

⁽⁶⁾ Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha intentado valorar la trascendencia de algunas disposiciones de procedimiento administrativo frente a otras carentes del referido matiz. Cfr. El Exp. N° 295-97-AA/TC, Fundamentos 6 y 7; El Peruano del 28-01-2000; *Separata de Garantías Constitucionales*; Año IV, N° 233, págs. 2619-2620.

ORIGEN Y EVOLUCION DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Libardo Rodríguez Rodríguez (*)

Sumario: I. Breve historia de la jurisdicción administrativa en Colombia. A) Creación del Consejo de Estado. B) Existencia del Consejo de Estado durante el siglo XIX. C) El Consejo de Estado en la Constitución de 1886. D) La jurisdicción administrativa durante el siglo XX. II. Características principales de la jurisdicción administrativa colombiana en la actualidad. A) Características desde el punto de vista de la organización. B) Características desde el punto de vista de las competencias. 1. El Consejo de Estado como cuerpo supremo consultivo del gobierno. 2. La jurisdicción administrativa como juez de la administración. 3. El Consejo de Estado como colaborador del legislador. 4. La jurisdicción administrativa como colaboradora en la función electoral. III. Reflexiones y conclusiones sobre la evolución y el futuro de la jurisdicción administrativa en Colombia.

I. BREVE HISTORIA DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

A) Creación del Consejo de Estado

Los doctrinantes e historiadores coinciden en señalar que en nuestro medio la primera expresión de esta institución se encuentra

(*) Profesor de Derecho Administrativo. Ex-Consejero de Estado de Colombia.

en un decreto de Simón Bolívar, expedido en la ciudad de Angostura el 30 de octubre de 1817, en su calidad de "Jefe Supremo de la República de Venezuela y Capital General de sus Ejércitos y de los de la Nueva Granada". En este decreto se expresan como sus principales motivaciones, la imposibilidad de "establecer por ahora un buen gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal...", y el deseo de que "las providencias importantes, las leyes, los reglamentos e instrucciones saludables que deben entre tanto publicarse para la administración y organización de las provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una asamblea que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezca la confianza pública...".

Debe observarse, no obstante, que a pesar de que los citados considerandos podrían hacer pensar que se trataba de crear un órgano legislador, del artículo 10 del mismo decreto se desprendía claramente que sus funciones eran simplemente consultivas y de asesoría, pues "si convocado el Consejo de Estado o una o dos secciones, se conformara el Jefe Supremo con su dictamen", lo allí acordado era objeto de un decreto expedido por el mismo jefe supremo.

Dada la formación intelectual y filosófica de Bolívar y su reconocido fervor por las ideas y los resultados de la Revolución francesa, puede fácilmente entenderse que este Consejo de Estado creado por él, encontraba un antecedente inmediato en la institución creada con el mismo nombre en Francia, apenas unos años atrás, en 1799, bajo la orientación de Napoleón.

B) Existencia del Consejo de Estado durante el siglo XIX

La existencia del Consejo de Estado creado por Bolívar estuvo sometida a los vaivenes propios de la inestabilidad institucional que caracterizó a nuestra República durante el siglo XIX.

Fue así como en la Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta, de 1821, se consagró un cuerpo semejante pero bajo el nombre de Consejo de Gobierno, conformado por el vicepresidente de la república, un ministro de la alta Corte de Justicia y los secretarios del despacho, cuyos dictámenes debían ser oídos por el presidente en algunos casos que indicaba la misma Carta, "y en los demás de gravedad que ocu-

rran o que le parezca”, pero sin que dichos dictámenes fueran obligatorios en su contenido (Constitución citada, arts. 133 y 134).

Unos años más tarde el mismo Bolívar, en calidad de “Libertador Presidente de la República de Colombia”, expidió el decreto orgánico del 27 de agosto de 1828, cuyo título 3º trata “Del Consejo de Estado”, en el cual se prevé que este organismo estaría conformado por el presidente del consejo de ministros, los ministros secretarios de Estado y al menos un consejero por cada uno de los departamentos de la época, con funciones fundamentalmente de preparar “todos los decretos y reglamentos que haya de expedir el jefe del Estado” y dar su dictamen al gobierno sobre algunos asuntos indicados en el mismo decreto orgánico (arts. 8º, 9º y 10 del decreto).

Por su parte, en la Constitución de 1830 se consagraron normas relativas al Consejo de Estado, compuesto por el vicepresidente de la república, los ministros secretarios del despacho, el procurador general de la nación y doce consejeros “escogidos indistintamente de cualquier clase de ciudadanos”, “para auxiliar al poder ejecutivo con sus luces en los diversos ramos de la administración pública”, y con funciones de órgano consultivo y de preparación de proyectos de ley (Const., arts. 95 a 99).

A su vez, la Constitución del Estado de la Nueva Granada, de 1832, también consagró el Consejo de Estado, compuesto de siete consejeros nombrados por el Congreso, igualmente con funciones de órgano consultivo y de preparación de proyectos de ley, así como la de presentar a la Cámara de Representantes una terna para la elección de ministros de la Corte Suprema de Justicia (Const., arts. 121 a 128). No obstante, esta Constitución también consagró un Consejo de Gobierno, conformado por el vicepresidente de la república y los secretarios de Estado, con la misión de “asistir con su dictamen al Presidente de la República en el despacho de todos los negocios de la administración de cualquier naturaleza que sean” (Const., art. 120).

La Constitución Política de la República de la Nueva Granada, de 1843, abolió el Consejo de Estado, conservando el Consejo de Gobierno como cuerpo consultivo del ejecutivo (arts. 116 a 118), situación que se conservó en la Constitución de 1853 (art. 36).

La Constitución Política de la Confederación Granadina, de 1858, y la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, de 1863,

no contemplaron la existencia del Consejo de Estado ni de un organismo similar.

C) El Consejo de Estado en la Constitución de 1886

Dentro de este análisis histórico, la Constitución de la República de Colombia, de 1886, merece mención especial por varias razones:

De una parte, revivió la institución del Consejo de Estado después de más de cuarenta años de desaparición. En segundo lugar, esta Constitución ha sido la de mayor permanencia en Colombia, en la medida que estuvo vigente, aunque con diversas reformas, por un poco más de un siglo.

En tercer lugar, porque previó por primera vez en nuestro país al Consejo de Estado no solo como órgano consultivo del gobierno, con la también tradicional función de preparar los proyectos de ley y de códigos, sino como máximo juez de la administración, es decir, como órgano supremo de lo contencioso administrativo, "si la ley estableciera esta jurisdicción" (arts. 136 a 141). Este Consejo de Estado funcionó efectivamente durante el resto del siglo pasado, en ejercicio de sus funciones consultivas y de colaboración legislativa, para lo cual se expedieron algunas leyes relativas a aspectos precisos de su organización y funcionamiento, como fue el caso de las leyes 149 de 1888, 50 de 1894 y 18 de 1896. Incluso, mediante la ley 163 de 1896 se le otorgó una función decisoria consistente en fallar el recurso de alzada o la consulta contra las decisiones de una comisión encargada de reconocer los créditos del tesoro nacional originados en suministros, empréstitos y expropiaciones durante la guerra de 1895, cuya cuantía fuere superior a determinado valor, pero terminando el siglo sin que se creara la jurisdicción administrativa.

D) La jurisdicción administrativa durante el siglo XX

A comienzos del presente siglo, mediante la ley 27 de 1904 se le dio competencia al Consejo de Estado para pronunciarse sobre la validez o nulidad de las ordenanzas de las asambleas departamentales que fueran acusadas por incompetencia o por ser violatorias de la Constitución o las leyes, atribución que conllevaba el ejercicio de la función jurisdiccional, sin que realmente la jurisdicción contencioso-administrativa se hubiese creado.

Encontrándose la situación en los términos descritos, mediante el acto reformativo 10 de 1905 se suprimió expresamente el Consejo de Estado y se derogaron las normas de la Constitución que se referían a este organismo y con ello la previsión constitucional de que la ley podría crear la jurisdicción administrativa.

No obstante lo anterior, apenas unos años más tarde, el acto legislativo 3 de 1910 reformativo de la Constitución Nacional, ordenó en su artículo 42 que “la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa”, orden que vino a cumplirse mediante la ley 130 de 1913 al crear esta jurisdicción, conformada por un tribunal supremo y tribunales seccionales de lo contencioso administrativo, cuyo objeto era “la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos, en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del ministerio público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley”. Esta ley, en consecuencia, puso en práctica por primera vez en Colombia el sistema de la dualidad de jurisdicciones y, en cuanto contiene las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimientos para su ejercicio, constituyó el primer Código Contencioso Administrativo en nuestro medio,

Casi inmediatamente después, el acto reformativo de la Constitución de 10 de septiembre de 1914 restableció el Consejo de Estado, como “supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración” y como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”. Además, le estableció como función la de “preparar los proyectos de ley y códigos que deban presentarse a las cámaras legislativas y proponer las reformas convenientes en todas las ramas de la administración”.

A partir de este momento, el Consejo de Estado y la jurisdicción administrativa han permanecido vigentes en nuestra vida institucional, sin interrupción, como jueces de la administración y como garantes de los derechos de los gobernados frente al poder cada día más fuerte del Estado. En el caso del Consejo de Estado, también ha conservado su función original de órgano consultivo del gobierno, con las modificaciones que veremos posteriormente.

Desde entonces, en lo corrido del presente siglo, las principales normas que pueden destacarse en la evolución de la jurisdicción son las siguientes:

La ley 60 de 1914, en desarrollo del acto reformativo de la Constitución del mismo año, organizó el Consejo de Estado y lo dividió en dos salas: la de negocios generales y la de lo contencioso administrativo.

Mediante la ley 25 de 1928 se crearon nuevos tribunales seccionales de lo contencioso administrativo y se expidieron algunas normas procesales.

Por medio de la ley 70 de 1930, se eliminaron las salas en el Consejo de Estado dejando las competencias, tanto consultivas como contenciosas, al Consejo en pleno.

Unos años más tarde, la ley 7ª de 1932 creó la sala de negocios electorales.

Mediante la ley 167 de 1941 se expidió el nuevo estatuto general sobre la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, que constituyó en la práctica el segundo código sobre la materia, conservando la estructura de la jurisdicción y el carácter tanto consultivo como jurisdiccional del Consejo de Estado.

El acto legislativo 1 de 1945, que reformó un buen número de aspectos de la Constitución, en sus artículos 36 a 43 se ocupó del Consejo de Estado y de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conservando en lo esencial su estructura y funciones, aunque estableciendo la elección de los consejeros por las cámaras legislativas, de ternas formadas por el presidente de la república, con un período de cuatro años, y ordenando la división del Consejo en salas o secciones para separar las funciones como tribunal de lo contencioso administrativo de las demás que le correspondían. Además, el artículo 13, que reformó el artículo 77 de la Carta, previó que, además de otros funcionarios, los consejeros de Estado tendrían voz en los debates de las cámaras o de las comisiones en los casos señalados por la ley.

A su vez, el decreto legislativo 51 de 1957 estableció que el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia, sería paritario, que los consejeros permanecerían en sus cargos mientras observaran buena conducta y no llegaran a la edad de retiro forzoso y que las vacantes serían llenadas por la misma corporación a través del mecanismo llamado cooptación.

La reforma constitucional de 1968 (acto legislativo 1 de ese año, arts. 48 y 49), ratificó las atribuciones consultivas, de preparación de proyectos de ley y como tribunal supremo de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado y estableció que en cada departamento habría un tribunal administrativo.

En 1984 se expidió el decreto-ley 1 de ese año, el cual, con las reformas introducidas por el decreto-ley 2304 de 1989, constituye el actual Código Contencioso Administrativo, en desarrollo del marco constitucional descrito tanto para el Consejo de Estado como para la jurisdicción administrativa, incluyendo la distribución de competencias y los procedimientos correspondientes.

Finalmente, mediante la Constitución Política de 1991 se ratificó nuevamente la existencia del Consejo de Estado y de la jurisdicción administrativa, con las características que analizaremos en el siguiente punto.

II. CARACTERISTICAS PRINCIPALES DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA COLOMBIANA EN LA ACTUALIDAD

A) Características desde el punto de vista de la organización

Como se desprende de los análisis anteriores, la jurisdicción administrativa tradicionalmente ha estado conformada por dos niveles: el Consejo de Estado y los tribunales administrativos del orden departamental. Además, la ley estatutaria de la administración de justicia, expedida en desarrollo de la Constitución de 1991, ha previsto la existencia de jueces administrativos.

1) El *Consejo de Estado*, máximo tribunal de la jurisdicción, está integrado por veintisiete magistrados, elegidos por la misma corporación para períodos individuales de ocho años, de listas enviadas por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y quienes deben reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, es decir, ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; y haber desempeñado, durante diez años, cargos en la rama judicial o en el ministerio público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión

de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

Este máximo tribunal ejerce sus funciones por medio de cuatro salas, a saber:

a) La *sala plena*, integrada por todos sus miembros, con funciones administrativas especialmente referidas a la elección de consejeros, magistrados de tribunales administrativos y demás funcionarios que debe designar o respecto de los cuales debe participar en su designación; la distribución de funciones entre las secciones de la sala de lo contencioso administrativo; la integración de las comisiones que fueren necesarias; la realización de la evaluación cualitativa de los magistrados de los tribunales administrativos; y la expedición del reglamento del Consejo.

b) La *sala de lo contencioso administrativo*, integrada por veintitrés magistrados, dividida en cinco secciones, cada una de las cuales ejerce las funciones que le asigne la sala plena del Consejo de Estado, de acuerdo con criterios de especialidad y cantidad de trabajo, el primero de los cuales se refleja actualmente en la siguiente distribución de competencias:

- La *sección primera*, conformada por cuatro consejeros, tiene la competencia general y residual, en cuanto le corresponde tramitar y decidir los asuntos que no están asignados a ninguna de las otras secciones.
- La *sección segunda*, conformada por seis consejeros y dividida, a su vez, en dos subsecciones, a la cual le corresponden los asuntos de carácter laboral.
- La *sección tercera*, conformada por cinco consejeros, encargada de los procesos de carácter contractual y de responsabilidad estatal.
- La *sección cuarta*, de la cual hacen parte cuatro consejeros y tiene a su cargo los asuntos tributarios y de derecho económico en general.
- La *sección quinta*, conformada por cuatro consejeros y encargada de los procesos de carácter electoral y de los asuntos referentes a la jurisdicción coactiva.

La sala plena de lo contencioso administrativo tiene una serie de funciones especiales, consistentes principalmente en resolver los conflictos de competencia al interior de la jurisdicción; conocer de los procesos que específicamente no se hayan atribuido a las secciones; resolver recursos extraordinarios; resolver los asuntos que les remitan las secciones por importancia jurídica, trascendencia social o para cambiar o reformar la jurisprudencia de la corporación; conocer de las solicitudes de pérdida de investidura de los congresistas; y decidir las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

c) La *sala de consulta y servicio civil*, integrada por cuatro consejeros y encargada de absolver las consultas jurídicas que le formule el gobierno nacional; preparar proyectos de ley y de códigos; revisar los contratos y conceptuar sobre los mismos, en los casos previstos en la ley; verificar si los candidatos a la Presidencia de la República reúnen o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación.

d) La *sala de gobierno*, que de acuerdo con el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo está conformada por el presidente del Consejo, el vicepresidente y los presidentes de las salas o secciones, y ejerce las funciones que determine el reglamento, las cuales son fundamentalmente administrativas de carácter interno.

2) Los *tribunales administrativos*, con sede y jurisdicción en cada uno de los departamentos, están integrados por un número mínimo de tres magistrados, según lo determina en cada caso la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y ejercen sus funciones por conducto de las siguientes salas: la sala plena, integrada por la totalidad de los magistrados; la sala de gobierno, las salas especializadas y las demás salas de decisión plurales e impares que se creen en cada tribunal.

A la sala plena le corresponde ejercer las funciones de elegir los jueces administrativos de listas que, conforme a las normas sobre carrera judicial, envíe la sala administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura; hacer la evaluación cualitativa de los citados jueces; nominar los candidatos que han de integrar las ternas para las elecciones de contralor departamental, contralores distritales y municipales; y

dirimir los conflictos de competencia que se presenten al interior del tribunal o entre jueces administrativos del mismo distrito.

Las funciones jurisdiccionales que según el Código Contencioso Administrativo u otras normas procesales corresponden a los tribunales administrativos, son ejercidas por las secciones o subsecciones especializadas o, si ellas no existen, por la sala plena del tribunal.

A su vez, a la sala de gobierno corresponden las funciones administrativas internas.

3) Los *juzgados administrativos*, cuya creación corresponde a la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con las necesidades que el mismo Consejo determine, y cuyas competencias deberán fijarse en la ley procesal que deberá expedirse al respecto. Estos juzgados son novedosos en cuanto han sido previstos por primera vez en la ley 270 de 1996 (estatutaria de la administración de justicia), y sus características, denominación y número deberán ser establecidos por la citada sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

De conformidad con el artículo 197 de la ley estatutaria, las competencias de estos jueces deberán establecerse en el Código Contencioso Administrativo, pero ellas no podrán incluir las de tramitar y decidir acciones de nulidad contra actos administrativos de carácter general.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos juzgados no han comenzado a funcionar en la práctica, a pesar de que sus competencias han sido definidas por la Ley 446 de 1998.

B) Características desde el punto de vista de las competencias

La jurisdicción administrativa colombiana se caracteriza actualmente por un debilitamiento de la función consultiva y un progresivo fortalecimiento de la función jurisdiccional. Además, a partir de la Constitución de 1991 le han sido adicionadas importantes competencias en relación con la función electoral.

1. El Consejo de Estado como cuerpo supremo consultivo del gobierno

De conformidad con el artículo 237-3 de la Constitución Política, una de las atribuciones del Consejo de Estado es la de actuar como

“cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración”, lo cual conlleva en primer lugar, el carácter de órgano permanente de consulta no obligatoria. A este carácter corresponden algunas de las funciones enumeradas anteriormente y que el artículo 38 de la ley 270 de 1996 atribuye a la sala de consulta y servicio civil, como son las de absolver consultas jurídicas generales o particulares que le formule el gobierno nacional y la preparación de proyectos de ley y de códigos que le encomiende el gobierno. Vale la pena hacer notar que si bien el gobierno hace uso con alguna frecuencia de la posibilidad de consultar al Consejo de Estado, en los últimos años nunca ha solicitado a la corporación la preparación de un proyecto de ley o de Código.

En segundo lugar, de acuerdo con el citado artículo 237-3 de la Constitución, en ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado debe ser “necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen”, lo cual se traduce en una función consultiva de carácter obligatorio en casos específicos. Sin embargo, la realidad es que esta función ha venido desapareciendo progresivamente, hasta el punto de que en la actualidad dichos casos son excepcionales y se limitan a los de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeras de guerra en aguas o en territorio o espacio aéreo de la nación (Const. Pol., arts. 189-7 y 237-3); a conceptuar sobre algunas cuestiones jurídicas relativas a servicio civil (ver leyes 19 de 1958, art. 9º; 27 de 1992, art. 14 d; y decr. 1222 de 1993, art. 33; parg. 2º), y a conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional (arts. 267 de la Const. Pol. y 31 de la ley 42 de 1993).

En relación con este último aspecto debe hacerse notar que con la Constitución de 1991 desaparecieron casos importantes en que la consulta al Consejo de Estado era obligatoria, como eran los de declaración de los hoy llamados estados de excepción (Const. Pol. de 1886, arts. 121 y 122) y la apertura de créditos extraordinarios al presupuesto, en este último caso cuando el Congreso no se hallare reunido (art. 212 de la Const. citada).

2. *La jurisdicción administrativa como juez de la administración*

Esta calidad está reconocida al Consejo de Estado en el artículo 237-1 de la Constitución Política, al incluir como una de sus atribu-

ciones la de "desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley". Además el numeral 2 del mismo artículo, al señalar como atribución de esta corporación la de "conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional", está precisando que la jurisdicción administrativa, como juez de la administración, no es solo juez de la legalidad sino también de la constitucionalidad, en virtud del sistema de control difuso que consagra nuestra Carta Fundamental.

De otra parte, en desarrollo de la Constitución, el artículo 11 de la ley 270 de 1996 precisa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está conformada por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos.

Este carácter de jueces de la administración que tienen los órganos citados se concreta de manera más detallada en el Código Contencioso Administrativo, en cuyo artículo 82 se expresa que "la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas". Por su parte, los artículos 83 a 88 del Código citado precisan la extensión del control por parte de la jurisdicción y las diversas acciones contenciosas que ya no son solo las tradicionales de simple nulidad o contencioso objetivo (art. 84), la de nulidad y restablecimiento del derecho o contencioso subjetivo o de plena jurisdicción (art. 85) y la de reparación directa, o contencioso de indemnización (art. 86), sino que se ha extendido a las llamadas acciones contractuales (art. 87) y a la acción de definición de competencias administrativas (art. 88).

También desde esta perspectiva como juez de la administración, debe tenerse en cuenta que los artículos 128 a 134 del Código Contencioso Administrativo determinan las competencias del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos, las cuales, como se expresó en su oportunidad, deberán redistribuirse para la puesta en marcha de los juzgados administrativos.

Finalmente, debe anotarse que los artículos 135 y siguientes del estatuto citado, precisan de manera detallada las normas de procedimiento aplicables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. *El Consejo de Estado como colaborador del legislador*

Si bien hemos afirmado anteriormente que el gobierno no ha hecho uso en las últimas épocas de la posibilidad tradicional de solicitar al Consejo de Estado, mediante su sala de consulta y servicio civil, la preparación de proyectos de ley y de códigos, que constituye una de las atribuciones de la corporación como cuerpo consultivo del gobierno, la Constitución y la ley prevén dos formas de colaboración del Consejo de Estado con el legislador, a saber:

De una parte, el artículo 156 de la Carta establece que el Consejo de Estado, lo mismo que la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, el procurador general de la nación y el contralor general de la república, tiene iniciativa legislativa, es decir, que tiene "la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones". Además, el artículo 237-4 de la misma Constitución prevé como una de las atribuciones del Consejo de Estado la de "preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley". Lo anterior implica que realmente el Consejo de Estado no solo tiene la facultad de presentar proyectos de ley "en materias relacionadas con sus funciones", como la tienen los otros órganos citados, sino que posee un poder general de iniciativa legislativa y de reformas constitucionales en cualquier campo normativo, propio e independiente de su función de cuerpo consultivo del gobierno, cuya competencia no corresponde, en consecuencia, según nuestro criterio, a la sala de consulta y servicio civil sino a la sala plena de la corporación, como se hizo hace algún tiempo con el proyecto de acto legislativo reformativo de la acción de tutela.

De otra parte, el reglamento del Congreso (ley 5ª de 1992, art. 96) prevé que en los debates que se cumplan en las sesiones plenarias y en las comisiones, el Consejo de Estado, entre otros organismos, al tener la facultad de presentar proyectos de ley, puede estar presente e intervenir para referirse a tales proyectos.

4. *La jurisdicción administrativa como colaboradora en la función electoral*

La jurisdicción administrativa conoce del llamado contencioso electoral, es decir, de las acciones dirigidas contra los actos de elec-

ción o nombramiento, de acuerdo con las reglas de competencia y procedimiento previstas en el Código Contencioso Administrativo.

Pero además de esa función tradicional, que realmente hace parte de sus competencias como juez de las actuaciones y actos de la administración, la Constitución de 1991 ha previsto, de manera novedosa, otra serie de atribuciones relacionadas con la función electoral, que marcan una especial diferencia de la jurisdicción administrativa colombiana frente a la de otros países, especialmente Francia, cuyo régimen administrativo ha servido de punto de referencia al nuestro.

Es así como, de una parte, los artículos 184 y 237-5 de la Constitución atribuyen al Consejo de Estado la función de decretar la pérdida de investidura de los congresistas por las causales que la misma Carta ha previsto en los artículos 183, en concordancia con los artículos 179, 180 y 110, como sanción claramente diferenciada de la anulación del acto de elección y con efectos totalmente diferentes en cuanto a su contenido, consistentes en que el congresista cuya pérdida de investidura es decretada, no podrá jamás volver a ser congresista. Esta figura se encuentra desarrollada por las leyes 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) y 144 de 1994, y su aplicación ampliada a los concejales municipales mediante la ley 136 de 1994.

De otra parte, la Carta ha previsto la participación de los órganos de la jurisdicción administrativa, especialmente del Consejo de Estado, en la nominación de una serie de altos funcionarios del Estado, en la siguiente forma:

- a) Elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la cual corresponde en su totalidad al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 264 de la Carta, de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de acuerdo con la representación proporcional que tengan en el Congreso.
- b) Elección de una parte de los miembros de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, conformada por seis miembros, tres de los cuales son elegidos por el Consejo de Estado, dos por la Corte Suprema de Justicia y uno por la Corte Constitucional (Const. Pol., art. 254-1).
- c) Participación en la elección de los miembros de la Corte Constitucional, conformada por nueve magistrados, los cuales son ele-

gidos por el Senado de la República de ternas que tienen origen así: tres enviadas por el presidente de la república, tres por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado (Const. Pol., art. 239).

- d) Participación de la elección del procurador general de la nación, quien es elegido por el Senado de una terna de candidatos, uno por el presidente de la república, otro por la Corte Suprema de Justicia y otro por el Consejo de Estado (Const. Pol., art. 276).
- e) Participación en la elección de contralor general de la república, quien es elegido por el Congreso en pleno, de una terna conformada por un candidato designado por la Corte Suprema de Justicia, otro por la Corte Constitucional y otro por el Consejo de Estado (Const. Pol., art. 274). Además, para los órdenes departamental, distrital y municipal, en estos últimos cuando exista contraloría, la Constitución también establece que corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales elegir los contralores de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal administrativo del respectivo departamento (Const. Pol., art. 272).
- f) Finalmente, el artículo 274 de la Carta Política también prevé que corresponde al Consejo de Estado la elección del auditor de la Contraloría General de la República, encargado de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de esta última, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

III. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES SOBRE LA EVOLUCION Y EL FUTURO DE LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA

Con fundamento en los elementos de juicio históricos y normativos que hemos expuesto, podemos destacar los siguientes aspectos que invitan a la reflexión, en relación con la evolución de nuestra jurisdicción administrativa como sobre el futuro de la institución:

1. La evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia se caracteriza por una tendencia histórica ya consolidada en el sentido de afirmar su carácter predominantemente judicial, con una correlativa autonomía frente al ejecutivo y al legislador, lo cual le ha permi-

tido, en términos generales, ejercer un control estricto de las actuaciones públicas sometidas a su jurisdicción, con un importante reconocimiento social por esa labor.

2. Infortunadamente, el progresivo reconocimiento del carácter judicial de la jurisdicción administrativa se ha producido en nuevo desmedro de sus funciones consultivas y de preparación de proyectos de ley a iniciativa del gobierno, que fueron precisamente las funciones que dieron origen al Consejo y a la misma jurisdicción, no solo porque, como lo hemos hecho notar, las reformas introducidas últimamente a la institución han venido disminuyendo los casos de consulta obligatoria al Consejo de Estado, sino porque el gobierno no hace uso de la posibilidad de solicitar al Consejo la preparación de proyectos de ley, que ha sido una de las funciones siempre repetidas en cabeza de este órgano, pero sin mayor aplicación práctica. A lo anterior debe agregarse que el Consejo de Estado mismo, a pesar de tener iniciativa propia para presentar proyectos de ley y de reformas constitucionales, solo excepcionalmente ha hecho uso de esta facultad, que podría servir de reemplazo a la pasividad del gobierno en este aspecto. Puede concluirse fácilmente, entonces, que en el ejercicio de esta función tiene el Consejo de Estado la mejor oportunidad para reivindicar su carácter original y tradicional de órgano de apoyo al legislador, especialmente en un país que presenta evidentes y reiteradas fallas técnicas en su legislación, resultantes de la falta de un apoyo especializado en la delicada labor de formación de las leyes.

3. La presencia del Consejo de Estado, y aun de los tribunales administrativos, en la vida político-administrativa del país, se ha visto incrementada por la participación que la Constitución Política de 1991 les ha asignado en la designación de altos funcionarios del Estado y, en el caso del Consejo de Estado, por la competencia atribuida para conocer de las solicitudes de pérdida de investidura de los congresistas. No obstante, como algunos sectores lo hacen notar, estas atribuciones, extrañas a la naturaleza y al origen de la jurisdicción, pero que reflejan la confianza que la comunidad colombiana ha querido depositar en los órganos que la conforman, llevan implícito el riesgo de cierto grado de politización, con la consecuente limitación de su autonomía, si esas funciones no se ejercen con un estricto sentido de interés general y la neutralidad propia del juez, que fueron, sin duda alguna, los factores que llevaron al constituyente a entregarles esas delicadas tareas. Corresponde entonces, especialmente al Consejo de

Estado, ejercer esas atribuciones de una manera muy cuidadosa, que no deje dudas ante la sociedad de que su interés es exclusivamente el del bien común, so pena de poner en peligro la credibilidad y confianza que esa misma sociedad le ha depositado.

4. Finalmente, parece importante hacer notar que el futuro de la jurisdicción administrativa está en buena parte ligado a la consolidación del carácter especializado del régimen jurídico que ella debe aplicar, es decir, de lo que se ha denominado el régimen administrativo. En efecto, si bien la tradición histórica ha venido permitiendo no solo la supervivencia de esta jurisdicción en nuestro país sino su fortalecimiento relativo, ella no es suficiente por sí sola para justificar su existencia. Es la convicción de que las relaciones poder público-gobernados son suficientemente diferentes de las relaciones entre particulares, hasta el punto de que exigen un tratamiento también diferente y, por consiguiente, un régimen jurídico propio, lo que realmente justifica la existencia y conservación de una jurisdicción especial para dirimir las controversias que resulten de aquella relación. Si esa convicción no es real, no se justifica la duplicidad de organismos judiciales. Esta reflexión es especialmente importante en un país y en una época en los que, como en nuestro caso, algunos sectores pretenden importar elementos de otros regímenes jurídicos bajo el pretexto de "modernizar" las instituciones, con el agravante de que ello se plantea como fórmula novedosa en contra del sentir tradicional, acusado de haber sido presuntamente copiado de otras latitudes, cuando el nuevo régimen que se propone precisamente se pretende importar de culturas y tradiciones extrañas a nuestra nacionalidad, a nuestra tradición, a nuestra mentalidad y a nuestra cultura sociojurídica. Por lo anterior, es fundamental reivindicar e insistir en el carácter especializado de la jurisdicción administrativa, no solo promoviendo y restableciendo canales que motiven y garanticen la presencia de los especialistas dentro de ella, sino propugnando la más razonable adaptación del régimen administrativo a nuestro medio, siempre dentro de la concepción del régimen especial, que exige la búsqueda de un equilibrio adecuado entre el poder exorbitante del Estado, en aras del interés general, y la debilidad y desigualdad del gobernado frente al mismo, en defensa de sus derechos individuales.

Bogotá, enero de 2001.

EL SISTEMA DE RELACIONES ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LA ADMINISTRACION PUBLICA A PROPOSITO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

José Antonio Tirado Barrera (*)

Sumario: Introducción. 1. La fundamentación de la potestad de ejecución forzosa de los actos de la administración pública. 2. El sistema de relaciones entre la administración pública y el Poder Judicial a propósito del procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos. a) La intervención del juez para autorizar el descerraje o el ingreso a un inmueble. 3. A manera de conclusión.

INTRODUCCION

En el mes de setiembre de 1998 fue publicada en el diario oficial, la Ley N° 26979 denominada "Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva" que regula la potestad de ejecución forzosa de los actos de la administración pública específicamente, de aquellas obligaciones tributarias de los gobiernos locales y de todas aquellas obligaciones de derecho público (ya sea del gobierno central o de los gobiernos locales) distintas a las tributarias. Esta norma viene a reemplazar al ya antiguo Decreto Ley N° 17355, promulgado en diciembre de 1968, y tiene como finalidad el establecer el marco

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

legal al que debe someterse el procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos con la finalidad de garantizarle al ciudadano un conjunto mínimo de garantías formales y materiales que permitan reconducir esta excepcional potestad administrativa a los cánones derivados de la observación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los mismos que a lo largo de la vigencia del Decreto Ley N° 17355 habían sido, progresivamente, desconocidos cuando la Administración Pública iniciaba lo que ha venido a llamarse comúnmente el procedimiento de ejecución coactiva.

La dación de esta Ley tuvo la virtud de volver a poner en debate una de las potestades que caracterizan de manera más definida a la administración pública y que había venido siendo utilizada, en ciertos casos, con total prescindencia de las finalidades públicas y sin ningún respeto por los derechos a un debido procedimiento administrativo y a la defensa que podrían considerarse implícitos en nuestro ordenamiento desde la vigencia de la Constitución de 1979 hasta nuestros días.

En el presente artículo nos proponemos aproximarnos a la fundamentación del reconocimiento de una facultad administrativa como la de la ejecución forzosa de sus actos, para a continuación analizar si en nuestra legislación se han establecido mecanismos idóneos para asegurarle al administrado, los mecanismos de defensa y protección necesarios para salvaguardar sus derechos ante una eventual utilización abusiva de dicha facultad.

1. LA FUNDAMENTACION DE LA POTESTAD DE EJECUCION FORZOSA DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

La administración pública suele encontrarse dotada de un conjunto de facultades que diferencian notablemente su actuación de aquellas que podrían realizar los particulares. Una de las facultades o atribuciones que distinguen con mayor nitidez a las actividades desarrolladas por la administración pública de la actividad de los privados (y de aquellas otras actividades de la administración pública sometida al régimen del derecho privado) es el de la ejecución forzosa de sus actos. Mediante esta facultad, la administración pública puede llevar a la práctica lo resuelto por ella misma e imponer-

lo por encima, incluso, de la oposición de los particulares sobre los cuales recaen los mandatos administrativos.

Esta facultad constituye una de las manifestaciones del denominado principio de autotutela, según el cual la administración pública puede, por sí misma y sin necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, resolver las controversias sostenidas con los particulares (autotutela declarativa) y ejecutar dichos actos (autotutela ejecutiva) ⁽¹⁾ Sin embargo, este conjunto de atribuciones y la consagración del principio de autotutela no encuentran, en nuestro ordenamiento constitucional, un reconocimiento expreso razón por la cual la pregunta sobre sus fundamentos resulta, si se quiere, mucho más urgente de responder. ¿En dónde debemos encontrar el fundamento para la atribución en favor de la administración pública de un conjunto de facultades exorbitantes y propias que la colocan en su situación de superioridad frente a los particulares? Nosotros creemos que el fundamento del principio de autotutela, en general, y de la facultad de ejecución forzosa de los actos administrativos, en particular, se encuentra en el carácter servicial que posee la administración pública, la misma que está destinada a lograr la satisfacción de los intereses generales.

Cualquiera que sea la organización que cada concreto Estado pueda tener, en un tiempo y un espacio determinados, siempre será necesario contar con un cuerpo organizado para lograr alcanzar los objetivos que, con mayor o menor precisión, cada ordenamiento establece, para facilitar el cumplimiento de las funciones que corresponde cumplir a quien denominamos, con algún grado de comunidad, Gobierno o Poder Ejecutivo, diferenciando netamente estas funciones de aquellas otras que les corresponde cumplir a los órganos encargados de la función jurisdiccional así como de aquellos en quienes reside, tradicionalmente, la función legislativa ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sobre el principio de autotutela puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Sexta edición, 1993, Civitas, Madrid, p. 25 y ss.

⁽²⁾ Esta diferencia es claramente apreciable en sus términos o características más generales, reconociendo que al profundizar en las peculiaridades de cada uno de ellos nos enfrentamos a determinadas dificultades teóricas, tales como las que plan-

En este sentido, resulta oportuno recordar que uno de los fundamentos de la existencia del estado moderno se encuentra en la necesidad de establecer una organización capaz de garantizar a los ciudadanos un conjunto mínimo de condiciones para poder desenvolverse en sociedad así como proteger espacios o ámbitos de libertad de los ciudadanos. Ciertamente, estos espacios o ámbitos de libertad individuales y colectivos requieren en la actualidad, en mayor o menor medida, de la participación estatal para su pleno desarrollo. Piénsese, por ejemplo, en el principio de igualdad y su vertiente de las denominadas discriminaciones positivas que exigen medidas legislativas específicas a favor de determinados colectivos sociales; en la protección de los derechos de los consumidores o en el fomento de la libre competencia, que en una economía de mercado requiere de la intervención estatal para establecer mecanismos de regulación y fiscalización o en la protección y fomento de un medio ambiente adecuado, que exigen una intervención administrativa; por otra parte, los denominados derechos de prestación, entre otros, el derecho a la salud y la seguridad social también implican muchas veces la necesaria participación estatal muy importante para procurar la plena satisfacción de tales derechos.

De la identificación de las finalidades a satisfacer por parte de la administración pública, se ha podido encontrar la justificación de la existencia de un conjunto particular de atribuciones administrativas: Así, se ha señalado que: "(...) del servicio a los intereses generales quizá derive que la Administración puede venir institucionalmente caracterizada por la autotutela en la medida en que las potestades propias de ésta contribuyan a la consecución de aquel objetivo básico."⁽³⁾

La identificación de los intereses generales, o la simple aproximación a ellos, nos plantean problemas extraordinariamente complejos de resolver. Así, se ha dicho que: (...) ni la ciencia ni la práctica

tean el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos parlamentarios, la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, el ejercicio de función jurisdiccional por órganos no incorporados a la estructura del Poder Judicial, etc.

⁽³⁾ BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Prólogo de Lorenzo Martín-Retortillo. Universidad de Cantabria, Santander, 1995, p. 153.

política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado. Todo el mundo está de acuerdo en que la Administración (...) está al servicio de los intereses generales de la comunidad; pero a partir de ahí ya no se puede afirmar nada con certeza (...)" (4).

Sin embargo, consideramos que, a pesar del riesgo que este esfuerzo significa, resulta imprescindible tratar de acercarnos al significado de aquellos "intereses generales" o "intereses públicos" que constituyen, a nuestro entender, el fundamento último de la existencia de la administración pública (5).

Debemos empezar en este empeño señalando nuestra coincidencia con Miguel Sánchez Morón quien señala que: "(...) cuando se dice que la Administración sirve los intereses generales, no está –ni se puede estar– aludiendo a un interés general como concepto abstracto o ideológico distinto ónticamente de la pluralidad de intereses sociales en presencia. Los poderes públicos han de actuar los intereses que emanan de la sociedad, del pueblo en su conjunto como titular de la soberanía; los poderes públicos actúan publicitando –es decir, dotando de medios públicos de gestión y tutela– una serie de intereses sociales concretos." (6)

En la experiencia de nuestra propia administración pública, recientemente hemos podido apreciar cómo la invocación del interés público constituye una necesaria aproximación en la labor de delimitación de la actividad administrativa y de, precisamente, aquellos fines que debe salvaguardar. Así, se ha podido señalar que para determinar el ámbito de actuación de la administración pública: "(...)

(4) NIETO, Alejandro, "La administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Volumen III, Civitas, Madrid, p. 2189.

(5) En este punto quisiéramos señalar que sólo a efectos de la exposición identificaremos los "intereses generales" con los "intereses públicos" reconociendo que entre ellos podrían establecerse diferencias significativas según lo expone Alejandro NIETO, op. cit., p. 2188.

(6) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, "Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978", en PREDIERI, Alberto y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981, p. 644.

se parte de una noción de interés público en la que se le aprecia como resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos (...) que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de aquéllos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.⁽⁷⁾

De esta definición podemos extraer los siguientes elementos característicos:

- a) El interés público se define como el conjunto de intereses individuales, que siendo concretos y específicos, actuales o potenciales, son compartidos por una mayoría de individuos e imputados a toda la sociedad.
- b) La imputación de dichos intereses a favor de toda la sociedad debe provenir de la Constitución (como manifestación directa de la soberanía) o de la ley (como manifestación de la legitimidad democrática) ya que tratándose del reconocimiento de intereses socialmente relevantes y de la asignación de potestades concretas al aparato estatal para satisfacerlas, sólo a través de estos medios, es posible afirmar la definición o consagración de los intereses públicos.
- c) Los intereses públicos son la manifestación concreta de aspiraciones sociales específicas.
- d) La Administración Pública aparece como la organización estatal destinada a cumplir la función de satisfacer dichas aspiraciones, ya sea brindándolas directamente o facilitando las condiciones para que individualmente sean alcanzadas por parte de los ciudadanos, de acuerdo al diseño constitucional de la participación estatal en tales actividades.

⁽⁷⁾ Resolución de Presidencia N° 043-99-CD/OSIPTEL, Proyecto de normas sobre materias arbitrables entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, publicado el 20 de mayo de 1999 en el diario oficial.

En este punto, es necesario señalar la posible coincidencia que puede existir entre la protección de los derechos fundamentales y la determinación y satisfacción de los intereses públicos, ya que como se ha señalado: "En la defensa de los intereses generales no debe verse un obstáculo para el respeto a los derechos fundamentales. Aun cuando estos derechos fundamentales se prediquen del individuo, no sólo son meras titularidades privadas, representativas de intereses particulares y, por tanto, necesariamente contrarios o enfrentados a los intereses de la colectividad. Precisamente, estos derechos, constitucionalmente garantizados, son el fundamento del orden político y de la paz social (...) y no existe interés general más importante que su consecución y mantenimiento. De ahí que no pueda hablarse sin más de un interés general, atendido por la Administración pública, frente al interés constitucional de respetar los derechos fundamentales como algo inconciliable, sino de una gradación de intereses, en donde la satisfacción de los intereses públicos encomendados por el legislador a la Administración pública se realice con respeto a los derechos fundamentales."⁽⁸⁾

Ya sea que se trate de una sociedad en la cual se afirme la participación activa del Estado en la prestación de las actividades necesarias para la satisfacción de los mismos o ya sea que se trate de un Estado en el cual se promueva la participación individual como la mejor alternativa para dicha satisfacción, independientemente de cual sea la forma de participación adoptada, en ambos supuestos se requeriría de una organización estatal (no importa, a estos efectos, determinar ni su tamaño ni sus funciones específicas) para lograr la satisfacción de los mismos pues lo importante es reconocer la necesidad de dotar a dicha organización del conjunto de medios suficientes para lograr sus objetivos.

En consecuencia, es la satisfacción de estos concretos intereses (que aparecen directamente en la Constitución o que se desprenden de ella) lo que justifica que exista una organización servicial de los mismos (es decir, la Administración Pública) y que ésta pueda gozar

⁽⁸⁾ LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la administración pública*. Prólogo de Antonio Embid Irujo, Tecnos, Madrid, 1992, Segunda edición, pp. 18-19.

de un estatuto jurídico distinto al de los particulares, estar dotada de facultades propias, destinadas única y exclusivamente a la satisfacción de tales fines y ser capaz de superar los obstáculos que se le pretendan oponer⁽⁹⁾.

Esta facultad, si es apreciada desde la perspectiva del Estado Democrático de Derecho, no puede ser equiparada o asimilada a las facultades o atribuciones propias de los gobernantes del antiguo régimen. Así, la exigencia del escrupuloso cumplimiento del principio de legalidad, la consagración de la responsabilidad patrimonial de la Administración por sus actos; la pérdida de toda eficacia y validez de la actuación administrativa cuando se presenten casos de desviación del poder; el sometimiento pleno a la jurisdicción y al control de los jueces de lo contencioso administrativo sobre la actuación de la administración pública, son algunos de los concretos y específicos límites que sujetan a Derecho la actuación administrativa limitando, también, sus prerrogativas y que hacen que este estatuto particular en su favor no sea un privilegio al estilo de aquellos que gozaba el rey en el antiguo régimen sino, por el contrario, lo que define a la administración como organización servicial de los intereses públicos en un moderno Estado Democrático de Derecho⁽¹⁰⁾.

Así, sólo desde esta doble perspectiva (en primer lugar, la de las de finalidades a alcanzar y en segundo lugar, la de los límites que se

⁽⁹⁾ "Para cumplir con la misión de perseguir la consecución del interés público el ordenamiento público le otorga a la Administración un estatus jurídico especial habilitándola para el ejercicio de ciertas potestades singulares, como la de emitir decisiones o actos administrativos capaces de producir efectos jurídicos que inciden directamente en la esfera jurídica del administrado, ya sea creando, otorgando o declarando derechos e imponiendo obligaciones, así como la facultad de imponer o hacer ejecutar por sus propios medios lo ordenado." (DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y Diego ZEGARRA VALDIVIA, *El procedimiento de ejecución coactiva. Comentarios al nuevo régimen legal: Ley N° 26979 y Código Tributario*, Gaceta Jurídica Editores, 1999, p. 19).

⁽¹⁰⁾ Ciertamente, estas expresiones podrían resultar poco coherentes con la realidad nacional, ello no debe desalentarnos, pues justamente se trata de los estímulos necesarios para desmontar un modelo arbitrario de estado y construir otro acorde con los principios de un moderno Estado Democrático de Derecho, en donde la Administración Pública sirva, ahí sí, con objetividad y eficacia los intereses generales de la población, sometida plenamente a la Constitución y el Derecho.

deben respetar) es posible considerar que el conjunto de atribuciones especiales a favor de la administración pública y, en especial, el de la ejecución forzosa de sus actos, gozan de legitimidad constitucional.

Cabe resaltar que la potestad de ejecución forzosa de los actos administrativos es, como toda atribución y conducta de la administración pública, funcional a la satisfacción de las finalidades institucionales que debe cumplir, razón por la cual: "Sólo en la medida en que es un instrumento útil para la más eficaz consecución de los fines de interés general que a la Administración competen, la autotutela administrativa y las potestades que la cristalizan no están constitucionalmente rechazadas; y a la par, sólo en esa justa medida cumple un función que no se puede ni debe desdeñar." ⁽¹¹⁾

Para concluir, cabe señalar el potencial interpretativo que posee el artículo III del Título Preliminar del Anteproyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos cuando señala la finalidad de la actividad administrativa: "Artículo III. Finalidad. La presente ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general."⁽¹²⁾

En nuestra opinión, consideramos que a través de una disposición como esta se consagra la finalidad general que la Administración Pública debe cumplir en el servicio público y la somete, completamente, al ordenamiento jurídico. Una norma de este tipo tendría, a nuestro entender, la ventaja de establecer de manera general y aplicable a todo procedimiento administrativo la finalidad esencial para la cual existe la Administración Pública y vincular todas sus atribuciones y facultades a dicho fin; asimismo, permitiría consagrar su sometimiento pleno y total a la Constitución, la ley y el derecho dejando sin margen de duda la necesidad de fundamentar siempre la

⁽¹¹⁾ BARCELONA LLOP, Javier, op. cit., p. 194.

⁽¹²⁾ Puede consultarse el texto de este proyecto en DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "Comentarios de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos", en Themis-Revista de Derecho N° 39, 1999, pp. 237-292.

base legal de la actuación administrativa, permitiendo, igualmente, la aplicación de los principios generales del derecho, especialmente con la finalidad de lograr su control jurisdiccional.

La cuestión sobre la determinación de los fines que debe satisfacer la administración pública (y con ello, la determinación de los límites de su actuación) no es en nuestro medio una discusión intrascendente o meramente teórica, por el contrario, como lo demuestra la práctica de algunas instituciones, no siempre se encuentra claramente definido, ni comprendido, el alcance y sentido de las facultades y atribuciones propias de la Administración Pública ⁽¹³⁾.

2. EL SISTEMA DE RELACIONES ENTRE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y EL PODER JUDICIAL A PROPOSITO DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

El procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos contiene, como ya lo hemos señalado, como uno de sus elementos característicos el de la potestad de imponer, por sí misma, sus propias decisiones aun contra la voluntad del administrado. Esta especial prerrogativa, sin embargo, requiere venir acompañada de un conjunto de garantías que le aseguren al administrado, en primer lugar, que el ejercicio de las mismas sea conforme a la finalidad establecida por la ley y proporcional a los legítimos objetivos que se desea alcanzar y, en segundo lugar, de un conjunto de garantías que le permita contar con los medios legales suficientes para oponerse al ejercicio de dicha facultad cuando ésta no se encuentre debidamente fundamentada o no goce de la cobertura legal suficiente.

En este sentido, es oportuno recordar que: "No existiendo en un Estado de Derecho potestad administrativa alguna cuyo ejercicio se encuentre exento de control jurisdiccional, el de la ejecución forzosa

⁽¹³⁾ Sobre los presupuestos que deben cumplirse para que se proceda a la ejecución forzosa de un acto administrativo puede verse DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, "El procedimiento de cobranza coactiva como manifestación de la potestad de la administración pública de ejecución forzosa de sus actos", en Themis-Revista de Derecho, N° 32, 1995, p. 47 y ss.

tiene necesariamente que venir compensado por una rigurosa fiscalización judicial que, mor de los principios constitucionales, ha de ser plenaria y, sobre todo, eficaz a la vista de la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional.”⁽¹⁴⁾

De esta manera, el sistema de relaciones que, a propósito de la ejecución forzosa de los actos administrativos, se establece entre la administración pública y el poder judicial, debe ser entendido como el conjunto de articulaciones y de mecanismos de control establecidos entre el ejercicio de la facultad de ejecución forzosa y la protección jurisdiccional del sujeto administrado y su estudio resulta especialmente útil para determinar si la regulación de esta facultad administrativa puede ser considerada conforme a las exigencias derivadas de un Estado Democrático de Derecho, tales como el respeto a un debido procedimiento administrativo así como a una efectiva tutela jurisdiccional ⁽¹⁵⁾.

En este sentido, a continuación analizaremos dos supuestos en los cuales se interrelacionan la potestad administrativa de ejecución forzosa y la intervención del Poder Judicial, para analizar si en cada caso concreto, la específica regulación permite apreciar una adecuada ponderación de los valores en juego y, especialmente, una definida protección de los derechos del sujeto administrado.

a) La intervención del juez para autorizar el descerraje o el ingreso a un inmueble

La Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva ha previsto, en su artículo 12º como una de las modalidades de ejecución forzosa de los actos administrativos, el ingreso a un domicilio ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ BARCELONA LLOP, Javier, op. cit., p. 370.

⁽¹⁵⁾ En este sentido, debemos recordar que en nuestro país, el Tribunal Constitucional ha venido a consagrar el reconocimiento de la aplicación en sede administrativa de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho de defensa en sede administrativa (Exp. N° 646-96-AA/TC, publicada en el diario oficial el 23 de enero de 1997).

⁽¹⁶⁾ Ley N° 26979. «Artículo 12º.- Los actos de ejecución forzosa regulados en el presente capítulo son los siguientes: (...)

c) Demoliciones, construcciones de cercos o similares; reparaciones urgentes en edificios, salas de espectáculos o locales públicos; clausura de locales o servicios; y,

Esta modalidad de ejecución forzosa de los actos administrativos constituye una de las más gravosas respecto de los derechos constitucionales del administrado en la medida que se permite el ingreso (siempre y cuando se cuente con la correspondiente autorización judicial, en los términos y forma que inmediatamente veremos) al domicilio de una persona, el mismo que, como sabemos tiene, adicionalmente a sus propias finalidades, una función instrumental para el desarrollo de otros derechos constitucionales e, inmediatamente, nos exige preguntarnos acerca de la función del juez en lo relativo a la autorización para el ingreso a un domicilio, autorización exigida por la Constitución y por la propia Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva ⁽¹⁷⁾.

Cuando la ley le permite a la Administración Pública el ingreso a un domicilio con la finalidad de ejecutar forzosamente un acto administrativo, lo que está afirmando es que resulta necesario dotarla de mecanismos de coerción suficientes para hacer efectiva su labor de acuerdo a los parámetros y disposiciones constitucionales, por lo que la participación de un juez en la tramitación de tales apremios, no puede desconocer el rol que la propia Constitución le ha otorgado en la protección y defensa de los derechos constitucionales y, en consecuencia, constituye una exigencia constitucionalmente fundada que el juez realice en cada caso, la necesaria evaluación respecto de la aplicación de los apercibimientos establecidas, en su condición de garante de los derechos fundamentales.

adecuación a reglamentos de urbanización o disposiciones municipales o similares, salvo regímenes especiales;

d) Todo acto de coerción para cobro o ejecución de obras, suspensiones, paralizaciones, modificación o destrucción de las mismas que provengan de actos administrativos de cualquier Entidad, excepto regímenes especiales.»

⁽¹⁷⁾ Constitución Política de 1993. "Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley." Sobre el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio puede consultarse Eduardo ESPÍN TEMPLADO, "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N° 8, 1991, p. 39 y ss.

Esta precisión, que podría parecer superflua o innecesaria lo es tanto si recordamos que en una situación similar, se le ha atribuido al juez una participación meramente formal. Así, por ejemplo, en el Reglamento del Congreso se ha establecido que la solicitud de comparencia forzada de una persona debe ser presentada ante el juez especializado en lo penal y tramitarse por el sólo mérito de la misma⁽¹⁸⁾.

Por otro lado, cabe recordar que el ejercicio de las facultades coercitivas de los jueces en un proceso civil, por ejemplo, presupone, como toda actuación jurisdiccional, una debida fundamentación de la misma⁽¹⁹⁾, razón por la cual, no se encuentra constitucionalmente justificado una interpretación que busque que el juez apruebe o tramite una solicitud de esta naturaleza sin una fundamentación y evaluación propia, porque exige que el juez cumpla un mandato de la Administración Pública que incide sobre derechos fundamentales sin que éste pueda ejercer algún tipo de control sobre dicho acto, es decir, lo

⁽¹⁸⁾ Reglamento del Congreso de la República. Texto único ordenado publicado el 30 de mayo de 1998. "Artículo 88°.- El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir o sancionar la conducta de quienes resulten responsables de acuerdo a las siguientes reglas: (...) d) Las comisiones de investigación pueden utilizar los siguientes apremios:

- Solicitar que sea conducido por la fuerza pública, cuando el citado no comparezca el día y hora señalados o se resiste a exhibir o hacer entrega de documentos que tiene en su poder y son necesarios para el esclarecimiento de los hechos investigados.
- Solicitar que se autorice el allanamiento de los domicilios y locales, para practicar la incautación de libros, archivos, documentos y registros que guarden relación con el objeto de la investigación.

Las solicitudes para que se practiquen los apremios serán presentadas ante el Juez Especializado en lo Penal, el mismo que accederá a la petición y ordenará que se realice por el mérito de la solicitud en el primer caso y previa evaluación de los argumentos presentados por la Comisión de Investigación en el segundo caso (...)"

⁽¹⁹⁾ Constitución Política de 1993. "Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (...)"

convertiría en un mero ejecutor de las decisiones administrativas, en expresa contradicción con los mandatos constitucionales aplicables.

Cabe precisar que esta motivación no podrá ser, simplemente, la transcripción de la solicitud formulada por la administración sino que, por el contrario, deberá ser, justamente, la evaluación a la luz de la Constitución y la ley, de los fundamentos la solicitud de descerraje formulada.

La única conclusión constitucionalmente válida de la lectura conjunta de la norma fundamental y la Ley es que, en éste supuesto, debe prevalecer la autonomía e independencia del Poder Judicial en función de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en el caso que la Administración Pública se encuentre con la necesidad de solicitar un descerraje o el ingreso a un domicilio, deberá el Juez analizar la procedencia de una solicitud en ese sentido, en su condición de garante de los derechos fundamentales.

Así, proponemos entender la labor del juez en estos supuestos como un garante de los derechos fundamentales involucrados en los requerimientos formulados por las autoridades administrativas. La Constitución española establece en su artículo 117.4 establece que los jueces y tribunales podrán ejercer, en adición a las atribuciones expresamente consagradas por la propia Constitución, aquellas otorgadas por ley con la finalidad de garantía de cualquier derecho.

En el caso peruano, no contamos con una norma similar, sin embargo, una lectura atenta del régimen de los derechos fundamentales consagrado en la Constitución de 1993 (que, en este aspecto, repite sustancialmente a la de 1979) podemos apreciar el régimen de garantías establecido en favor de los derechos fundamentales.

En primer lugar, se encuentra el establecimiento de la reserva de ley, mediante la cual, se impide que la Administración Pública pueda establecer limitaciones o regulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, las mismas que quedan reservadas al Congreso que, a diferencia de la administración, cuenta con una especial legitimación democrática que la habilita especialmente para poder realizar dicha tarea.

En segundo lugar, la Constitución establece en forma reiterada la participación del juez para determinar específicas limitaciones en

el ejercicio de derechos fundamentales. En tales situaciones, los jueces no intervienen a propósito de un proceso judicial, es decir, no ejercen función jurisdiccional en el sentido ordinario que dicha expresión tiene sino que, en virtud de un mandato constitucional, interviene como un garante de los derechos fundamentales involucrados en específicas circunstancias (detención de una persona, ingreso en el domicilio, incautación de libros y documentos) para servir como garantía última que la actuación de la Administración Pública que tiene incidencia sobre derechos fundamentales sea acorde con las previsiones constitucionales sobre la materia, es decir, que dicha decisión sea razonable, proporcional y que no afecte los derechos fundamentales del ciudadano más allá de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines para los que fue dictado dicho mandato.

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de una situación esencialmente similar a la que estamos estudiando. En su sentencia 76/1992, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra un artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establecía que para la ejecución de actos administrativos en los que fuera preciso el ingreso a un domicilio, sería necesario contar con la correspondiente resolución judicial autorizativa, tal y como lo exige el artículo 18º de la Constitución española de 1978.

El juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad alegaba que dicha norma constituía una pseudo-garantía pues establecía una actuación judicial automática en apoyo de los órganos administrativos y, en consecuencia, era una tarea que no le correspondía al Poder Judicial. El Tribunal desechó esta alegación de inconstitucionalidad señalando que: "(...) en virtud de lo dispuesto en dicho precepto constitucional [artículo 18º de la Constitución española], la ley ha atribuido al Juez de Instrucción la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio frente a la ejecución de los actos administrativos, por lo que antes que imponerle la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, le ha otorgado la potestad de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración; que éste

sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.”⁽²⁰⁾

Por el contrario, admitir la validez de la interpretación formalista de la ley, sería desconocer que la Constitución consagra al Juez como una garantía de la adecuación formal y material de estas atribuciones especialmente delicadas pues, como resulta obvio, la Constitución establece la intervención judicial como una garantía para la protección de los derechos fundamentales y no como un simple mecanismo cumplidor de mandatos ajenos, el mismo que, en todo caso, no tendría ningún significado ⁽²¹⁾.

Ciertamente, la exigencia de una intervención del órgano jurisdiccional no significa una quiebra ni una excepción a los principios que acompañan a la ejecución de los actos administrativos sino, por el contrario: “(...) la autorización judicial, exigida por el constituyente o el legislador, no elimina la potestad de ejecución forzosa en manos de la Administración pública, sino que se introduce como un trámite en el procedimiento llevado a cabo por aquélla, como un refuerzo de la protección de los derechos y libertades constitucionales” ⁽²²⁾.

Una vez resuelta la pregunta sobre la función que el juez debe cumplir en estos casos, a continuación debemos preguntarnos sobre cómo debe ejercer el juez dicha función. Una de las definiciones más certeras de la función que debe cumplir el juez en lo relativo a su función de garante de los derechos fundamentales y la naturaleza de la autorización judicial para el ingreso a un domicilio es la expuesta por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 144/1987 cuando señala lo siguiente: “El Juez de Instrucción actúa en estos supuestos como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del

⁽²⁰⁾ Para un comentario de esta sentencia se puede consultar a José Francisco LÓPEZ-FONT MARQUEZ, “El juez de instrucción como garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la administración (comentario jurisprudencial)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 130, Madrid, 1993, pp. 249-255.

⁽²¹⁾ BARCELONA LLOP, Javier, op. cit., p. 475 y ss.

⁽²²⁾ LAFUENTE BENACHE, Mercedes, op. cit., p. 86.

domicilio y, en consecuencia, lo único que ha de asegurar es que requiere efectivamente la entrada en él la ejecución forzosa de un acto que, prima facie, parece dictado por autoridad competente en ejercicio de facultades propias, garantizando al tiempo que esa irrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones que ésta (o de otros derechos fundamentales de los ocupantes) que aquellas que sean estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa.”

De ello se deduce que el juez deberá desarrollar un triple control sobre la solicitud de ingreso a un domicilio por parte de la administración. Así, el juez deberá efectuar, en primer lugar, un *control de la apariencia de legalidad del acto administrativo* que se pretenda ejecutar; en segundo lugar, un *control de la necesidad de la ejecución forzosa del acto*, la que no procederá cuando existan otros medios menos gravosos para el administrado; en tercer lugar, un *control de proporcionalidad en los medios utilizados para la ejecución del acto*, exigiendo que las restricciones al derecho fundamental sean las estrictamente necesarias para la ejecución del acto administrativo.

De lo expuesto se puede concluir que el juez actúa como garante de un derecho fundamental, y no como juez de la legalidad o constitucionalidad de la actuación administrativa y por lo tanto, cuando un juez autoriza (o deniega) a la administración el ingreso a un domicilio, no puede anular el acto administrativo puesto en su conocimiento, en la medida que su función es cautelar un derecho fundamental y autorizar una determinada conducta de la administración (la ejecución forzosa de un acto administrativo), no juzgar la conducta de la administración, en el sentido que normalmente debe entenderse la función que debe desarrollar el juez de lo contencioso administrativo⁽²³⁾. Este primer límite establecido a la función del juez como garante de los derechos fundamentales puede resultar siendo la más difícil de establecer o delimitar de manera proporcional. Para garantizar adecuadamente que los derechos del ciudadano no se verán lesionados, el juez deberá comprobar que el acto administrativo que se pretende ejecutar cumple con los requisitos establecidos por

⁽²³⁾ BARCELONA LLOP, Javier, op. cit., p. 549.

la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva u otra normas habilitantes. En el caso de la Ley N° 26879, el juez tendría que evaluar si se encuentra frente a un acto administrativo exigible coactivamente, es decir, si se han cumplido con las exigencias derivadas de los artículos 9°, 15° y 25°. ⁽²⁴⁾

⁽²⁴⁾ Ley N° 26979. "Artículo 9°.- Exigibilidad de la obligación.

9.1 Se considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo emitido conforme a ley, debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio alguno en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley o en el que hubiere recaído resolución firme confirmando la obligación. También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y gastos en el que la Entidad hubiere incurrido durante la tramitación de dicho Procedimiento.

9.2 También serán ejecutadas conforme a ley, las garantías otorgadas a favor de la Entidad, dentro del Procedimiento establecido en la presente norma, cuando corresponda (...)

Artículo 15°.- Resolución de Ejecución Coactiva.

15.1 La Resolución de Ejecución Coactiva deberá tener, bajo sanción de nulidad, los siguientes requisitos:

- a) La indicación de lugar y fecha en que se expide;
- b) El número de orden que le corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expide;
- c) El nombre del obligado;
- d) La identificación de la resolución o acto administrativo generador de la obligación, debidamente notificada así como la indicación expresa del cumplimiento de la obligación en el plazo de 7 días;
- e) El monto total de la deuda objeto de la cobranza indicando detalladamente la cuantía de la multa administrativa, así como los intereses; o, en su caso, la especificación de la obligación de hacer o no hacer objeto del Procedimiento;
- f) La base legal en que se sustenta; y
- g) La suscripción del Ejecutor y del Auxiliar respectivo.

15.2 La resolución de ejecución coactiva irá acompañada de copia de la resolución administrativa a que se refiere el literal d) del numeral anterior. (...)

Artículo 25°.- Deuda exigible coactivamente.-

25.1 Se considera deuda exigible:

- a) La establecida mediante Resolución de Determinación o de Multa, emitida por la Entidad conforme a ley, debidamente notificada y no reclamada en el plazo de ley;
- b) La establecida por resolución debidamente notificada y no apelada en el plazo de ley, o por Resolución del Tribunal Fiscal;

De esta manera, la: "(...) autoridad judicial deberá comprobar la existencia del acto declarativo de la deuda mediante el examen de la autenticidad de las certificaciones, la correcta identificación del sujeto apremiado, también deberá asegurarse de que dicho acto ha sido dictado por el órgano competente y del previo apercibimiento por ser elementos esenciales del procedimiento de ejecución forzosa cuyo defecto supone que la actuación administrativa incurra en vía de hecho. Y, sobre todo, a nuestro juicio, tendrá que tener constancia del elemento que resulta vital para confirmar que la entrada en el domicilio del sujeto pasivo es precisa para cumplir los fines del procedimiento de apremio: cerciorarse de que dicha entrada es obligada ya que el órgano administrativo ha agotado sin resultado todas las demás vías conducentes a satisfacer su crédito (...)" ⁽²⁵⁾.

Una vez efectuado el control sobre la apariencia de legalidad del acto que será ejecutado de manera forzosa, deberá efectuarse un control sobre la necesidad de utilizar dicho medio de ejecución para el caso concreto. En otras palabras, el juez deberá analizar (y la administración deberá justificar de manera suficiente en la correspondiente solicitud) si es que el ingreso al domicilio del administrado es el úni-

c) Aquella constituida por las cuotas de amortización de la deuda tributaria materia de aplazamiento y/o fraccionamiento pendientes de pago, cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se otorgó ese beneficio, siempre y cuando se haya cumplido con notificar al deudor la resolución que declara la pérdida del beneficio de fraccionamiento y no se hubiera interpuesto recurso impugnatorio dentro del plazo de ley; y

d) La que conste en una orden de pago emitida conforme a ley.

25.2 La Administración Tributaria de los Gobiernos Locales únicamente emitirá Ordenes de Pago en los casos establecidos en los numerales 1 y 3 del Artículo 78º del Código Tributario. Para los demás supuestos deberá emitir Resoluciones de Determinación.

25.3 El Ejecutor tiene, asimismo, la facultad de ejecutar las garantías otorgadas a favor de la Entidad por los deudores tributarios y/o terceros, cuando corresponda, con arreglo al Procedimiento establecido por la ley de la materia.

25.4 También serán exigibles en el mismo Procedimiento las costas y los gastos en que la Entidad hubiera incurrido en la cobranza coactiva de las deudas tributarias."

⁽²⁵⁾ ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, *Jurisprudencia constitucional tributaria*, Prólogo de Gabriel Casado Ollero, Instituto de Estudios Fiscales, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 244.

co medio para alcanzar los fines concretos que la administración desea conseguir o si, por el contrario, existen otros mecanismos de ejecución forzosa menos lesivos o restrictivos de los derechos fundamentales igualmente idóneos para satisfacer los fines de la administración. En caso existieran medios alternativos, el juez debería denegar la solicitud de ingreso al domicilio y la administración se encontraría en la obligación de utilizar otros medios de ejecución forzosa.

Finalmente, el juez deberá controlar la proporcionalidad de los medios utilizados para hacer efectivo el ingreso a un domicilio. No basta, en nuestra opinión, que el juez autorice, simplemente, el ingreso al domicilio sino que deberá determinar las formas en que ello se debe producir, ya que consideramos que no se ajusta a una adecuada protección de los derechos del administrado que se otorgue una autorización para el ingreso a un domicilio que se considere como irrestricta e ilimitada tanto en el tiempo como en las formas concretas en que ésta se debe realizar.

b) Las limitaciones para la suspensión cautelar del procedimiento coactivo

El control jurisdiccional de la Administración Pública constituye la última de las garantías establecidas por el ordenamiento en favor del sujeto administrado. El proceso contencioso administrativo, como expresión clásica del control sobre la Administración exige, pues, que el ordenamiento le dote de los medios suficientes para ejercerlo con eficacia, para cumplir con los mandatos constitucionales de brindar al ciudadano una tutela judicial efectiva, siendo ello, igualmente predicable de cualquier otro tipo de proceso a través del cual se enjuicie la conducta de la administración⁽²⁶⁾, que en nuestro país

⁽²⁶⁾ Constitución Política de 1993. "Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)"

Convención Americana de Derechos Humanos. "Artículo 8°.- Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustantación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)"

ocurre por intermedio del proceso de amparo, cuando la actuación administrativa lesiona derechos constitucionales⁽²⁷⁾.

En este contexto, la posibilidad de solicitar, y obtener, la concesión de medidas cautelares resulta esencial para evitar que el transcurso del tiempo que puede durar un proceso judicial signifique al demandante la pérdida del objeto del proceso y carezca de sentido acudir a los órganos jurisdiccionales⁽²⁸⁾.

De esta manera, la posibilidad de solicitar y obtener una medida cautelar adecuada y proporcional a las pretensiones discutidas en el proceso resulta siendo un elemento que determina, de manera real, la existencia de una verdadera tutela judicial *efectiva*, en tanto que ella permitirá asegurar el adecuado cumplimiento de lo que la sentencia disponga de manera definitiva. Recuérdese que la Constitución consagra como derecho fundamental el de la tutela jurisdiccional efectiva y ello obliga a que la regulación legislativa sobre la materia respete su contenido esencial y no desfigure los límites que de su

“Artículo 25°. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.

b. a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se hay estimado procedente el recurso.”

⁽²⁷⁾ En este sentido, consideramos que el artículo 540° del Código Procesal Civil, por ejemplo, resulta inconstitucional en el extremo que considera que por ley algunos actos administrativos podrían verse exonerados del control judicial.

⁽²⁸⁾ “El privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, la excesiva duración de los procesos y la naturaleza de los derechos que sirven de fundamento a la pretensión pueden determinar la ineficacia de la sentencia. Cuando ésta se dicte, aunque funcionen perfectamente los mecanismos de la ejecución, no tendrán sentido los pronunciamientos que en ella se contengan. No se habrá hecho justicia. El que haya acudido a los Tribunales, no habrá obtenido la satisfacción de sus pretensiones. En una palabra, la tutela jurisdiccional no habrá sido efectiva. (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984, p. 140).

propia naturaleza se desprenden. Así, pues, se ha dicho que: "El derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque ese derecho ha de poder asegurar el cumplimiento futuro de la Sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela" ⁽²⁹⁾.

Es por estas razones que la plena validez constitucional de la regulación legal de un tipo de proceso específico también debe comprender un juicio o evaluación respecto del tema de las medidas cautelares que se pueden conseguir en él. Si asumimos que la tutela cautelar forma parte del derecho constitucional a una tutela jurisdiccional efectiva, debemos concluir que sólo la necesidad de preservar otros valores o bienes constitucionalmente reconocidos permitirían una limitación en los alcances de la regulación específica del proceso cautelar.

Es a partir de estas premisas que debemos analizar, entonces, la regulación que la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva ha previsto para el tema de las medidas cautelares en los procesos judiciales destinados a cuestionar los procedimientos coactivos seguidos por la administración pública.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, debemos indicar que la Ley N° 26979 ha establecido que, ya sea tratándose de un proceso de amparo o de un proceso contencioso administrativo, las medidas cautelares que se dicten y que ordenen la suspensión de un procedimiento de ejecución forzosa de actos administrativos sólo serán efectivas cuando dichas medidas cautelares sean firmes, es decir, cuando sean confirmadas en segunda instancia, repitiendo, así, la regulación actualmente vigente en materia de medidas cautelares en el proceso de amparo, surgiendo, de esta manera, la interrogante sobre la compatibilidad de dicha regulación con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la medida que se establece una restricción a la efectividad del procedimiento cautelar y, en consecuencia, del derecho a una efectiva tutela jurisdiccional.

⁽²⁹⁾CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Bosch, Madrid, 1994, p. 286.

Frente a esta específica regulación legal del tema de las medidas cautelares susceptibles de ser aplicadas contra un procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos debemos señalar que denegar, restringir o retrasar la efectividad de las medidas cautelares es denegar, restringir o retrasar la efectividad y goce un derecho fundamental y, en consecuencia con ello, debería existir una especial fundamentación para que ello se consagre, sin que dicha limitación implique un desdibujamiento del contenido esencial de dicho derecho.

Nosotros no encontramos ninguna razón para que ello sea de esta manera. Las facultades o potestades exorbitantes de las que pueda disfrutar la Administración Pública en sus relaciones frente a particulares debe tener, siempre y en todos los casos, como fundamento o justificación el carácter servicial destinado a la satisfacción del interés público al cual debe servir y para el cual existe. Cuando una atribución administrativa deja de tener sentido porque carece de cualquier referencia o relación razonablemente establecida con su finalidad institucional, esa atribución o prerrogativa deja de ser tal para convertirse en un privilegio injustificado dentro de un Estado Democrático de Derecho.

El pleno reconocimiento de la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales (derivado directamente del valor normativo de la Constitución) ha supuesto un cambio radical en la forma en que se establece la relación entre la administración pública y los ciudadanos y un cuestionamiento directo a todas y cada una de las particulares formas de actuación de la administración con la finalidad de adecuarlas con aquellas exigencias derivadas del reconocimiento de ámbitos de libertad personal y de dignidad humana que llevan implícitos los derechos fundamentales⁽³⁰⁾.

En este proceso de replanteamiento de los alcances de aquellas prerrogativas propias de la Administración, una de aquellas de las que ha gozado de manera más intensa en sus relaciones frente a los ciudadanos es la referida a la potestad de regular la forma en que se produce la ejecución de las sentencias judiciales condenatorias. Ni siquiera esta clásica prerrogativa de la inembargabilidad de los bienes públicos ha podido permanecer inalterable frente al progresivo

⁽³⁰⁾ Sobre el particular, ver el ya clásico trabajo del profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1984.

avance de los derechos fundamentales, como lo han reconocido diversos tribunales ⁽³¹⁾.

¿Cómo justificar, entonces, que la Administración Pública sometida a proceso siga gozando de la prerrogativa de la ejecución forzosa de sus actos, aun en contra de la existencia de la apariencia del derecho invocada por el administrado y confirmada por el juez de primera instancia en su auto cautelar? ¿Cuál es la razón, vinculada con la satisfacción de un interés público que permite subordinar la adecuada tutela jurisdiccional efectiva del administrativo a la confirmación por parte de la segunda instancia de la resolución que concede u otorga una medida cautelar?

En nuestra opinión, no existe ninguna razón, constitucionalmente válida, que permita sostener una disposición de este tipo que limita la eficacia de las medidas cautelares y perjudica gravemente las posibilidades de defensa del ciudadano. La Administración Pública sólo puede exhibir frente al juez la legitimidad que el derecho le otorga a su actuación. Sin embargo, cuando un juez considera que la actuación administrativa carece (prima facie) de justificación legal, ningún privilegio puede mantenerse a su favor. La Administración Pública debe estar en igualdad de condiciones frente al ciudadano cuando éste la cuestione ante los órganos jurisdiccionales.

3. A MANERA DE CONCLUSION

Como palabras finales debemos señalar que el control jurisdiccional sobre la actuación de la administración pública enfrenta, a partir de la Ley N° 26979, un reto y una decepción.

⁽³¹⁾ Es el caso, por ejemplo del Tribunal Constitucional español que en su sentencia 26/1983 señala, por ejemplo, que "(...) los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento, ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales, ni priva a los jueces y Tribunales de medios eficaces para obligar a los titulares de los órganos administrativos a llevar a cabo las actuaciones necesarias para ello". En nuestro país, el Tribunal Constitucional también tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un tema similar, al declarar que era inconstitucional la norma que pretendía establecer el privilegio de inembargabilidad de los bienes del Estado y remitía el cumplimiento de las sentencias judiciales a las correspondientes previsiones presupuestarias, sin establecer ningún criterio para su preciso y oportuno cumplimiento. (Ver la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N° 006-96-AI/TC, publicada en el diario oficial el 7 de marzo de 1996).

Nuestra justicia administrativa enfrenta un reto, en la medida que la actuación de los jueces podrá asegurar el buen desempeño y protección de los derechos fundamentales relativos a la inviolabilidad del domicilio y otros vinculados dependerá de la plena asunción por parte de ellos de su función como garantes de los derechos fundamentales, asumiendo un rol activo en el análisis de una adecuada ponderación entre las necesidades o exigencias derivadas del servicio público al que se debe la Administración Pública y los derechos de los ciudadanos.

Nuestra justicia administrativa enfrenta una decepción, en la medida que la regulación de las medidas cautelares significa un grave retroceso y el mantenimiento de un privilegio injustificado a favor de la administración pública, privilegio inadmisibles en un Estado Democrático de Derecho como el que nuestra Constitución pretende construir. Esta lamentable situación nos obliga a señalar que en este aspecto fundamental, el de la tutela cautelar contra el procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos, nuestra legislación se encuentra muy lejos de los parámetros mínimos que un debido proceso legal debe cumplir y pretende perpetuar un régimen jurídico de privilegios a favor de la Administración Pública que no encuentra justificación cuando tales privilegios lesionan, gravemente, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lima, febrero de 2000.

ACREEDORES DEL ESTADO, PATRIMONIO PUBLICO Y PRESUPUESTO

Domingo García-Belaunde Saldías (*)

I

En más de una oportunidad los abogados, en el ejercicio libre de la profesión, nos hemos encontrado con clientes que tienen acreencias con el Estado e intentan, judicialmente, hacer valer sus créditos, sean estas deudas comerciales, expropiaciones o indemnizaciones. Si ha esto añadimos que, históricamente el estado peruano no se caracteriza con cumplir sus deudas con sus nacionales y, antes bien, normalmente cede a presiones internacionales para cumplir créditos de todo tipo con acreedores extranjeros, la cuestión se agrava ⁽¹⁾. Pero si el Estado peruano no le agrada cumplir sentencias judiciales firmes, como algunos deudores, no queda más remedio que la ejecución compulsiva de su patrimonio.

El patrimonio público es un tema tratado por varias ramas del Derecho. Es un tema que se trata desde el punto de vista del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo, el Derecho Civil ⁽²⁾ y des-

(*) Profesor de la Universidad de Lima y del Instituto San Ignacio de Loyola. Abogado en ejercicio.

(1) La deuda agraria interna, producto de la reforma agraria ocurrida hace más de 30 años, aun está pendiente y genera pronunciamientos de los expropiados y del Gobierno con relativa frecuencia.

(2) Es un tema que le interesa al Derecho Civil en la medida que por el hecho de pertenecer un bien a una determinada persona, el Estado por ejemplo, tienen un tratamiento jurídico distinto.

de el Derecho Financiero ⁽³⁾. En este trabajo, lo enfocaremos desde esta última rama, pero sin regatear conceptos y puntos de vista de las otras, entendiendo al patrimonio público principalmente desde una óptica del Derecho Financiero es decir, como una forma, un medio adicional, cómo el Estado moderno obtiene importantes ingresos ⁽⁴⁾. Reflexiones conjuntamente algunas ideas sobre este tema.

II

Desde una perspectiva del Derecho Constitucional, el patrimonio público está compuesto por los llamados bienes de dominio público y los bienes de dominio privado del Estado, también denominados bienes patrimoniales. En el primer caso, son bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables. Son bienes sobre los que el Estado no ejerce propiamente un derecho de propiedad, como lo entendemos en Derecho Civil, antes bien, pertenecen a toda la Nación, correspondiéndole solamente al Estado administrarlos. En efecto, son bienes de dominio público, por ejemplo, las aguas marítimas, las minas, los yacimientos petroleros y en general todos los recursos naturales. Así lo indica nuestra Constitución Política de 1993 en sus artículos 66 y 73:

“Artículo 66: Los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

⁽³⁾ Aun cuando no existe unanimidad sobre este punto en la doctrina pero si posición mayoritaria, el Derecho Financiero estudia el Patrimonio Público conjuntamente con el Derecho Tributario, el Derecho Presupuestario y el Derecho del Crédito Público. Ver García-Belaunde Saldías, Domingo, “Derecho Financiero: lo que es y lo que no es”, en Revista Jurídica del Perú, Año XLVII, N°12, julio-setiembre de 1997, págs. 169-176.

⁽⁴⁾ Tengamos presente que las privatizaciones realizadas por el Estado peruano en los últimos años, que no es otra cosa que vender activos, han representado para el erario nacional importantísimos ingresos. Basta recordar que la venta de un paquete de acciones de la Compañía de Teléfonos y Entel Perú representó para el Estado, un ingreso de US\$ 2,000 millones. En recientes declaraciones, diversos funcionarios del gobierno han manifestado, de manera no muy precisa, que los fondos obtenidos de la privatización han superado los US\$7,000 millones.

“Artículo 73: Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.”

Así pues, los bienes de dominio público están fuera del tráfico comercial en razón de su naturaleza misma, vale decir, no son apropiables por los particulares, aunque si pueden ser susceptibles de su uso y goce bajo las formas que la ley permite.

III

Desde el punto de vista del Derecho Civil, estos bienes han merecido diversa atención, desde Roma hasta nuestros días. El derecho romano clasificaba los bienes, entre otras formas, de acuerdo a quien pertenecía. Es así que estaban los bienes que se encuentran en el comercio de los hombres (*res in commercio*) o fuera de él (*res extra commercium*). En esta última división, la exclusión de dichos bienes obedecía a su vez a dos posibles razones: al derecho divino o al derecho humano, es decir eran *res nullius divini juris* o *res nullius humano juris*. En efecto, las Instituciones de Justiniano señalan que *“son cosas nullius las cosas sagradas, religiosas y las santas; porque lo que es de derecho divino no entra en los bienes de nadie”*, entendiéndose como cosas sagradas las consagradas por los pontífices a Dios, como los edificios y templos. Son cosas religiosas, el lugar donde se da sepultura a un muerto; y son cosas santas los muros y puertas, por lo que los que atenten contra ellas serán *“sancionados”*.⁽⁵⁾ Por razones de derecho humano estaban excluidas del comercio de los hombres las *res comunes*, como el aire, la luz, el sol; las *res publicae*, las cosas que los ciudadanos podían utilizar como los caminos y las plazas y, finalmente, *las res universitatum* que eran las cosas que pertenecían a las ciudades como los baños o el forum.⁽⁶⁾

Dentro de nuestra tradición romanista, el Código Civil Peruano de 1852 se refería a las *“cosas”* como sinónimo de los *“bienes”*⁽⁷⁾, cla-

⁽⁵⁾ *Instituciones de Justiniano*, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 1976, págs. 81-83.

⁽⁶⁾ Romero Romaña, Elodoro, *Derecho Civil. Los Derechos Reales*, Editorial P.T.C.M. Lima, 1947, pág. 35.

⁽⁷⁾ Hoy se entiende por cosas a todo aquel objeto corporal que es susceptible de apropiarse, de ser útil, de aprovechamiento y que está en el comercio de los hombres.

sificándolas en corporales e incorporales, muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, públicos, comunes y particulares, destinadas al culto y finalmente de ninguno. La idea de los bienes de ninguno está sumamente restringida por la noción moderna, de que los bienes vacantes o abandonados son de propiedad del Estado. La categoría de bienes sin dueño está reservada para situaciones excepcionales y generalmente para bienes de muy escaso valor. El Código Civil de 1852 trataba los bienes "**mostrencos**" como aquellos, muebles e inmuebles, que no tenían dueño. El uso de esta expresión jurídica, entre nosotros, ha desaparecido.

El Código Civil de 1936, ya refiriéndose ahora a los bienes, recogía sólo dos clasificaciones: a) Muebles e inmuebles y b) Bienes del Estado y bienes de los particulares, dejando a la jurisprudencia, la cátedra y a los tratados de Derecho Civil, el tema de la clasificación de los bienes.⁽⁸⁾

Más recientemente, el Código Civil de 1984 establece en su Libro V, sobre los derechos reales, la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. El artículo 929 se refiere, en un capítulo sobre la adquisición de la propiedad, que las "*cosas que no pertenecen a nadie como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren por las personas que las aprehenda*". Asimismo, el artículo 930 señala que "*los animales de caza y peces se adquieren por quien los coge*."

Así pues, para efectos civiles, los bienes se ordenan actualmente en la clásica división de muebles e inmuebles, lo que a su vez responde a su grado de movilidad, sin atender a quien es su propietario, administrador o régimen económico. No interesa al Código Civil, para efectos de clasificar los bienes, quien es su propietario o titular.

IV

Desde una perspectiva administrativa, es necesario tomar en cuenta varios elementos para determinar la naturaleza de los bienes que son propiedad o que administra el Estado.

El término *bienes* es un concepto más amplio, ya que agrega a las cosas los derechos inmateriales.

⁽⁸⁾ Estos antecedentes han sido tomados de Romero Romaña, Eleodoro, op. cit.

En primer lugar está la noción de bienes de dominio público. Como señala Miguel S. Marienhoff ⁽⁹⁾, este término debe atribuirse a J.P. Pardessus, en su libro "Traité des servitudes ou services fonciers", editado en París en 1829, ya que este concepto, presente entre los romanos, no fue sistematizado y ordenado hasta el siglo XIX por tratadistas franceses, siendo por lo tanto conceptos, los del dominio público, aun en discusión y evolución hasta el presente, originando diversas posiciones en la doctrina.

El primer criterio, para conocer los bienes de dominio público⁽¹⁰⁾, siguiendo al autor mencionado, es el elemento subjetivo, es decir, quién es titular de los llamados bienes de dominio público. En este particular existen dos posiciones en la doctrina; aquellos que sostienen que los bienes de dominio público son del Estado y aquellos que sostienen que son del pueblo, de la nación o de la colectividad en su conjunto.

El segundo elemento es el objetivo, es decir, qué bienes o cosas son parte del dominio público. Aquí también existen posiciones en la doctrina al considerar algunos, que sólo deben ser los bienes, civilmente entendidos, o sólo deben ser las cosas, y dentro de éstas últimas, si debe considerarse a los muebles o inmuebles.

El tercer elemento es el teleológico, que se refiere al "fin" que debe responder un bien o una cosa para incluirlo dentro de la categoría dominical, existiendo también a este respecto, posiciones doctrinarias encontradas.

El último, elemento es el normativo o legal, es decir, cuando por voluntad del legislador, un bien es considerado de dominio público,

⁽⁹⁾ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, cuarta edición, 1998, p. 31.

⁽¹⁰⁾ El dominio público puede tener varias manifestaciones que sería importante sistematizar, como el dominio público hidráulico, que es la regulación española sobre las aguas o el dominio financiero del Estado que regula el circulante, la Banca Central, las tasas de redescuento, el control sobre el sistema bancario y los encajes. El Dominio Financiero del Estado se define como "la facultad que se tiene de emitir dinero y regularlo en sus propiedades de ser medio de pago, depósito de valor, medida de valor y patrón de pagos diferidos", es así que resulta que "el dinero, antes que una mercancía, es la expresión de todas las mercancías producidas en un determinado periodo o Producto Nacional Bruto". Ver Ramírez Cardona, Alejandro, *Hacienda Pública*, 4ta. edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 207.

al margen de su naturaleza, ya que sostienen algunos, no existen bienes de dominio público por derecho natural.

Dar una definición de lo que es el dominio público, nos extendería mucho más allá del objetivo de este trabajo. Supondría tomar una posición, luego de analizar las que existen en la doctrina y necesariamente rebatir las que dejamos de lado. Pero los "elementos" expuestos nos permiten manejar estas categorías, y asumir algunas posiciones fundamentales. Son bienes de dominio público aquellos que administra el Estado a nombre de la colectividad, del pueblo, pero sobre los que no tiene derecho de propiedad. Estos bienes se encuentran fuera del tráfico del derecho común y son inembargables, imprescriptibles e inalienables. Sin embargo, por el valor que dichos bienes tienen, el Estado puede darlos en administración o explotación a los particulares, tal como señalabamos líneas arriba, al citar el artículo 66 de la Constitución Política.

Por el contrario, son bienes de dominio privado del Estado, aquellos sobre los que ejerce un derecho de propiedad. De acuerdo al destino que el Estado les da, los puede haber afectado al uso público o no, sin perder su titularidad, pero el Estado ejerce un pleno derecho de propiedad, de allí su denominación de bienes patrimoniales y de que se encuentren inventariados y registrados en el margesí de bienes nacionales.

Bajo esta primera división de bienes, tenemos un grupo de bienes que serían "propiedad" de la Nación o de la colectividad y otro grupo de bienes, sobre el que el Estado ejerce un derecho de propiedad, tal como civilmente lo entendemos. En este último caso, de acuerdo al destino o uso que se les dé, dichos bienes pueden afectarse al uso público y tener el mismo régimen, por disposición legal, de inalienables, imprescriptibles e inembargables, mientras se encuentren afectados de dicho uso. Un cambio legislativo, alteraría su situación jurídica, haciéndolos pasibles de ingresar al tráfico comercial común. Un ejemplo de esta afirmación son aquellos edificios públicos, cuarteles y fortalezas, que están afectados al uso público, pero que en principio podrían no estarlo. Imaginemos el simple hecho de un cuartel militar que se encontraba fuera del área urbana, pero años después puede hallarse encerrado dentro de una pujante zona comercial. En este caso, es probable que el Estado desafecte el inmueble, traslade el cuartel y trate este terreno como cualquier predio pri-

vado, situación que podría ocurrir con el Palacio de Justicia de cualquier distrito judicial.

Algunos estudiosos sin embargo, han sostenido que los bienes de dominio público deben distinguirse en bienes de dominio público natural o necesario y bienes de dominio público artificial o accidental, en la medida que algunos bienes de dominio público pueden ser "desafectados" a su uso público y disponerlos a favor de particulares. En el primer caso, no es posible "desafectarlos" del uso público que tienen porque hacerlo, mediante acto legal o administrativo, significaría ir contra su esencia (de allí su denominación de natural o necesario), salvo que dichos actos se originen por un reconocimiento de cambios en la naturaleza y no en cambios de parecer en la autoridad. En el caso de los segundos, los bienes de dominio público artificial o necesario, la autoridad puede considerar su "desafectación" por ley u acto administrativo, diferenciándose siempre de los bienes patrimoniales del Estado, en que los primeros se rigen siempre por el derecho público. En la primera categoría, la doctrina ubica a la minería, el petróleo, las comunicaciones, la pesca y las aguas. Los bienes de dominio público artificial son los puertos, aeropuertos, carreteras, vías férreas, calles, plazas, cementerios, sitios arqueológicos, etc.

Esta posición sostiene, que los bienes de dominio público natural o necesario, siempre pueden darse en uso y goce a los particulares, sea en forma colectiva o en forma privativa. Si es otorgada en forma colectiva, no requiere de ninguna autorización o permiso, toda vez que sirven a la ciudadanía. Por el contrario, cuando su uso y goce es otorgada a los particulares, la autoridad lo hace utilizando autorizaciones, permisos, licencias o concesiones, haciendo una relación ascendente de un derecho más precario a un derecho más firme, incluso un derecho real como señala el artículo 66 de nuestra Carta.

Para terminar este punto, queremos insistir, sobre el hecho que estas categorías no merecen unanimidad en la doctrina, y son por lo tanto, zonas grises en el mundo jurídico, y susceptibles de intensos debates, aún en la actualidad.

V

En nuestro país, hace algunos años se legisló sobre este tema, sin considerar las clasificaciones antes señaladas, sino antes bien,

atendiendo a una mal entendida medida de protección del patrimonio del Estado.

En efecto, la Ley N° 26599 que modifica el artículo 648 del Código Procesal Civil estableció:

“Son bienes inembargables:

1.- Los bienes del Estado: Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del sector al que correspondan”. La norma señala además que los frutos de los bienes del Estado también son inembargables.

Esta norma, que en la práctica le da un tratamiento de bien de dominio público a toda aquel que está bajo administración del Estado, ya mereció pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En efecto, demandada la inconstitucionalidad de la Ley N° 26599, el Tribunal, que opera de oficio, la declaró fundada en parte ⁽¹¹⁾, ya que la referida ley violaba la Constitución, al otorgar el régimen contemplado en el artículo 73, a bienes que no eran de dominio público, sino que lo eran de dominio privado del Estado, siendo éstos últimos, por lo tanto, embargables.

Lamentablemente, el mismo día que se publica la sentencia, el Congreso de la República, aprueba la Ley N° 26597 que dispone la constitución de una comisión encargada de proponer dentro de 120 días, un proyecto de ley que determine qué bienes del Estado son susceptibles de embargo. A renglón seguido, se establece que sólo podrán ser objeto de embargo, los bienes detallados en la futura ley. En disposición transitoria, la misma norma establece que, en tanto se aprueba la referida ley y, de no existir recursos específicos con que atender el requerimiento del juez, éste requerirá al titular del pliego para que señale la partida susceptible de ser embargada y, de no existir ésta, el titular del pliego, bajo responsabilidad, deberá solicitar se incluya en los próximos ejercicios. Esta ley, que supuestamente detallaría los bienes embargables, nunca se dio.

⁽¹¹⁾ Sentencia N° 336, expediente 006-96/AI/TC de fecha 30/01/1997.

Esta situación, ha merecido el pronunciamiento del Defensor del Pueblo, quien en interesante y bien fundamentada resolución ⁽¹²⁾ sostiene que los beneficios de que goza la Administración, no la sitúan fuera del ordenamiento legal, lo que actualmente genera, por parte del Estado, la violación del derecho constitucional de la igualdad ante la ley, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. En el primer caso, la Defensoría sostiene que en un proceso judicial donde se aplique la Ley N° 26599, no existe igualdad de las partes. Esto ocurre porque la ejecución, de acuerdo al ordenamiento vigente, se supedita a la voluntad o discrecionalidad de la parte vencida, generando una situación de clara discriminación, perjudicando al ciudadano y violando el principio de igualdad ante la ley.

Asimismo, los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, están seriamente afectados en tanto que serviría de muy poco, recurrir al órgano jurisdiccional para obtener una decisión final favorable, si ésta no se puede ejecutar.

El Informe termina recomendando, que se debe proceder a elaborar la ley de bienes del Estado, pero no señalando que bienes pueden ser embargados, sino antes bien, aquellos inembargables por pertenecer al dominio público. Sin perjuicio de lo indicado, el Defensor sostiene que la mencionada disposición transitoria, abre el camino a embargar, entre tanto, fondos públicos ya que, el argumento de falta de recursos presupuestarios, invocando el principio de legalidad presupuestaria, se ha convertido en la excusa perfecta, en un escenario de un conflicto aparentemente insalvable con el derecho a la tutela efectiva, para no pagar nada, como en efecto sucede. Desde nuestra perspectiva y tomando ideas del Derecho concursal ¿por qué el Estado vencido en primera instancia no señala bienes libres de su dominio privado?

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España se ha pronunciado hace mucho tiempo en idéntico sentido, en varias oportunidades y en casos concretos. La sentencia 32/1982 ⁽¹³⁾, considera-

⁽¹²⁾ Resolución Defensorial N° 62-98/DP, publicada el 27 de octubre de 1998, que coincide en los conceptos fundamentales con la sentencia del Tribunal Constitucional.

⁽¹³⁾ También las sentencias 26/1983 y 61/1984

do un *leading case* en esta materia, se pronunció sobre la ejecución de sentencias judiciales que condenan a la Administración al pago de una suma de dinero.

La sentencia explica que la "tensión" que se origina entre dos principios constitucionales; seguridad jurídica (tutela judicial efectiva) y la legalidad presupuestaria, puede armonizarse, sin que éste último principio deje sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza a sus ciudadanos. Esta sentencia considera, que el principio de legalidad presupuestaria, no puede convertirse en pretexto recurrente, para hacer caso omiso, es decir, obstaculizar o posponer la ejecución de sentencias judiciales firmes, toda vez que la ejecución judicial, se supedita a la existencia de una partida presupuestaria asignada para tal fin. La aplicación de este principio presupuestario no puede llegar en ningún caso, a afectar el derecho de los ciudadanos a obtener una tutela judicial efectiva y, cualquier privilegio de goce la Administración, no la ponen por encima del ordenamiento legal, ni la eximen de cumplir lo mandado en los fallos judiciales.

Sobre el tema de la inembargabilidad de los fondos públicos, dispuesta por el artículo 44 de la Ley General Presupuestaria española, el Tribunal, a pesar de sendos pronunciamientos en contra de la doctrina, no tiene una posición explícita y concluyente.

VI

Desde el punto de vista del Derecho financiero, el patrimonio público es un recurso más del Estado, que no ha sido suficientemente estudiado por esta rama del Derecho público. Quizá para comenzar a revisar y abordar el tema, podemos tomar los criterios del profesor Sainz de Bujanda ⁽¹⁴⁾:

1. Clases o tipos de patrimonios públicos
2. Tipos de ingresos susceptibles de ser generados
3. Tratamiento presupuestario del patrimonio público y,

⁽¹⁴⁾Sainz de Bujanda, Fernando, *Lecciones de Derecho Financiero*, Universidad Complutense, décima edición, Madrid, 1993.

4. Tipos de relaciones jurídicas que su gestión y administración genera.

Determinar la clase o tipo de patrimonio público al que nos enfrentamos, dependerá de lo que finalmente el legislador considere bienes de dominio público o bienes de dominio privado del Estado, pero ambos, por diferentes títulos, generan algún tipo de renta, que motivarán un tratamiento administrativo diferente, en atención a diferentes criterios como pueden ser: frecuencia de generación del ingreso (ordinario o extraordinario), por el tipo de organismo que lo genera (Gobierno central, municipalidades, empresas del Estado, etc.), entre otros criterios.

El patrimonio público se ha convertido en importante recurso público y los flujos que estos generan, sin llegar a los niveles de la tributación, son apreciables ingresos. Partiendo de la calificación administrativa, los bienes de dominio público procuran una utilidad a la Administración y la ciudadanía, pero pueden convertirse en recurso de la Hacienda. De igual modo, los bienes patrimoniales del Estado, son susceptibles de generar ingresos por su venta, o rentas por arrendamiento, o su explotación comercial.

Estos ingresos podemos agruparlos por: a) Ingresos generados Actividad empresarial, b) Administración de rentas generadas por los bienes públicos a través de la autorización, licencia y concesión, c) la Administración de la renta generada por bienes patrimoniales a través del arrendamiento, cesión en uso y enajenación y d) contraprestación por servicios públicos. El patrimonio público genera ingresos de los servicios públicos, de los monopolios del Estado, de las empresas estatales, de las empresas con participación del fisco, de las concesiones que otorgue y en general, de la disposición, bajo diferentes títulos, de los bienes y derechos bajo su influencia. En todo caso, las agrupaciones y clasificaciones, siempre son arbitrarias y discutibles.

Por el lado de su tratamiento presupuestario, los ingresos del Estado (éste siempre con muchas necesidades que cubrir y permanentemente escaso de recursos), se deben emplear en la satisfacción de las demandas de sus ciudadanos. En este sentido, los ingresos por administración del patrimonio público, deben ser incluidos en el presupuesto, de manera diferenciada con respecto a los demás ingresos,

y debe servir para atender también, las obligaciones del propio Estado, siempre dentro del principio de caja única.

Finalmente, todos estos ingresos generarán múltiples y variadas relaciones jurídicas al interior de la administración y, por supuesto, relaciones jurídicas con los administrados, que como en nuestro caso, pueden servir para que el Estado cumpla con una sentencia judicial.

Tal como están las cosas, la estructura legal existente no sólo no protege al ciudadano, sino que impone desde el propio Estado, la cultura del no pago y la evasión de responsabilidades. Por otro lado, desde la orilla tributaria y de la recaudación, el Estado persigue implacablemente a sus contribuyentes, dentro de un marco legal en que los más mínimos supuestos o principios, como la presunción de la inocencia del contribuyente, juega en su contra y ahora, hasta debe ser probada en algunos casos. Recordemos que es obligación constitucional consignar, todos los años, en la ley de presupuesto, partida destinada a cubrir la deuda pública, que no sólo es la externa, sino también la interna ⁽¹⁵⁾.

Surquillo, 20 de setiembre de 2000.

POST SCRIPTUM

Pocos días después de terminado este ensayo, se desencadenaron una serie de hechos políticos, que trajeron como consecuencia, importantes cambios. Un nuevo gobierno, más democrático y respetuoso de las leyes y la Constitución, asumió el poder. Sin embargo, en un primer momento, promulgó el Decreto de Urgencia, el 019-2001, de fecha 11 de febrero de 2001, por el cual se declara que por ser necesaria la protección de fondos públicos de medidas de embargo, se declara mediante este dispositivo, la inembargabilidad de los fondos públicos. Luego, el Tribunal Constitucional, ya con sus miembros completos y en funciones, declaró la inconstitucionalidad de la

⁽¹⁵⁾ Art. 78 de la Constitución de 1993, último párrafo "No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública".

Ley N° 26597, incluida la disposición final que señalaba el procedimiento a seguir para pagar las obligaciones del Estado vencido en juicio. En reacción, el gobierno transitorio promulga el Decreto de Urgencia N° 055-2001, por el que se establece el procedimiento para el pago de obligaciones del Estado por mandato judicial, dispositivo que, guardando las formas, no hace sino en el fondo volver a lo mismo; es decir, al pago de obligaciones cuando existiera disponibilidad, lo cual nunca existe en las exiguas cajas fiscales. Incorpora algunas otras interesantes que habra que evaluar en el tiempo y se incluye un artículo sobre la obligación del remitir al Congreso el proyecto que determine que bienes son de dominio público.

Finalmente, casi al alimón, el Ministerio de Justicia encarga internamente la elaboración de un estudio sobre los procedimientos para el cumplimiento de las sentencias contra el Estado que tengan calidad de cosa juzgada, mientras que la Presidencia del Consejo de Ministros crea por Resolución Suprema N°: 285-2001-PCM la Comisión encargada de elaborar el ante proyecto que establezca que bienes son de dominio público, pero antes del 2 de julio de 2001. Como vemos, habrá novedades en breve.

Surquillo, 7 de junio de 2001.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA COMO SER ESPIRITUAL

Víctor García Toma ^(*)

Sumario: I. Introducción. II. Derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. 2.1. La libertad de conciencia. 2.2. La libertad religiosa. *a) Etapa de la sacralidad. b) Etapa de la unidad. c) Etapa de la colaboración.* 2.2.1. El ejercicio público de las confesiones (opciones de religiosidad). *a) Respeto a la moral social. b) Respeto del orden público.* III. Derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por pensamiento medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. 3.1. La información. *a) Investigar para obtener información. b) Facultad de ofrecer información. c) Obligación de informar. d) Facultad de negar información. e) Facultad de rectificar información.* 3.2. La opinión. 3.3. La expresión. *a) La palabra escrita. b) La palabra oral. c) La imagen.* 3.4. La difusión. 3.5. Los derechos de la persona como ser espiritual y las responsabilidades legales.

I. INTRODUCCION

En los tiempos actuales es indiscutible que los tratados y constituciones reconocen y ofrecen amparo jurídico, a un conjunto de dere-

^(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

chos vinculados con la vida interior del ser humano. Ello se produce en atención a la capacidad consciente y reflexiva que fluye de su libertad y racionalidad; y por ende, del lenguaje como expresión formalizada de dicha naturaleza racional.

Al hacer hincapié en la "espiritualidad" del ser humano se resaltan sus actividades psíquicas y vida mental; la experiencia moral como manifestación de su ser personal autodeterminativo; amén de la experiencia estética como revelación de su impredecible e indeterminable vocación creativa.

Es igualmente patente que la opción valorativa del ser humano acredita su capacidad para sortear y ascender sobre los linderos de la realidad material.

De otro lado, el conocimiento intelectual ofrece la constatación supra de la racionalidad de la especie humana, ya que a merced de la conceptualización y abstracción, el hombre sobrepasa la substantividad del espacio-tiempo que lo circunda.

Como bien refiere el filósofo Enrique L. Dóriga ⁽¹⁾: "El hombre conoce y además, conoce que conoce. Reflexiona sobre sí mismo, se tiene a sí mismo como objeto de su pensamiento, conoce su mismo pensamiento. Por esto el dolor humano es más profundo que el del animal, porque éste siente dolor, pero el hombre, además de sentir dolor, tiene este mismo dolor como objeto de reflexión".

Es notorio que mientras los seres inferiores quedan sujetos y enraizados en sus reacciones y comportamiento al medio ambiente que los circunda; en cambio el hombre "vive" por el pensamiento en todos los mundos imaginables.

En ese contexto, como bien afirma el filósofo Augusto Salazar Bondy⁽²⁾, la sociedad humana deviene en el medio de convivencia de seres racionales y libres, rodeados de normas, ideales, valores e instituciones que tienen una significación espiritual; así como sujetos a

⁽¹⁾ DÓRIGA, Enrique L., *Lecciones de filosofía*, Lima, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1988.

⁽²⁾ SALAZAR BONDY, Augusto, *Introducción a la filosofía*, Lima, Talleres de la Tipografía Gráfica Santa Rosa, 1964.

una cultura que el propio hombre ha creado artificialmente y superpuesto a la realidad material.

Esta "espiritualidad" hace que el ser humano se encuentre siempre presente y en ininterrumpida expresividad. Ello le permite elevar la existencia y coexistencia a un orden superior; más enaltecida y extendida que la que denotan los seres inferiores.

En esa perspectiva a continuación nos ocuparemos de analizar con cierto detalle algunos de los derechos de esta estirpe.

Al respecto, veamos lo siguiente:

II. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGION, EN FORMA INDIVIDUAL O ASOCIADA. NO HAY PERSECUCIÓN POR RAZON DE IDEAS O CREENCIAS. NO HAY DELITO DE OPINION. EL EJERCICIO PUBLICO DE TODAS LAS CONFESIONES ES LIBRE, SIEMPRE QUE NO OFENDA LA MORAL NI ALTERE EL ORDEN PUBLICO

Esta facultad se encuentra inscrita en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución.

Sus antecedentes históricos se remontan a 1535, a raíz de las "capitulaciones" del sultán turco Solimán II obtenidas por el rey de Francia Francisco I.

Por ellas, la Sublime Puerta o el Magnífico –como también se le conocía– se comprometió a garantizar la libertad de culto y la inviolabilidad personal de los cristianos en tierras otomanas; amén del aseguramiento de algunos privilegios reconocidos a las comunidades católicas.

Posteriormente, dicha facultad aparece en el Acta de Independencia de los Estados Unidos (4 de julio de 1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición General y Transitoria de la Constitución, los derechos objeto de comentario se encuentran contemplados en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el artículo 18 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (1966); el artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y

Deberes Ciudadanos (1948); y el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

En nuestro país su regulación constitucional aparecerá en 1920.

Cabe advertir que existe una relación de género a especie entre la *libertad de conciencia* y la *libertad religiosa*; al extremo de que no puede concebirse a la segunda sin la existencia de la primera, ya que implica su verificación a través de actos de culto.

2.1. La libertad de conciencia

La conciencia es la capacidad de percibirse a sí mismo en la adhesión a una idea, concepto o creencia de carácter filosófico, político, religioso, etc.

El Papa Juan Pablo II ⁽³⁾ define la conciencia como “el sagrario altar espiritual, donde celosamente se guardan las convicciones de la persona humana”.

Esta libertad consiste en la capacidad de pensar como se considere más pertinente. Se le entiende como la facultad de creer interiormente según el leal saber y entender de cada persona. Ello sin interferencia de sus congéneres o del propio Estado.

Dicha facultad implica una opción espiritual arraigada en el sentimiento, convicción, fe o propio autoconvencimiento; que, por tal, se halla fuera del alcance de cualquier reglamentación. En ese contexto consagra la “autonomía del pensamiento”.

La libertad de conciencia refleja una doble dimensionalidad; a saber:

- a) La dimensión interna consiste en la adopción de una determinada posición intelectual ante la vida.
- b) La dimensión externa consiste en el *agere licere* –o sea el atributo reconocido por ley– de representar y enjuiciar la realidad según

⁽³⁾ JUAN PABLO II. Citado por Víctor QUINTANILLA YONG y Vilma CUBA de QUINTANILLA, *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*, Lima, Princliness, 1989.

las personales convicciones, sin sufrir por ello procesamiento ni mucho menos sanción de ningún tipo.

Es importante consignar que los valores democráticos que aspira plasmar nuestra Constitución, sólo son efectivos y no quedan como mera enumeración teórica, cuando en la praxis política y social se respeta dicha libertad.

En puridad, toda actividad humana efectuada por acción u omisión se encuentra condicionada por la manera de apreciar las cosas que se suscitan a su alrededor. Ello es a su vez consecuencia de su formación moral, religiosa, social y cultural.

La formación que el ser humano recibe y asimila va integrando su sistema de valores; llevándolo a considerar desde su particular perspectiva, el criterio de lo bueno, lo justo, lo bello, lo verdadero, etc.

En ese contexto, todo ser humano necesita de un espacio inexpugnable para poder "vivir" interiormente sus creencias.

Ahora bien, la "autonomía del pensamiento" es prerequisite básico e inexcusable para el resto de los derechos conexos con ella.

Como bien señala el profesor Ramón Soriano⁽⁴⁾: "Pensar por sí mismo requiere comunicación, libertad para hablar y escribir. El pensamiento esclavo no merece llamarse pensamiento". A lo que nosotros agregaríamos la potestad de buscar y formar su propia concepción del mundo.

El propio Ramón Soriano señala además, que, la libertad de conciencia y el resto de las derivadas del hombre como ser espiritual se complementan; ya que en un orden de sucesión continua, la historia acredita que la libertad de expresión, opinión, información y difusión requiere el reconocimiento previo del libre examen de pensamiento.

Una expresión significativa del conflicto dramático del ejercicio de la libertad de conciencia, puede encontrarse, de manera notoria, en el caso del filósofo griego Sócrates.

⁽⁴⁾ SORIANO, Ramón, *Las libertades públicas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

Éste fue condenado a muerte obligándosele a beber la cicuta; ya que sus creencias “corrompían” a la juventud ateniense en el sentido de llevarla a extrañas perfecciones en el cultivo de la inteligencia, suprimir la espontaneidad y otorgar demasiada jerarquía a la razón. Su famoso diálogo con Critón deja constancia de ese hecho.

2.2. La libertad religiosa

La religión es entendida como el conjunto de creencias y dogmas acerca de la divinidad; de sentimientos de veneración; y de normas para ajustar la conducta individual.

Tal como lo señala el teólogo Francois Varillou⁽⁵⁾ “La religión, entendida como reconocimiento de un absoluto cierto, como un sentimiento de dependencia en relación a un mundo indisoluble distinto del mundo visible y como culto a una potencia superior, existe en toda la superficie de la tierra desde la aparición del espíritu”.

El hecho religioso deviene en social, en la medida que los hombres lo buscan y comparten.

El profesor Máximo Pacheco⁽⁶⁾ la entiende como la potestad de profesar la confesión religiosa que cada uno considere como verdadera; así como la de sostener su creencia dentro su entorno social.

En ese sentido, ninguna persona puede ser impedida de ejercer su opción de adorar a alguna divinidad. Implica, en modo palpable una de las manifestaciones externas de la libertad de conciencia.

El reconocimiento y protección constitucional de la libertad religiosa, trae como consecuencia lo siguiente:

- a) El derecho de creer y actuar conforme a sus creencias religiosas, con plena “inmunidad de coacción” frente al Estado o grupos sociales existente al interior de éste.
- b) El derecho de creer y actuar conforme a sus creencias religiosas, se encuentra resguardado de cualquier tipo de trato jurídico di-

⁽⁵⁾ VARILLON, Francois, *Historia de la salvación*, Bogotá, Ediciones Paulinas, 1986.

⁽⁶⁾ PACHECO, Máximo, *Teoría del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ferenciado, en el ámbito laboral o para el desempeño de cargo o funciones de naturaleza pública.

Dicho reconocimiento y protección genera el establecimiento de los siguientes cuatro atributos jurídicos:

- a) Facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elige una persona.
- b) Facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
- c) Facultad de cambio de creencia religiosa.
- d) Facultad de declaración pública de vinculación con una confesión religiosa; o de abstención de manifestar pertenencia a alguna de ellas. O sea, conlleva el atributo de informar o no informar sobre la materia a terceros.

Desde una perspectiva histórico-política, la actitud del Estado peruano frente al tema de la creencia religiosa se ha pasado por tres grandes etapas a saber:

- Etapa de la sacralidad.
- Etapa de la unidad.
- Etapa de la colaboración.

a) *Etapa de la sacralidad*

El Estado se arroga una potestad absoluta en materia de la creencia religiosa. Tal el caso del Imperio de los Incas.

El cuerpo político forja una ligazón estrecha con una doctrina religiosa y sus manifestaciones objetivas en el campo de las relaciones interpersonales. Expresa la manifestación de la acción política y de la creación del derecho mediante la revelación divina.

b) *Etapa de la unidad*

El Estado acoge la profesión de una determinada fe religiosa. A la Iglesia Católica se le concede plena soberanía en los asuntos espirituales, asociándose con ella para reglamentar las *materias mixtas*. Asimismo ordena sus actividades según determinadas normas y prin-

cipios religioso-morales; amén de intervenir en los nombramientos eclesiásticos.

Dicho período abarca la Colonia y gran parte de la República (hasta 1920).

Al respecto, la Constitución de 1823 establecía que: "La religión de la República es la católica, apostólica y romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra."

El criterio establecido en la Constitución de 1823 se mantuvo hasta la Constitución de 1860.

Por ende se permitía la libertad de conciencia, más se impedía la libertad de culto distinto al citado.

La legislación penal de ese período estableció como ilícita cualquier manifestación ritual diferente al católico, apostólico y romano.

Esta orientación se mantuvo hasta que el presidente José Pardo y Barreda dio la Ley N° 2193 de fecha 11 de noviembre de 1915, en la que se derogó la prohibición del ejercicio público de cultos distintos a la religión católica. La Constitución de 1920 elevó dicha consideración a nivel constitucional.

Un caso paradigmático fue el protagonizado por el pastor metodista Francisco Penzotti; el cual luego de arribar al puerto del Callao en 1888, se dedicó a predicar las enseñanzas de la "Sociedad Bíblica Misionera" en plazas y calles; amén de distribuir Biblias traducidas al castellano.

Como consecuencia de estas acciones de proselitismo religioso fue detenido en varios lugares del país; e incluso procesado por violentar la disposición contenida en el artículo 4 de la Constitución de 1860, que prohibía la prédica de otra religión que no fuese la católica.

Ello motivó la protesta de los liberales nacionales y la cada vez más creciente adhesión de los gobiernos de EE UU, Italia y de la prensa internacional.

El presidente Andrés Avelino Cáceres consiente de las enormes repercusiones internacionales del caso, se vio motivado el 13 de enero de 1891, a ordenar al Ministro de Gracia y Justicia, lo siguiente: "Vaya usted personalmente a sacar de la prisión a ese caballero".

c) Etapa de la colaboración

El Estado y la Iglesia Católica mantienen vínculos dentro de un contexto de autonomía e independencia; empero se promueve un armonioso espíritu de respeto y colaboración mutua.

El Estado, comparte, por razones históricas y culturales, una concepción ético-social derivada de una fe católica. En esa perspectiva, el Estado considera que su función no sólo se aviene al orden material, sino también se vincula con una elevación de la significación espiritual de su pueblo; amén de acreditar un concepto orgánico de la sociedad.

Éste es el criterio adoptado en las Constituciones peruanas de 1933, 1979 y la actualmente vigente.

El artículo 50 de la Constitución vigente, siguiendo los lineamientos de la carta de 1979, señala que el Estado dentro de un régimen de independencia y autonomía reconoce a la Iglesia católica como un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Se compromete, adicionalmente, a prestarle su colaboración. Debe agregarse que nuestra carta política deja a salvo su respeto a otras confesiones y abre la posibilidad de establecer formas de ayuda con ellas.

A consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, ninguna persona se encuentra sujeta a acciones coercitivas que deterioren su derecho a tener o adoptar una convicción –ya filosófica, política o religiosa– de su elección.

Dicha facultad puede ser ejercida de manera individual o asociada.

De manera rotunda, el actual texto constitucional declara en el inciso 3 de su artículo 2, que: “No hay persecución por razón de ideas o creencias.”

Por ende, constituye un atentado contra el ser humano cualquier acto de acosamiento, molestia u hostigamiento de carácter político, jurídico, etc.

2.2.1. El ejercicio público de las confesiones (opciones de religiosidad)

La acción o manifestación pública de una determinada forma de culto es libre. En ese sentido, las formas de veneración, adoración u

homenaje a una determinada divinidad no pueden ser, en principio, objeto de restricciones.

Formada la convicción religiosa; surge a partir de allí la facultad de practicar los actos de culto y de recepción de asistencia espiritual a través de sus operadores (sacerdotes, ministros, etc.)

Ello se extiende a la posibilidad de recibir e impartir enseñanza, así como de obtener información religiosa de toda índole.

El culto es la formalización práctica y social de una determinada convicción religiosa. Implica la posibilidad de celebrar, ritos o actos de adoración a una deidad.

La existencia del culto religioso, apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario.

No obstante lo expuesto, el ejercicio público de un culto religioso no es absoluto, ya que toda organización religiosa debe respetar los siguientes dos criterios:

- Respeto a la moral social.
- Respeto del orden público.

a) Respeto a la moral social

Consiste en que la manifestación religiosa no debe ofender los principios rectores de vida, en que se funda una comunidad específica. Éstos atienden a los fundamentos del obrar humano en los planos de la existencia y coexistencia social aceptados en nuestro país.

Esta convicción ético-social surge de la convención grupal reforzada por la educación e instrucción.

Como ejemplos proscritos pueden citarse los sacrificios humanos, etc.

b) Respeto del orden público

Consiste en que las manifestaciones de religiosidad no deben alterar o perturbar la tranquilidad o sosiego de la comunidad. No

es admisible el quebrantamiento de la vida cotidiana por actos de violencia.

Como afirma el profesor Brundy Lacantinerie⁽⁷⁾, esta categoría es imprescindible para "el buen funcionamiento general de la sociedad".

Tal como señala el profesor Glicerio Martínez⁽⁸⁾, implica la consagración legislativa de las ideas sociales, políticas y morales consideradas como fundamentales dentro de un específico tiempo y espacio. Se le concibe como la suma de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado.

El orden público implica necesaria e irrenunciablemente un límite a la libertad humana. Fija una relación de derecho público entre la persona y el Estado, poniendo en juego el *imperium* jurisdiccional; es decir, la fuerza coactiva del poder estatal.

El orden público establece una línea de demarcación que limita los actos privados de los hombres.

Mediante la existencia de un orden público se rescatan los intereses de índole comunitario, al extremo de declarar y preservar un conjunto de principios vinculados estrictamente con la existencia y conservación social.

Ahora bien; como es obvio, la categoría orden público no puede anular el ejercicio racional de la libertad, por ser ésta inherente a la vida humana. En esa condición, se resalta el axioma jurídico previsto en el inciso b) del apartado 24 del artículo 2 de la Constitución, que señala: "Todo lo que no está prohibido, está permitido."

La categoría orden público es mencionada tangencialmente en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil y en el inciso 8 del artículo 219 del mismo texto; fijándose la responsabilidad de que no se puede pactar contra las buenas costumbres.

⁽⁷⁾ LACANTINERIE, Brundy, *Introducción al Derecho*, Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

⁽⁸⁾ MARTINEZ, Glicerio, "El orden público". En: *Revista Presente* (segunda etapa), Lima, 1979.

La noción orden público involucra una pluralidad de aspectos; a saber:

- a) Conjunto de principios rectores de vida en convivencia en una determinada sociedad.
- b) Normal funcionamiento de las instituciones políticas; soberanía, independencia e integridad territorial; ejercicio normal de las libertades públicas, y operatividad de los fines sociales del Estado.
- c) Situación de orden material en la calle (tranquilidad ciudadana); moral pública.
- d) Limitación de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen en actos jurídicos; y, en general, en sus relaciones privadas.

Al respecto, como justificación para establecer restricciones al ejercicio de un culto religioso, no deben olvidarse hechos lamentables como los siguientes:

- El caso del "Templo del Pueblo" en Georgetown (Guyana, 1978), en donde las "predicas" del ministro Jim Jones, ocasionaron alrededor de 900 pérdidas de vidas humanas, entre suicidios y ejecuciones de fieles.
- El caso del "Rancho Apocalipsis", en (Texas, 1994) en donde la secta de los davidianos dirigida por un alucinado de nombre David Koresch, ocultaba cuatro toneladas de municiones; y en donde hallaron la muerte más de setenta fieles al efectuarse la intervención policial que ponía fin a las actividades de dicho grupo.
- El caso de la secta suicida Puerta del Cielo, dirigida por Juc Juvert (Suiza, 1994), en donde una veintena de personas autocastradas, decidieron darse muerte ante la "inminencia del fin del mundo".
- El caso de la secta "Verdad Suprema" (Japón, 1995) dirigida por Shoko Asqhara, que diseminó gases venenosos en un subterráneo urbano que ocasionó la pérdida de doce vidas humanas.
- El caso de la secta "La Renovación de los Diez Mandamientos de Dios" (Uganda, 2000) dirigida por el autoproclamado profeta Joseph Kibweteeri, quien luego de anunciar el fin del mundo ordenó se quemó o ultimó a machetazos a más de mil personas en una iglesia.

III. DERECHO A LAS LIBERTADES DE INFORMACION, OPINION, EXPRESION Y DIFUSION DEL PENSAMIENTO MEDIANTE LA PALABRA ORAL O ESCRITA O LA IMAGEN, POR PENSAMIENTO MEDIO DE COMUNICACION SOCIAL, SIN PREVIA AUTORIZACION NI CENSURA NI IMPEDIMENTO ALGUNOS, BAJO LAS RESPONSABILIDADES DE LEY

Se trata del conjunto de facultades previstas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución.

Desde una perspectiva histórica, aparece en la Declaración de la Independencia de Virginia en donde se afirmó que “la libertad de prensa es uno de los más grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás, a no ser por gobiernos despóticos”. Posteriormente se le incluirá en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789).

En el artículo 11 del citado texto se estableció lo siguiente: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede por tanto, hablar, escribir y publicar libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por ley”.

De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición General y Transitoria de la Constitución, los derechos objeto de comentario también se encuentran contemplados en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). El artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); y el artículo 13 de la Convención Americana de Deberes Humanos (1969).

Como refiere el profesor Germán J. Bidart Campos⁽⁹⁾; “El teatro, la pintura, la escultura, la música, los gestos corporales, etc., fueron muy anteriores a la imprenta.

Eran y son modalidades de la expresión a tenor de lo posible y accesible en su receptiva situacionalidad histórica. Hoy tenemos tam-

⁽⁹⁾ BIDART CAMPOS, Germán J., “Los medios de comunicación en la democracia: libertad de expresión, empresa, poder social y proyección institucional”, Revista Peruana de Derecho Constitucional, Lima, Tribunal Constitucional, 1999.

bién radio, teléfono, cinematografía, televisión, comunicación satelital, como una manifestación concreta e innegable de que el acrecimiento de un sistema de derechos no sólo incorpora progresivamente nuevos derechos, sino también contenidos nuevos en derechos viejos”.

En puridad, las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento se encuentran estrictamente interconectadas y relacionadas, constituyéndose en consuno, en aspectos importantes para la existencia y consolidación del sistema democrático.

El profesor Germán J. Bidart Campos⁽¹⁰⁾ señala que esta pluralidad de derechos “inoculan en los intersticios de la sociedad un activismo propenso a sacudir la indiferencia, la apatía y el conformismo, y a dinamizar las opiniones públicas”.

Al respecto, es dable recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución, se establece que: “La República del Perú es democrática”.

A través de las libertades anteriormente citadas, se plasman dos grandes objetivos democráticos; a saber:

- a) El intercambio de ideas e información como mecanismos esenciales para la actividad creadora del hombre, la búsqueda de la verdad y su cabal desenvolvimiento existencial y coexistencial.
- b) El intercambio de ideas e información como mecanismos esenciales para la elaboración y plural existencia de distintos puntos de vista sobre los asuntos de interés público; los que inciden en el proceso de participación ciudadana y sobre el control del ejercicio del poder.

En ese sentido, la Corte Suprema Norteamericana en el caso *Whitney vs California*, estableció que la “discusión pública es un deber político... y principio fundamental del buen gobierno”.

En puridad todas estas facultades del hombre como ser espiritual son indivisibles; de modo tal, que, una restricción parcial de dicho conjunto limita groseramente la libertad humana.

⁽¹⁰⁾ BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit.

3.1. La información

Es definida como todo mensaje estructurado para sí y/o terceros, cuyo objeto es obtener, develar y presentar acontecimientos, elementos del saber o especulaciones de carácter científico, técnico o periodístico, que encierran trascendencia pública y que son necesarias para la participación y realización plena y real de los ciudadanos en la vida comunitaria.

Ello permite la acumulación, incremento y divulgación del acervo intelectual.

Esta facultad trata del reconocimiento de conocer y dar a conocer situaciones diversas de la realidad; lo que conlleva a la expresión de los estados de ánimo colectivos, e ideas, conceptos, etc., de trascendencia pública.

La libertad de información conlleva la existencia de los siguientes cinco aspectos; a saber:

- Facultad de investigar para obtener información.
- Facultad de ofrecer información.
- Obligación de dar información.
- Facultad de negar información.
- Facultad de rectificar información.

a) Investigar para obtener información

Ello implica el acto de hacer diligencias para descubrir, encontrar, hallar o exhumar algún dato, hecho, acontecimiento o suceso no conocido de la realidad.

Este atributo de averiguar o indagar tiene particular importancia en el campo del periodismo, entre otras profesiones (abogacía, medicina, etc.)

En ese sentido el denominado *secreto profesional* aparece como una garantía del informador de preservar el anonimato de sus fuentes de información.

Con ello se consigue la exoneración de declarar ante cualquier órgano estatal –particularmente el referido a la administración de justicia– acerca del órgano de donde proviene la información.

El secreto profesional tiene carácter binario, ya que simultáneamente conlleva derechos y deberes oponibles ante terceros.

El secreto profesional tiene una doble base: es expresión de un concepto moral y jurídico. Consiste en no revelar aquello conocido en el ejercicio de la profesión.

Los hechos o sucesos conocidos por el informado deben ser guardados en reserva, en razón de que su develación surgió de la confianza depositada en él, por parte del informante.

El profesor Antonio Fernández Serrano⁽¹⁾ considera que con relación al tema del secreto o reserva funcional, se puede efectuar la siguiente clasificación:

– *Secreto de confesión*

Emana de la declaración del creyente pecador con ánimo o disposición de “liberarse” de una carga espiritual.

– *Secreto comiso*

Emana de una declaración cuya reserva se encuentra garantizada por el confidente. Ello en razón a que la persona perita en alguna disciplina recibe una información, por parte de otra, como consecuencia de una necesidad de asistencia o apoyo para conocer o realizar algo.

– *Secreto natural*

Emana de una declaración cuya reserva se encuentra garantizada por la caridad, en razón del daño que su divulgación puede ocasionar.

En este contexto, el secreto profesional es comiso, por emanar de una relación o hecho profesional.

Correspondió el mérito al médico griego Hipócrates (460-337 a. C.) el establecer la noción del secreto profesional, vía su famoso juramento. En dicho texto se señalaba lo siguiente: “Todo cuanto en el trato con los demás, en el ejercicio de la profesión, viere u oyere que no se divulgue, lo que se considere absolutamente secreto”.

⁽¹⁾ FERNÁNDEZ SERRANO, Antonio, *La abogacía en España y en el mundo*, Madrid, 1995.

En el derecho canónico se le estableció bajo la figura del sigilo sacramental.

Tal como advierte el profesor Ferdinand Cuadros Villena⁽¹²⁾ en "Las Partidas" de Alfonso X "El Sabio" se consignó que: "Otro sí faria falsedad y el que tuviese en guarda de algún consejo, ome o cartas que le mandasen guardar o tener en paridad, si las leyes o se demostrase a los que fuesen contrarios de aquel que los dio en con desijo".

También aparecerá en la Recopilación de las Leyes de Indias (XVI) y en el Código Penal peruano de 1861.

Al respecto, el artículo 165 del código penal textualmente señala que comete delito de violación del secreto profesional, aquel que teniendo información por razón de estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pudiera llevarse a cabo en las siguientes circunstancias:

- Causar daño al informante.
- Revelarse sin consentimiento del informante.

Ahora bien; dicha obligación no tiene carácter absoluto, ya que la revelación se puede justificar moral y jurídicamente, en los casos de existir la necesidad de salvaguardar un interés superior.

b) Facultad de ofrecer información

Ello implica el acto de presentar, manifestar y hacer patente los datos, hechos, sucesos o acontecimientos recolectados y sistematizados de la realidad.

Dicho ofrecimiento queda sujeto a los deberes morales de una actitud de probidad tendente a alcanzar objetividad; así como a prever responsablemente las consecuencias de dicho acto; amén de las responsabilidades legales derivadas del ejercicio ilícito de su manifestación.

c) Obligación de informar

Ello implica que por mandato del ordenamiento jurídico, la persona se encuentra impelida a entregar determinado tipo de información.

⁽¹²⁾CUADROS VILLENA, Ferdinand, *Ética de la abogacía y deontología forense*, Lima, Editorial Fecat, 1994.

Al respecto, el cuarto párrafo del inciso 10 del artículo 2 de la Constitución deja constancia que los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a la inspección o fiscalización de la autoridad competente.

d) Facultad de negar información

Ello implica el acto de abstenerse de suministrar información sobre aquellos asuntos de carácter particular (intimidad personal y familiar), cuando existe el deseo de mantenerse en reserva; así como aquellos que expresamente se excluyen por ley (razones de seguridad nacional, etc.)

e) Facultad de rectificar información

Ello implica el acto de aclarar la verdad en relación a lo manifestado respecto a una persona, cuando la información alcanzada al público es inexacta y en consecuencias lesivas para ella.

En ese sentido el derecho de rectificación consagrado en el artículo 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) tiene una finalidad eminentemente preventiva, la misma que es independiente de la reparación del daño causado por la divulgación de una información objetivamente inexacta.

La rectificación debe hacer referencia a hechos y no sobre opiniones; por cuanto sólo es posible enmendar la información falaz y personal en sentido lato, pero en modo alguno sobre la apreciación subjetiva efectuada por el informador.

En ese sentido, el profesor Germán J. Bidart Campos⁽¹³⁾ establece, que, "no es hábil ni procedente para la llamada réplica ideológica o de opiniones porque las ideas y opciones no confieren derecho a quien no las comparte o las impugna para pretender que el medio que las hizo públicas también acoja las discrepantes. En este ámbito reaparece el derecho de cada medio de comunicación a asumir la orientación que es de su preferencia y elección, con descarte de las disidentes".

(13) BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit.

El inciso 7 del artículo 2 de la Constitución establece que la rectificación informativa debe producirse en forma gratuita, inmediata y proporcional a la extensión e importancia asignada a la información objetiva de rectificación.

En puridad, la rectificación surge como consecuencia de la desvirtuación o contradicción de los hechos expuestos en una información pública (radio, televisión, periódico, Internet, etc.)

Es evidente que en relación a la libertad de información tal como lo admitiera el profesor alemán Konrad Hesse⁽¹⁴⁾, la democracia sólo es tal, cuando el ciudadano se encuentra en condiciones de formarse un juicio sobre la vida política y la conducta de los gobernantes; de forma tal que pueda encontrarse en condiciones cabales de aprobar o rechazar su gestión. En ese sentido, la denominada opinión pública presupone informarse sobre los asuntos de la cosa pública.

El Tribunal Constitucional español mediante una sentencia de fecha 18 de marzo de 1981, ha establecido como indispensable para la sociedad política "el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real, los restantes derechos que la Constitución consagra".

Es inobjetable que el derecho a la información para ser ejercido a cabalidad requiere de los siguientes tres presupuestos:

- a) La existencia de una pluralidad de fuentes de información.
- b) El libre acceso a las fuentes de información.
- c) La ausencia de obstáculos legales para acceder a las fuentes de información, salvo los casos previamente justificados en la legislación, para impedir dicho conocimiento y utilización.

La libertad de información se encuentra sujeta al límite interno de la veracidad.

En ese sentido su transmisión exige el apego a la autenticidad de los hechos comunicados. Como bien afirma el profesor José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno⁽¹⁵⁾: "No se exige la exactitud total de la infor-

⁽¹⁴⁾ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

⁽¹⁵⁾ UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos, *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*, Lima, UPC, 1999.

mación, sino que se busca evitar el menosprecio a la verdad producto de la mala fe, negligencia o irresponsabilidad”.

Por ende, es exigible que el informador haya actuado con diligencia y razonabilidad en la búsqueda de la veracidad.

3.2. La opinión

Es definida como todo aquel concepto, juicio o dictamen de carácter personal referido a algún caso o asunto, sea de carácter político, filosófico, religioso, etc. La facultad de opinar deriva del natural derecho al pensamiento. En realidad, es la zona *intermedia* entre la libertad de conciencia (que involucra un criterio íntimo) y la libertad de expresión (que implica un criterio manifestado en la vida en relación).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dejado expresa constancia, a través de su Observación General N° 10 (1983), que, “la libertad de opinión no sea objeto de ningún tipo de restricción o excepción”. Ergo, tiene carácter absoluto.

En ese sentido no se considera admisible que la legislación penal contenga el denominado *delito de opinión*. Así, no cabe ningún tipo de sanción penal por el mero hecho de formarse, adoptar y exponer un punto de vista sobre una materia o asunto.

A mayor abundamiento tal como lo establece el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución la expresión de pareceres no constituye delito.

Ello implica que no se considera como acto antijurídico ni doloso, la manifestación oral o escrita de opiniones derivadas de nuestras ideas o creencias. Sólo constituye ilícito la realización de actos materiales derivados de una opinión, encaminados a perpetrar la vulneración de un bien jurídico tutelado por la ley.

Por ende, es claro que se preserva la manifestación de conceptos u opiniones –derivadas de ideas o creencias– que una persona se forma sobre una cuestión determinada.

La historia registra vergonzosos casos de ataques alevosos al derecho de opinión. Así, en 1894, el gran escritor francés Emilio Zola luego de ofrecer sus pareceres en un artículo periodístico titulado “Yo Acuso”, en relación al proceso seguido contra el capitán de origen judío Alfredo Dreyfus (quien era acusado falsamente del delito

de espionaje), fue condenado a un año de cárcel y al pago de tres mil francos de multa.

Igualmente, a mediados del siglo XVII, el poeta inglés John Milton⁽¹⁶⁾ fue objeto de una denuncia ante el Parlamento por haber publicado un panfleto en donde hacía una apología a favor del divorcio. Ante ello, Milton se defendió diciendo: "Por encima de todas las libertades, dadme la de conocer, la de decir y discutir libremente, según mi conciencia".

3.3. La expresión

Es definida como la capacidad de poder dar a conocer *nuestras* ideas, pensamientos o sentimientos hacia una pluralidad de personas, a través de la palabra escrita, la palabra oral o el uso de imágenes.

En ese sentido, la persona, en ejercicio de su libre albedrío, expone sus propios pensamientos, ideas, etc. a terceros; así como expresa sus puntos de vista acerca de los actos de sus congéneres; o del mundo que la rodea.

El profesor Hugo Osorio Meléndez⁽¹⁷⁾ señala que consiste en la facultad que asiste "a toda persona, de manifestar y de comunicar su universo moral, cognitivo y simbólico mediante cualquier tipo de expresiones, sin que nadie pueda limitar ex ante el ejercicio de dicha facultad".

Al respecto, es recordable la célebre declaración del escritor francés Francisco María Aruet Voltaire⁽¹⁸⁾, quien señaló a mediados del siglo XVIII: "Desapruebo lo que decís, pero defendería con mi vida vuestro derecho a expresarlo".

⁽¹⁶⁾ MILTON, John. Citado por Víctor QUINTANILLA YONG y Vilma CUBA de QUINTANILLA, *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*, Lima, Princeliness, 1989.

⁽¹⁷⁾ OSORIO MELÉNDEZ, Hugo, *Políticas de información y derecho*, Santiago de Chile, Universidad Metropolitana, 1997.

⁽¹⁸⁾ ARUET, Francisco María (Voltaire). Citado por Víctor QUINTANILLA YONG y Vilma CUBA de QUINTANILLA, *Pensamientos y refranes seleccionados y clasificados*, Lima, Princeliness, 1989.

Desde esa perspectiva, aparecen como bien señala el profesor Marcial Rubio Correa⁽¹⁹⁾, los dos siguientes conceptos básicos:

- a) La posibilidad de comunicarse libremente por vía escrita, oral o por medio de imágenes.
- b) La necesidad de responder jurídicamente por el abuso que se haga de su ejercicio.

De conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva N° 5/85 de fecha 13 de noviembre de 1985, la libertad de expresión presenta las siguientes dos dimensiones:

- a) Que ninguna persona puede ser arbitrariamente menoscabada o impedida de manifestar su propio pensamiento. En suma, explícita que se trata de un derecho asignable a cada ser humano en particular.
- b) Que la sociedad en su conjunto tiene la facultad de conocer los pensamientos, opiniones, ideas o puntos de vista de cada uno de sus miembros. En suma, explícita que se trata de un derecho asignable de manera colectiva a toda la comunidad.

El ejercicio de la libertad de expresión permite la *exteriorización de la opinión*; y del otro lado, la divulgación del derecho de la información.

Tal como lo señala el profesor español Francisco Fernández Segado⁽²⁰⁾: “El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental de toda persona, que se entrelaza con su dignidad y con el derecho a un trato igual. Privar del mismo a una persona, atentaría gravemente contra su propio derecho a su respeto, custodia y realización, al condenarla al ostracismo, al empobrecimiento intelectual y moral, que como ya admitiera Stuart Mill, es el resultado de la ausencia de debate y de la imposición dogmática de ideas”.

Tal como consigna el profesor José Carlos Ugaz Sánchez-Moreno dicho derecho se encuentra conectado con las libertades de aso-

⁽¹⁹⁾ RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución política de 1993*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

⁽²⁰⁾ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

ciación y reunión en la medida que constituyen causas para verificarla en la práctica.

La libertad de expresión es el complemento indispensable de la libertad de opinión.

La expresión se vale de:

- La palabra escrita.
- La palabra oral.
- La imagen.

a) *La palabra escrita*

Consistente en la utilización de documentos donde aparecen signos convencionales que dejan constancia del parecer de una persona.

b) *La palabra oral*

Consistente en la utilización de la voz para dejar constancia de un parecer personal.

c) *La imagen*

Consistente en la utilización de la representación visual a través de videos, dibujos, esculturas, pinturas, fotografías, etc., para dejar constancia de un parecer personal.

Por ser un derecho autodeterminativo de la personalidad, debe ser garantizado ante cualquier tipo de interferencias o intromisiones por parte de las autoridades estatales, en el proceso de comunicación.

3.4. La difusión

Ésta se define como la facultad de poder ampliar a través de medios tecnológicos o técnicos de gran envergadura los alcances de nuestra expresión, más allá de los límites lógicos del uso de la voz, la presentación de un escrito o el uso de imágenes domésticas.

La difusión guarda relación con el esparcimiento o diseminación de un mensaje. Su objetivo es abarcar la mayor cantidad de usuarios o destinatarios de dicho mensaje.

3.5. Los derechos de la persona como ser espiritual y las responsabilidades legales

Las facultades derivadas del ejercicio a la libertad de información y difusión pueden tener *animus* perverso; por ende quedan sujetas a las responsabilidades de ley.

Dicha concepción surgió a raíz de las argumentaciones expuestas en 1862, por el jurista inglés William Blackstone en su obra "Comentarios a las leyes de Inglaterra": en donde señaló que: "Todo hombre libre tiene un derecho incuestionable a exponer al público los sentimientos que le plazcan. Pero, si pública lo que es impropio, dañino o ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad".

Asimismo, de manera coincidente, Víctor Riqueti conde de Mirabeau señaló en la Asamblea nacional de Francia de 1789, que, "Cada ciudadano tiene el derecho de comunicar sus pensamientos y sólo se debe admitir la intervención de la ley para castigar el abuso que se haga de ese derecho".

Es evidente que el ejercicio de estas libertades puede ocasionar la lesión de bienes jurídicos como el honor, la intimidad, etc. En ese sentido, la Constitución dispone que los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Asimismo, de manera expresa la Constitución señala que es delito toda acción que suspenda, clausure o impida la libre circulación de un órgano de expresión.

Debe advertirse que los derechos de la persona como ser espiritual, comprenden además el de fundar medios de comunicación social. Ergo, se consagra el derecho a la libertad de empresa periodística.

Dicha prerrogativa debe partir del supuesto que no debe generarse impedimento alguno que pueda consolidar el monopolio, la exclusividad o acaparamiento directo o indirecto, etc., por parte de un solo agente comunicador.

El segundo párrafo del inciso 4 del artículo 2 de la Constitución alude a la tipificación expresa en el Código Penal de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación.

En ese sentido la Constitución establece la garantía de la imposibilidad de sancionar sin que exista una ley preexistente, que, tipifique una determinada conducta vinculada con las facultades de la persona como ser espiritual,

Dicha garantía no es sino la aplicación de un viejo aforismo romano que sentencia: "*Nullum crimine poena sine lege*".

En ese sentido y de manera concordante, el literal d) del inciso 24 del artículo 2 textualmente declara: "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; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Ahora bien; acorde a lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dicha tipificación se encuentra condicionada en nuestro país, a los siguientes dos aspectos:

- Que la acción perpetrada afecte derechos de las demás personas, especialmente aquellos vinculados con el honor y la reputación.
- Que la acción perpetrada afecte la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral pública.

La exigencia constitucional en el sentido que la tipificación se efectúe expresamente en el código penal, radica en la necesidad de evitar la dación de leyes especiales drásticamente represivas e históricamente orientadas al recorte de los derechos políticos en nuestro país.

En ese sentido, debe recordarse la infausta disposición dada durante el gobierno del general Andrés Santa Cruz quien mediante decreto de fecha 17 de agosto de 1835 declaró fuera de la ley y enemigos de la patria, a todos los periodistas que escribieran a favor de su enemigo político, el general Felipe Santiago Salaverry.

En tiempos más recientes dicha acción aparecerá, entre otros en los gobiernos del comandante Luis M. Sánchez Cerro (1932) y del general Manuel A. Odría (1950), en donde a través de las denominadas "Ley de Emergencia" y decreto ley de "Seguridad Interior", los derechos de la persona como ser espiritual fueron seriamente afectados; particularmente en el caso de militantes de partidos como el APRA, PCP; así como de los miembros de la prensa independiente.

La regulación constitucional de disponer que los ilícitos penales vinculados con el ejercicio anómalo de la libertad de expresión, información o difusión, se juzguen ante el fuero común, guarda coherencia con lo establecido en los incisos 1 y 4 del artículo 139 de nuestro texto fundamental.

Así, en ellos se establece como principios y derechos de la función jurisdiccional, la unidad y exclusividad de dicha tarea a favor del órgano judicial; amén que se realicen públicamente.

En ese contexto, la legislación penal vigente establece como acciones punibles y vinculadas con el ejercicio de los derechos de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, entre otros, las siguientes:

- El delito de difamación agravada previsto en el artículo 132 del Código Penal.
- El delito de publicidad indebida de correspondencia, previsto en el artículo 164 del Código Penal.
- El delito de ofensa y ultraje a los símbolos y valores de la patria, prevista en el artículo 344 del Código Penal.

Es dable advertir que en la doctrina penal se ha llegado a establecer la denominada "Teoría de la ponderación de derechos e intereses constitucionales", en virtud de lo cual partiendo del hecho que los derechos del ser humano como ser espiritual son consustanciales para la existencia y desarrollo de los valores democráticos, se prefiere amparar éstos por encima de eventuales afectaciones que pudiesen sufrir los atinentes al honor y la intimidad a condición de que se cumplan los siguientes tres presupuestos:

- a) Que la información, expresión y difusión de un hecho tenga significación pública.
- b) Que la información, expresión y difusión sobre un hecho no se sustente en expresiones desmedidas y lesivas a la dignidad de las personas.
- c) Que la información, expresión y difusión de un hecho, persiga un objetivo lícito y socialmente correcto; es decir que aún cuando se incurriese en manifestar algo falso, ésta no hubiese sido la intención deliberada y consciente del informante.

En el particular caso del ejercicio al derecho de expresión es dable mencionar al profesor Enrique Gimbernat Ordeig⁽²¹⁾ quien sostiene que éste tiene primacía sobre el derecho al honor siempre “que no se trate de afirmaciones u opiniones *innecesariamente* acompañados de epítetos denigrantes contra las personas”. Tales los casos de expresiones injuriosas sin relación ni conexión con las ideas u opiniones que se expongan.

El propio texto constitucional establece como delito toda acción destinada a suspender o clausurar algún órgano de expresión, o que impide su libre circulación.

El ejercicio de las libertades vinculadas con el pensamiento –información, opinión, expresión y difusión– se encuentra a salvo por mandato constitucional de cualquier acción estatal previa a su manifestación.

Si bien casi todos los derechos fundamentales carecen de absolutez, empero en este particular caso como bien refiere Germán J. Bidart Campos⁽²²⁾ es total y plenaria. Así, “toda responsabilidad en la que se exhibe la relatividad de dichas libertades sólo puede ser posterior a su ejercicio”.

En ese sentido, la persona natural o jurídica no puede ser impedida a ningún tipo de autorización o censura previa, para ejercitar las facultades reconocidas en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución.

La autorización previa implicaría la obligatoriedad de impetrar anteladamente la venia de alguna autoridad, para ejecutar algunas de las facultades derivadas de la libertad de conciencia. Dicha autoridad en este aspecto vedado, tendría la potestad para permitir o desestimar el ejercicio de opinar, informarse, expresarse o de difundir alguna idea, concepto, hecho, suceso o acontecimiento.

La práctica de la autorización previa se remonta a 1502 cuando los Reyes Católicos promulgaron su famosa “Pragmática”, en donde se establece que: “Ningún librero ni impresor... sea osado de hacer

⁽²¹⁾ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. (Artículo sin título). En: El Mundo. Madrid, 21 de marzo 1990. Tomado de Ugaz Sanchez-Moreno, José Carlos, ob. cit.

⁽²²⁾ BIDART CAMPOS; Germán J., ob. cit.

imprimir moldes sin que previamente tengan para ello nuestra licencia y especial mando”.

La censura previa implicaría la obligatoriedad de la revisión, examen o verificación de aquello que habría de manifestarse a terceros.

Ello conlleva un previo examen oficial, que permitiría el enjuiciamiento de lo que habría de ponerse en conocimiento del público, con arreglo a criterios restrictivos de la libertad; de manera tal que se otorgue el “placet de divulgación” sólo a aquellos que se “acomoden” a los parámetros morales, políticos, etc., del censor.

La práctica de la censura previa se remonta a finales del siglo XV, cuando el Papa Alejandro VI promulgó la Bula *Index librorum prohibitorum*, a efectos de verificar e impedir la circulación de ideas vinculadas con la predica protestante u otras consideradas “como perniciosas”.

Al respecto, con fecha 11 de agosto de 1999, el ejército peruano dio cuenta que el capitán E.P. Alberto Delgado Ruíz había sido relevado de su puesto en la Zona de Seguridad Nacional del Centro N° 8 (Ayacucho-Huancavelica), al haberse establecido que inconsultamente (?) había oficiado a diversas radioemisoras de dichas circunscripciones, para que remitiesen los boletines informativos que habrían de propalarse a la opinión pública. Es dable admitir, que dicha acción fue tomada luego de las contundentes protestas de la prensa nacional.

Asimismo, la Constitución alude de manera genérica a la proscripción genérica de cualquier tipo de impedimento al ejercicio de las facultades de la persona como ser espiritual. Es decir condena cualquier tipo de obstáculo para su pleno goce.

Tales los casos de establecimientos de franquicias abusivas sobre los insumos periodísticos; distribución de la propaganda estatal; recortes en el servicio de fluido eléctrico; etc.

NOTAS

LAS «LECCIONES DE DERECHO PUBLICO CONSTITUCIONAL» DE RAMON DE SALAS

Edgar Carpio Marcos (*)

Creada la primera cátedra de Derecho Constitucional por un decreto del 26 de octubre de 1826, y en el Convictorio de San Carlos, el nombramiento de su primer catedrático recayó en don Antonio Amézaga, miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Recibió la cátedra el nombre de *Derecho Público y Constitucional*, y como tal se empezó a dictar desde el 2 de enero de 1827.

En los meses posteriores a la fundación de la disciplina, se buscaron los textos que servirían para su enseñanza. Esta sólo sería despejada en la sesión del Consejo de Profesores del Convictorio, del 23 de noviembre de 1826: “Elejimos los autores, informaba Vidaurre al Ministro Pando, que podrían servir de modelo para los respectivos cursos (...). Todos fueron inclinados a mi concepto, de dictar lo más esacto que contienen las obras antiguas y modernas sobre las ciencias que se han de enseñar”.

Poco tiempo después, aparecía reimpresso en Lima las *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las escuelas de España*⁽¹⁾ del doc-

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

(1) Para mayores detalles, *vid.* Edgar Carpio Marcos, “El primer libro de Derecho Constitucional publicado en el Perú”, en Javier Tajadura Tejada: *El Derecho Constitucional y su enseñanza*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001, págs. 147-156. Antecede Liminar de Domingo García Belaunde. Estudio preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego.

tor de Salamanca, don Ramón de Salas (Imprenta Republicana de José María Concha, 2 tomos, en un solo volumen, Lima 1827, 250 págs). La edición original, publicada en Madrid y por la Imprenta del Censor, apareció en dos volúmenes y en 1821, en pleno *Trienio Liberal*. (En fecha más reciente, el Centro de Estudios Constitucionales ha reeditado la obra, en un solo volumen, antecedido de un sugestivo Estudio preliminar de José Luis Bermejo Cabrero: Ramón de Salas, *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, CEC, Madrid, 1982, 322 págs. El Estudio preliminar de Bermejo Cabrero, en págs. IX a L).

Como afrancesado que fue, las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* de Ramón de Salas constituyen una mezcla de ideas propias de la Ilustración y del encumbrado Liberalismo de la época. El libro está fuertemente marcado por el emblemático artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a tenor del cual "Una sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". Por ello, no es casual que el texto tenga dos partes bien marcadas. En el primer tomo, se analiza los principios generales aplicables a todas y cualquier Constitución (en sentido contemporáneo, diríamos una "Teoría de la Constitución"), planteándose el contenido del Derecho Constitucional en el estudio de los derechos y la estructura del Estado, con especial mención al significado de la división de poderes. Mientras que el segundo tomo aborda íntegramente la Constitución de Cádiz de 1812.

Tal vez su principal mérito sea que se trata de una obra clara, sencilla y con conocimiento de los más importantes pensadores, a los que en ciertos párrafos glosa sin citar. Era lo más completo y didáctico que sobre nuestra naciente disciplina se había escrito en castellano, de ahí que se explique su elección.

A ello se suma la mezcla de la Ilustración y el Liberalismo que trasunta del texto, lo que hizo propicia su recepción en algunos países de nuestro Continente, y en forma particular en Colombia (después de todo fue muy significativa la influencia que tuvo la Constitución de Cádiz en el proceso de formación del constitucionalismo colombiano y americano).

Pese a ello, la influencia de la obra de Ramón de Salas, con cargo a seguirse investigando, se puede decir que fue relativa en el caso

peruano, aún dentro de las primeras cuatro décadas del siglo XIX. Lo más probable es que, con intermitencias, las *Lecciones* se utilizaron como manual de la disciplina por espacio de quince años, que son los años que median entre su reimpresión entre nosotros y la asunción del rectorado del Convictorio de San Carlos por don Bartolomé Herrera en 1842.

Ciertamente toda una generación de juristas pudieron embeberse de sus tesis y tener en la obra un "resumen" de lo más brillante de la literatura producida en aquella época. Y aún cuando una gran parte de las *Lecciones de Derecho Público Constitucional* pudieran haber estado destinadas a explicar una Constitución que ya no se encontraba en vigencia, ni contábamos con una estructura constitucional semejante, lo cierto es que el texto ofrecía una forma de adentrarse en el estudio de una materia (la constitucional), que en el pasado próximo nos había sido completamente ajena, y sobre la cual no se tenía mayor bibliografía.

Lima, enero de 2001.

DOCUMENTOS

**DISCURSO DEL DR. JOSE PAREJA PAZ SOLDAN,
EN EL ACTO DE INCORPORACION DEL
DR. WALTER MONTENEGRO A LA
SECCION PERUANA DEL INSTITUTO
IBEROAMERICANO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
(LIMA, 6 DE DICIEMBRE DE 1978) (*)**

El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, que tengo el honor de presidir, es una asociación internacional de carácter académico y científico, cuyos fines son fomentar el estudio del Derecho Constitucional, facilitar el conocimiento de la doctrina y de la jurisprudencia constitucionales y honrar a los profesores en esta especialidad y de las que le son afines, como es el Derecho Público. Con ese objeto, disponen sus estatutos que se incorporen como Miembros Honorarios a los profesores, tratadistas y escritores que se han destacado de manera sobresaliente en el cultivo de estas ciencias y hayan publicado valiosas obras en la especialidad, afiliación a nuestro Instituto que no está supeditada a ninguna otra consideración que no sea la propia capacidad y prestigio de los nominados.

Basándose en esas consideraciones, la Sección Peruana, por unanimidad de su Junta Directiva, ha decidido en su sesión del 25 de setiembre pasado, incorporar como miembro honorario al Profesor

(*) Texto inédito.

Walter Montenegro, actual Embajador de Bolivia en el Perú y consagrado tratadista en Derecho Político. El Embajador Montenegro tiene una honrosa y brillante biografía. Nacido en 1916, en Cochabamba, histórica ciudad Boliviana, es licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, abogado, grado académico y profesión en las que se graduó en la Universidad Mayor de San Andrés de la Paz, habiendo sido catedrático en el curso de Doctrinas Políticas en dicha Universidad, de 1945 a 1952. Es miembro de número de la Academia Boliviana de la Lengua. En su carrera político-administrativa ha sido Secretario de los Presidentes de Bolivia, Generales David Toro y Enrique Peñaranda, Director del Departamento de Asuntos Económicos de la Cancillería boliviana, Vice Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro de Información y de Cultura, Representante de Bolivia en la Organización de los Estados Americanos, Embajador en el Imperio del Japón, y en las Repúblicas de China y de Corea, y desde el año pasado, ejerce la Jefatura de la Misión Diplomática de su país en el Perú.

El Embajador Montenegro ha cumplido extensas e importantes actividades periodísticas. Ha sido Director del diario La Noche de la Paz, columnista y editorialista de la Razón y del Diario de la misma ciudad y durante 12 años, redactor de la Revista Life con residencia en Nueva York. Ha reunido en un valioso volumen "Mirador", los más importantes de sus colaboraciones periodísticas.

No obstante esas extraordinarias labores políticas, académicas y diplomáticas, la razón principal para su incorporación como miembro de honor de nuestro Instituto, ha sido determinada por su gran prestigio como politólogo, que se concreta en su notable libro "Introducción a las doctrinas político-económicas" editado por el Fondo de Cultura Económica de México, y cuya primera edición fue en 1956 y la décima en 1977, libro básico para alumnos de derecho político y de sociología, incluyendo a los universitarios peruanos. Así nuestro Secretario Ejecutivo, el doctor Domingo García Belaunde, lo estudió en 1961 cuando fue alumno de Letras de la Universidad Católica. Es un tratado excelente sobre los fenómenos políticos, sociales y económicos, analizando las grandes doctrinas políticas como el liberalismo, la democracia, las distintas formas del socialismo, el utópico, el reformista y el cristiano, la democracia cristiana, las doctrinas cooperativas, el marxismo, el comunismo, el anarquismo, el facismo, el nazismo y el capítulo final con valiosas síntesis y perspectivas. De-

mócrata sincero y profundo, destaca que la Democracia más que un fenómeno real, es una filosofía política, que se caracteriza por su flexibilidad, señalando que el derecho de la mayoría es el de Gobernar y el de la minoría el de controlar al gobierno, con la expectativa justa de convertirse en gobierno al ganar unas elecciones auténticamente libres y en el diálogo permanente entre gobernantes y gobernados. La Democracia reposa en el sufragio popular, en un estatuto constitucional, en la división de Poderes dentro del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales que garantizan la vida, la libertad y la igualdad y que se caracteriza por el surgimiento y la dirección del consenso, habiéndose acentuado en los últimos tiempos, la democracia social y la preponderancia de la clase media.

En el capítulo final, manifiesta que la visión panorámica de las doctrinas político-económicas sugiere algunas conclusiones. Señala que el problema político básico es el conflicto que se suscita entre la autoridad y la libertad. El hombre se asocia para vivir en colectividad y para ello es necesario crear una autoridad con facultades para decidir y ejecutar. Lo que busca la política, es que ese ejercicio sea no sólo lo menos malo sino lo mejor posible para producir condiciones satisfactorias, para una justa distribución de la riqueza. Pero toda autoridad tiende, lamentablemente, al exceso, al despotismo y a la violación de las normas legales, por lo que en los regímenes democráticos es indispensable establecer frenos, contrapesos y controles al ejercicio del Poder. El exceso de autoridad, la injusta distribución de la riqueza o la corrupción en su manejo, obligan a cambios políticos y sociales que pueden ser graduales y evolutivos o bruscos y violentos, o sea que estalle una revolución.

Tres factores determinan la mutación político-económica, según el Profesor Montenegro: las condiciones socio-económicas que la hacen necesarias; los ideólogos que elaboran las nuevas fórmulas y los políticos que la realizan. Y programados los cambios estructurales, estos pueden entrar en conflicto, disputándose la posesión del poder. Es una batalla en dos frentes: uno para sustituir el régimen vigente, el otro para impedir que los competidores se apoderen de la presa.

Indica nuestro homenajeado en el libro que comentamos, que sólo lo posible es válido en política. De aquí que el intelectual, hombre teórico, sea un pésimo político, ya que como dijo Ortega y Gasset, se viene al mundo para hacer política o para hacer definiciones. Y

concluye nuestro autor, afirmando que el progreso venerado hasta hace poco como Semidiós, se ha transformado en un monstruo asociado a los peores enemigos del hombre, como la miseria y la contaminación. De aquí que las perspectivas del futuro, la Ciencia de la Futurología, concebida más con terror que con amor, trata de vaticinar la esperanza y avizorar un porvenir mejor.

Al concluir esta breve presentación del Embajador Montenegro y de su interesante y difundido tratado político, y antes de invitarlo a que ocupe la tribuna para su valiosa conferencia sobre "Constitución y Política", agradezco en nombre de nuestra asociación al Instituto Riva Agüero, por habernos brindado esta prestigiosa sede académica para la actuación de esta tarde, así como la concurrencia de los distinguidos embajadores, diplomáticos, profesores y juristas a esta sesión pública de nuestro Instituto.

Muchas gracias a todos Uds.

**INFORME DE LA SUB COMISION DE LA COMISION
PERMANENTE ENCARGADA DE INFORMAR SOBRE
LA DENUNCIA CONSTITUCIONAL CONTRA EL
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y OTROS
DE FECHA 20 DE MAYO DE 1999**

Señor Presidente:

Su Sub Comisión, elegida por la Comisión Permanente, para atender la denuncia constitucional formulada contra el señor Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, sus Ministros y el Comandante General de las Fuerzas Armadas, por haber transgredido el orden constitucional el 05 de abril de 1992, al disolver el Congreso e interferir las funciones del Poder Judicial, dice, por unanimidad que:

1. Al iniciar el proceso correspondiente, es preciso advertir si existen o no excepciones previas o cuestiones del mismo orden, para el efecto de determinar si procede la acción y el mecanismo legal que se plantea.
2. Determinado que sea el punto anterior, se fijaría no sólo la vía procesal, sino además las responsabilidades del caso.

CUESTION PREVIA

La principal cuestión previa que han analizado los miembros de su Sub Comisión, es si procede o no abrir una acción de responsabilidad en este caso, ya que la propia opinión pública ha reaccionado con extrañeza, frente a esta acción presentada luego de 7 años

y no como pudo haber sido, antes del Referéndum y del proceso electoral de 1995, proceso en el cual los denunciantes se acogieron y se albergaron.

Planteada y fundamentada la cuestión previa por el Sr. Congresista Dr. Luis Delgado Aparicio, se han llegado a las siguientes conclusiones:

1. En 1992 la sociedad peruana estaba prácticamente destruida. No existían signos contundentes propios de un Estado. En efecto, no existía Estado de Derecho en virtud de que el Gobierno no lograba controlar más que un tercio del territorio nacional, en virtud de que el terrorismo había establecido un gobierno de terror, con amenazas y cupos, en dos tercios del mismo. Las autoridades nombradas por el gobierno central o elegidas por el pueblo eran asesinadas al asumir sus cargos, los jueces liberaban a los terroristas bajo amenaza de muerte y a muchos electores se les cortaban los dedos para que no pudieran votar en los procesos electorales. Como lo dice el editorial del Diario La República (17 mayo 99) "SENDERO LUMINOSO, A MENUDO SE OLVIDA, FUE CONCEBIDO COMO UNA MAQUINARIA POLITICA CON OBJETIVOS PUNTUALES DE DESQUICIAMIENTO DEL ESTADO". Dado tal reconocimiento, hasta por el principal medio de oposición, es claro que resultaba y resulta aplicable el principio de "que no hay gobierno sin gobernantes".

En esa época negra de la historia del Perú, no se reclamaba la necesidad de un Estado de Derecho, si no, por lo menos, la existencia de un Estado, porque el mismo, iba desapareciendo progresivamente. Existía pues un claro estado de necesidad. Los grupos políticos no se ponían de acuerdo y sólo se dedicaban a debatir frente al avance del terror. Incluso los sectores comunistas o pro comunistas se negaron al compromiso de "celebrar un acuerdo para la pacificación nacional" (21-mayo de 1991). Esto puede entenderse también con la lectura del referido Editorial del Diario La República cuando dice "S. L. SE APROVECHO POR ANOS DE LAS CARENCIAS DE UN ESTADO DEBILMENTE CONSTITUIDO Y DE LA INCAPACIDAD DE SUS DIRIGENTES Y SOCIEDAD CIVIL PARA COHESIONARSE EN OBJETIVOS COMUNES."

2. No solamente el terrorismo amenazaba con su presencia en el campo. En las grandes ciudades: el incendio de tiendas, la destrucción de grandes edificios mediante bombas, la destrucción de los servicios eléctricos, y la imposibilidad de que las fábricas, servicios e industria pudieran operar normalmente era diaria, sino que además el monstruo del narcotráfico quería apoderarse del Perú, financiando el terrorismo. El país se convirtió así en el principal productor de hoja de coca del mundo.
3. Cuando el campo estaba tomado, los agricultores avanzaron hacia Lima u otras ciudades a guarnecerse. Nadie, ni la clase media, podía utilizar sus servicios básicos de vida como: agua y electricidad. Se tenía sobre el país la peor crisis económica de su historia: una inflación superior a 7,500 por ciento, pérdida total de las reservas, déficit presupuestario durante los últimos 70 años, y una pésima reputación mundial por negarse a pagar la deuda externa.
4. En ese momento era lógico pensar que el Estado-Nación Perú se encontraba en proceso de disolución, con el grave peligro de que, los conflictos armados por problemas fronterizos tensos y pendientes durante el siglo, pudieran explotar en el momento de la mayor crisis. Eso significaba en ese momento el riesgo de la posible desaparición del Perú como Estado-Nación. Nadie puede dudar que allí se encerraba una alta posibilidad de peligro. ¿Alguien podría pensar que el Perú del año 90 podía continuar 10 años más, con las mismas características que tenía en ese año? No. Se había llegado a un nivel que sólo podía resolverse mediante una reinstitucionalización rápida e inmediata.
5. Resulta que las pocas fuerzas institucionales sumamente débiles e inactivas que operaban en aquel momento no sólo estaban ajenas al problema y, además, carentes de una solución. Incluso impedían al gobierno central soluciones rápidas y efectivas para afrontar dichos problemas tal como debía ser. Así fue, por ejemplo, el caso del Congreso de la República, que en vez de patrocinar y apoyar al Poder Ejecutivo en la lucha contra la subversión, dictó la Ley 25397 de carácter inconstitucional, que determinaba que el Congreso estaba facultado para oponerse a la ampliación del Estado de Emergencia en una zona del país, no obstante, que

se trataba de una facultad exclusiva de la Presidente de la República, contemplada en el artículo 2º) 1 de la Constitución. Este hecho significó un auténtico golpe de Estado del Parlamento de aquel entonces contra el Poder Ejecutivo pues le impedía a éste cumplir con su función básica, cautelar la seguridad de los ciudadanos, mediante su lucha contra la subversión y el narcotráfico que ya actuaban unidos. Los debates que proponía el Congreso en su ley inconstitucional, solo llevarían a sucesivas postergaciones en la toma de decisiones efectivas y solo favorecerían a los terroristas para movilizarse con más seguridad. Fue, pues, una medida inconstitucional del Congreso y además impertinente, en un momento tan grave para el país. Así fue señalado en esa época por constitucionalistas opositores al gobierno. Tal golpe de Estado del Congreso originó lo que luego se llamó contragolpe o autogolpe.

Igualmente, derivados de los hechos, y como consecuencia del contragolpe, se tuvieron que establecer diversos mecanismos para proteger a los jueces en las sentencias que dictaban contra los subversivos y narcotraficantes, teniéndose que recurrir a la extrema medida temporal, de autorizar jueces sin rostro, para que no fueran luego materia de los asesinatos o daños personales contra ellos y sus familiares.

6. No había pues, en 1992, un Estado de Derecho y aún el propio Estado se encontraba en un proceso de desaparición. La propia Nación estaba envuelta bajo el peligro de intereses subversivos narcoterroristas e, incluso, con graves amenazas de carácter extraterritorial.
7. Frente a tal situación, se produce lo que aparentemente fue un golpe de Estado, de carácter tradicional, el 05 de abril de 1992, pero que, a medida que fue tomando cauce, permitió comprender a la ciudadanía que se trataba de un nuevo poder surgido en el Perú para darle a la Nación, en primer lugar, un Estado consolidado y no débil, e ir instaurando un Estado de Derecho y una democracia en la que el Gobierno, dentro de dicho Estado, pudiera dar protección a los ciudadanos en todo el territorio nacional, doblegando a las fuerzas terroristas, sometiendo a la cárcel al narcotráfico, dando seguridad a sus ciudadanos, establecien-

do una economía que no fuera mercantilista sino democrática, con baja inflación, crecimiento de reservas, incremento progresivo del Producto Bruto Interno, generación de empleo, educación, salud e infraestructura y lucha contra la pobreza, condiciones mínimas para que la Nación, a través de un Estado pueda lograr el desarrollo de sus ciudadanos y un Estado de Derecho real.

La población nacional percibió desde un principio, antes que las clases políticas e intelectuales, dichos hechos y apoyó el mal llamado autogolpe o contragolpe de Estado en un 89 por ciento, según las encuestas de la época. La sociedad buscaba no solo un Estado de Derecho, sino por lo menos un Estado, en donde se pudiera vivir y en donde se pudiera construir un Estado de Derecho y una democracia auténtica, no con palabras, sino con hechos.

8. El rompimiento de las normas constitucionales, que contó con el pleno apoyo de la población, fue conducido por el Presidente Fujimori, su Gabinete y las Fuerzas Armadas, hacia una nueva reinstitucionalización del país. La más alta autoridad constitucional y legítimamente elegida por el pueblo, había realizado un acto de poder, con el consiguiente compromiso efectuado ante la OEA Organización de los Estados Americanos para promover un nuevo orden constitucional. Al acto internacional asistieron los representantes de la oposición.

La OEA, Organización de los Estados Americanos, en Asamblea convocada para todos los países americanos y ante la presencia, solicitud y aprobación de las fuerzas de la oposición de ese entonces, convalidó categóricamente que el Perú convocara a un Congreso Constituyente para aprobar una nueva Constitución, debido a que los propios representantes de la OEA pudieran observar el apoyo masivo de la población, por el surgimiento de una nueva institucionalidad que se plasmaría en una nueva Constitución, la que no solo sería aprobada por un Congreso Constituyente, sino que debería ser materia del primer Referéndum para aprobar el texto de la Constitución, tal como lo solicitaban las nuevas fuerzas mayoritarias del país.

9. Dentro de tales características, se desarrolló un proceso vigilado por la OEA y otras instituciones internacionales para la elección de un Congreso Constituyente, que luego de un año de trabajo y

de efectuar consultas con los especialistas del caso en muchas ciudades del Perú, elaboró la Nueva Constitución Peruana que, en su oportunidad, fue puesta en consulta mediante un Referéndum Nacional, y, luego, aprobada en una competitiva lucha, dada la amplia libertad de prensa. Cabe anotar aquí que la anterior Constitución, de 1979, cuyo rompimiento se denuncia, fue aprobada bajo condiciones impuestas por ley del gobierno militar de ese entonces, sin libertad de Prensa, dentro de un régimen dictatorial que controlaba, mediante sus propios representantes, todos los medios de comunicación escritos, TV y radio, sin excepción. No contó, por cierto, con ninguna consulta popular ni referéndum alguno.

10. Con la dación de la Constitución de 1993, quedó aprobada la nueva institucionalidad del Perú : la elección de un Congreso Constituyente bajo la supervisión de los organismos internacionales, la plena libertad de prensa, el gran debate nacional, la aprobación del nuevo texto constitucional por el 85% de los Constituyentes, y el Referéndum Nacional, ratificaron la voluntad nacional por el cambio. Quedaron así legalizados y además legitimizados los actos de poder realizados contra la anarquía y a favor del restablecimiento del nuevo orden constitucional.

Si bien se rompió el derecho positivo, no se quebró la racionalidad jurídica de la supervivencia del Estado Nación, elemento fundamental precisamente para la creación y mantenimiento de un derecho positivo. Para decirlo en términos del maestro Raúl Ferrero Rebagliati "Se entiende por poder constituyente la facultad originaria de la comunidad política para darse una organización jurídica constitucional. Es por tanto -dice- un derecho natural y no se somete al ordenamiento positivo." Luego, el mismo autor afirma... "Cuando se funda una comunidad estatal, o bien cuando se altera sustancialmente el régimen anterior, se da la situación constituyente, la cual se caracteriza por desconocer el derecho vigente y fundar un nuevo sistema jurídico. El poder constituyente, pues, representa una voluntad superior a todo procedimiento estatuido, y como quiera que no procede de ninguna previa norma positiva, no puede ser regulado ni limitado por preceptos jurídicos." (*Ciencia Política. Obras Completas*, Tomo I, Séptima Edición, 1984, Lima, págs. 272, 273.

Para mayor fundamento sobre esta materia, concluido el Gobierno de 1990 a 1995, el Presidente Fujimori se presentó como candidato al nuevo proceso electoral para competir electoralmente contra un adversario de gran calidad, uno de los hombres de mayor prestigio en la historia del Perú por su nivel profesional, académico y de peruanidad, el Embajador Javier Pérez de Cuéllar, quien recientemente había sido Secretario General de las Naciones Unidas. No obstante dichas virtudes, el pueblo apoyó masivamente la votación a favor del Presidente Fujimori, con lo cual convalidó una vez más la gestión del Presidente en la reinstitucionalización de la Nación, del Estado, y del Estado de Derecho.

En consideración a los antecedentes indicados, esta Sub Comisión, por unanimidad, considera que, dentro de la nueva institucionalidad del país, surgida a partir de la Constitución de 1993 por acción del pueblo mediante un Referéndum, la acción del Presidente y de los Ministros que originaron lo que se llamó inicialmente un Golpe de Estado, un Contragolpe o un Autogolpe, fue una reinstitucionalización de un Estado que se encontraba en anarquía e incluso en proceso de disolución.

Esta Sub Comisión opina, por unanimidad, que es improcedente continuar el proceso de responsabilidad que se ha iniciado (art. 89 inc. e) del Reglamento del Congreso), pues ello nos llevaría a retomar a un nuevo proceso de Referéndum para la institucionalización de la Constitución de 1979, hecho que jurídicamente, no se ha producido y que no podrá producirse en virtud de los cambios que ha sufrido el Perú en los últimos tiempos, de la reafirmación del Estado peruano, de la reafirmación del Estado Nación del Estado de Derecho.

(Fdo.) Carlos Torres y Torres Lara, Presidente.

(Fdo.) Luis Delgado Aparicio, Congresista de la República.

(Fdo.) Miguel Ciccía, Congresista de la República.

**RESUMEN EJECUTIVO Y CONCLUSIONES DEL
INFORME EMITIDO POR LA COMISION
DE ESTUDIO Y REVISION DE LA
LEGISLACION EMITIDA
DESDE EL 5 DE ABRIL DE 1992 (*)**

I. INTRODUCCION

La Comisión de Estudio y Revisión de la Legislación Emitida desde el 5 de abril de 1992 (en adelante, la Comisión), se constituyó mediante Resolución Suprema N° 281-2000-JUS, de fecha 4 de diciembre del 2000, con la finalidad de realizar un detenido estudio de la legislación de rango legal vigente, con un diagnóstico e identificación de las normas contrarias a la Constitución y los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos.

INTEGRANTES DE LA COMISION

La Comisión estuvo integrada por las siguientes personas:

- Dr. Diego García-Sayán Larrabure, Ministro de Justicia, quien la presidió;

(*) El resumen definitivo fue publicado en el diario oficial "El Peruano", 18 de mayo de 2001. *Vid.*, sobre el particular, *Informe final de la Comisión de estudio y revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992. Restituyendo el Estado de Derecho*, Ministerio de Justicia, Lima, 2001.

- Dr. José F. Palomino Manchego, representante del Ministerio de Educación;
- Dr. Guillermo Miranda Arosemena, representante del Ministerio de la Presidencia;
- Dr. Samuel Abad Yupanqui, Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo;
- Dr. Domingo García Belaunde; y
- Dr. Francisco Eguiguren Praeli, juristas designados por el Ministerio de Justicia.

Por otro lado, actuó como Secretaría Técnica de la Comisión:

- Dr. Oscar Gómez Castro, Director Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia;
- Dr. Oscar Quintanilla Ponce de León, abogado del Ministerio de Justicia.

Y, finalmente, prestaron su colaboración profesional como Asesores de la Comisión los doctores:

- Carlos Mesía Ramírez; y
- Christian Guzmán Napurí.

II. LA METODOLOGIA EMPLEADA POR LA COMISION

El trabajo efectuado por la Comisión contempló el análisis de las normas con rango de ley, verificando la compatibilidad constitucional de cada norma. La labor fue realizada en abstracto, utilizando los métodos y criterios más aceptados en materia de interpretación constitucional, como podrían ser los principios de unidad de la Constitución, armonización o concordancia práctica, corrección funcional, eficacia integradora y, sobretodo, el de la interpretación favorable a los derechos fundamentales.

Bajo estas consideraciones, la Comisión determinó que existen normas que vulneran la Constitución en forma directa. Por otro lado, encontró que muchas normas que pueden resultar inconvenientes o erradas, pueden encontrarse formal o materialmente acordes con la Constitución. A veces, la Comisión tuvo que enfrentarse ante situa-

ciones poco claras sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma. En la mayoría de estos casos, la Comisión no se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de la misma, sino más bien sobre su inconveniencia, y ha propuesto su derogación. Debemos precisar también que la Comisión ha utilizado una metodología en la cual se ha tomado en cuenta el hecho que muchas de las normas revisadas habían agotado sus efectos o ya se encontraban derogadas. De la misma forma, se ha hecho mención a las citadas normas, a fin de dejar constancia de su emisión.

No obstante lo precisado en los párrafos anteriores, la Comisión no perdió de vista el hecho de que ciertos temas tienen una mayor importancia relativa que otros, en particular por los efectos que han generado respecto a la sociedad civil y al propio Estado.

Además, es necesario reiterar que aun cuando se contó con la base de datos del Ministerio de Justicia, y pese a que se ha llevado a cabo un minucioso análisis de todas las normas dictadas desde el 5 de abril de 1992, habiéndose discutido en la Comisión cada una de las leyes, y que la participó activamente la ciudadanía y entidades gremiales y profesionales, es probable que no se haya agotado el estudio de toda la normatividad que pueda vulnera el principio de supremacía constitucional. En todo caso, la Comisión estimó que se ha reunido una cantidad considerable de normas inconstitucionales que afectan los aspectos básicos del ordenamiento jurídico del país.

El trabajo realizado por la Comisión fue arduo y tenía por objeto efectuar un diagnóstico integral del problema, el mismo que facilitará el desarrollo de una agenda que busque restablecer el Estado de Derecho en el Perú y que permita garantizar la seguridad jurídica en el país. Y es que, una vez determinadas las normas que vulneran el articulado de la norma constitucional, deberán establecerse mecanismos apropiados a través de los cuales las normas identificadas por la Comisión sean modificadas o derogadas, a fin de permitir que el ordenamiento jurídico legal se encuentre en correspondencia con el ordenamiento constitucional.

Asimismo, debemos precisar que el informe elaborado por la Comisión está conformado por dos partes bien definidas. Una primera parte consta de un desarrollo de la metodología y criterios empleados por la Comisión, para pasar luego a un enfoque temático

de la normatividad que se encuentra en contradicción con la Constitución. Los temas materia de dicho enfoque son:

1. Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
2. Autonomía Municipal.
3. Autonomía Universitaria.
4. Derechos laborales de los empleados públicos.
5. Destitución de Magistrados y Funcionarios Públicos.
6. Elecciones y Participación Ciudadana.
7. Garantías Constitucionales.
8. Legislación Penal.
9. Nombramientos Inconstitucionales.
10. Otros temas.
11. Poder Judicial.
12. Régimen Político.
13. Régimen Previsional.
14. Tribunal Constitucional.
15. Tributación.
16. Decretos de Urgencia.

Además, el informe presentado por la Comisión consta a su vez de una segunda parte, la misma que se encuentra conformada por sendos cuadros explicativos, sistematizados temática y cronológicamente, que sintetizan la información contenida en la primera parte del citado informe.

En este orden de ideas, en los acápites subsiguientes resumiremos las conclusiones a las que ha llegado la Comisión en cada uno de los rubros más importantes, efectuando un breve resumen de la argumentación que plantea la inconstitucionalidad de normas que deberán ser pasibles de modificación o derogación.

III. EVALUACION DE LAS PRINCIPALES NORMAS QUE AFECTAN EL PRINCIPIO DE SUPREMACIA NORMATIVA

Las siguientes son normas que la Comisión entendió que vulneran la Constitución y respecto de las cuales se ha recomendado al Poder Ejecutivo preparar los proyectos de ley, modificatorios y/o derogatorios, para su presentación al Congreso de la República; y para que se pueda desarrollar una agenda nacional a fin de hacer viable la restitución del Estado de Derecho en el Perú.

3.1. Autonomía Municipal y Descentralización

En el rubro de Autonomía Municipal se han identificado diversas normas, las cuales la Comisión ha enumerado en el cuadro pertinente, el cual se encuentra incluido en la segunda parte del informe elaborado por la acotada Comisión. La mayoría de dichas normas requieren una revisión exhaustiva, a fin de proponer proyectos de ley derogatorios o modificatorios. Entre ellas podemos enumerar:

- La Ley N° 26569, que estableció que para hacer efectiva la privatización de los mercados de propiedad municipal, las operaciones de venta directa deberían considerar, en primera oferta, a los actuales conductores de los mismos que soliciten esta preferencia.
- El Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal, que contiene preceptos inconstitucionales, no solo desde la óptica de los principios tributarios sino también desde la perspectiva de la violación al principio de la autonomía municipal. En ese sentido, la Comisión ha considerado que el Decreto Legislativo N° 776 invade competencias reservadas al municipio.
- En materia de descentralización resulta necesario hacer una mención especial a la Ley N° 26922, denominada Ley Marco de Descentralización, que resulta ser inconstitucional en varios de sus preceptos. Más que una norma destinada a desarrollar el carácter descentralizado del poder estatal, esta Ley lo que persigue en el fondo es centralizar en el Poder Ejecutivo el manejo de los recursos y la facultad decisoria, minimizando el papel de las municipalidades y restringiendo sus competencias. El Título III

de esta Ley mantiene en vigencia los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR), en clara violación de la Octava Disposición Final de la Constitución de 1993 que ordenó para 1995 la elección de las autoridades regionales. La Ley, con vocación de permanencia, continúa manteniendo una situación que debió ser y es de carácter transitorio. A ello se agrega la evidente dependencia funcional de los Consejos de Administración Regional respecto al Ministerio de la Presidencia.

- Por otro lado, el Decreto de Urgencia N° 030-98, el mismo que incluye dentro de la organización de los CTAR a las direcciones regionales y subregionales de diversos ministerios. Evidentemente, la norma enunciada arrastra la inconstitucionalidad de la norma en la que se basa, que es la propia Ley N° 26922.

3.2. Elecciones y participación ciudadana

- Ley N° 26954, que establece precisiones en torno a que es necesaria una votación de cuatro miembros del Jurado Nacional de Elecciones –sobre cinco– para obtener la tacha de un candidato. Dicha norma, más que ser inconstitucional, fue considerada inconveniente por la Comisión, tomando en cuenta la necesidad de un adecuado funcionamiento del sistema democrático.
- Ley N° 26592 que modificó, entre otros, el artículo 16° de la Ley N° 26300, estableciendo que todo referéndum requiera una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso. Esta Ley es considerada inconstitucional por la Comisión, al vulnerar la naturaleza del derecho a la participación política que se hace operativo a través del referéndum.
- La Ley N° 26670, que deroga inconstitucionalmente el inciso c) del artículo 39 de la Ley N° 26300, relativo al referéndum desaprobatorio de normas legales. Ello también contraviene en forma directa la naturaleza jurídica del referéndum como mecanismo de democracia participativa o directa.

- Por otro lado, resulta necesaria la modificación del artículo 38° de la Ley N° 26300. Sostiene este artículo que el referéndum deberá ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional. El elevado número de solicitantes establecido por la ley, condiciona el referéndum al cumplimiento de un requisito sumamente difícil de cumplir, lo que lo volvería en casi impracticable, en especial si nos encontramos en un ámbito regional o local.

3.3. Inembargabilidad de los bienes del Estado

Este tema se encuentra contenido, actualmente, en la Ley N° 26756. Dicha norma señala que solamente puede embargarse los bienes de propiedad del Estado que serán especificados a su vez por otra Ley que se va a emitir, mediante una comisión creada para el efecto. Sin embargo, una disposición transitoria señala que la deuda deberá incluirse en una partida presupuestaria, lo cual resulta ser exactamente lo mismo que lo prescrito por la Ley N° 26599, norma declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional y que declaraba inembargables los bienes del Estado. En la práctica, la consecuencia es la misma. La norma materia de comentario pretendía evitar el obstáculo creado por la sentencia del Tribunal Constitucional.

3.4. Legislación penal

El tema de la legislación penal resulta ser delicado, y su revisión requiere ser cuidadosa, dado las implicancias sociales y políticas que podrían generarse de su revisión y modificación. Sobre el particular, existen algunos puntos que la Comisión considera necesario resaltar:

- En primer lugar, el tema del juzgamiento de civiles por parte del fuero militar, en el caso de traición a la patria, es de particular importancia, máxime si la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es de la opinión que el mismo vulnera derechos fundamentales.
- El tema de las penas requiere ser revisado. La Comisión ha interpretado que las penas muy altas pueden resultar inconstitucionales o por lo menos, inconvenientes.

- Asimismo, las leyes respecto a la contumacia y reincidencia, aun vigentes, deberían ser revisadas y modificadas.
- Otro tema de particular importancia reside en la conceptualización errónea de los delitos de *terrorismo especial* como tales, incluyendo en dicho concepto a delitos de distinta naturaleza. Dicha interpretación lleva a violaciones contra derechos fundamentales y ciertas garantías de la administración de justicia, puesto que los delitos calificados como terrorismo especial, en puridad jurídica, resultan ser delitos comunes.
- Asimismo, se han eliminado beneficios penitenciarios en varios casos, a través de la aplicación de diversas leyes, en materia de delitos de terrorismo, terrorismo especial y tráfico ilícito de drogas. En este contexto, no cabe beneficios como la libertad provisional, la liberación condicional, el beneficio de semilibertad, la redención de la pena por el trabajo y la educación, la remisión de la pena e inclusive, el indulto a los procesados.
- La Ley N° 26479, denominada Ley de Amnistía, concedía amnistía a personas que estuvieran involucradas en delitos originados por la lucha contra el terrorismo. El carácter violatorio de derechos humanos de dicha ley, se encuentra corroborado por la reciente sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el Caso Barrios Altos.
- Vinculada con esta última, se encuentra la Ley N° 26492, que impide la revisión de la norma citada en el acápite precedente. La norma precisada es también materia de la sentencia de la Corte Interamericana a la cual hemos aludido en el párrafo precedente.

Finalmente, debemos hacer mención de la existencia de una Comisión encargada de la modificación del Código Penal, con la cual se deberían realizar las coordinaciones a que haya lugar.

3.5. Nacionalidad

La Comisión, en este rubro, ha identificado como inconstitucional el artículo 6° de la Ley N° 26574, Ley de Nacionalidad, el mismo que señala: “La naturalización es aprobada o cancelada, según corres-

ponda, mediante Resolución Suprema". Dicha norma vulnera el artículo 53° de la Constitución, que señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante la autoridad peruana. Como resultado directo, la nacionalidad no puede ser cancelada por resolución administrativa.

3.6. Ley que establece Normas de Regularización de la Situación del Personal de la Sanidad de la Policía Nacional

La Ley N° 26960 declara nulos de pleno derecho los actos administrativos que hayan otorgado e incorporado a Jerarquía y Grados de Oficiales de Servicios y de Subalternos al personal de la Sanidad de la Policía Nacional; y que conceda beneficios derivados de un supuesto estado ilegal de Situación Policial. La ley antes precisada afecta entonces ciertos principios constitucionales y algunos derechos fundamentales consagrados por nuestra Carta Magna.

3.7. Régimen Previsional

En este rubro, una primer norma que se encuentra en conflicto con la Constitución, en parte de su articulado, es el Decreto Legislativo N° 817, el mismo que mantiene en parte su vigencia no obstante que una porción de dicha norma fue declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de abril de 1997.

Por otro lado, la Ley N° 26835, de fecha 4 de julio de 1997, devuelve vigencia a la norma cuya constitucionalidad estaba cuestionada, estableciendo nuevamente que la ONP es la única entidad encargada de reconocer y declarar pensiones derivadas de derechos pensionarios legalmente obtenidos al amparo del D.L. N° 20530.

La Comisión ha concluido que existen artículos de las normas antes precisadas que resultan ser inconstitucionales por vulnerar derechos fundamentales y principios consagrados por la Constitución.

Es necesario señalar que sobre el particular existe una Comisión Especial encargada de la revisión de la normatividad previsional, con la cual se deberán realizar las coordinaciones pertinentes, a fin de uniformizar criterios de interpretación de las normas legales pertinentes.

3.8. Habilitación para viajes del Presidente de la República. (Régimen Político)

En este rubro tiene especial importancia la Ley N° 26656, la misma que hace referencia a la autorización amplia al Presidente de la República, por parte del Congreso para su salida del país. Esta norma legal va en contra del espíritu de la Constitución y su práctica constante en el pasado, puesto que la misma pretende otorgar autorizaciones genéricas al Presidente, sin mayor fiscalización que la dación de dar cuenta de lo realizado durante el viaje.

3.9. Tribunal Constitucional

- En el análisis del artículo 4° de la Ley N° 26435, que establece la necesidad de seis votos para declarar fundada las acciones de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley, la Comisión concluyó que si bien la inconstitucionalidad del mencionado dispositivo puede ser discutible y materia de interpretaciones encontradas, resulta inconveniente mantener el mismo en la medida que dificulta el control de constitucionalidad de las leyes a cargo del Tribunal Constitucional.
- La Comisión también consideró inconveniente la Ley N° 26618, la misma que sustituyó el artículo 26° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, relativo al plazo de caducidad de las acciones de inconstitucionalidad. La Comisión ha considerado que el plazo de seis meses resulta ser un plazo muy reducido para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad.

3.10. Tributación

- Es necesaria la emisión de una norma derogatoria de todas las normas que regulan la existencia del Impuesto Extraordinario de Solidaridad. En primer lugar, por la vulneración al principio de no confiscatoriedad preceptuado por la Constitución, que su existencia implica. Asimismo, el impuesto es de naturaleza extraordinaria (como su nombre lo indica) y por ende, temporal.
- La Ley N° 27103, que ha creado el llamado Impuesto de Solidaridad a Favor de la Niñez Desamparada, es también opuesta a lo preceptuado por la Constitución. La norma contiene una evidente

falta de correspondencia entre los sujetos obligados y el impuesto, en especial en términos de capacidad contributiva. Ello vulnera, además, el principio de no confiscatoriedad antes aludido.

IV. OTRAS NORMAS LEGALES DE IMPORTANCIA SECUNDARIA

Existen ciertas normas de menor importancia relativa, que la Comisión ha consignado también en su informe y cuyos efectos en su mayoría, o han caducado, o han sido corregidos a través de las normas derogatorias correspondientes.

En consecuencia, la Comisión ha consignado diversas normas vulneratorias de la Constitución de 1979, además, en los siguientes temas:

1. Ascensos de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.- En este tema es necesario señalar que hemos consignado diversos decretos leyes emitidos durante el año 1992, que modifican la conformación de las Fuerzas Armadas y Policiales, en contravención a la Carta de 1979, vigente en ese entonces.
2. Autonomía Universitaria.- En este rubro, en general, todas las normas que creaban comisiones interventoras han sido derogadas. Las normas en cuestión están enumeradas en el cuadro correspondiente
3. Destitución de magistrados y funcionarios públicos.- La Comisión ha considerado que todas las normas emitidas en este rubro son inconstitucionales, al estar en oposición con la norma en principio vigente en el momento de los hechos.
4. Derechos laborales de los empleados públicos.- La Comisión encontró las normas sobre el particular, en general, acordes con la Constitución. Salvo dos de ellas: El D.U. N° 019-95 y el D.U. N° 004-97, los mismos que vulneran diversos derechos de naturaleza laboral.
5. Las garantías constitucionales.- La Comisión ha identificado diversas normas vulneratorias del ejercicio del derecho de acción en cuanto a los procesos de amparo y hábeas corpus. Algunos de ellas, emitidas durante el año 1992. Otras, con posterioridad, en especial en relación con la legislación penal.

6. Nombramientos inconstitucionales.- La Comisión ha consignado un número de normas inconstitucionales, en las cuales se nombra funcionarios públicos vulnerando lo preceptuado por la Constitución. La integridad de las mismas fueron emitidas durante el año de 1992.
7. Poder Judicial.- La mayoría de las normas a este nivel, han caducado o han sido derogadas. La Comisión las ha consignado, sin embargo, a fin de dejar constancia respecto a su inconstitucionalidad.

HABEAS CORPUS (Caso Alberto Borea)

HC. N° 14-94.
Lima.
Corte Suprema de la República.

SENTENCIA

Lima, veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

VISTOS: y, CONSIDERANDO: que con la propia exposición de la Fiscalía emplazada y demás piezas del expediente queda demostrado que, muchos meses antes de la interposición de la presente acción, en el despacho de la Fiscal ad hoc Flor de María Mayta Luna se ha tramitado una investigación preliminar en contra del actor Alberto Alfonso Borea Odría por su presunta participación en los hechos que motivaron el procesamiento del General de División en Situación de retiro Jaime Salinas Sedó y otros por delitos que se han ventilado y resuelto en el fuero castrense; que, asimismo, ha quedado establecido en autos que esa investigación no se dio por concluida o no concluyó, no obstante de haberse iniciado a fines de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro y que en el fuero militar había concluido el proceso con un pronunciamiento del Fiscal de dicho fuero en el sentido que en los delitos instruidos no tuvieron participación elementos civiles; que teniendo en cuenta estos hechos, cabe decidir; a) si esa investigación con las características mencionadas en las consideraciones anteriores estaba arreglada a ley; y, b) si importaba o no una violación o amenaza de violación a la libertad personal del ac-

tor; que, en cuanto al primer aspecto, se advierte que la actuación de la fiscal no estaba arreglada a ley, porque ninguna ley procesal y mucho menos la Ley Orgánica del Ministerio Público autoriza a los fiscales provinciales a iniciar investigaciones preliminares en materia penal, puesto que no están comprendidas en el Artículo noventa y cinco de la citada Ley y porque además conforme a lo dispuesto en el Artículo noveno, ésa es potestad exclusiva de la Policía Nacional, correspondiéndole al Ministerio Público una función orientadora de la prueba; tanto más si conforme a nuestro ordenamiento jurídico procesal vigente, las únicas investigaciones que el Ministerio Público puede efectuar son: en primer término, las referidas a la función de defensor del pueblo según los Artículos setentitrés, setenta y cuatro y siguientes de su Ley Orgánica y en segundo lugar las autorizadas por el Artículo cuarto de la Ley número veinticinco mil quinientos noventidós relativo a las personas desaparecidas, que no es el caso de autos; que aún cuando la Fiscal demandada expresa que se le limitó a cumplir una orden de la Fiscalía de la Nación, esa justificación no es aceptable, porque según lo preceptuado en el numeral ochenta de la tantas veces citada ley, en estos casos el Fiscal Provincial sólo tiene dos alternativas; o formaliza la denuncia o abre investigación policial, lo que no hizo en el caso de autos, sino que inició por su cuenta una investigación que no tenía cuando concluyó; que, como consecuencia de esta investigación ilegal la puesta en peligro de la libertad del accionante se pone de manifiesto cuando no se quiere dar por concluida una investigación mientras no se presente el investigado a prestar su declaración indagatoria a sabiendas de que se encontraba fuera del Perú, dando a entender que la investigación tenía que prolongarse mientras dure la ausencia, como si o hubieran otros elementos de juicio en los actuados, que no sólo permitían sino que la obligaban a un pronunciamiento definitivo, como lo había hecho respecto a otros implicados, la consiguiente estigmatización que conlleva el simple hecho de estar investigado por presunto delito; que evidentemente esta actitud no tiene justificación alguna, tanto más, si se tiene en cuenta que los hechos ya habían sido materia de una sentencia en el fuero respectivo, por lo que tenemos que admitir que existe, pues, amenaza de violación a la libertad personal del actor; que siendo esto así, el fundamento de la Sala Penal Superior en el sentido que el término lato de la investigación preliminar se ha debido a la renuencia displicente del investigado a no comparecer a la

citación de la Fiscal, no es correcta, porque en primer lugar se trataba de una investigación ilegal y en segundo, porque nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda y muchos menos a retornar a su País a responder por cargos que no sean provenientes de un mandato judicial; que en igual forma con el archivamiento provisional de los actuados por el Fiscal, tampoco ha desaparecido la violación o amenaza de violación, porque esta clase de archivamiento no quita la calidad de investigado en razón a que puede reabrirse en cualquier momento, máxime si dicho archivamiento provisional no es facultad del Fiscal Superior, cuyas facultades frente a una denuncia penal están claramente determinadas en el Artículo duodécimo segundo, concordante con el Artículo noventidós de su Ley Orgánica; por lo que tampoco se da el caso previsto en la primera parte del inciso primero del Artículo sexto de la Ley número Veintitrés mil quinientos seis modificado por la Ley número veinticinco mil once; que por lo expresado, aparentemente, el Ministerio Público, en este caso, ha pretendido poner en vigencia el Nuevo Código Procesal que entrará en vigencia recién en mayo del año en curso con las excepciones de la Ley número veinticinco mil cuatrocientos sesenta y uno y la Nueva Constitución, antes de ser promulgada; que la doctrina en cuanto a la valoración y alcance práctico del Habeas Hábeas señala, que la libertad se desglosa en libertades, que componen un haz de múltiples derechos y en tal sentido no es posible reducir la libertad personal a la libertad personal o física, de modo que por estas y anteriores razones es necesario poner fin a las amenazas contra la libertad individual del accionante; que, finalmente, lo actuado parece indicar que la conducta de la emplazada obedece a lo que o resulta aconsejable proceder en la forma prevista por el Artículo undécimo de la Ley número veintitrés mil quinientos seis: declaración: HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas doscientos ochentidós, su fecha ocho de febrero del presente año, que revocando la apelada de fojas doscientos veinticinco, su fecha veintiséis de enero del mismo año, declara improcedente la acción de Habeas Hábeas interpuesta por el doctor Javier Valle Riestra Gonzáles-Olaechea a favor de don Alberto Alfonso Borea Odría contar la señora Fiscal Provincial ad hoc Flor de María Mayta Luna, por restricción o amenaza de su libertad; REFORMANDO la primera, CONFIRMARON la segunda, que declara FUNDADA dicha acción; y, en consecuencia, dispusieron que la emplazada proceda a dar por concluida la investigación prelimi-

nar aludida cesando toda amenaza contra la libertad del accionante respecto de los sucesos ocurridos el trece de noviembre de mil novecientos noventidós; ORDENARON que en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo cuarentidós de la citada Ley, se publique en el Diario Oficial El Peruano, con conocimiento de los interesados; y los devolvieron.

SS. URRELLO; RONCALLA; ROMAN; VASQUEZ;
ECHEVARRIA.

SEMBLANZA

IN MEMORIAM
DARIO HERRERA PAULSEN
(1910 – 2001)

Edgar Carpio Marcos

El pasado dos de enero, dejó de existir Darío Herrera Paulsen (1910 - 2001), por largos años profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y después en la Universidad San Martín de Porres, de la que llegó a ser Decano de su Facultad de Derecho y Ciencia Política, por dos periodos consecutivos.

Darío Herrera Paulsen nació en Lima en 1910. Realizó sus estudios secundarios en el entonces llamado Instituto de Lima; al culminarlos, cursó los dos primeros años de estudios generales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tras intentar convalidar sus estudios en Inglaterra, finalmente ancló en Francia, donde estudió Derecho en las universidades de París, de Lyon y en Grenoble, donde los culminó.

A su regreso de Europa, desempeñó la docencia en el tradicional Colegio Guadalupe de Lima, y en la segunda mitad de la década de los cuarenta, fue nombrado catedrático de Derecho Constitucional y Derecho Romano en la vieja Universidad de San Marcos, de donde se jubiló a inicios de la década del setenta. En la misma Universidad, y en 1955, obtuvo el doctorado en Derecho, con la tesis *La institución de la Presidencia de la República. Estudio de legislación comparada* (UNMSM, 191 págs).

Desligado de San Marcos, su obra docente se desarrolló en la Universidad San Martín de Porres. Allí enseñaría hasta un año antes de su deceso, alternando indistintamente entre el Derecho Constitucional y el Derecho Romano, sin olvidar los importantes cargos administrativos que ocupó.

Entre sus libros más importantes destacan: *Curso de Derecho Constitucional* (UNMSM, Lima 1970). La segunda edición sería publicada bajo el título de *Derecho Constitucional e instituciones políticas* (Eddili, Lima 1987). *Derecho Romano*, UNMSM, 2 tomos, Lima 1965. (Hay 2da. edición en un solo tomo, Eddili, Lima 1985). En coautoría con el último de sus discípulos, Jorge Godenzi Alegre, publicó *Derecho Romano. En concordancia con el Código Civil y aportes doctrinarios* (Editorial Gráfica Horizonte, Lima 1999).

No fue un autor prolífico, pese a su largo magisterio. Sin embargo, a él se debe probablemente la difusión de las primeras versiones de algunas constituciones europeas importantes de la segunda post guerra: "La Constitución de la República italiana", en Boletín de la biblioteca de la Cámara de Diputados, Año VI, N° 16, Lima 1951; "La Constitución del General Charles de Gaulle", en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Año XXIII, N° I-II-III, Lima 1959 (Hay separata, con una breve nota del entonces Embajador francés en el Perú, León Bresseur). De interés, por lo que significó en su momento, es "La Constitución de la República Argentina", en Boletín de la biblioteca de la Cámara de Diputados, Año VII, N° 17, Lima 1951.

Aparte de su trabajo sobre "La Constitución del General Charles de Gaulle", cuyo subtítulo "Comentario y texto de la Carta Política de la V República promulgada el 4 de octubre de 1958" es por sí mismo elocuente, debe destacarse su trabajo "El régimen parlamentario", en Boletín bibliográfico, Año II, N° 7, Lima 1945. En los últimos años, fue un colaborador constante de "Vox Juris", revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad San Martín de Porres, en donde reprodujo con ajustes, diversos trabajos suyos.

Entre los principales cargos públicos que Darío Herrera Paulsen ocupara, debe destacarse el haber sido miembro, y posterior Presidente, del Consejo Nacional de Justicia, y por largos años, asesor del Congreso de la República. En mérito a su prolongado magisterio, el 16 de octubre de 1999 el Ilustre Colegio de Abogados de Lima le

confirió su más alta distinción, al otorgarle la condecoración “Vicente Morales Duárez”.

Meses antes de que ocurriera su deceso, intentamos realizarle una entrevista para la “Revista Peruana de Derecho Público”. Sin embargo, sus recargadas labores en el Comité Electoral de la Universidad San Martín de Porres impidió que ella se realizara, hasta por dos veces consecutivas. Su sentida partida ya no lo permitirá.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES DE LA «REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO»

- 1) Sólo se publicarán trabajos dedicados al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Eventualmente, se acogerán artículos de otras disciplinas, afines o complementarias.
- 2) Se recibirán artículos doctrinarios (aspectos generales, comparados o nacionales) así como notas breves o comentarios jurisprudenciales o de libros.
- 3) La Revista pretende publicar artículos y notas de alta divulgación, evitando en lo posible, los enfoques eruditos o de carácter monográfico.
- 4) La Revista sólo publicará artículos inéditos en idioma castellano. Los artículos en idiomas extranjeros, podrán ser traducidos por la redacción de la Revista.
- 5) Los artículos y las notas no excederán de 30 y 15 páginas, respectivamente, tamaño A-4, a doble espacio.
- 6) Por la índole de la Revista, los trabajos no necesitan ir con notas bibliográficas, las que en todo caso, deben ser breves y de ser posibles, ubicadas al final del trabajo, como «bibliografía consultada». En cuanto a la forma de citar, sugerimos emplear la clásica (o sea, nombre de autor, nombre de la obra, ciudad, editorial, año, etc.).
- 7) Solicitamos a los colaboradores que remitan su colaboración en un ejemplar, y de ser posible, un diskette word for windows, versiones 5, 6 o 7.
- 8) La dirección no mantiene correspondencia con las colaboraciones no solicitadas.
- 9) A cada autor se le entregará un ejemplar de la revista y 12 separatas.

- 10) El autor cuya colaboración haya sido publicada, se compromete a no reproducir su artículo en cualquier otro medio, sino tres meses después de aparecida en su versión original.

Notas

Notas

**Esta Revista se terminó de imprimir en los
Talleres Gráficos de Editora Jurídica Grijley
(E-mail: grijley@terra.com.pe)
el día 13 de julio de 2001, al conmemorarse el
aniversario del nacimiento
del constitucionalista Domingo García Belaunde
(Lima, 13-VII-1944).**

A DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE D

STA PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PE

A DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE

LA PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PER

DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE

IA PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PER

E DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE

LA PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PER

DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE

PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PER

DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE

TA PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PER

DE DERECHO PUBLICO REVISTA PERUVANA DE

PERUVANA DE DERECHO PUBLICO REVISTA PER



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCION PERUVANA)