

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES
TOMO I

ADRUS D&L EDITORES

BIBLIOTECA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

48

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

TOMO I

GERARDO ETO CRUZ

INDEJUC



Instituto de Divulgación y Estudios
Jurídico Constitucionales

adrus
editores



INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
SECCIÓN PERUANA

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES
TOMO I

Primera Edición: julio de 2013
Tiraje: 1000 Ejemplares

© **Gerardo Eto Cruz**
gerardoeto@gmail.com

© **ADRUS D&L EDITORES S.A.C.**
Av. Tacna 535 Of. 704-B
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
adrusyleditores@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº XXXX-XXX
ISBN: XXX-XXX-XXXX-XX-X

Composición y diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:
Omar Suri
www.cromosapiens.com

Corrección ortográfica:
ADRUS D&L EDITORES S.A.C.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

OBRAS PUBLICADAS POR EL AUTOR

01. *Derecho de las Personas, Código Civil y Legislación Comparada*. Normas Legales, Trujillo, 1988.
02. *Derecho de Familia en la Constitución y el nuevo Código Civil*. Marsol y Perú Editores, Trujillo, 1989.
03. *Los Principios Constitucionales y las Leyes de Desarrollo Constitucional*. Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales, Trujillo, 1991.
04. *Breve Introducción al Derecho Procesal Constitucional (Notas para un estudio de la Jurisdicción Constitucional en el Perú)*. Derecho & Sociedad, Trujillo, 1992.
05. *La inconstitucionalidad por omisión*. Doctrina Constitucional. Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico-Constitucionales, Trujillo, 1992.
06. *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional (Crónicas, I-IV, 1987-1993)*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Trujillo, 1996 (Editor); 2da Edición Adrus 2009 (en coordinación con José F. Palomino Manchego y Jhonny Tupayachi Sotomayor) 2da. ed., Adrus, 2009.
07. *Índice Analítico de la Constitución Política del Perú 1993*. Edit. Libertad e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Trujillo, 1997.
08. *Régimen legal del Habeas Corpus y Amparo*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
09. *Bondades y defectos de la Constitución Política del Perú de 1993*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
10. *La Justicia Militar en el Perú*. Edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2000.
11. *Introducción al Derecho Civil Constitucional*. Normas Legales, Trujillo, 2000.
12. *Estudios de Derecho Constitucional*. Nuevo Norte, Trujillo, 2002.

13. *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*. (En coautoría con José Palomino Manchego, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos). Grijley, Lima, 2003.
14. *El Control Constitucional de la Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano*. (En coautoría con Edgar Carpio Marcos). Edit. Fundap, México, 2004.
15. *El Pensamiento vivo de Héctor Fix Zamudio (Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional)*. Grijley, Lima, 2005; edición Mexicana, UNAM, 2005; Primera reimpresión septiembre de 2005.
16. *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Centro de Estudios Constitucionales/Tribunal Constitucional, Lima, 2008 (2ª. edición por la Editorial Porrúa, en la Serie Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; 3ª. edición en Colombia, por la Editorial Temis, 2012, 4ª. edición en Perú por la Editorial Adrus, Arequipa, 2012 -5ta Edic. Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2013)
17. *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales/Tribunal Constitucional, Lima, 2009 (3era. edición, Adrus, Arequipa, 2013).
18. *La sentencia constitucional en el Perú* (Coordinador), Adrus, Arequipa, 2010.
19. *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés* (Coordinador), Adrus, Arequipa, 2011.
20. *El amparo contra resoluciones judiciales*, Municipalidad Provincial de Sullana, Sullana, 2011.
21. *Tratado de Proceso Constitucional de Amparo*, Gaceta Jurídica, Lima-2013.
22. *Coloquio por el Bicentenario de la Constitución de Cádiz*, (Coordinador) Centro de Estudios Constitucionales, Lima – 2013.



A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, sweeping lines that form a unique, abstract shape.

GERARDO ETO CRUZ

En adelante van estos sentimientos de gratitud:

- A: Sigifredo Orbegoso Venegas y Víctor Julio Ortecho Villena, dupla insustituible del movimiento constitucional del norte; y a través de ellos a todos los profesores de mi Alma Mater (los que están y los que ya descansan) de la Universidad Nacional de Trujillo.

- A: Domingo García Belaunde, maestro de maestros; y a través de él, a todos los profesores de la Escuela Peruana de Derecho Constitucional.

- A: Germán J. Bidart Campos (†), Héctor Fix-Zamudio, Néstor Pedro Sagüés, Jorge Carpizo (†) y Diego Valadés; y, a través de ellos, a los profesores y compañeros de ruta de nuestro vasto movimiento constitucional indoiberoamericano.

- A: los maestros compostelanos Francisco Fernández Segado, Roberto L. Blanco Valdés, Carlos Ruiz Miguel; y a través de ellos, un homenaje a mi segunda Alma Mater: la cinco veces centenaria Universidad de Santiago de Compostela y al fértil pensamiento constitucional ibérico y continental-europeo.

Seguiremos todos apostando por la reflexión sobre los laberintos del poder (y cómo controlarlo jurisdiccionalmente) y la lucha en torno y sobre las garantías de protección de las libertades fundamentales.

Forever

Y van luego estas otras, como lecturas que pueden ser develadas a quienes les corresponda:

Dialogo entre Creso y Solón:

“Huésped ateniense, -interroga Creso- hasta nosotros llega una gran fama de ti, tanto por tu sabiduría como por tu viaje, ya que por observación has recorrido muchas tierras, adquiriendo conocimientos. Ahora bien, me ha venido el deseo de preguntarte, si ya has visto a alguno (que sea) el más dichoso de todos. Él preguntó esto, creyendo ser el más dichoso de los hombres; y Solón, no lisonjeando, sino valiéndose de la realidad, dijo: () Y tú me parece estar enormemente rico, y ser rey de muchos hombres. Y aquello que me preguntabas, yo digo que tú aún no, hasta que sepa que has terminado bien la existencia. Pues no es en algo más feliz el que es muy rico, más que el que está al día, si no lo acompaña la suerte de que, teniendo todos los bienes, termine bien la vida. Pues de los hombres, muchos ricachones son infelices y muchos, que de la vida tienen medianamente, son afortunados: pues el muy rico e infeliz solamente aventaja en dos cosas al afortunado, y éste en muchas al rico e infeliz: aquél es más capaz de satisfacer un capricho o de sobrellevar una desgracia que sobrevenga: éste aventaja a aquél en esto: no es capaz, como aquél, de sobrellevar una desgracia o un capricho, pero la fortuna aparta de él esas cosas y es sin achaques, sin enfermedad, sin padecimiento de miserias, de buenos hijos, de buen aspecto. Y si además de esto, todavía termina bien la vida, éste es aquel que tú buscas, el que es digno de ser llamado dichoso. Y antes de que muera, espera y no lo llames aún dichoso, sino afortunado”.

(Herodoto: *Historias*, Tomo I, introducción, versión, notas y comentarios de Arturo Ramírez Trejo, UNAM, México D.F., 2008, pp. 17-18).

“Sin la justicia, ¿qué son los reinos sino execrables latrocinios? Con mucha gracia y verdad un corsario preso respondió a Alejandro Magno, cuando éste le preguntó qué le parecía cómo tenía inquieto y turbado el mar, y con arrogante libertad le dijo: ¿y qué te parece a ti cómo tienes conmovido y turbado a todo el mundo? Como yo ejecuto mis piraterías con un pequeño barco me llaman ladrón, y a ti, porque las haces con ejércitos formidables, te llaman rey”.

(San Agustín, *La Ciudad de Dios*, IV, 4)

“Cada uno es lo que ama”

(San Agustín)

“El amor a la libertad es el amor a los demás, el amor al poder es el amor a nosotros mismos”

(William Hazlitt)

“Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas, son: el amor, la fe y el poder; de una manera misteriosa, están unidos y entrelazados. Sabemos que el poder de la fe mueve montañas, y que el poder del amor () es el vencedor en todas las batallas; pero no es menos propio del hombre el amor al poder y la fe en el poder. La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y cómo el poder a su miseria”.

(LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución, traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 23).

“No hace falta recurrir al diablo para entender el mal. El mal pertenece al drama de la libertad humana. Es el precio de la libertad”

(SAFRANSKI, Rüdiger: *El mal. O el drama de la libertad*, traducción de Raúl Gabás, 2ª edición, Fabula Tusquet editores, Barcelona, 2010, p. 13)

“La apetencia de poder, la concupiscencia de poder, la fascinación del poder, la personalidad y el temperamento del gobernante, son factores que suelen inducir a éste a erigirse como artífice y mesías de política transpersonalistas, y a prolongarse en el poder como para lograr que la masa los identifique. El poder acrecienta en el hombre que se le encarama con esas características, un ansia de más poder, un engolosinamiento por la suma del poder. Y entonces es menester echar mano del mito para conseguir adeptos, para enfervorizarlos, para fanatizarlos. La empresa exige tiempo, pero suele dar resultado, aunque tarde o temprano alcanza también su punto final. La exaltación de poder adquiere formas de cuasireligiosidad, y la capacidad de reacción de la sociedad, bajo el soporífero mítico, decrece y se atrofia. El embotamiento colectivo contagia y se esparce. Quienes se oponen o resisten, se convierten en enemigos y pagan el precio de serlo.”

(Lucio Mendieta y Núñez, *Sociología del Poder*, México, 1976, XX: “Los mitos del poder”)

“¿Quien de entre vosotros, sabiendo y dándose cuenta de que el poder es malo, estaría dispuesto a renunciar al poder?” Nietzsche, Friedrich: *Consideraciones intempestivas*, pág. 385

“Todos quieren llegar hasta el trono; en esto consiste su locura: como si la felicidad estuviera en los tronos. Muchas veces hay cieno en el trono. Y, a menudo, también está el trono en el cieno.” Nietzsche, Friedrich: *Así hablo Zaratustra*, pág. 40

“El carácter del hombre ha sido moldeado por las exigencias del mundo que él creó con sus propias manos. En los siglos XVIII y XIX el carácter social de la clase media mostraba fuertes tendencias a la explotación y a la acumulación. Este carácter estaba determinado por el deseo de explotar a otros, de reservarse las propias ganancias y de obtener mayor provecho. En el presente siglo, el carácter del hombre se orienta más hacia una pasividad considerable y una identificación con los valores del mercado. El hombre contemporáneo es ciertamente pasivo en gran parte de sus momentos de ocio. Es el consumidor eterno; ‘se traga’ bebidas, alimentos, cigarrillos, conferencias, cuadros, libros, películas; consume todo, engulle todo. El mundo no es más que un enorme objeto para su apetito: una gran mamadera, una gran manzana, un pecho opulento. El hombre se ha convertido en lactante, eternamente expectante y eternamente frustrado”.

(FROMM, Erich: *La condición humana actual, y otros temas de la vida contemporánea*, edición a cargo de Rainer Funk, Obra Póstuma VII, Paidós, Barcelona / Buenos Aires / México, 2009, p. 10).

“En el origen de la cultura está el deseo. Todas las invenciones de la humanidad tienen como meta satisfacer nuestras necesidades y anhelos, sean reales o ficticios. Vivimos, como los demás animales, en un universo físico, pero habitamos en un mundo simbólico, expansivo, explosivo, deflagrante. Llamaré cultura a esa morada construida, es decir, a la realidad humanizada. ‘Poéticamente habita el hombre de la tierra’, decía Hölderlin. O lo que es igual: creadora, inventiva, lingüística, fantasiosamente, satisface el humano sus necesidades y deseos. Como nuestros apetitos son insaciables, las invenciones culturales también lo son, a pesar de lo cual muestran algunas insistencias sorprendentes que son una llave válida para comprender la naturaleza humana. Si consideramos que ‘esencia es lo que rige el dinamismo de las cosas’, podemos definir al hombre a partir de estas creaciones”.

(MARINA, José Antonio: *Las arquitecturas del deseo. Una investigación sobre los placeres del espíritu*, 1ª edición en ‘Compactos’, Anagrama, Barcelona, 2009, p. 141).

“Claudio Pérez, enviado especial de *El País* a Nueva York para informar sobre la crisis financiera, escribe, en su crónica del viernes 19 de septiembre de 2008: “Los tabloides de Nueva York van como locos buscando un *bróker* que se arroje al vacío desde uno de los imponentes rascacielos que albergan los grandes bancos de inversión, los ídolos caídos que el huracán financiero va convirtiendo en cenizas”. Retengamos un momento esta imagen en la memoria: una muchedumbre de fotógrafos, de *paparazzi*, avizorando las alturas, con las cámaras listas, para captar al primer suicida que dé encarnación gráfica, dramática y espectacular a la hecatombe financiera que ha volatilizado billones de dólares y hundido en la ruina a grandes empresas e innumerables ciudadanos. No creo que haya una imagen que resuma mejor la civilización de la que formamos parte.

Me parece que ésta es la mejor manera de definir la civilización de nuestro tiempo, que comparten los países occidentales, los que, sin serlo, han alcanzado altos niveles de desarrollo en el Asia, y muchos del llamado Tercer Mundo.

¿Qué quiere decir civilización del espectáculo? La de un mundo donde el primer lugar en la tabla de valores vigentes lo ocupa el entretenimiento, y donde divertirse, escapar del aburrimiento, es la pasión universal. Este ideal de vida es perfectamente legítimo, sin duda. Sólo un puritano fanático podría reprochar a los miembros de una sociedad que quieran dar solaz, esparcimiento, humor y diversión a unas vidas encuadradas por lo general en rutinas deprimentes y a veces embruteedoras. Pero convertir esa natural propensión a pasarlo bien en un valor supremo tiene consecuencias inesperadas: la banalización de la cultura, la generalización de la frivolidad y, en el campo de la información, que proliferen el periodismo irresponsable de la chismografía y el escándalo.”

(Mario Vargas Llosa: *La Civilización del espectáculo*, Santillana Ediciones, Lima, 2012, pp. 33-34)

“Pues bien, la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de *amigo* y *enemigo*. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio. En la medida en que no deriva de otros criterios, esa distinción se corresponde en el dominio de lo político con los criterios relativamente autónomos que proporcionan distinciones como la del bien y el mal en lo moral, la de belleza y fealdad en lo estético, etc. Es desde luego una distinción autónoma, pero no en el sentido de definir por sí misma un nuevo campo de la realidad, sino en el sentido de que ni se funda en una o varias de esas otras distinciones ni se la puede reconducir a ellas.

Si la distinción entre el bien y el mal no puede ser identificada sin más con las de belleza y fealdad, o beneficio y perjuicio, ni ser reducida a ellas de una manera directa, mucho menos debe poder confundirse la oposición amigo-enemigo con aquéllas. El sentido de la distinción amigo-enemigo es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación. Y este criterio puede sostenerse tanto en la teoría como en la práctica sin necesidad de aplicar simultáneamente todas aquellas otras distinciones morales, estéticas, económicas y demás. El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener sus ventajas hacer negocios con él”.

(SCHMITT, Carl: *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pp. 56-57).

CÁNTICO DE UN VIEJO ALEMÁN

Tasqué el freno a montura del destino,
Victoria y derrotas, revoluciones y restauraciones,
Inflaciones, deflaciones, bombardeos,
Denuncias, crisis, ruinas y milagros económicos,
Hambres y fríos, campos de concentración y automación:
Todo lo atravesé. Todo me ha atravesado.

Conozco los muchos estilos del terror,
El de arriba, el de abajo,
El terrestre y el aéreo.
El legal y el sin ley,
El pardo, el rojo, el terror variopinto,
Y, el peor, en que nadie se atrevería a hablar.
Sí. Todos los conozco y, de sus garras, sé.

Conozco los coros aullantes,
Los altavoces falsarios,
Las listas negras, con nombres y más nombres,
Y los ficheros de los perseguidores.
¿Qué debo, pues, cantar? ¿El himno de Placebo?
¿Me dormiré en la paz de plantas y animales?
¿Me elevaré pánicamente en el círculo de los paniscos?
¿Beato, como giróvago mosquito?

Tres veces, me he encontrado en el vientre del pez.
Tres veces, vi la muerte en ojos del verdugo.
Dos poetas sibilinos prestáronme custodia.
Y un Santo abrió la puerta, un Santo del Levante.
Hombre, ungado por esta iniciación, no temas,
Está atento y padece.

(Schmitt, Carl: *Ex Captivitate Salus*, La primera versión fue traducida al español por Eugenio d'Ors, Editorial Porto, Santiago de Compostela, 1960; hay una segunda edición de Julio A. Pardos, Mínima Trotta, Madrid, 2010, p. 81).

“Ahora podemos comprender por qué utilizamos la locución novedosa de ‘Derecho Constitucional del Poder’ como equivalente de ‘parte orgánica de la constitución’. Derecho constitucional del poder es el ámbito o sector que ordena la estructura del poder. Más gráficamente, es el fragmento del mundo jurídico donde se localiza la política que hacen los gobernantes, y la que hacen los gobernados apuntando al poder. Pero esto requiere algo más de precisión. Decir que en el derecho constitucional del poder se localiza la política que desde el poder hacen los que gobiernan, y la que hacia el poder hacen los que son gobernados, no significa que la totalidad de la política en un sentido y en el otro coincida con el derecho constitucional del poder; ello sería equivocado en cuanto aquellos dos aspectos de la política exceden al derecho constitucional del poder. Afirmar que en éste se localiza la política gobernante y la política gobernada (desde y hacia el poder), importa destacar que el quehacer político de los gobernantes es abordado y regulado por el derecho constitucional del poder en cuanto éste señala quiénes manda, cómo acceden al mando, qué funciones ejercen, y cómo las cumplen, etc.; así como el quehacer político de los gobernados es abordado y regulado por el derecho constitucional del poder en cuanto éste muestra las presiones, gravitaciones, influencias, fuerzas políticas, factores de poder, etc., que pesan sobre el poder y repercuten en su ejercicio, y pormemoriza los derechos políticos de los ciudadanos”.

(BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho Constitucional del Poder*, Tomo I: El derecho constitucional del poder comparado. El Congreso, Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 17-78)

“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

Art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789)

SUMARIO

----- TOMO I -----

PRIMERA PARTE DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I ESTUDIOS SOBRE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Apostillas a los derechos fundamentales.
2. Derechos fundamentales: fuentes y antecedentes.
3. Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional.
4. El Derecho Civil Constitucional en el Perú.
5. El Derecho Constitucional en el Perú de ayer y hoy.
6. Los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas.
7. La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano.

8. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
9. Los métodos interpretativos del Tribunal Constitucional peruano.
10. Fuentes del constitucionalismo gaditano. Con especial referencia a su incidencia en los mecanismos de defensa de la Constitución.

CAPÍTULO II

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN

1. Los inusitados roles de los colegios profesionales.
2. La regionalización en el Perú: Balance y Perspectivas.
3. Diez años de constitucionalismo peruano.
4. La inconstitucionalidad por omisión.
5. Bondades y defectos en la Constitución Política del Perú de 1993.
6. Luces y sombras a medio siglo de una propuesta. Las normas constitucionales inconstitucionales.
7. El régimen constitucional de la justicia militar en el Perú.
8. Una mirada al ordenamiento municipal desde el Tribunal Constitucional: Balance de su jurisprudencia.
9. La función legislativa y la calidad de la legislación. Una aproximación al caso peruano.
10. Control constitucional y poder político. Navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

SEGUNDA PARTE
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional (Notas para un estudio de la jurisdicción constitucional en el Perú).
2. Un artífice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen.
3. El pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde.
4. John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison.
5. Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional.
6. Veinte años de justicia constitucional en el Perú.

----- **TOMO II** -----

7. El amparo en el ordenamiento constitucional latinoamericano: algunos perfiles característicos.
8. En tres análisis. El primer código procesal constitucional del mundo. Su íter legislativo y sus principios procesales.
9. Cambio de rumbo en el Tribunal Constitucional. De los procesos de cumplimiento a los procesos contenciosos administrativos. (Algunas consideraciones críticas en torno al problema de la homologación de haberes de los docentes universitarios).
10. El Juez, el Señor del Derecho.
11. Una propuesta específica de reforma constitucional en el Perú: la creación del proceso constitucional de la acción de inconstitucionalidad por omisión.
12. ¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código

- Procesal Constitucional peruano?
13. La justicia constitucional ante las desapariciones forzadas. Informe sobre el caso peruano.
 14. La herencia constitucional española en la formación del amparo en Latinoamérica.
 15. Hacia una tipología específica de sentencias constitucionales para la tutela de los derechos sociales.
 16. Una problemática no resuelta en la jurisdicción constitucional en Latinoamérica ¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?
 17. El hábeas corpus como mecanismo excepcional para cuestionar procesos ordinarios y constitucionales.

TERCERA PARTE

FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. Algunas consideraciones en torno a las teorías de la argumentación jurídica de Theodor Viehweg, Chaïn Perelman y Robert Alexy.
2. ¿Existe el derecho a la muerte?
Epílogo: Una muerte tan dulce (por Mario Vargas Llosa)

CUARTA PARTE

POLITOLOGÍA

1. El político y el científico político.
2. Ciencia Política en el Perú: Perspectivas.
3. La democracia como objeto de estudio. (Breve esbozo sobre sus diversas vertientes disciplinarias).

QUINTA PARTE
EL OTRO “SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL”:
CARTAS, SEMBLANZAS Y RECUERDOS

1. Pablo Lucas Verdú y el pensamiento constitucional español.
2. Un jurista del siglo XXI visita el Perú: Peter Häberle.
3. Peter Häberle: El Estado Constitucional. Un grandioso aporte al constitucionalismo ecuménico.
4. Un constitucionalista polaco en Trujillo: Krystian Complak
5. Un constitucionalista español en Trujillo: Francisco Fernández Segado
6. Domingo García Rada: El Honor de un Juez.
7. Germán J. Birdart Campos o el apóstol del Derecho Constitucional
8. Réquiem a un gigante del Constitucionalismo latinoamericano: Germán J. Bidart Campos.
9. Vida y plenitud de un maestro: 60 años de Domingo García Belaunde.
10. Los caminos de la vida del pontífice del derecho procesal constitucional: breves líneas en homenaje a medio siglo de investigación de don Héctor Fix-Zamudio
11. Los 91 años de Luis Alberto Sánchez
12. Carta de un profesor a sus estudiantes de Derecho.
13. Carta a una promoción de abogados.
14. Llegar a los 45 años: un alto en el camino.
15. 2000 años de cristiandad.

**SEXTA PARTE
ENTREVISTAS Y DIÁLOGOS
CONSTITUCIONALES**

1. Cuestionario de Derecho Procesal Constitucional.
2. “Dos constitucionalistas dialogan sobre Derecho Constitucional”. Entrevista de José Palomino Manchego a Gerardo Eto Cruz.
3. “La interpretación constitucional y la ponderación de derechos”. Entrevista de la Revista RAE del Estudio Caballero Bustamante.
4. Actualidad y trascendencia: Constitución de Cádiz, 200 años después
5. “El abogado es quien debe expresar la más alta formación del humanismo”. Entrevista realizada por el periódico La Ley de Gaceta Jurídica.
6. Las enseñanzas del magistrado Eto Cruz.

ANEXO:

**DOCUMENTOS INSTITUCIONALES
UNA AGENDA PENDIENTE PARA
EL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA**

1. Nota Preliminar.
2. La Comisión de Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional.
3. La Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.

NOTA PRELIMINAR

“Constitución y procesos constitucionales” equivale a lo que bien podría haberse titulado “Veinticinco años de reflexión constitucional del Perú contemporáneo”. En puridad, constituye una rápida mirada a diversas preocupaciones académicas que he tenido a largo de un cuarto de siglo. Esta obra contiene algunas pistas de los intereses académicos (fuera, por cierto, de las publicaciones de libros autónomos) que he ido desarrollando en estos veinticinco años como profesor, abogado y que se cierra con cinco años, y algunos meses, de magistrado del Tribunal Constitucional del Perú, donde se han ido entrecruzando mi vocación por el Derecho Constitucional, mis contribuciones iniciales y posteriores en la formación y consolidación del Derecho Procesal Constitucional, mi afición por disciplinas conexas a ellas como la Ciencia Política y la Filosofía del Derecho, así como mi solitaria pasión por la literatura. Las secciones en las que se divide este libro reflejan estos gustos u orientaciones, presentes en mi trayectoria intelectual. Representan, sobre todo, una mirada siempre atenta a la realidad constitucional experimentada en nuestro país en los últimos lustros. Sin embargo, esta obra sale a la luz sin que se haya planificado, fue en el camino tomando cuerpo por sí sola, y sólo esperamos que sea, como anotara en su momento Amos Alcott, “un libro que se abra con expectación y se cierre con provecho”.

El libro inicia identificando dos núcleos conceptuales pertenecientes a las disciplinas de la Teoría Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional. La obra presenta un abanico de contenidos temáticos

que se han venido desarrollando en diversas épocas y que se han sistematizado en dos grandes apartados: Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. En la parte que corresponde al *Derecho Constitucional* se ha comprendido, a su vez, un grupo de trabajos que se han dividido en dos segmentos: la “parte dogmática”, que incorpora todos los ensayos relacionados con los derechos fundamentales de la persona; y la “parte orgánica”, que incluye los artículos vinculados al estudio de la Estructura del Estado y el régimen político; es decir, a aquel segmento de la Constitución que pretende racionalizar el ejercicio del poder político. Estas dos grandes áreas comprometen la primera parte de los ensayos estructurados bajo el rótulo de Derecho Constitucional.

La segunda parte lleva el epígrafe *Derecho Procesal Constitucional* y abarca una serie de ensayos sobre materias que se han venido reflexionando desde los albores mismos en que América Latina concibe y acuña la existencia de esta disciplina, la que mantiene, intermitentemente y hasta la fecha, una disputa con Europa en torno a su estatus científico y acaso incluso con respecto al *nomen iuris* que debería ostentar la ciencia dedicada al estudio de la Jurisdicción Constitucional, la Magistratura Constitucional y los Procesos Constitucionales. En el avance expansivo del Derecho Procesal Constitucional ha sido sin duda de vital importancia no sólo el planteamiento de su autonomía científica, efectuada en el ámbito académico por connotados juristas de la talla de Héctor Fix-Zamudio, Domingo García Belaunde o Néstor Pedro Sagüés, sino la presencia de procesos constitucionales que se han gestado desde Indoiberoamérica y cuyo punto de origen dimana del viejo juicio de amparo mexicano, que habría de expandirse también a otras latitudes a nivel planetario. Se ha incorporado, en consecuencia, un conjunto de ensayos, todos con las actualizaciones y revisiones hasta la fecha de cierre de la presente edición, si bien se precisan las fechas de sus originales publicaciones.

Sin embargo, estos dos volúmenes no sólo tienen como contenido, lo que lleva su título; esto es, tópicos de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. También se ha incluido otras áreas del saber, como la politología, la filosofía del derecho y otros temas que más tienen de *emotio* que de *ratio*, como veremos luego.

En efecto, en el rubro de “Ciencia Política” se han seleccionado tres temas escritos en periodos muy distantes, pero con vigencia reflexiva. Lo propio en los predios de la “Filosofía del Derecho”, se ha inser-

tado dos temas, uno vinculado a la argumentación jurídica, tan en boga en los últimos tiempos, y otro sobre un tema ético, legal y religioso aún no cerrado y que hoy muchos lo identifican como “suicidio asistido”, pero que nosotros, hace más de dos décadas, lo calificáramos como el “derecho a la muerte”.

Existe otra apartado que se ha titulado *El otro “sentimiento constitucional”*. Allí el lector encontrará diversos artículos sueltos en torno a reseñas, cartas, semblanzas, onomásticos, que constituyen un archipiélago de tinta escrita que brota de nuestro lado afectivo.

Estos volúmenes se cierran, finalmente, con dos partes más: un conjunto de entrevistas que se nos han formulado, de las que hemos escogido sólo algunas por su trascendencia académica; existen otras, no publicadas aquí, de carácter coyuntural vinculado al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, muchas de ellas podrán apreciarse en el ciber-espacio de la internet del quinquenio como miembro del TC peruano (2007-2012). Aclaremos aquí y ahora que, en lo personal, he evitado el protagonismo político o mediático, dado que los jueces en rigor hablan por sus fallos. Sin embargo, observamos que en los últimos tiempos, los miembros de los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales de América Latina han cobrado un inusitado protagonismo, algunos confundiendo su rol, que sólo es impartir justicia constitucional, con una especie de “dirección de los asuntos políticos”, lo que reaviva la vieja polémica iniciada por Edouard Lambert (1866-1947) en torno al gobierno de los jueces. Con todo, las declaraciones de los jueces constitucionales siempre serán requeridas por la prensa, sobre todo cuando se intente encontrar justificaciones o aclaraciones a fallos polémicos o de fuerte impacto en la sociedad civil.

Finalmente, se inserta un Anexo sobre dos grandes proyectos para nuestro país y que se ubican en el marco y contexto del Bicentenario de la Independencia patria. Primero, el tema de la *Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional*, que constituye un proyecto que, a la fecha, desde el régimen de Alejandro Toledo, Alan García y en lo que va del gobierno del presidente Ollanta Humala, se ha venido postergando. En segundo lugar, una eventual reforma de la Constitución de 1993 debe tener presente el documento que se gestó en la *transición política* liderada por Valentín Paniagua. Nos referimos a la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú; ambos proyectos, de una u

otra manera, constituyen valiosos documentos que algún día habrán de impulsarse, sobre todo el Proyecto de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, y que seguramente habrá de estar presente en el marco del onomástico constitucional del Perú Republicano en su Bicentenario.

Por último, queremos aquí expresar nuestro agradecimiento a Felipe Johan León Florián, Jose Miguel Rojas Bernal y Hernesto Vásquez Pérez por el apoyo y el cuidado a la presente edición.

Gerardo Eto Cruz
13 de mayo de 2013
Día de Nuestra Señora de Fátima

PRIMERA PARTE
DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

APOSTILLAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979

TITULO 1 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

CAPITULO I DE LA PERSONA

Artículo 1º.- La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla¹.

* Escrito en 1985.

1 *El Poder Constituyente*, que se expresara institucionalmente en la Asamblea Constituyente de 1978-1979, consagró, en el art. 1, el principio constitucional según el cual la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Este precepto, en rigor, no reconoce ningún antecedente en las anteriores constituciones. Acaso por ser la primera norma del texto constitucional, resulta ser el pórtico nada casual y la *piedra de toque* para una integración normativa que inspire una sublime concepción de los Derechos Humanos, aun cuando cabe señalar que la redacción, técnicamente, no es la más idónea para una formulación normativa. Con todo, los constituyentes han querido dar una definición de persona como sinónimo de hombre, usando el concepto filosófico-ontológico de persona y no el jurídico. De otro lado, subyace en el precepto la afirmación de un individualismo neoliberal que marcha a contrapelo con otros principios constitucionales que incluyen sendas declaraciones de orden social.

El artículo reconoce como fuente inmediata la Constitución hondureña, que expresa en el numeral 59: "La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable". Salvo la última frase, el tenor de este texto ha sido recogido literalmente por la Constitución peruana. Merece destacar que esta norma, pese a ser de carácter declarativo, no está ausente en otras constituciones. A nivel latinoamericano se encuentra en la Ley Fundamental de Bolivia (art. 6, último párrafo), Colombia (art. 16), República Dominicana (se identifica en parte en el art. 8), Ecuador (art. 19), El Salvador (que mantiene una redacción distinta en su art. 1, pero en esencia está anclada a la norma peruana), Guatemala establece una redacción que supera el manifiesto individualismo del artículo peruano. Ha formulado en el art. 1, una cosmovisión mucho más amplia. El precepto expresa: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece².

a la familia. Su fin supremo es la realización del bien común". Una vinculación un tanto lejana al precepto constitucional peruano se encuentra también en las constituciones de México (art. 1), Panamá (art. 17), Paraguay (art. 50), y Venezuela (art. 43). A nivel europeo, se identifica con algunas constituciones como la de Alemania Occidental (art. 1) y España (art. 10), que observan una acertada redacción; igualmente, y aunque un tanto lejanos, en los textos griego (art. 2 párrafo 1), turco (art. 10), irlandés (art. 40), italiano (art. 2), el de Liechtenstein (art. 28, último párrafo), el maltés (art. 33) y el portugués (art. 12). Desde otra perspectiva, afirmando una declaración de principio, pero anclada a la concepción socialista, algunos textos de las llamadas "democracias populares" hacen también una profesión de fe al afirmar declaraciones análogas al artículo 1 del texto peruano; así, se encuentra en los textos políticos de Bulgaria (art. 10); Hungría (art. 54 párrafo 1); Rumania (art. 17); Yugoslavia (art. 153) y la URSS (art. 39).

- 2 Este precepto no registra ningún antecedente en las diez constituciones nacionales anteriores a la vigente, resulta, por ende, una novedad. El inciso 1, que es con el que se inicia el listado de derechos y libertades, proclama por lo menos cinco derechos, cada uno con diversas particularidades propias. Aunque todos son importantes, merece especial relevancia la consagración constitucional del *derecho a la vida*, pues con ello se consagra la *corriente abolicionista de la pena de muerte*, explícitamente proclamada en el art. 235. Por otro lado, cabe destacar que el derecho a la vida, pese a ser el presupuesto indispensable para los restantes derechos, curiosamente no ha estado presente en forma taxativa en los textos constitucionales clásicos; aun cuando ello no signifique una ausencia de este - radicalísimo - derecho. Por lo demás, con el advenimiento del constitucionalismo, las banderas de la *libertad, igualdad y fraternidad* aparecieron con una concepción de los derechos humanos absolutos en sí mismos, los *límites* que tenían las personas fueron entendidos como meramente extrínsecos, nacidos de la unión en sociedad, la cual exige la coexistencia pacífica de los derechos que, como se ha dicho, de por sí serían ilimitados. Dentro de este contexto, no era necesario consagrar el derecho a la vida, pues intrínsecamente estaba comprendido dentro del ejercicio de los *derechos naturales* (derechos que son anteriores y posteriores al Estado); las limitaciones las imponían los derechos de los demás, el orden público y el bien común.

Posteriormente vendría la consagración explícita de este derecho, ya no como *derecho natural* sino que, con su positivación, se ha tornado hoy en un *derecho fundamental* y que forma parte de casi todas las constituciones. Así, los países latinoamericanos los comprenden en las constituciones de Bolivia (art. 7 inc. a), Brasil (art. 153 de la anterior constitución), Colombia (art. 16), Costa Rica (art. 21), Chile (art. 19 inc. 1°), República Dominicana (art.

2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma³.

8 inc. 1º), Ecuador (art. 19 inc. 1º), El Salvador (art. 2), Guatemala (arts. 2 y 3), Haití (art. 14), Honduras (arts. 61 y 65), México (art. 14), Nicaragua (art. 23), Panamá (art. 17), Paraguay (art. 50), Uruguay (art. 7) y Venezuela (art. 58). En los textos europeos igualmente se encuentran en las constituciones de Alemania Occidental (art. 2 inc. 2º), Chipre (art. 7 inc. 1º), España (art. 15), Finlandia (art. 6). Hungría (art. 57), Irlanda (art. 40 inc. 2º), Malta (art. 34), Polonia (que regula el derecho a la protección de la salud en el art. 70), Portugal (art. 25) y Yugoslavia (art. 175).

Respecto a la *pena de muerte*, como es harto conocido, existen dos corrientes: a) la *proteccionista* y b) la *abolicionista*. En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, la corriente imperante es la abolicionista. Citemos, a título de derecho comparado, las constituciones de República Dominicana (art. 8 inc. 1º), Ecuador (art. 19 inc. 1º), El Salvador (art. 27), Haití (art. 20). Honduras (art. 66), Nicaragua (art. 23), Panamá (art. 30), Uruguay (art. 26) y Venezuela (art. 58). Salvo en la Constitución de El Salvador, que establece la pena de muerte excepcionalmente en los casos previstos por leyes militares durante el estado de guerra internacional, los demás mantienen un abolicionismo absoluto. En Europa esta corriente se viene expresando en el art. 85 de la Constitución de Austria, el art. 27 de Italia, el 102 de la Ley Fundamental de Bonn, el 7 de Chipre, el 2 párrafo 3, de Grecia, el 18 de Luxemburgo, el 65 párrafo 1 de Suiza y el 25 de Portugal. De todas ellas, sólo la de Austria, Alemania Occidental y Portugal establecen, sin excepciones, la pena de muerte.

- 3 El principio de la igualdad de las personas y la ilegitimidad de la discriminación es un precepto absolutamente nuevo en nuestro ordenamiento constitucional. Se podría argüir que el art. 23 de la Constitución de 1933 ya prefiguraba este principio; empero, su formulación no aludía *strictu sensu* a la declaración paritaria de las personas. No obstante, la Constitución de 1823 (art. 193 inc. 9), 1828 (arts. 149 y 157), 1826 (art. 142) y 1839 (art. 160) ya normaban el principio de la igualdad. Citemos, a título de derecho comparado y en el orden latinoamericano, las constituciones de Argentina (art. 16), Bolivia (art. 6), Brasil (art. 153 inc. 1), Colombia (art. 22), Costa Rica (art. 20), Cuba (arts. 40 al 43), Chile (art. 1, 19 incs. 2º y 3º), República Dominicana (art. 8), Ecuador (art. 19 inc. 5º), El Salvador (art. 3), Guatemala (art. 4), Haití (art. 24), Honduras (art. 60), México (art. 2), Nicaragua (art. 27), Panamá (art. 20), Paraguay (art. 51), Uruguay (art. 8) y Venezuela (art. 61).

En el orden europeo, la igualdad y no discriminación se encuentra en los textos de Albania (art. 39), Alemania Occidental (art. 3 párrafo 1), Alemania Oriental (art. 20, párrafo 1), Austria (en la Ley Constitucional declarada vigente de 21 de diciembre de 1867, art. 2), Bélgica (art. 6). Bulgaria (art. 35), Checoslovaquia (art. 20, párrafo 2), Chipre (art. 28), España (art. 4), Finlandia (art. 5), Francia (en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 1), Grecia (art. 4, párrafo 2) y Hungría (art. 61).

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón⁴.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público⁵.

4 Si bien es ya clásico incorporar en los textos políticos el principio universal de la igualdad ante la ley; sin embargo el principio de igualdad del hombre y la mujer es relativamente reciente. En lo que atañe al Perú, el precepto lo recoge por vez primera el régimen constitucional de 1979. Es evidente que los autores de la Constitución, al sentar el principio de igualdad del varón y la mujer, recogían todo un vasto movimiento social y reivindicativo de la mujer que intermitentemente luchaba por una protección justa y equitativa. En el ámbito latinoamericano, su consagración no es del todo unánime, pese a que, en principio, existe la garantía de igualdad ante la ley y sin discriminación por razones de sexo. Cuba (art. 43), República Dominicana (arts. 8 y 15 inc. d), Ecuador (art. 19 inc. 50), Guatemala (art. 4) y Paraguay (art. 51) son las únicas constituciones que proclaman en forma taxativa la igualdad entre varones y mujeres. En el plano europeo, está consagrada expresamente en el texto albanés (art. 39), de Alemania Occidental (art. 3, párrafo 2), Alemania Oriental (art. 20, párrafo 2), de Bulgaria (art. 36), de Checoslovaquia (art. 20, párrafo 3), de Grecia (art. 4, párrafo 2) y Hungría (art. 62, párrafo 1).

5 Aunque el tema de la religión ha estado presente en las diez constituciones peruanas anteriores a la actual, sólo ha sido para dar protección y privilegio a la Iglesia Católica. Salvo la Constitución de 1920 – que en forma tímida expresaba en su art. 23 la prohibición de ser perseguido por razón de sus ideas y creencias – las anteriores afirmaban un carácter confesional. La Constitución de 1933 trató de enmendar nuevos rumbos. En su art. 232, pese a que proclamaba un carácter confesional, vinculado a la Iglesia Católica, estableció que las demás gozaban de la libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos. La religión oficial del Estado peruano ha estado expresamente normado en la Constitución de 1823 (arts. 8 y 9), 1826 (art. 6), 1828 (art. 3), 1834 (arts. 1 y 2), 1839 (art. 3), 1856 (art. 4), 1860 (art. 4), 1867 (art. 3) y 1920 (art. 5).

Por lo general, casi todas las constituciones modernas expresan las garantías con fórmulas más o menos similares respecto a la libertad de conciencia y de religión y, sobre todo, respecto a la protección contra la discriminación por razón de religión o de creencia. En Iberoamérica, las leyes fundamentales de Argentina (art. 14), Brasil (art. 153, inc. 5° de la Constitución de 1969), Colombia (que le dedica todo un título, art. 53). Cuba (art. 54), Chile (art. 19 inc. 6), Dominicana (art. 8 inc. 8°), Ecuador (art. 19 inc. 6°), Guatemala (art. 36). Haití (en su art. 30, le dedica toda una sección). Honduras (art. 77), México (art. 24),

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito, la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

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.

También es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación⁶.

Nicaragua (art. 29 y 69); Panamá (art. 35), Paraguay (art. 70) y Venezuela (art. 65), prevén toda esta problemática.

En las constituciones Europeas, Albania es un caso *sui generis* dentro del bloque socialista pues en el art. 54 se prohíbe la creación de cualquier tipo de organización de carácter religioso. La libertad religiosa se encuentra consagrada en la Ley Fundamental del Bonn (art. 4), Alemania Oriental (art. 39), Austria (en el art. 14 de la Ley de 21 de diciembre de 1867, declarada constitucional), Bélgica (art. 14), Bulgaria (en el art. 53 garantiza como regla de libertad de conciencia y de culto, pero también establece que los ciudadanos pueden hacer propaganda antirreligiosa), Checoslovaquia (art. 32), Chipre (art. 18), España (art. 16. Párrafo 3), Finlandia (art. 8), Grecia (art. 13), Hungría (art. 61, párrafo 2, aunque no lo contempla en forma taxativa); Irlanda (art. 44) e Islandia (regula en el Cap. IV la libertad de cultos, pero manteniendo a la iglesia *Evangélico - Luterana* como la Iglesia del Estado). Destaca en este régimen dos aspectos importantes: 1) existe un sistema especial de impuestos que pagan los fieles de cada sistema religiosa para su Iglesia, semejante al existente en Alemania Occidental con el *Kirchenteüer* (impuesto en favor de la Iglesia), para evitar la fácil tentación de evadir esos impuestos aduciendo no profesar religión alguna, la Constitución dispone que éstos paguen una suma equivalente a la Universidad, Italia lo comprende en el art. 19, Liechtenstein (art. 7), Malta (art. 41), Mónaco (art. 23), Noruega mantiene (igual a Dinamarca y Suecia) la religión oficial evangélico luterana (art. 4), Polonia (art. 82), Portugal (art. 41), Rumania (art. 30), Suecia (art. 1, párrafo 6), Turquía (art. 19), URSS (art.52) y Yugoslavia (art. 174).

- 6 Este artículo trae interesantes novedades, aun cuando la libertad de prensa ha estado regulada en el ordenamiento constitucional peruano. Por lo que se refiere a sus antecedentes, recordemos brevemente la Constitución de 1823, que garantizaba la *libertad de imprenta* (art. 182 inc. 4^o); lo reitera la Constitución de 1826 (art. 60 inc. 3^o y art. 143), 1828 (art. 153), 1834 (art. 147), 1839 (art. 156), 1856 (art. 20), 1860 (art. 20); la Constitución de 1867 amplía la libertad de imprenta en la responsabilidad de los autores sobre asuntos personales (art. 20); la Cons-

5. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley⁷.

titución de 1920 (art. 34) de igual modo; y el texto de 1933 amplía el espectro de este derecho, con la indemnización a las personas afectadas en el ejercicio de la libertad de prensa (art. 63).

Aunque es tradicional que el tema de la libertad de prensa, en sus aspectos básicos, esté contemplado por el Derecho Constitucional, en la actualidad reviste una mayor complejidad: nuevas perspectivas vienen surgiendo al existir distintos sujetos o titulares de diversos derechos relacionados con la libertad de prensa. El precepto peruano es sumamente amplio, pues incluye explícitamente en este tema derechos como el de información, opinión, expresión, difusión, libertad de empresa para constituir medios de comunicación y prohibición de suspensiones, clausuras u obstáculos para circulación de órganos de expresión. Lo relevante es que en los últimos tiempos las constituciones modernas – como la peruana – han mostrado su preocupación por asuntos que antiguamente eran de naturaleza *subconstitucional* y que hoy pasan (por su importancia y trascendencia) al plano constitucional.

En el plano del derecho comparado, a nivel latinoamericano, esta materia se encuentra regulado en las constituciones de Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7 inc. b), Brasil (art. 153 inc. 8°), Colombia (art. 42), Costa Rica (art. 24). Cuba (art. 52), Chile (art. 19 inc. 4°), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 6°), Ecuador (art. 19 inc. 4°), El Salvador (art. 6), Guatemala (art. 35), Haití (art. 28). Honduras (arts. 72, 73, 74 y 75), México (art. 7). Nicaragua (art. 30). Panamá (art. 37), Paraguay (arts. 71, 72, 73), Uruguay (art. 29) y Venezuela (art. 66).

Los textos constitucionales europeos, salvo los de Checoslovaquia, Holanda, Liechtenstein y la soviética, que no lo regulan en forma explícita, los demás lo comprenden con fórmulas más o menos similares y con diversas particularidades. Se prevé en la de Albania (art. 52), la Ley Fundamental de Bonn (art. 5), Alemania Oriental (art. 27), Austria (en la Ley Fundamental de 1867, art. 13), Bélgica (art. 18), Bulgaria (art. 54), Chipre (art. 18), España (art. 20 inc. 1°-a), Finlandia (art. 10), Francia (art. II de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre), Grecia (art. 14), Irlanda (art. 40 inc. 6° párrafo I-i), Italia (art. 21), Luxemburgo (art. 24), Malta (art. 42), Noruega (art. 10), Polonia (art. 83), Portugal (art. 38), Rumania (que establece una fórmula ineficaz en el art. 29), Suecia (art. 1 del Cap. 2), Suiza (que tiene una norma sumamente lacónica en el art. 55), Turquía (arts. 20, 22, 24, 25 y 26, texto exhaustivo y reglamentista) y Yugoslavia (art. 166).

- 7 Este precepto, parcialmente, reconoce antecedentes en las constituciones de 1867 (art. 20 segundo párrafo) y la anterior carta política de 1933 (art. 63); pero sólo en lo que atañe a la responsabilidad de la publicación que afecte el honor de las personas; sin embargo, es novedoso en cuanto establece el derecho al honor, la buena reputación y el derecho a la rectificación. En realidad, estos derechos responden a una tendencia del constitucionalismo de la segunda postguerra mundial, cuyo fin

6. A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta⁸.
7. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o por mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad de grave riesgo son reguladas por la ley⁹.

es defender al ciudadano contra la intromisión de los denominados medios de comunicación (prensa, TV) en la vida privada, ya sea personal o familiar. A título de derecho constitucional comparado, son pocas las constituciones que lo regulan. A nivel iberoamericano lo contemplan sólo Ecuador (art. 19 inc. 3º), Honduras (art. 76), México (en forma laxa en el art. 16) y Nicaragua (art. 26 inc. 3º). En Europa lo regulan los países de Chipre (art. 15), España (art. 18 párrafo 1), Grecia (art. 9, párrafo 1, segundo inc.), Malta (art. 33 apartado c), Portugal (art. 33) y el de Turquía (art. 15). Finalmente, debemos agregar que actualmente se viene impulsando una novedad en el derecho constitucional: el *derecho a la propia imagen*, que solo España lo ostenta en forma original y que probablemente se extienda en las modernas constituciones. El Perú lo ha consagrado por vez primera.

8. En realidad es la primera vez que se especifica este precepto en una Constitución peruana. Se trata, evidentemente, de una figura novedosa surgida a raíz de la Segunda Guerra Mundial y tiende a generalizarse paulatinamente. Aunque México ya lo comprendía en su Constitución de 1917 (art. 5). Nicaragua sólo lo regula subsumiéndolo en la fórmula normativa del derecho a la educación y la cultura (art. 58); del mismo temperamento son los textos de Panamá (art. 76) y Venezuela (art. 78), Europa lo prevé sólo en los países de Albania (art. 50), pero bajo la fórmula de la libertad de trabajo científico y la creación artística): el art. 5 párrafo 3 de la Ley Fundamental de Bonn; parcialmente lo regula Alemania Oriental (art. 25. Párrafo 1); el art. 20 inc. 1º-b de España (es la que más se acerca al texto peruano y probablemente sea la fuente más cercana y directa del precepto constitucional); lo regulan también Italia (art. 33): Turquía (art. 21). Grecia (art. 16, párrafo 1) y la de Portugal (art. 42).
9. La inviolabilidad del domicilio ha estado presente en todas las constituciones peruanas. La Constitución de 1823 lo prefiguró en el art. 118. A partir de dicha matriz, con fórmulas más o menos similares, se ha mantenido en las diez leyes fundamentales. Estuvo regulado en el art 145 de la Carta de 1826; art. 155 de la de 1828; art. 155 del texto de 1834; el texto de 1839 que, en el art. 158, vuelve a repetir casi la fórmula de 1826; el texto de 1856 (art. 30); el de 1860 (que establece una redacción más sólida) en el art. 31; la de 1867 (que repite casi literalmente el texto anterior en el art. 29); el texto de 1920 (art. 31) que introduce la excepción a la inviolabilidad del domicilio por motivos de sanidad y la de 1933, en el art. 61, que no tiene mayores novedades. Este derecho resulta raro no encontrarlo en la mayoría de las constituciones. Veamos: Argentina (art. 18), Bolivia (art. 21), Brasil (art. 153 inc. 10º), Colombia (art. 23), Costa Rica (art. 23), Cuba (art. 55), Chile (art. 19 inc. 5º), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 3º), Ecuador (art. 19 inc. 7º), El Salvador

8. A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones¹⁰.

(art. 20), Guatemala (art. 23), Haití (art. 47), Honduras (art. 99), México (art. 16), Nicaragua (art. 26 inc. 2°), Panamá (art. 26), Paraguay (art. 68), Uruguay (art. 11) y Venezuela (art. 62).

En el ámbito europeo se prevé en los textos de Albania (art. 56). Alemania Occidental (art. 3 párrafo 1), Austria (en la Ley Constitucional de 21.XII.1867, arts. 3, 4, 5 y 6), Bélgica (art. 10), Bulgaria (art. 49), Checoslovaquia (art. 31), Chipre (art. 16), Dinamarca (art. 72), España (art. 18 párrafo 2), Finlandia (art. 11), Grecia (art. 9), Hungría (art. 66), Irlanda (art. 40 párrafo 5), Islandia (art. 66). Italia (art. 14), Liechtenstein (art. 32), Luxemburgo (art. 15), Malta (el más extenso en normarlo, en el art. 39), Mónaco (art. 21), Noruega (art. 102), Polonia (art. 87 párrafo 2), Portugal (art. 34), Rumania (art. 32), Turquía (art. 16), URSS (art. 55) y Yugoslavia (art. 183).

- 10 El primer antecedente de la seguridad en la correspondencia se remonta a la lacónica expresión de la Constitución de 1823, que declaraba inviolable “El secreto de las cartas” (art. 134 inc. 4°). La Constitución de 1828 (art. 156) establecía dicha responsabilidad a la “Administración de Correos” (la violación de las cartas), la Constitución de 1834 (art. 156) regulaba sin efecto legal el Secreto de las cartas substraídas subrepticamente; la Constitución de 1839 (art. 159) reitera similar temperamento; la Constitución de 1856 (art. 21) y la de 1860 (art. 22) no ofrecen mayores novedades, como tampoco la de 1933 (art. 66).

En el derecho constitucional comparado es clásico la patente de este derecho. Así, se regula en las leyes fundamentales de Bolivia (art. 20), Brasil (art. 153 inc. 9°), Colombia (art. 38), Costa Rica (art. 24), Cuba (art. 56), Chile (art. 19 inc. 5°), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 9°), Ecuador (art. 19 inc. 8°), El Salvador (art. 24), Guatemala (art. 24), Haití (art. 49), Honduras (art. 100), México (art. 16), Nicaragua (art. 26, inc. 2°), Panamá (art. 29), Paraguay (art. 69), Uruguay (art. 28) y Venezuela (art. 62).

Los países europeos lo regulan en las cartas de Albania (art. 57), Alemania Occidental (art. 10), Alemania Oriental (art. 31), Austria (en la ley constitucional de 21.XII de 1867, art. 10), Bélgica (art. 22), Bulgaria (art. 51), Checoslovaquia (art. 31), Chipre (art. 17), Dinamarca (art. 72), España (art. 18 párrafo 3), Finlandia (art.12), Grecia (art. 19), Hungría (art. 66). Italia (art. 15), Liechtenstein (art. 32), Luxemburgo (art. 28), Mónaco (art. 22), Polonia (art. 87 inc. 2°), Portugal (art. 34), Rumania (art. 33), Turquía (art. 30), URSS (art. 55) y Yugoslavia (art. 185).

Finalmente, debemos señalar que ligado a la seguridad de la correspondencia, se viene desarrollando las limitaciones al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar. Así como la compleja problemática de los secretos y la seguridad de las empresas e industrias (espionaje industrial), este derecho es sumamente original desde el punto de vista del derecho comparado. A nivel de la legislación ordinaria se prevé en diversos países (Francia, Italia, etc.); a nivel constitucional, cabe destacar únicamente la Constitución portuguesa que fue la primera en desarrollar con suma amplitud esta problemática en el art.

La correspondencia sólo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandato motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohíben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley.

9. A elegir el lugar de su residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razón de sanidad.

A no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería¹¹.

10. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anti-

35 y la Constitución española que regula en el art. 18 inc. 4º este novedoso derecho que, probablemente, se irá afirmando en las modernas constituciones.

- 11 La libertad de tránsito fue prevista en la Constitución de 1826 (art. 144); a partir de allí literalmente es reiterado en las constituciones de 1828 (art. 154), 1834 (art. 148), 1839 (art. 157), la Constitución de 1920 (art. 29) establece ya limitaciones a esta libertad por razones penales, sanitarias y de extranjería. Esta norma es adoptada virtualmente por la Carta del 33 (art. 67). En lo que atañe al derecho de no expatriación, igualmente se regula en algunos textos como el de 1856 (art. 19); 1860 (art. 20); 1867 (art. 19); 1920 (art. 30) y 1933 (art. 68).

Latinoamérica prevé estos derechos en las Leyes Fundamentales de Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7 inc. g), Costa Rica (arts. 22 y 32), Chile (art. 19 inc. 7º-a), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 4º), Ecuador (art. 19 inc. 9º), El Salvador (art. 5), Guatemala (art. 26), Haití (art. 41), Honduras (art. 81), México (art. 11), Nicaragua (art. 31), Panamá (art. 27), Paraguay (art. 56), Uruguay (art. 37) y Venezuela (art. 64).

En las constituciones europeas lo comprenden Alemania Occidental (art. 11), Alemania Oriental (art. 32), Austria (en su Ley Fundamental del 21.XII. de 1867, art. 6), Chipre (art. 13), España (art. 19), Finlandia (art. 7), Malta (art. 45, que, por lo demás, es sumamente extenso), Portugal (art. 44), Suecia (art. 1 inc. 7º del Cap. 2), Suiza (arts. 44 inc. 1º, 45 y 47), Turquía (art. 18) y Yugoslavia (art. 183).

cipado a la autoridad, la que podrá prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas¹².

11. A asociarse y crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa. Las personas jurídicas se inscriben en un registro público. No pueden ser disueltas por resolución administrativa¹³.

12 El derecho de reunión fue normado en forma expresa en la abrogada Constitución de 1933 (art. 62). Con anterioridad, las constituciones de 1856 (art. 28), 1860 (art. 29), 1867 (art. 27) y 1920 (art. 33) lo comprendían bajo la fórmula del derecho de asociación pacífica en público sin comprometer el orden. El actual precepto recoge las modernas tendencias consistentes en que no se requiere permiso previo; igualmente, expresa la generalidad de las actuales constituciones de prohibir este derecho por motivos de seguridad o sanidad. Por otro lado, ha desaparecido el requisito, en parte explicable en el siglo pasado pero ya no en la actualidad, de que las reuniones al aire libre y las manifestaciones se celebren de día.

En el plano latinoamericano este derecho se encuentra en las Constituciones de Bolivia (art. 7 inc. c), Brasil (art. 153 inc. 27°), Colombia (art. 46), Costa Rica (art. 26), Cuba (art. 53), Chile (art. 19 inc. 13°), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 7°), Ecuador (art. 19 inc. 13°), El Salvador (art. 7), Guatemala (art. 33), Haití (art. 31), Honduras (art. 79), México (art. 9), Nicaragua (art. 53), Panamá (art. 38), Paraguay (art. 76), Uruguay (art. 38) y Venezuela (art. 71).

Se regula también en los textos europeos de Albania (art. 52), Alemania Occidental (art. 8 párrafo 1), Alemania Oriental (art. 28), la Ley Fundamental del 21.XII. de 1867 de Austria (art. 12), Bélgica (art. 14), Chipre (art. 21), Dinamarca (art. 67 y 79), España (art. 21), Grecia (art. 11), Hungría (art. 64), Irlanda (art. 40 inc. 6.1-ii), Islandia (art. 74), Italia (art. 17), Liechtenstein (art. 41), Luxemburgo (art. 25), Malta (art. 43), Mónaco (art. 24), Polonia (art. 83), Portugal (art. 45), Rumania (art. 28), Suecia (art. 1 inc. 3° del Cap. 2) y Turquía (art. 28).

- 13 Dentro de la libertad de asociación cabe una compleja y amplia gama de actividades humanas; sin embargo en los últimos años se ha delimitado la problemática de su aplicación a tres campos específicos: partidos políticos (prefigurado en el art. 68), organizaciones en favor de los DD.HH. (que la propia Constitución prevé no sólo en este inciso objeto de esta apostilla, sino en diversos artículos como el 22, 72, 74, 80, 105, 295, 298 inc. 2°, etc.) y, finalmente, las asociaciones sindicales (consagrado en el art. 51). De otro lado, merece destacar que la Constitución del 33 lo reguló en el art. 27 (vid. apostilla anterior).

La actual Constitución, aunque supera a la anterior, no ha llegado demasiado lejos en relación a lo que existe en el derecho constitucional comparado. Lo que destaca es que reserva al Poder judicial la disolución de las asociaciones.

En una ojeada a las constituciones latinoamericanas, regulan este derecho, Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7 inc. c), Brasil (art. 153 inc. 8°), Colombia (art. 44), Costa Rica (art. 25), Cuba (art. 53), Chile (art. 19 inc. 15°), Rep. Dominicana (art.

12. A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho¹⁴.

8 inc. 7°), Ecuador (art. 19 inc. 13°), El Salvador (art. 7), Guatemala (art. 34), Haití (art. 31), Honduras (art. 78), México (art. 9), Panamá (art. 39), Paraguay (art. 76), Uruguay (art. 39) y Venezuela (art. 70).

De otro lado, en Europa se consagra este precepto en Albania (art. 52), RFA (art. 9), RDA (art. 29), Austria (art. 12 de su Ley Fundamental de 1867), Bélgica (art. 20), Bulgaria (art. 21 inc. 2°), Dinamarca (art. 78), España (art. 22), Grecia (art. 12), Hungría (art. 65), Irlanda (art. 40 inc. 6°, párrafo 1-iii), Islandia (art. 73), Italia (art. 18); Liechtenstein (art. 41), Luxemburgo (art. 26), Malta (art. 43), Mónaco (art. 30), Portugal (art. 46), Rumania (art. 29), Suecia (art. 1 inc. 5° del Cap. 2), Suiza (art. 56) y Turquía (art. 29).

Por otro lado, dentro de la problemática de la libertad de asociación, existe una tendencia relativamente reciente de establecer en las constituciones la prohibición a las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. La Constitución española de 1978 lo regula en el art. 22, párrafo 5; el art. 18, segundo párrafo de la Constitución Italiana, prohíbe “las asociaciones secretas y las que persigan, incluso indirectamente, finalidades políticas mediante organizaciones de carácter militar”, norma que, por lo demás, apunta a prevenir la reconstitución del partido fascista; también se establece en el art. 9 párrafo 2 de la Ley Fundamental de Bonn; el art. 21 párrafo 4 de la Constitución de Chipre; art. 78 párrafo 2 (introducido por una reforma de 1953) de la Constitución de Dinamarca; art. 46 párrafo 4 de la portuguesa (que prohíbe las asociaciones armadas o de tipo militar, militarizadas o paramilitares y las organizaciones que adopten la ideología fascista).

- 14 La libertad de contratación ha estado ya normado en el Perú, aunque en forma muy laxa en dos textos: la Constitución de 1920 (art. 37) y la de 1933 (art. 27). La actual norma tiene una amplitud y una redacción relativamente novedosa, pues introduce los principios de justicia y el abuso del derecho en esta libertad, aspectos que, por lo demás, no existen en la legislación comparada. Esta libertad aún no tiene un predicamento en el Derecho Comparado. En Latinoamérica, Chile lo regula en el art. 19 inc. 16° y establece la libertad de contratación anexo a una justa retribución. Ecuador establece la “libertad de contratación con sujeción a la ley” (art. 19). El Salvador regula una fórmula distinta pero anclada al mismo espíritu que anima a las demás. El sugestivo precepto salvadoreño expresa: “La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de la persona” (art. 10); Paraguay regula en el art 107 los contratos de trabajadores que quedan a fiscalización de la ley. En Europa resulta raro encontrar este derecho, el único caso es la Constitución de Chipre, que establece: “Todos tendrán derecho a concertar libremente cualquier contrato, con sujeción a las condiciones, limitaciones o restricciones que se establezcan en los principios generales del derecho de contratos. Se proveerá por medio de ley a prevenir toda explotación por personas que disfruten de poder económico” (art. 26).

13. A elegir y ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley¹⁵.
14. A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes¹⁶.

15 Este precepto está ligado al art. 42 (antepenúltimo párrafo) del propio texto Constitucional, al normar que a nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. La libertad de trabajo presenta diversas proyecciones relativas a la esclavitud, servidumbre, tráfico de personas y trabajo forzoso. Dentro de esta última problemática, la doctrina y el Derecho Internacional establecen diversas excepciones al concepto de trabajo forzoso, a saber: 1) la excepción relativa a trabajos requeridos por motivo de calamidad o emergencia; 2) el servicio militar como excepción a la prohibición del trabajo forzoso; 3) las obligaciones cívicas normales (que son los pequeños trabajos comunales o trabajos realizados por un miembro de una comunidad en beneficio de la misma); y, por último, 4) los trabajos en los penales.

Una breve ojeada a los antecedentes en el régimen constitucional peruano, de esta libertad, se localiza en la Constitución de 1826, que lo reguló por vez primera (art. 148) y que, a partir de dicho texto, fueron sucesivamente normados en las Constituciones de 1828 (art. 166), 1834 (art. 162), 1839 (art. 23), 1860 (art. 22), 1920 (art. 46) y la de 1933 (art. 42).

En las constituciones latinoamericanas se observa en Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7 inc. d), Brasil (art. 153), Colombia (art. 39), Chile (art. 19 inc. 16°), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 11°), Ecuador (art. 19 inc. 11°), El Salvador (art. 9), Guatemala (art. 43), Haití (art. 35), México (art. 5), Panamá (art. 40), Uruguay (art. 53) y Venezuela (art. 84). En Europa lo regulan en Albania (art. 42), RFA (art. 12), RDA (art. 24 párrafo 3), Austria (art. 8 de la Ley Constitucional de 1867), Bulgaria (art. 40), Checoslovaquia (art. 21), Dinamarca (art. 74), España (art. 35), Grecia (art. 22 párrafo 3), Grecia (art. 3), Malta (regula en forma extensa esta garantía frente a todo trabajo forzoso en el art. 33), Mónaco (art. 25), Polonia (art. 68, que lo regula como derecho al trabajo), Portugal (art. 51, igualmente, lo regula como derecho al trabajo), URSS (art. 40) y Yugoslavia (art. 160).

16 Indudablemente, fue el liberalismo decimonónico el que animó a levantar diversas banderas bajo el predicamento del derecho natural a la propiedad. Tuvo su patencia en las flamantes repúblicas latinoamericanas. El Perú no estuvo al margen de ese influjo. Así pues, sin excepción alguna, las diez constituciones anteriores a la actual lo regularon con fórmulas más o menos similares. Dentro de este período anterior a la Constitución vigente, no regularon el derecho a la herencia, pues esta declaración constitucional es relativamente reciente. Los antecedentes se registran en la Constitución de 1823 (art. 193 inc. 3°), 1826 (art. 142), 1828 (arts. 149 y 165), 1834 (art. 161), 1839 (art. 167), 1856 (art. 25), 1860 (art. 26), 1867 (art. 25), 1920 (art. 38) y 1933 (art. 29).

Siguiendo el esquema de estas apostillas, la legislación constitucional latinoamericana lo comprenden en el Ley Fundamental de Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7 inc. 1°), Brasil (art. 153 inc. 23°), Colombia (art. 30), Costa Rica (art. 45), Chile (arts.

15. A alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia¹⁷.

19, 23 y 24), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 14°), Ecuador (le dedica toda una amplia sección, arts. 48 al 51), El Salvador (art. 22), Guatemala (art. 39), Haití (le dedica toda una sección, arts. 36 al 39); Honduras (art. 103), México (fiel a su concepción social, fue la primera en establecer que la propiedad privada debe estar acorde con el interés público y el beneficio social, art. 27), Nicaragua (art. 44), Panamá (art. 44), Paraguay (art. 46), Uruguay (art. 32, regula la propiedad, y art. 48, regula el derecho sucesorio), y Venezuela (art. 99).

En Europa se ubican en las constituciones de la RFA (art. 14, este precepto se identifica con el nuestro al regular la propiedad y la herencia), RDA (art. 10); Bélgica (art. 11), Bulgaria (este régimen, después de regular artículos relativos a la propiedad socialista, establece en el numeral 21 que los ciudadanos tendrán derecho de propiedad personal sobre inmuebles y objetos muebles para la satisfacción de sus necesidades y la de su familia), Checoslovaquia (en el art. 10 establece la inviolabilidad de la propiedad personal relativos a los bienes de consumo, en especial los objetos de consumo individual y doméstico, igualmente garantiza la herencia de los bienes personales); Chipre (le dedica una extensa normatividad en el art. 23), Dinamarca (art. 73). España (expresa similar forma al texto peruano, art. 33, párrafo 1), Francia (art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), Grecia (art. 17), Holanda (art. 4), Irlanda (art. 43), Islandia (art. 67), Liechtenstein (art. 38), Luxemburgo (art. 16), Malta (que regula la garantía contra la expropiación sin indemnización), Mónaco (art. 24). Portugal (tiene fórmula similar a la española y la peruana en el art. 62), Rumania (que regula el derecho de sucesión), similar a otros regímenes socialistas como el búlgaro (art. 27), Checo (art. 10), Húngaro (art. 13), y el Albanés (art. 44). Todos estos textos estaban influidos por la Constitución soviética de 1936 (art. 10) que regulaba el "derecho de sucesión sobre los bienes personales de los ciudadanos"; de igual temperamento son las Cartas de la RFA (art. 10) y la polaca (art. 18).

- 17 Este precepto tiene como fuente inmediata la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo tenor literal ha sido recogido del art. 25 párrafo 1. El derecho a alcanzar un nivel de vida que permita asegurar el bienestar personal y familiar, es una fórmula que trata de resumir el conjunto de derechos de índole social, económico y cultural, y tiene la ventaja de expresar que el contenido de dichos derechos requiere como presupuesto el marco social, económico e histórico de un país, pues es correlativo al grado de desarrollo económico de un desarrollo de la sociedad, por razón de justicia distributiva.

Este precepto, pese a que tiene como aliento normativo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no está incorporado en las constituciones comparadas. Bolivia (art. 7 inc. 1°) establece la remuneración justa que la persona debe tener para sí y para su familia con una existencia digna; Chipre (art. 9) establece que "Toda persona tiene derecho a una vida decorosa y a la seguridad social"; Dinamarca (art. 75) establece un precepto declarativo anclado a dicha aspiración axiológica, España (art. 35 párrafo 1) establece parcialmente que "Todos los españoles tienen ... el derecho (...) a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia.."

16. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación¹⁸.
17. A guardar reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole¹⁹.
18. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal. Transcurrido éste, y al no existir respuesta, el interesado puede proceder como si la petición hubiere sido denegada. Las Fuerzas

18 La Constitución de 1933 no reguló este precepto; igualmente las anteriores leyes políticas peruanas no la estipularon; es, pues, una novedad. Merece destacar que el derecho de participación en la vida política es una declaración normativa que está presente en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal (art. 21 párrafo 1), así como la Declaración Americana (art. 20); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25 párrafo a) y la Convención Americana del Pacto de San José de Costa Rica (art. 23 párrafo a); todos estos instrumentos han fraguado la fórmula normativa del derecho de "participación en la dirección de los asuntos públicos".

A primera vista, como se observará, los autores del texto peruano han tenido presente dichos instrumentos internacionales; pero, a la vez, han precisado no sólo el derecho a la participación política, sino también a la participación en el ámbito "económico", "social" y "cultural" de la Nación, lo cual encierra un *universo pluri-dimensional* de participaciones.

Por lo general este precepto se encuentra inmerso en la legislación comparada en los capítulos relativos a los derechos políticos de los ciudadanos, específicamente en los derechos a participar y formar parte en los partidos políticos. En forma específica se regula en la Constitución de Ecuador (art. 19 inc. 16°); de otro lado se prevé parcialmente en España (art. 23); Grecia (art. 5 párrafo 1) establece una norma relativamente similar a la peruana: "Cada uno tendrá derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país con tal que no atente a los derechos de los demás ni viole la Constitución ni las buenas costumbres". Igual temperamento tiene el texto portugués (art. 48 párrafo 1).

- 19 El derecho de reserva sobre las convicciones forma parte de la libertad de pensamiento. El objeto de esta libertad es el conjunto de ideas, conceptos y juicios que la persona tiene sobre la realidad. En forma más específica, "pensamiento" comporta la concepción que se tiene sobre la sociedad, la naturaleza, etc. y que puede ser de índole político, filosófico, religioso, cultural, científico, etc.

El precepto peruano no tiene ningún antecedente constitucional y en el campo comparado la mayoría de los textos lo regulan en los preceptos relacionados a la libertad de conciencia, religión y culto. Brasil (art. 153 inc. 8°), Ecuador (art. 19 inc. 15°) y Chipre (art. 18) son los únicos que se identifican con el texto peruano, particularizando dichas libertades en normas autónomas.

Armadas y la Policía Nacional no pueden ejercer el derecho de petición²⁰.

-
- 20 El derecho de petición tiene añejos antecedentes en el Perú, pues figuró en casi todas las constituciones; la Carta Fundamental de 1823 lo reguló en el art. 193 inc. 5º; la de 1828, en el art. 169; la de 1834, en el art. 164; la de 1839 en el art. 171; la de 1856, en el art. 29; la de 1860, en el art. 30; la de 1867, en el art. 28; la de 1920, en el art. 30; y, finalmente, la de 1933 en el art. 60.

En el campo de la protección internacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es el único instrumento internacional que prevé este singular derecho, cuyo tenor literal reza; “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y del de obtener pronta resolución” (art. 24).

En Latinoamérica este derecho se registra en casi todas las leyes fundamentales. Así pues, se regula en la Constitución de Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7 inc. h), Colombia (art. 45), Costa Rica (art. 27), Cuba (art. 62), Chile (art. 19 inc. 14º), Ecuador (art. 19 inc. 10º), El Salvador (art. 18), Guatemala (art. 28), México (arts. 8 y 73), Nicaragua (art. 52), Panamá (art. 41), Paraguay (art. 76), Uruguay (art. 30) y Venezuela (art. 67).

En Europa figura en los textos constitucionales de Albania (art. 58), RFA (art. 17), RDA (arts. 21 y 103). Austria (a través de la Ley de 1867; art. 11), Bélgica (art. 21), Bulgaria (art. 55), Checoslovaquia (art. 29). Chipre (art. 29), Dinamarca (art. 54), España (art. 29), Inglaterra (a través de la famosa “Petition of Rights” de 7 de Junio de 1628), Grecia (art. 10), Holanda (art. 8), Hungría (art. 68), Italia (art. 50), Liechtenstein (art. 42), Luxemburgo (art. 27), Mónaco (art. 31), Polonia (art. 86.3), Portugal (art. 49), Rumania (arts. 34 y 103), Suiza (art. 62), Turquía (art. 62), URSS (art. 49) y Yugoslavia (art. 157).

Cabe puntualizar algunos aspectos. El texto peruano remite a la legislación ordinaria para que regule el *plazo* disponible de la entidad receptora de la petición, siguiendo así la tradición del derecho constitucional comparado. Sin embargo, existen algunas constituciones que taxativamente precisan el plazo, como las de Guatemala, Panamá y Chipre, que regulan un máximo – los tres países – de treinta días.

Respecto a la prohibición del ejercicio de petición por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, curiosamente, la mayoría de textos – europeos y latinoamericanos – no se ocupan del tema, aun cuando en la realidad los cuerpos militares no pueden ejercer estas peticiones; no obstante, Alemania Occidental si lo permite; también el texto español – que es el más reciente – dispone “Los miembros de las Fuerzas o Instituciones Armadas o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica (art 29.2)”

19. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojada de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República²¹.
20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:
 - a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacerlo que ella no prohíbe²².
 - b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley.Están abolidas la esclavitud, la servidumbre y trata en cualesquiera de sus formas²³.

21 Este precepto ha sido reconocido por diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. En parte, ha sido recogido por anteriores constituciones peruanas. La fórmula normativa presenta tres situaciones: i) el derecho a la nacionalidad, ii) nadie puede ser despojado de ella; y iii) el derecho al pasaporte. Este último constituye un derecho relativamente moderno. En la actualidad, cuando a un nacional le niegan la entrega de un pasaporte válido, constituye una violación del derecho de residencia y tránsito.

En el ámbito comparado, este precepto es regulado en los capítulos relativos a la nacionalidad y la ciudadanía.

22 Este enunciado tiene su remoto antecedente en la constitución de 1828, cuyo tenor literal disponía: "Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (art. 150). Posteriormente figuró en los textos constitucionales de 1839 (art. 144), de 1834 (art. 144), de 1839 (art. 176), de 1855 (art. 23), de 1860 (art. 14), de 1867 (art. 13), de 1920 (art. 19) y de 1933 (art. 24).

Este principio se consagra en muy pocas constituciones y sólo en el ámbito latinoamericano, tales como la boliviana (art. 32), brasileña (art. 153 inc. 2°), dominicana (art. 8 inc. 5°), salvadoreña (art. 8), guatemalteca (art. 5), hondureña (art. 70), nicaragüense (art. 32), paraguaya (art. 49); y, finalmente, la uruguaya (art. 10).

23 Tanto la esclavitud como la servidumbre, la trata de blancas y el trabajo forzoso y obligatorio están absolutamente prohibidos, no sólo por las constituciones, sino por diversos instrumentos internacionales de los DD.HH. Esto último se consagra en el art. 4 de la Declaración Universal; art. 8 del Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos; art. 4 de la Convención Europea; art. 6 de la Convención Americana. Sin embargo, aparte de estos instrumentos generales, existen otros que regulan materias específicas, tales como la "Convención sobre la Esclavitud" (1926); el "Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud de 1926" (1953); la "Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud" (1956); y el "Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso" (1957).

- c) No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios²⁴.

El precepto es nuevo en nuestra historia constitucional. Se encuentra consignado en los textos políticos de la Argentina (art. 15), Colombia (art. 22), Chile (art. 19 inc. 2°), Ecuador (art. 19 inc. 17°-a), El Salvador (art. 4), México (art. 2) y Nicaragua (art. 40).

A nivel europeo, resulta raro que figure en los preceptos constitucionales, salvo el texto chipriota (art. 10 inc. 1°) el único que establece la fórmula de que “Nadie podrá ser objeto de esclavitud o de servidumbre” (art. 10 inc. 1°).

- 24 El principio de que no hay prisión por deudas tiene su lejano antecedente en el texto de 1828; allí se normó una fórmula programática de que: “Una ley determinará los casos en que haya lugar a prisión por deudas” (art. 128). La Constitución de 1920 optó por consagrar un precepto más contundente, y así estableció que “Nadie podrá ser apresado por deudas” (art. 25); la anterior constitución de 1933 siguió el mismo temperamento, precisando que: “No hay detención por deudas” (art. 58).

El precepto actual ha sentado el mismo principio; sin embargo, ha agregado la excepción para el caso de incumplimiento doloso de los deberes de asistencia alimentaria. Algunos han criticado que la excepción a este principio resulta un tanto superflua, pues una obligación de esa naturaleza, impuesta por una autoridad judicial, no puede asimilarse a una obligación adquirida por deuda o considerarse obligación contractual. En consecuencia, resultaría legítimo la prisión por incumplimiento de deberes alimentarios, pues con ello se sanciona, no una deuda, sino la omisión de una obligación jurídica de índole familiar perpetrada consciente y voluntariamente por el alimentante.

Aunque se consagra de manera diferente, existen tres instrumentos internacionales de DD.HH. que expresan la prohibición de la detención por deudas. Así, la Declaración Americana (art. 25) norma que “Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligación de carácter civil”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula en el art 11 que “Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”; la Convención Americana es la única que consagra la excepción al mencionado principio, marcando diferencias con los dos instrumentos anteriores. In verbis dispone: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios” (art. 7 inc. 7°). Como se podrá apreciar, es probable que la fuente inmediata y directa del precepto constitucional peruano haya sido la Convención Americana de DD.HH. Del Pacto de San José de Costa Rica.

Referencia de este principio en la legislación, se encuentra en las constituciones de Brasil (art. 153 inc. 17°), Costa Rica (art. 38), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 2°-a), México (art. 17. Último párrafo), Nicaragua (art. 41), Paraguay (art. 64); y, finalmente Uruguay, (art. 52). Suiza es la única constitución, en el ámbito europeo, que consagra el principio bajo la declaración de que: “Queda abolida la prisión por deudas” (art. 59, párrafo 3°).

- d) 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 ley²⁵.
- e) No hay delito de opinión²⁶.

25 Este precepto parcialmente fue previsto en el art. 26 de la Constitución de 1920, cuya parte pertinente establecía: “Nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho y por los jueces que las leyes establezcan”; el texto de 1933 lo perfeccionó, llegándose casi a mantener idéntico con el actual.

En rigor, la norma establece dos principios: el “*Nullum crimine sine lege*” (no hay delito sin ley); y el “*Nulla poena sine lege*” (no hay pena sin ley), que fueron recogidos en 1924 por el Código Penal vigente (arts. 2 y 3). Por lo demás, pese a que todas las constituciones peruanas han estado ancladas a la influencia del pensamiento liberal, resulta curioso que sólo dos hayan consagrado este principio que dimana de la Revolución Francesa, a través de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 8). En la actualidad es consagrado en forma expresa por el inc. 2° del art. 11 de la Declaración Universal de los DD.HH.

El precepto, con redacciones más o menos idénticas, es patente en casi todos los textos fundamentales. En el orden latinoamericano se consagra en Argentina (art. 18), Bolivia (art. 16 último párrafo), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 39), Cuba (art. 58), Chile (art. 19 inc. 3°), Ecuador (art. 19 inc. 17°-c), El Salvador (art. 15), Guatemala (art. 17), Honduras (art. 95), Nicaragua (art. 34 inc. 10°), Panamá (art. 31), Paraguay (arts. 61 y 64) y Venezuela (arts. 60 inc. 2° y 69). En el orden europeo, figura en las leyes fundamentales de Albania (art. 55), Alemania Occidental (art. 94 inc. 2°), Chipre (art. 12 inc. 1°), España (art. 25), Francia (a través de la Declaración que forma parte de su Constitución), Grecia (arts. 5 inc. 2° y 7 inc. 1°), Italia (art. 25), Liechtenstein (art. 33), Luxemburgo (arts. 13 y 14), Malta (art. 40 inc. 8°), Mónaco (art. 20), Portugal (art. 29), Turquía (art. 33), URSS (art. 160), y Yugoslavia (art. 181).

De todas las constituciones referidas merece subrayar que la Carta Española ha tenido la originalidad y el acierto de haber establecido que no sólo el principio a que alude el precepto constitucional se aplique a delitos o faltas penales; sino también a las *infracciones administrativas*, pues la mayoría de los textos regulan los delitos penales únicamente, mas no de las faltas administrativas. El texto español, *in verbis* dispone: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

26 Este principio parcialmente ya había sido previsto en la anterior Constitución de 1933 al establecer que “Nadie será perseguido por razón de sus ideas”.

Es de señalar, acorde a las modernas tendencias del Derecho Internacional, que, mientras la libertad de investigación y de expresión no son derechos absolutos, pues pueden ser sometidos a determinadas restricciones, la libertad de opinión, en cambio, por sí misma es absoluta; de allí que exista el principio de que no

- f) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad²⁷.

existe delito de opinión. Con todo, pese a los textos constitucionales y los instrumentos internacionales que establecen el *desideratum* de ser atípicas las figuras delictivas de delitos de opinión, en la *praxis*, diversos regímenes políticos llegan a concebir la existencia del “delito de opinión” bajo el tamiz de la concepción denominada “*Doctrina de la Seguridad Nacional*”, llegándose a cometer serias violaciones en personas que sustentan sus opiniones basadas en doctrinas políticas vinculadas al marxismo.

El texto peruano es claro y contundente al sentar el principio en un precepto específico, lo que casi no ocurre en la legislación constitucional comparada, que está subsumida bajo la libertad de opinión. Para una ojeada panorámica del derecho constitucional comparado, puede verse la apostilla al art. 2 inc. 4°.

- 27 Es evidente que algunos principios propios del liberalismo decimonónico no se patentizaron en las constituciones peruanas. Tal es el caso de este principio. Como se podrá recordar, históricamente fue consagrado por la Revolución Francesa e irradió una poderosa influencia en las constituciones del siglo pasado. Curiosamente, las diez anteriores constituciones peruanas no recogieron esta garantía judicial, pese a que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano había consagrado que: “Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley” (art. 9).

El precepto recoge la presunción de inocencia de quien es acusado de un delito, en tanto no se haya llegado fehacientemente a la declaración de culpabilidad por medio de un juicio, lo cual supone que si a una persona “se le procesa porque se le imputa haber perpetrado un hecho punible, es exigencia inexcusable tener que probar la imputación porque los hechos son necesariamente objeto de prueba (*facta non praesumuntur, sed probantur*: los hechos no se presumen, se prueban). Por eso, hasta probar fehacientemente en contrario, ha de estarse a la presunción de inocencia, porque cualquiera se presume bueno, mientras no se demuestre radicalmente lo contrario” (Mixán Mass).

En el ámbito de la protección internacional de los DD.HH., el principio se recoge en los artículos 11 inc. 1° de la Declaración Universal; 25 de la Declaración Americana; 14 inc. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8 inc. 2° de la Convención Americana. En Latinoamérica figura en las constituciones de Bolivia (art. 16), Chile (art. 19 inc. 3°), Ecuador (art. 19 inc 17°-g), El Salvador (art. 12), Guatemala (art. 14), Honduras (art. 89), Nicaragua (art. 34 inc. 1°), Panamá (art. 22), Paraguay (art. 63). Chipre (art. 12 inc. 4°), Francia (por medio de la *Declaración* que forma parte de su texto constitucional), Italia (art. 27), Malta (art. 40 inc. 5°) y Portugal (art. 32 inc. 2°) son las únicas constituciones que lo consignan en el ámbito europeo.

- g) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito²⁸.

En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado

28 La libertad y seguridad personal registra su primer antecedente peruano en la Ley Fundamental en 1834. Allí se estableció que: "Ninguno puede ser arrestado ni preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito de Juez competente, que se le intimará al tiempo de la aprehensión" (art. 151).

Posteriormente, y con ligeras variantes, entre las que se dispuso el plazo máximo de 24 horas de detención fue comprendido en las constituciones de 1856 (art. 18), 1860 (art. 18), 1867 (art. 17), 1920 (art. 24) y la de 1933 (art. 56).

La libertad personal a la que alude el precepto comprende dos aspectos normativos de carácter sustantivo y procesal. El primero, alude a la prohibición de la privación arbitraria de libertad, la prohibición de la privación ilegal de la libertad y el principio de no retroactividad del derecho penal, vinculado con el principio de legalidad. Los aspectos procesales aluden fundamentalmente al derecho de todo acusado a ser informado de las razones de la privación de la libertad, el derecho de ser llamado sin demora ante un Juez; el derecho de recurrir a la justicia para impugnar la legalidad de la privación de la libertad; el derecho a ser procesado sin demora, y el principio según el cual la detención preventiva debe ser excepcional.

Básicamente, estos aspectos están comprendidos en los cuatro instrumentos internacionales de los DD.HH.:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 3, 9 y 11 inc. 2°), la Declaración Americana (arts. 1 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 9, 11 y 14 inc. 6° y 15 incs. 1° y 2°) y la Convención Americana (arts. 7, 9 y 10).

La legislación latinoamericana establece sendas garantías de la libertad y seguridad a través de las constituciones de Bolivia (art. 9), Brasil (art. 153 inc. 12°). Colombia (art. 24), Costa Rica (art. 37), Cuba (art. 57), Chile (art. 19 inc. 9°), República Dominicana (art. 8, inc. 2°-b), Ecuador (art. 19 inc. 17°-h), El Salvador (art. 13), Guatemala (art. 6), Haití (art. 24 inc. 2°). Honduras (art. 84), México (art. 19), Nicaragua (art. 33 inc. 1°), Panamá (art. 21), Paraguay (art. 59), Uruguay (arts. 15 y 16) y Venezuela (art. 60 inc. 1°), Europa, igualmente, afirma este clásico principio en las constituciones de Albania (art. 55), RFA (art. 104), RDA (art. 100), Austria (art. 2 de Ley de 1862), Bélgica (art. 7), Bulgaria (art. 48), Checoslovaquia (art. 30), Chipre (art. 11), Dinamarca (art. 71), España (art. 17), Grecia (art. 6), Irlanda (art. 40 inc. 4°), Islandia (art. 65), Italia (art. 13), Liechtenstein (art. 32), Luxemburgo (art. 12), Malta (art. 35), Mónaco (art. 19), Noruega (art.99); Finlandia (art. 87), Polonia (art. 87), Portugal (art. 27), Rumania (art. 31), Suecia (art. 3), Turquía (art. 30), URSS (art. 54) y Yugoslavia (art. 177 y 178).

que corresponde²⁹. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término³⁰.

- h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y

29 La actual Constitución establece el plazo de detención por un máximo de veinticuatro horas; esto, en principio, como regla. Al respecto, resulta provechoso observar que no existe un criterio uniforme en la legislación comparada sobre el plazo que, razonablemente, puede estar una persona hasta en tanto pase a la autoridad judicial; lo dominante sigue siendo el plazo de veinticuatro horas. A nivel latinoamericano, este plazo se mantiene en los textos de Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Panamá, Paraguay y Uruguay. Guatemala y Haití regulan en sus constituciones el plazo máximo de seis horas. República Dominicana establece el plazo de cuarentiocho horas. El Salvador de sesentidós horas, Nicaragua de setentidós horas, México regula un maximun de 3 días; Colombia mantiene el principio de veinticuatro horas, pero exceptúa por determinados delitos hasta diez días. A nivel Europeo, el plazo de veinticuatro horas es comprendido en las leyes fundamentales de la RFA, RDA, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Grecia, Luxemburgo, Mónaco, Rumania, etc. El plazo de cuarentiocho horas lo regulan las constituciones de Italia, Polonia, Portugal y Turquía. España establece un plazo de setentidós horas; Albania de tres días. Las constituciones que no establecen en forma expresa el plazo máximo de detención son: Argentina, Brasil, Cuba, Honduras y Venezuela, en el ámbito latinoamericano; Checoslovaquia, Finlandia, Holanda, Hungría, Irlanda, Liechtenstein, Noruega, Suecia, Suiza, URSS y Yugoslavia, en el ámbito Europeo.

30 La Constitución ha establecido la detención policial en los casos de terrorismo, narcotráfico y espionaje, no existiendo en el Perú fuente ni antecedente al respecto. La redacción en sí no es tan feliz, pues la excepción que establece a la detención hasta por quince días viene generando dos interpretaciones contrapuestas en su aplicación. A nivel comparado es quizá la única Constitución que establece en forma taxativa determinados delitos como causal de excepción a la detención prolongada de quince días. Una ojeada sobre el particular sólo lo tienen contadas constituciones. Así, Colombia regula la detención por un plazo hasta de diez días contra personas a quienes encuentren graves indicios de que atentan contra la paz pública (art. 28 último párrafo); Chile amplía la detención de veinticuatro a cuarentiocho horas y de cinco hasta diez días en el caso que se investigaran hechos calificados por la ley como conducta terrorista (art. 19 inc. 7°-a). En Europa, Italia, en forma laxa comprende los delitos contra la seguridad del Estado (art. 13); Turquía amplía la detención por delitos contra la seguridad del Estado o cuando se cometan durante el Estado de Guerra o Estado de Sitio por un plazo hasta de quince días (art. 30).

ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad³¹.

- i) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previsto por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad³².

31 Es evidente que en la actualidad al Derecho Constitucional no le interesa toda la problemática del fenómeno jurídico: solamente se ocupa de aquellos aspectos que por su materia son fundamentales para la organización y la funcionalidad esencial de un Estado. Vale decir, para la "constitución" de ese Estado. Dentro de la parte "dogmática" que tiene una Constitución, es obligado consignar que en los últimos años parece abrirse paso a nuevas tendencias del Derecho Constitucional Moderno; y, entre esas tendencias, se observa cómo últimamente los documentos constitucionales han mostrado su preocupación por asuntos que otrora eran de naturaleza extra y subconstitucional y que hoy pasan, por su evidente dimensión e importancia en la vida moderna, al plano de lo constitucional. Esta tendencia consiste en enumerar, en forma más o menos prolija en los preceptos constitucionales, los *derechos procesales del ciudadano*. El texto peruano hace gala de detalles con afanes reglamentistas; lo que si bien muchos pueden criticar en la actualidad y a la altura de nuestro tiempo violentista, resulta útil y positivo que se inscriban en el rango constitucional. Gran parte de estos derechos procesales se consignan en el art. 2 inc. 20° y el art. 233 del texto peruano.

El precepto es, pues, una típica norma de carácter procesal. En lo que atañe al derecho del detenido a ser informado de la causa de su detención, no ha figurado en ninguna Constitución de la República; igual ocurre en la parte relativa al derecho a comunicarse y a la asistencia de letrado.

Con fórmulas más o menos idénticas, y con algunas particularidades propias de cada régimen constitucional, estos derechos se encuentran en las constituciones latinoamericanas de Argentina (art. 18), Bolivia (art. 16), Brasil (art. 153 inc. 15°), Cuba (art. 58), Chile (art. 19 inc. 3°), Rep. Dominicana (art. 8 inc. 2°-j), Ecuador (art. 19 inc. 17°-c e i), El Salvador (art. 12), Guatemala (art. 7 y 8), Haití (art. 24 inc. 3°-c), Honduras (art. 82), México (art. 20 inc. ix), Nicaragua (art. 33 inc. 2°, párrafo 2.1 y art. 34 incs. 4° y 5°), Panamá (art. 22), Paraguay (art. 62); Uruguay (art. 16) y Venezuela (art. 60 inc. 5°).

En Europa se regulan en la RFA (art. 104 inc. 3°), RDA (art. 102), Checoslovaquia (art. 103 inc. 3°), Chipre (art. 11 inc. 4°), España (arts. 17 inc. 3° y 24 inc. 2°), Grecia (art. 20), Holanda (art. 171), Hungría (art. 49 inc. 2°), Italia (art. 24), Liechtenstein (art. 33), Malta (arts. 35 inc. 2° y 40 inc. 6°), Portugal (arts. 27 inc. 4° y 32), Rumania (art. 31), Turquía (art. 30), URSS (art. 158) y Yugoslavia (arts. 180 y 182).

32 Disposición nueva en nuestro ordenamiento constitucional y reflejo, una vez más, de las modernas tendencias a consignar en forma expresa los derechos procesales de los ciudadanos. Este precepto, como otros tantos, tienen innegable influencia en los instrumentos internacionales de DD.HH.

- j) Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplea incurre en responsabilidad penal³³.
-

En rigor, el derecho a no ser incomunicado y la obligación de la autoridad de señalar el lugar donde se encuentre el detenido, forma parte del Derecho a la Seguridad de la persona. Aquí se debe precisar que la norma alude a la incomunicación de inculpado, mas no del reo, pues este último reviste una mayor complejidad en el trato respecto a una serie de problemas como el *aislamiento*, la *incomunicación de los reclusos*, la *visita familiar*, el *derecho al intercambio de correspondencia* y diversas reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las condiciones de su detención que forman parte fundamentalmente de la penología. Esta norma constitucional, como se tiene dicho, comprende fundamentalmente a las personas que aún no están a disposición de la autoridad judicial, sino del *poder de policía*. Queda claro que la norma establece como regla la prohibición de la incomunicación y la incomunicación como excepción. Con todo, cuando la incomunicación se impone durante la detención preventiva puede incursionarse en graves violaciones a los Derechos Humanos, tales como el derecho a ser llevado ante un juez, a interponer el Hábeas Corpus o el de tener asistencia de un abogado para la defensa.

Son pocas las constituciones que establecen esta garantía y todas son exclusivamente latinoamericanas, como la constitución boliviana (art. 16), costarricense (art. 44), chilena (art. 19 inc. 7°-d), guatemalteca (art. 19 inc. c), hondureña (art. 71) y nicaragüense (art. 33 inc. 5°).

- 33 Este precepto es, en parte, refundido en el art. 234 del texto peruano, y ambos han tenido como fuente inmediata diversos instrumentos internacionales de DD.HH. Esta norma es también hija de la Segunda Post Guerra Mundial, en la que se evidencia una tendencia innegable a la protección cada vez mayor de los derechos del individuo. Dentro de esta problemática, aparte de los textos generales en materia de derechos fundamentales, existen otros más específicos que se han preocupado, en este caso, por abordar la problemática de las *torturas*, contexto en el que está inmerso el precepto constitucional. Así pues, la "Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" de la ONU (aprobado en su sesión de 9 de diciembre de 1975) define lo que es tortura en el art. 1. Posteriormente se ha hecho una definición más relevante en la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", adoptado por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984, definiendo la tortura en el art. 1. El art. 2 de la "Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura", aprobado por la Asamblea General de la OEA, el 9 de diciembre de 1985, contiene una definición de tortura aún más amplia. Por lo pronto resulta provechoso consignar esta última definición que reza "Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infrinja a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor

- k) Nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad³⁴.
- l) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos³⁵, ni juzgada por tribunales de excep-

físico o angustia física. No están comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo". Dentro de este marco conceptual, indudablemente que las declaraciones obtenidas por la violencia constituyen actos de tortura al que alude el mencionado precepto constitucional. Una breve ojeada en el campo comparado sobre esta materia se encuentra consignado en las constituciones latinoamericanas de Bolivia (art. 12), Costa Rica (art. 40), Cuba (art. 58 último párrafo), El Salvador (art. 12), Guatemala (art. 9), Haití (art. 25), Honduras (art. 88), México (art. 19 último párrafo, comprendiéndolo en forma implícita), Uruguay (art. 20) y Venezuela (art.60 inc. 3°). En el campo europeo se registra en la RFA (art. 104 inc. 1° en forma tácita), Grecia (art. 7 inc. 2°), Malta (art. 37), Portugal (art. 26 y 32 inc. 6°, que es idéntico al Perú) y Turquía (art. 14).

- 34 La norma tiene como antecedente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 8 inc. 2°-g) y la Convención Americana (art. 8 inc. 3°). La prohibición de prestar juramento y la prohibición de las declaraciones inculpatorias involuntarias contra sí y familiares está íntimamente vinculado con la presunción de inocencia (art. 2-20-f), la prohibición de declaraciones obtenidas por la violencia (art. 2-20-j); y el derecho del acusado de recibir asistencia jurídica para la defensa (arts. 2-20-h y 233 inc. 9°).

La doctrina ha destacado que para que exista una protección real a estas disposiciones es requisito que nadie sea interrogado sin la presencia de un Juez, del Ministerio Público y de un abogado.

En el plano latinoamericano es común este precepto. Se registra en las constituciones de Argentina (art. 18), Bolivia (art. 14), Costa Rica (art. 36), Chile (art. 19 inc. 7°-f), Rep. Dominicana (art. 8, inc. 2°-i), Ecuador (art. 19, inc. 17°-f), Guatemala (arts. 8 y 16), Honduras (art. 88), México (art. 20-II), Nicaragua (art. 34 inc. 7°), Panamá (art. 25), Paraguay (art. 62), Uruguay (art. 20) y Venezuela (art. 60 inc. 4°). En el sistema constitucional europeo resulta rara la incorporación de estas garantías, aun cuando, en parte, se encuentren subsumidas en otras declaraciones.

- 35 De una u otra manera, esta redacción está vinculada a los arts. 220, 228 y 229 de la Constitución de 1933. El art. 220 establecía que el poder de administrar justicia se ejercía por los tribunales y juzgados establecidos en la Constitución y la ley. Esta garantía fue prevista en todas las constituciones peruanas. El art. 229 consagraba la prohibición de todo juicio por comisión, cuyo remoto antecedente venía de la Constitución de 1834 (art. 124). El art. 229 establecía *in verbis* que: "La ley

ción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación³⁶.

determinará la organización y las atribuciones de los tribunales militares y de los demás tribunales y juzgados especiales que se establezcan por la naturaleza de las cosas". Esta fórmula fue igualmente consagrada en la Constitución de 1920.

La norma actual consagra diversos principios procesales. Respecto a las garantías de no ser desviados de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometido a procedimientos distintos que los preestablecidos, figuran en las constituciones de Argentina (art. 18), Bolivia (art. 14), Colombia (art. 26), Costa Rica (art. 35), Chile (art. 19 inc. 3°), Ecuador (art. 19 inc. 17°-d), Guatemala (art. 12), Honduras (art. 90), Nicaragua (art. 34 incs. 2° y 3°). A nivel europeo se registra en los textos de la RDA (art. 101), Austria (art. 83), España (art. 24 inc. 2°), Grecia (art. 8), Holanda (art. 170), Italia (art. 25), Liechtenstein (art. 33), Luxemburgo (arts. 13 y 86), Malta (art. 42), Portugal (art. 32 inc. 7°), Suecia (art. 2 cap. 2), Suiza (art. 58) y Turquía (art. 32).

- 36 Como se podrá apreciar, la Constitución ha consagrado en el rango constitucional la prohibición de los tribunales de excepción. Esta disposición, de una u otra forma, se reitera en los arts. 232, 233 inc. 1°, 235 y 282 del propio texto. Evidentemente que el creciente uso de la jurisdicción militar o especial para juzgar delitos comunes y políticos ha sido, sin duda, una de los problemas de mayor trascendencia en materia de protección de los derechos humanos durante estos últimos años, los mismos que se reflejan no sólo en las constituciones, sino también en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1) regula, aunque no de manera tan explícita, la garantía de un tribunal competente, independiente e imparcial. El temperamento del Comité de Derechos Humanos ha sido renuente a considerar los tribunales especiales que juzguen a civiles. La Convención Americana (art. 8.1) igualmente consagra este principio, y la doctrina de la Comisión Interamericana ha llegado a sostener que el enjuiciamiento de civiles por tribunales especiales sólo se justifica mediante la existencia de un Estado de Excepción originado en una verdadera amenaza a la vida de la Nación.

No obstante lo expuesto, actualmente predomina la idea de que no se debe extender la competencia de los tribunales militares. La jurisdicción castrense debe entenderse limitada sólo a las infracciones de orden disciplinario que afecten el orden jerárquico interno, en los que participe exclusivamente personal militar. Los ilícitos penales cometidos por personal militar deberán quedar sometidos a jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

A nivel de la legislación comparada, las constituciones que no tratan la problemática de los tribunales militares ni garantizando ni prohibiendo absolutamente nada sobre el particular, son los países de Albania, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Inglaterra, Hungría, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Noruega, Suecia, Suiza. A nivel latinoamericano, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, Ecuador, Panamá y Venezuela. Las Constituciones que sí abordan a los tribunales militares son los de la RFA (art. 96), RDA (art. 92), Austria (art. 84), Bélgica (art. 105), Bulgaria (art. 126), Checoslovaquia

- II) La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de cosa juzgada³⁷.

Artículo 3°.- Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables³⁸.

(art. 98), España (art. 117.5), Grecia (art. 46.4), Holanda (art. 164), Irlanda (art. 38 inc. 3.1), Italia (art. 103), Polonia (art. 59.4), Portugal (art. 212.2), Rumania (art. 101), Turquía (art. 138), URSS (art. 151) y Yugoslavia (art. 221). En el plano latinoamericano, Brasil (art. 127 y ss), Colombia (art. 170), El Salvador (art. 216), Guatemala (art. 219), Haití (art. 182.1), Honduras (art. 275), México (art. 13), Nicaragua (arts. 185 y 199), Paraguay (art. 43) y Uruguay (art. 253). Ahora bien, dentro de este régimen constitucional, las constituciones que tienen jurisdicción para conocer *asuntos exclusivamente militares* son los de RDA, RFA, Austria, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Italia, Portugal, Austria y Holanda lo expresan en forma implícita. En Latinoamérica, los países de Colombia, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras (aunque deriva a la legislación ordinaria, la constitución en forma implícita lo señala), México, Paraguay y Uruguay.

España, Irlanda, Polonia, Rumania y Nicaragua son los países que en forma expresa, y bajo ciertos presupuestos, el fuero militar sí puede ser competente para juzgar asuntos civiles, derivados básicamente por delitos contra la seguridad del Estado.

- 37 Esta norma es una novedad en el ámbito constitucional peruano y comparado. No obstante, la mayoría de los textos constitucionales regulan las atribuciones del Congreso para ejercer el derecho de amnistía; y el Ejecutivo, de conceder los indultos.
- 38 Este precepto es absolutamente novedoso no sólo en el campo latinoamericano, sino también europeo; cabe, por lo tanto, rescatar este singular aporte peruano al Derecho Constitucional Comparado. Evidentemente existen algunas constituciones —como la española, v. gr.— que consignan el término “persona jurídica” (art 27 inc. 6°); pero es el texto peruano el que ha logrado fraguar —en una estupenda fórmula normativa— la extensión de los derechos constitucionales a las personas jurídicas, como producto de la actual dirección del pensamiento contemporáneo sobre la persona. Y es que en la actualidad existe un esfuerzo muy loable y significativo por vadear viejas concepciones en torno a la persona jurídica. Como tiene anotado el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego: “En la más reciente doctrina y jurisprudencia comparada se hace cada vez más patente la tendencia a distinguir entre el plano lógico-formal, en el que se hallan los ordenamientos jurídicos y los conceptos atinentes a la persona, de aquél otro existencial, donde aparece y actúa siempre el hombre, individualmente considerado, ya sea que se le aluda en forma inmediata por el ordenamiento jurídico o se le miente, en forma mediata, por un ordenamiento jurídico parcial en el caso que se desempeñe en nombre y representación de una persona jurídica o de cualquier centro ideal de referencia para la imputación de deberes y facultades. Delínease así una vasta corriente de pensamiento que se caracteriza por aprehender el fenómeno jurídico en su totalidad, sin descartar ninguno de los elementos que lo conforman en reciproca exigencia” (Cf. “La persona en la doctrina jurídica contemporánea”. Lima 1984. p. 77).

Artículo 4°.- La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno³⁹.

Aun cuando se pueda criticar que el texto peruano ha limitado la protección sólo a las personas jurídicas nacionales —contradiciendo el principio constitucional de la igualdad ante la ley (art. 2-1°) —, por encima de ello, la fórmula es innovadora, pues proyecta una protección de los derechos constitucionales, ya no sólo a las personas de carne y hueso, sino también a las personas morales.

- 39 ¿Los derechos fundamentales de las personas se agotan con el simple enunciado normativo del texto constitucional?. Evidentemente que no. En la concepción racionalista —propia del liberalismo decimonónico—, se concebía que la ley era la expresión de la razón natural, y que en consecuencia, toda la legislación positiva estaba en capacidad de regular todas las situaciones jurídicas de la realidad y las diversas relaciones intersubjetivas de los hombres. Esta deificación a la ley ha quedado arrinconada en la historia. En la actualidad, el constitucionalismo moderno simplemente se encarga de establecer las grandes matrices axiológicamente asimilables al ámbito constitucional. Es comprensible entonces que el art. 4 exprese que la enumeración de los derechos fundamentales reconocidos en el propio texto no excluye a otros, pues con el simple catálogo de derechos no se agota toda la problemática de los derechos humanos. Este precepto es de suyo fundamental para los efectos de la interpretación que deben realizar la magistratura, pues en virtud a los principios constitucionales, y a la propia jurisprudencia, existirán diversos derechos derivados de las *cláusulas de los derechos no enumerados* por la Constitución que reputarán una verdadera alcornia constitucional. Latinoamérica ostenta la autoría de esta fórmula constitucional. Así se prevé en la constitución boliviana (art. 35), ecuatoriana (art. 19), costarricense (art. 74), dominicana (art. 10) salvadoreña (art. 52), ecuatoriana (art. 19), guatemalteca (art. 44), hondureña (art. 63), nicaragüense (art 46), paraguayaya (art. 80) y uruguayaya (art. 72).

DERECHOS FUNDAMENTALES: FUENTES Y ANTECEDENTES*

La Constitución peruana fue sancionada y promulgada por la Asamblea Constituyente el 12 de Julio de 1979 y puesta en vigor el 28 de julio de 1980.

A la Constituyente llegaron diversos representantes de organizaciones políticas disímiles: 37 por el Partido Aprista, 30 entre las diversas agrupaciones de la Izquierda Marxista, 25 por el Partido Popular Cristiano, 4 del FRENATRACA, 2 de la Unión Nacional Odriísta y 2 del Movimiento Democrático Peruano. En total fueron 100 miembros de la Asamblea Constituyente. Esta composición políticamente heterogénea que hubo en el seno de la Constituyente nos permite ubicar, en perspectiva histórica, un hecho concreto: la Constitución fue el resultado de diversas transacciones. En efecto, el texto peruano recepcionó una serie de motivaciones no sólo de parte de los propios constituyentes, sino también de influencias de varios factores, como los graves problemas económicos y sociales que, quiérase o no, inspiraron diversas normas de contenido económico, social y cultural, aunque todas ellas de naturaleza programáticas y declarativas.

Recordemos brevemente que una vez instalada la Asamblea Constituyente, el 28 de julio de 1978, aprobó su Reglamento

* Escrito en 1987.

Interno y formáronse una serie de *Comisiones Especiales*, a las que se les encomendó el estudio y la preparación de los títulos de la futura Carta Fundamental. Como lo destacara Domingo García Belaunde, este procedimiento se tuvo que adoptar en vista de la circunstancia peculiar de la Asamblea, pues al revés de las constituciones anteriores, la Carta de 1979 careció de un proyecto constitucional e incluso de lineamientos de bases (Cfr. Domingo García Belaunde: "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución Peruana de 1979", *Rev. Derecho*, Lima, 1981, N° 35, p. 69).

En lo que respecta al tema de los Derechos de la Persona, la Comisión Especial de "Derechos y Deberes Fundamentales - Garantías", fue presidida por el constituyente Mario Polar Ugarteche y la integraron Javier Valle Riestra, Carlos Roca Cáceres, Luis E. Heysen I., Alfonso Rómulo Ramos Alva, Roberto Ramírez del Villar, Pedro Cáceres Velásquez, Magda Benavides Morales, Víctor Cuadro Paredes y Miguel Echeandía Urbina.

La prescripción constitucional de los derechos y deberes de la persona quedó definitivamente en el título I bajo el ya clásico epígrafe del constitucionalismo moderno "Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona". Como ya lo han destacado en el trabajo al alimón Enrique Bernaldes y Marcial Rubio, lo esencial de la elaboración y la aprobación de la Constitución se hizo en la Comisión Principal. Pero las actas de esta Comisión no están aún publicadas, y ello constituye una dificultad para el estudio de las fuentes utilizadas (Cfr. "Constitución: Fuentes e interpretación", Lima, Mesa Redonda Edit., 1988, p. 53). Por otro lado, los 8 volúmenes de los Diarios de los Debates, en rigor, no arrojan ninguna pista sobre las discusiones sustantivas en el interior de la Constituyente.

No obstante este sensible vacío, la Comisión Principal que coordinó el Proyecto de la Constitución con la Comisión Especial sobre Derechos y Deberes Fundamentales - Garantías, publicó una laconica Exposición de Motivos en que declaraba: "Hemos creído, sin pecar de individualistas, sino muy por el contrario, como creyentes que el hombre vive en sociedad, y que la sociedad se organiza en Estado. Hemos creído necesario comenzar por definir los derechos y garantías esenciales de la célula social que es el hombre como persona". A renglón seguido afirman: "No se trata de rendir pleitesía a

la concepción en boga sobre la primacía de los Derechos Humanos... lo hacemos por creer que, definidos los derechos y las garantías del hombre peruano, se llega con mayor claridad y lógica a concebir la estructura que lo defienda, garantice y estimule, y que lo represente como el ente jurídico debidamente delineado". La Comisión expresaba, por otro lado, que el Proyecto había tenido en cuenta no sólo la Constitución de 1933 y numerosas otras constituciones de países europeos y americanos, sino también la Carta Internacional de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, así como diversos pactos y convenios internacionales suscritos por el Perú. La Comisión, como ha quedado normado en el texto político, hizo una minuciosa y detallada enumeración de los derechos y deberes fundamentales que, según la propia Exposición de Motivos, aseguraba "que no creía que se le haya escapado alguno" (Cfr. Domingo García Belaunde, *op. cit.*, p.70).

Por nuestra parte, queremos, en esta breve nota, puntualizar algunos aspectos en torno a las fuentes y antecedentes sobre los derechos y deberes de la persona del actual texto político.

En rigor, existen diversas normas que no reconocen ninguna fuente en anteriores constituciones peruanas; pero, igualmente, hay una considerable normatividad que sí tiene añejos antecedentes. Recordemos brevemente que la Carta Fundamental de 1979 es la undécima en nuestra agitada vida republicana; y, aun cuando en los anteriores textos constitucionales peruanos no se haya estructurado una prolija enumeración de los derechos fundamentales, esto no impide reconocer que, en líneas generales, la tradición constitucional peruana sí se cuidó de afirmar, por lo menos a nivel declarativo, una serie de derechos y libertades típicas del liberalismo decimonónico. Y, en lo fundamental, esta misma situación ha ocurrido en las demás constituciones a nivel comparado. La explicación, en el sentido de que es relativamente reciente la preocupación por la normativización de la persona en los textos constitucionales —lo que no ocurre en el ámbito del derecho civil—, debemos verla en perspectiva histórica: la fuerza expansiva por la constitucionalización de los derechos humanos recién empieza a normativizarse en los albores del presente siglo y, a nivel de su dimensión internacional, a partir de las funestas con-

secuencias de la Segunda Gran Guerra (1945). A todo esto hay que agregar que el tema de los Derechos Humanos es, aunque parezca paradójal, antigua como moderna. Es moderna en cuanto a su propia expresión, pues, hoy por hoy, constituye una idea fuerza disuasoria y liberadora en contra de cualquier tipo de avasallamiento y violación de cualquier derecho inherente a todo ser humano. Es de antigua data en cuanto que “la locución “derechos humanos” es una ampliación de lo que durante el siglo XVIII y XIX se conoció genéricamente como “derechos del hombre”, y ésta a su vez no es sino la expresión secularizada de lo que la historia del pensamiento conoce como “derecho natural”, “derecho justo” o simplemente “justicia” (Domingo García Belaunde: “Los Derechos Humanos como Ideología”, Rev. Derecho, PUC, Lima, 1982, N° 36, p. 101).

Un breve esquema en las fuentes y antecedentes sobre los derechos y deberes de la persona del actual texto puede realizarse en dos niveles:

1. *Derechos y libertades que sí tienen antecedentes en el constitucionalismo peruano*, el que comprende los antecedentes normativos no sólo del texto constitucional de 1933, sino de anteriores a él. Veamos.

- a) Libertad de conciencia y de religión, libertad de culto (Art. 2 inc. 3°): Constitución de 1933: Art 59; Constitución de 1920: Art. 23.
- b) Libertad de pensamiento y de expresión (Art. 2 inc. 40): Constitución de 1933: Arts. 63 y 64; Constitución de 1920: Art. 34; Constitución de 1867: Art. 20; Constitución de 1860: Art. 21; Constitución de 1856: Art. 20; Constitución de 1839: Art. 156; Constitución de 1834: Art. 147; Constitución de 1828: Art. 153; Constitución de 1923: Arts. 182 inc. 4° y 193 inc.7°.
- c) Inviolabilidad del domicilio (Art. 2 inc. 7°): Constitución de 1933: Art. 61; Constitución de 1920: Art. 31; Constitución de 1867: Art. 29; Constitución de 1860: Art. 31; Constitución de 1856: Art. 30; Constitución de 1839: Art. 158; Constitución de 1834: Art. 155; Constitución de 1826: Art. 146; Constitución de 1823: Art. 118.
- d) Inviolabilidad del secreto de papeles privados y las comunicaciones (Art. 2 inc. 8°): Constitución de 1933: Art. 66; Constitución de 1920: Art. 32; Constitución de 1867: Art. 21; Constitución de 1860: Art. 22; Constitución de 1856: Art. 21; Constitución de 1839: Art.

- 159; Constitución de 1834: Art. 156; Constitución de 1828: Art. 156; Constitución de 1823: Art. 193 inc. 4..
- e) Libertad de residencia, tránsito y permanencia en el país (Art. 2 inc. 9°); Constitución de 1933: Art. 67; Constitución de 1920: Art. 29; Constitución de 1867: Art. 19; Constitución de 1860: Art. 20; Constitución de 1856: Art. 19; Constitución de 1839: Art. 157; Constitución de 1834: Art. 148 Constitución de 1828: Art. 154 Constitución de 1826: Art 144.
- f) Derecho de reunión (Art. 2 inc. 10°); Constitución de 1933: Art. 62; Constitución de 1920: Art. 33; Constitución de 1867: Art. 27; Constitución de 1860: Art. 29; Constitución de 1856: Art. 28.
- g) Libertad de asociación (Art. 2 inc. 11°): Constitución de 1933: Art. 27; Constitución de 1920: Art. 37; Constitución de 1867: Art. 27; Constitución de 1860: Art. 29; Constitución de 1856: Art. 28.
- h) Libertad de contratación (Art. 2 inc. 12°): Constitución de 1933: Art. 44.
- i) Libertad de elegir el trabajo (Art. 2 inc. 13°): Constitución de 1933: Art. 42; Constitución de 1920: Art. 46; Constitución de 1867: Art. 22; Constitución de 1860: Art. 23; Constitución de 1856: Art. 22; Constitución de 1839: Art. 169; Constitución de 1834: Art. 162; Constitución de 1828: Art. 166; Constitución de 1826: Art. 148.
- j) Derecho a la propiedad (Art. 2 inc. 14° y Art. 125): Constitución de 1933: Art. 29; Constitución de 1920: Art. 38; Constitución de 1867: Art. 25; Constitución de 1860: Art. 26; Constitución de 1856: Art. 25; Constitución de 1839: Art. 167; Constitución de 1834: Art. 161; Constitución de 1828: Arts. 149 y 165; Constitución de 1823: Art. 193 inc. 3°.
- k) Derecho de petición (Art. 2 inc. 18°): Constitución de 1933: Art. 60; Constitución de 1920: Art. 30; Constitución de 1867: Art. 28; Constitución de 1860: Art. 30; Constitución de 1856: Art. 29; Constitución de 1839: Art. 171; Constitución de 1834: Art. 164; Constitución de 1828: Art. 169; Constitución de 1823: Art. 193 inc. 5°.
- l) Derecho a la nacionalidad (Art. 2 inc. 19° y Art. 89): Constitución de 1933: Arts. 4 y 5; Constitución de 1920: Arts. 59 al 62; Constitución de 1867: Arts. 32 y 36; Constitución de 1860: Arts. 33 al

37; Constitución de 1856: Arts. 32, 34 y 36; Constitución de 1839; Arts. 4 y 6; Constitución de 1828: Art. 4 incs. 3° al 6°; Constitución de 1826: Art. 11 inc. 4°; Constitución de 1823: Art. 10 inc. 3°.

- ll) Principio de ejercicio del derecho dentro de la ley (Art. 2 inc. 20-a): Constitución de 1933: Art. 24; Constitución de 1920: Art. 19; Constitución de 1867: Art. 13; Constitución de 1860: Art. 14; Constitución de 1839: Art. 176; Constitución de 1834: Art. 144; Constitución de 1828: Art. 150.
- m) Libertad personal irrestricta, prohibición de esclavitud, servidumbre y trata (Art. 2 inc. 20-b): Constitución de 1867: Art. 16; Constitución de 1860: Art. 17; Constitución de 1856: Art. 17; Constitución de 1834: Art. 146.
- n) Prohibición de detención por deudas (Art. 2 inc. 20-c): Constitución de 1933: Art. 58; Constitución de 1920: Art. 25; Constitución de 1828: Art. 128.
- o) Principio de legalidad (Nullum crimin sine lege-Nulla poena sine lege) (Art. 2 inc. 20-d): Constitución de 1933: Art. 57; Constitución de 1920: Art. 26.
- p) No hay delito de opinión (Art. 2 inc. 20-e): este principio, que a su vez es una garantía de la seguridad personal, estuvo implícitamente regulado en los antecedentes del Art. 2 incs. 3° y 4°.
- q) Motivación judicial para la detención (Art. 2 inc. 20-g): Constitución de 1933; Art. 56; Constitución de 1920: Art. 24; Constitución de 1860: Art. 18; Constitución de 1867: Art. 17; Constitución de 1856: Art. 18.

2. *Derechos y libertades que no tienen antecedentes en el constitucionalismo peruano*, comprende las innovaciones normativas que por vez primera se incorporan a nuestro sistema jurídico-constitucional; sin embargo, dichas normas reguladoras de los derechos y libertades de la persona sí tienen como fuentes y antecedentes los textos constitucionales de los diversos países, así como diversos instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Veamos las innovaciones introducidas por la actual constitución en tomo a los derechos y libertades de la persona:

- a) La persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1).

- b) Derecho a la vida, al nombre, a la integridad física, derechos del nasciturus (Art. 2 inc. 1°).
- c) Principio de la igualdad ante la ley (Art. 2 inc. 2°).
- d) Derecho al honor, la reputación, intimidad personal y familiar, la propia imagen: Derecho de rectificación (Art. 2 inc. 5°).
- e) Libertad a la creación intelectual, artística y científica (Art. 2 inc. 6°).
- f) Derecho a un nivel de vida de bienestar (Art. 2 inc. 15°).
- g) Derecho a la participación individual o asociada (Art. 2 inc. 16°).
- h) No hay delito de opinión (Art. 2 inc. 20-e); si bien no ha estado taxativamente contemplada esta garantía constitucional, implícitamente fue normada en anteriores textos bajo la libertad de conciencia, religión y de culto.
- i) Presunción de inocencia (Art. 2 inc. 20-f).
- j) Derecho de defensa (Art. 2 inc. 20-h).
- k) Derecho a la no incomunicación y a la ubicación del detenido (Art. 2 inc. 20-i).
- l) Prohibición de los medios violentos en las declaraciones (Art. 2 inc.20-j).
- ll) Derecho a no reconocer culpabilidad en causa contra sí mismo (Art.2 inc. 20-k).
- m) Prohibición de desviar la jurisdicción y el cambio de procedimiento (Art. 2 inc. 20-l).
- n) Derecho a la amnistía e indulto (Art. 2 inc. 20-ll).
- o) Extensión de los derechos fundamentales de la persona natural a las personas jurídicas (Art. 3).
- p) La enumeración de los derechos fundamentales de la persona es de carácter enunciativo y no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga (Art. 4).

Por lo tanto, aun cuando sólo abordaremos los derechos relativos al Capítulo 1 De la Persona, existe, igualmente, una novedosa nor-

matividad en torno a los *derechos económicos, sociales y culturales*, cuya estructura forma parte del mismo Título 1 de la Constitución peruana. Así tenemos la regulación jurídica de la *Familia* (Cap. II), de la *Seguridad Social, Salud y Bienestar* (Cap. III), de la *Educación, la Ciencia y la Cultura* (Cap. IV), del *Trabajo* (Cap. V); igualmente normas relativas a los *Funcionarios Públicos* (Cap. VI), y a los clásicos *Derechos políticos* (Cap. VII) y *Deberes* (Cap. VIII).

Con todo, es menester destacar que los Derechos Humanos tienen ya un amplio repertorio normativo inscrito taxativamente en el marco constitucional patrio como derechos fundamentales. Sin embargo, debe puntualizarse que diversas normas ya han estado explícita o implícitamente reguladas en un nivel infra o sub-constitucional, vía legislación ordinaria, como el Código Civil, Penal, Procesal Penal y leyes laborales.

Como vemos, pues, es innegable que los derechos de las personas no sólo forman parte de las constituciones, sino que también tienen una dimensión que desborda los marcos internos de la jurisdicción doméstica para ubicarse en una trascendencia internacional. En este sentido, como ya se ha afirmado, en el presente siglo se han perfilado diversos instrumentos internacionales que *constituyen una verdadera fuente vinculatoria* a nuestra normatividad constitucional.

Las Cartas de ratificación de los principales instrumentos internacionales de los Derechos Humanos suscritos por el Perú, son las siguientes:

- I. *Instrumentos generales de carácter universal*
 - i) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
 - ii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
 - iii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
 - iv) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- II. *Instrumentos generales de carácter regional*
 - i) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

- ii) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- III. *Instrumentos relativos a la eliminación de la discriminación*
 - i) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).
 - ii) Convención Internacional sobre la Prevención y Castigo del Delito de Apartheid (1933).
 - iii) Convenio de la OIT (Núm. 100) relativo a la Igualdad de la Remuneración para Hombres y Mujeres por Trabajos de Igual Valor (1951).
 - iv) Convenio de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación (1960).
 - v) Convenio de la OIT (núm. 111) relativo a la Discriminación en el Empleo y la Ocupación (1958).
- IV. *Instrumentos referidos a temas específicos*
 - *Genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad.*
 - i) Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (1948).
 - *Esclavitud, trata de personas, trabajo forzoso*
 - i) Convenio de la OIT (núm. 29) relativo al Trabajo Forzoso (1930).
 - ii) Convenio de la OIT (núm. 105) referente a la Abolición del Trabajo Forzoso (1957).
 - *Asilo*
 - i) Convención de la OEA sobre Asilo (1928).
 - ii) Convención de la OEA sobre Asilo Político (1933).
 - iii) Convención de la OEA sobre Asilo Diplomático (1954).
- V. *Instrumentos relativos a la protección de grupos determinados*
 - *Extranjeros, refugiados, apátridas.*
 - i) Convención relativa al Estatuto del Refugiado (1951).
 - *Trabajadores*

- i) Convenio de la OIT (número 11) relativo a los Derechos de Asociación de los Trabajadores Agrícolas (1921).
- ii) Convenio de la OIT (número 87) relativo a la Libertad de Asociación y a la Protección del Derecho a Organizarse (1948).
- iii) Convenio de la OIT (número 98) relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Organizarse y a la Negociación Colectiva (1949).
- *Mujeres*
 - i) Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1952).
 - ii) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. (Este instrumento es coetáneo al texto constitucional peruano de 1979, habiendo sido aprobado por el Congreso mediante R. Leg. N° 23432 el 4.VI.82).
 - iii) Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1949).
- *Combatientes, prisiones y civiles*
 - i) Convención de Ginebra para el mejoramiento de las Condiciones de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla (1949).
 - ii) Convención de Ginebra para el Mejoramiento del Estado de los Miembros de las Fuerzas Armadas, Heridos, Enfermos o Náufragos en el Mar (1949).
 - iii) Convención de Ginebra relativa al Trato de los Prisioneros de Guerra (1949).
- iv) Convención de Ginebra relativa a Personas Civiles en Tiempo de Guerra (1949).

Estos son, pues, los instrumentos internacionales que constituyen fuentes de elaboración a la parte dogmática del actual marco constitucional.

Como breve reflexión final, se debe señalar algunos aspectos. A nivel de las fuentes y antecedentes que se ha tenido en el proceso cons-

titucional de 1978-79 — en cuanto a los derechos de las personas o derechos humanos — encontramos que no ha existido un simple copismo de viejos textos constitucionales de manufactura típicamente liberal. Y aunque la actual Carta Fundamental siga anclada al pensamiento liberal (como se ha visto en los antecedentes de las 10 constituciones nacionales), es indudable que también incorpora y actualiza buena cantidad de normas del pensamiento abiertamente socialista. Es más, sus autores — los 100 constituyentes — no sólo tuvieron la idea de una necesaria regulación amplia de la parte dogmática, que toda Constitución supone, sino que, fundamentalmente, afirmaron también la convicción del valor universal de los Derechos Humanos; sentimiento que, por otro lado, fue indiscutiblemente consensual en el seno de la constituyente. En líneas generales, el texto peruano trata de vadear una serie de lastres acumulados en los 47 años de experiencia en el marco constitucional de 1933 (con sus vigencias, mutaciones y — algunas veces — desconstitucionalizaciones), para enrumbar hacia nuevas perspectivas políticas, con algunas reglas de juego de mayor institucionalidad: incorporación de un Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Garantías Constitucionales, etc.

Todo esto se hace patente en el tema de los Derechos Fundamentales, al cual da un amplio respaldo con detalles y afanes reglamentistas — que creemos que no es negativo frente a algunas normas laxas que puedan prestarse a la aplicación arbitraria — vinculándolos a ciertos mecanismos procesales que tiendan a garantizar su efectividad. Así tenemos el *Hábeas Corpus* (que data desde 1897 y adquiere rango constitucional a partir de la Ley Fundamental de 1920), la *Acción Popular* (recogida de la Constitución de 1933), el *Amparo* (que se incorpora a nuestro ordenamiento con la actual Magna Carta) y la *Acción de Inconstitucionalidad* (sin precedentes en nuestra historia, pues se constituye en una verdadera jurisdicción constitucional *concentrada*). Igualmente se establece una *jurisdicción constitucional difusa*, a través de la *inaplicabilidad* de las normas contrarias a la Constitución o las leyes encomendadas al Poder Judicial (Arts. 87 y 236); más una sublime empresa de una *jurisdicción supranacional* (que la recoge del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica).

Con todo, los derechos fundamentales de la persona tienen, frente a eventuales vulneraciones o amenazas, una jurisdicción cons-

titucional que, no empece sus experiencias de discretas repercusiones, cuando no desalentadoras, habrá de constituirse en un desafiante derrotero que afirme, dentro de una sociedad abierta, los valores de los derechos humanos por encima de cualquier contingencia.

No obstante lo dicho, los derechos fundamentales de las personas se encuentran ante un sombrío panorama, no sólo en el Perú, sino también en gran parte de los países latinoamericanos y demás países en desarrollo del mundo. A poco más de una década para despuntar el nuevo siglo XXI, que será no solamente la era de la cibernética, la informática, la automatización, sino también de otros descubrimientos propios de la capacidad heurística del hombre, deberá ser, a la vez, la era por la reafirmación axiológica de los derechos humanos; reafirmación que, elevándose sobre los niveles líricos de una ilusa normatividad, trascienda a una vigencia efectiva dentro de los marcos de una democracia real, justa y socialista.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Sumario: Algunas consideraciones en torno a los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú: 1. Introducción. 2. Los principios generales del derecho. 3. Los principios constitucionales. 4. La ambigüedad ideológica en la constitución peruana de 1979. 5. Factores para la vigencia de una constitución. 6. Las normas constitucionales. 7. Clasificación de las normas constitucionales. 8. Las leyes de desarrollo constitucional en el Perú. 9. Apreciaciones finales. Addenda bibliográfica. Anexo: 10 años de legislación constitucional en el Perú (1980 - 1990)

“Toda Constitución es una transacción, en el sentido que ella —sus significados jurídicos— reciben una pluralidad de motivaciones, la influencia de varios factores, sean ellos económicos, sociales, políticos, históricos. De ahí que sea razonable la condición de que la interpretación no se cumple en el vacío. Al contrario, sus decisiones sobre importantes cuestiones sólo pueden ser comprendidas plenamente, cuando se las observa en los escenarios de la historia, la política y la economía de los cuales surgieron”

(César Enrique Romero: Introducción al Derecho Constitucional, Bs. Aires, 1976, p. 72)

“Actualmente, ya no se considera a las Constituciones como los centros de gravedad de los respectivos sistemas políticos nacionales, sino que se las considera simplemente como uno solo, aunque muy útil, de los numerosos elementos que componen y caracterizan un determinado sistema político. Las Constituciones no son un punto de partida ni un punto de llegada, sino solamente un punto intermedio en el desarrollo de un sistema político. En el mejor de los casos cabe esperar que la Constitución, junto con otros muchos instrumentos, ayude a coordinar las actividades y las expectativas de la nación”.

(IVO D. Duchacek: Derechos y libertades en el mundo actual, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976, pp. 62-63. cit. Por Domingo García Belaunde: “Cuarenta años de Constitucionalismo peruano”, en: Rev. De Derecho y CC.PP., UNMSM, Vol. 41, N° 1, 2 y 3 1977, pp. 104-105).

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

1. INTRODUCCIÓN

1. La Constitución que en la actualidad nos rige, fue fruto de un Poder Constituyente originario¹. El periplo de su vigencia se ini-

* El presente trabajo fue la ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Constitucional en noviembre de 1987. El texto, con ligeras variantes, se mantiene en su integridad. Aun con sus evidentes deficiencias, estimamos que constituye un tema relativamente novedoso en la problemática académica peruana. Al publicarlo, nos anima el propósito de contribuir, por medio del Instituto de Divulgación y Estudios Jurídico- Constitucionales (INDEJUC), a afirmar mínimamente los correctivos para el bien de nuestra aún endeble democracia. Se incluye una addenda bibliográfica y un anexo al trabajo original. Igualmente las apreciaciones finales se han reestructurado de acuerdo con los datos de los dos períodos gubernamentales (1980-90) (Nota de 1990).

1 Decimos que fue fruto de un Poder Constituyente originario –en oposición al derivado–; porque la Constitución de 1979 nace fuera de los marcos y procedimientos constitucionales o legales preestablecidos. Recuérdese que fue Sieyes el

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

cia, orgánicamente, a partir del 28 de julio de 1980, aun cuando cabe destacar que la propia Carta Política estableció “adelantar” su vigencia para determinados artículos que terminaron siendo observados por el Gobierno Militar. Pero, al margen de esta situación, instalado el primer poder constituido bajo el régimen del presidente Fernando Belaúnde Terry, la Constitución entró en pleno vigor y, como tal, iniciaba una nueva fundamentación al sistema jurídico existente.

que formulara la idea de que toda Constitución supone necesariamente la presencia de un Poder Constituyente, y en rigor, cabría hoy afirmar que nunca la elaboración de una Constitución es convocada por un gobierno *de iure*, sino *de facto*. Un planteamiento opuesto a la convocatoria a la Asamblea Constituyente fue postulado por el Dr. José Luis Bustamante y Rivero. El ex-presidente había propuesto que la elaboración de la nueva Constitución se hiciera de acuerdo con la Carta Política del 33, debiéndose convocar a un Congreso Ordinario con facultades constituyentes (Cfr. PEASE GARCIA, Henry y otros: *Perú 1977. Cronología política*, Vol. VI, Desco, 1979; p. 2773). Lo que deseaba el ilustre jurista era que la nueva Constitución no tuviera una partida de nacimiento espuria e inconstitucional, en la medida que era convocada por un gobierno de facto. Sin embargo, su propuesta — que no fue del todo aislada — tampoco era constitucional, y fue por muchos criticada (AA.VV.: *La constituyente ¿Para qué?* Retama Edit, Lima, 1978). En realidad, con el régimen iniciado en 1968 el Poder Constituido virtualmente saltó en pedazos, volviéndose a una etapa de primigeneidad. Las reformas introducidas por el Gral. Velasco desencadenaron una ruptura con el derecho vigente, y en ese contexto ya se observaba el desarrollo de un verdadero período constituyente destinado a crear un nuevo orden jurídico y constitucional que habría de institucionalizarse en 1978-79 con la Asamblea Constituyente (Cfr. BELAUNDE L. De R., Javier: *Algunas consideraciones en torno a los Gobiernos de Facto y las vigencias constitucionales*, en *Rev. DERECHO*, PUCP, Lima N° 32, 1974: p. 93 y ss.). La doctrina constitucional esgrime el planteamiento de que una Constitución supone el ejercicio de un Poder Constituyente, el que nace necesariamente de una decisión política y responde a una determinada coyuntura social, económica y política. La actual tuvo como entorno una crisis política que fue el elemento desencadenante a la convocatoria de la Constituyente, como paso previo a la democracia formal. Sobre el particular, puede verse los siguientes trabajos: BERNALES, Enrique: *Crisis Política: ¿Solución Electoral?*, Desco, Lima, 1978. PASARA, Luis: “El docenio Militar”, en *Historia del Perú*, Vol. VIII, Mejía Baca Edit., Lima, 1980. CHIRINOS SOTO, Enrique: *Historia de la República*, Lima 1985. Desde una perspectiva jurídica sobre el poder constituyente: RECASENS SICCHES, Luis: *El Poder Constituyente*; Madrid; LINARES QUINTANA, Segundo: *Teoría e historia Constitucional*, T. I; Alfa Edit., Buenos Aires, 1958. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: *El Poder Constituyente*, Buenos Aires, 1967. Aquí, en el Perú: ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *El Poder Constituyente*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978; DURAN ABARCA, W.: *Plebiscito del nuevo tipo y Constituyente*, UNMSM, Lima, 1978.

La normatividad anterior a la Constitución de 1979, sin embargo, ha venido manteniendo continuidad en virtud al principio de seguridad jurídica que subyace en todo ordenamiento constitucional²; pero, en tesis general, el orden jurídico previo a la Carta del 79 ha venido siendo reacomodado mediante abrogación o modificación expresa o tácita y conforme a los requerimientos del nuevo diseño constitucional³.

En esta perspectiva, desde que empieza a regir, la Constitución produce un efecto expansivo manifestado en la aprobación de nuevas normas y en la derogación o sustitución de otras anteriores, dentro del proceso ordinario de iniciativa legislativa. Siendo esto así, la irradiación jurídica de la Constitución debe manifestarse de acuerdo a una serie de principios que fluyen de su propia normatividad. Sin embargo, el grado de expansión jurídica no siempre se manifiesta de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, ni mucho menos en regla con los principios constitucionales. En efecto, como se podrá apreciar luego, no todas las normas del Texto Fundamental tienen un mismo grado de eficacia jurídica.

2 En los últimos años se viene desarrollando en Europa, fundamentalmente en España e Italia, la teoría del “Uso alternativo del Derecho”. En principio, esta teoría comporta la quiebra del principio de seguridad jurídica. Desde la idea de que la superestructura jurídica no es siempre reflejo exacto de las relaciones de producción capitalista, los defensores de esta teoría sostienen la posibilidad de que el Derecho sea también un terreno válido de la lucha de clases y no un terreno exclusivo de la clase burguesa. En este sentido, el uso alternativo del Derecho utiliza el Derecho vigente como un instrumento de la *lucha de clases* en favor de los sectores oprimidos, valiéndose de criterios de interpretación extensiva —por lo general— dentro de un sistema jurídico de corte capitalista. Sin embargo, esta teoría resulta ambigua, pues igual puede esgrimirse como criterio de interpretación en los sistemas jurídicos socialistas en favor de sectores ideológicamente liberales. Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús: “Los Principios Generales de Derecho y la Constitución” en AA.VV.: *La Constitución española y las fuentes del derecho*; Vol 1, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 1167-1175.

3 Con el decenio militar se promulgaron aproximadamente 6,200 decretos leyes que fueron objeto de una revisión por el Ejecutivo a través de la ley delegativa N° 23230. Es de señalar, sin embargo, que el Parlamento, al delegar sus facultades legislativas, previsto en el art. 188 del texto político, lo hizo rebasando los presupuestos en el que deben darse la legislación delegada. Un comentario específico a esta Ley puede verse en: BERNALES, Enrique: *Parlamento, Estado y Sociedad*, Desco, Lima, 1981, p. 67 y ss. Un balance sobre las facultades legislativas en el período del Presidente Belaúnde Terry, en EGUIGUREN, Francisco J.: “La legislación delegada en la Constitución peruana de 1979; algunos problemas y experiencias del período 1980- 1985” en *Derecho*, Rev. de la PUCP, N° 39, Lima, 1985, pp. 139-175.

2. En principio, toda Constitución puede ser jurídicamente considerada como una “unidad”. Desde esta perspectiva, todas sus normas obviamente tienen idéntico grado de validez y ocupan, como conjunto normativo, el rango jurídico de más alta jerarquía dentro del sistema jurídico positivo de un Estado. Sin embargo, al margen de esta clásica visión, si utilizamos un criterio analítico, podremos advertir una constatación empírica muy importante: algunas normas constitucionales, tienen más fuerza y eficacia práctica que otras. ¿Por qué ocurre esto? ¿Por qué todas las normas constitucionales, teniendo la misma validez y estando dentro del vértice supremo del orden jurídico, no cuentan con la misma eficacia? La respuesta, indudablemente, nos llevará a desarrollar la naturaleza de las normas de una Constitución rígida. Pero, por otro lado, es necesario también decantar otros aspectos conexos con lo primero. Si en la naturaleza del Estado Constitucional se encuentra el principio de un sometimiento de ésta a las formas que el Texto Supremo dispone para la organización y ejercicio de los poderes del Estado, las relaciones entre éste y la sociedad, su vigencia efectiva supone plasmar en la sociedad los principios que ella encarna; principios que aspiran a ser respetados y cumplidos por medio de leyes ordinarias que lo desarrollan ¿Qué ocurre si, bajo el criterio de aplicar la Constitución, se dan leyes que en lugar de desarrollar lo dispuesto por el Poder Constituyente, abierta o sutilmente se le escamotea? Se dirá que, para evitar todo esto, existen determinados principios que integran e informan a la legislación ordinaria, además de la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales por ser el llamado a declarar eventualmente la inconstitucionalidad en los marcos de la jurisdicción constitucional concentrada, amén de un Poder Judicial que también ejerce una jurisdicción constitucional difusa. No obstante estas posibles soluciones, aún existen otros problemas: ¿y qué pasa si existen principios constitucionales que, en lugar de dar coherencia e integración a la producción legislativa, por su propia ambigüedad pueden desembocar en contradicciones?

¿Puede en la dinámica constitucional producirse leyes que se fundamenten en algún principio constitucional y violar otros? ¿Qué hacer frente a esto? ¿Cuál es la perspectiva para poder llegar a un desarrollo constitucional tal y conforme lo concibieron sus autores? Intentaremos, a lo largo del presente trabajo, ofrecer algunas respuestas que nos lleven a abordar muy someramente los principios. En ellos distinguimos: los generales del derecho y los constitucionales, desarrollaremos igualmen-

te el tema de la ambigüedad ideológica de la Constitución, los factores que posibilitan su vigencia, la naturaleza de las normas y su clasificación, las leyes que se requieren para que exista un mínimo de desarrollo constitucional, etc. Débase aclarar que lo que aquí se pretende es sólo un intento, muy limitado por cierto, y que exigirá el desarrollo posterior de los temas aquí analizados.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

3. Tratar de desarrollar el concepto de “principios generales del derecho” es tarea ardua. Aquí solamente señalaremos algunas características en sí definitorias. Los principios generales del derecho:

- a) Informan, fundamenta, inspiran y se constituyen en fuentes de un determinado ordenamiento positivo.
- b) Constituyen un medio para la integración jurídica.
- c) No están expresados positivamente en normas. Ergo, son reglas extralegales —ni legisladas ni consuetudinarias—, pero subyacen, en última instancia, como orientación integradora del derecho vigente.
- d) Sirven de apoyo al órgano jurisdiccional —fundamentalmente— para resolver controversias aun no previstas por el ordenamiento positivo.
- e) Tienen un contenido axiológico y técnico.
- f) Se expresan fundamentalmente en adagios, aforismos, apotegmas de vieja raigambre histórica.
- h) Sus enunciados no son ni verdaderos ni falsos, sino válidos o inválidos⁴.

Como se podrá apreciar, los principios generales cumplen diversas funciones en un sistema jurídico y no sólo se limitan a su-

4 Evidentemente que sólo nos limitamos a enumerar algunas características por razones de extensión. Sobre el particular, a nivel nacional ha sido abordado por: ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Introducción a las Ciencias Jurídicas*, Lima, 1975, pp. 269-270. RUBIO CORREA, Marcial: *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. PUCP, Lima, 1984. pp. 311-323. GARCIA TOMA, Víctor: *Introducción al Derecho*, U. de Lima, 1986, pp. 107-109.

plir las lagunas existentes en la legislación. De acuerdo con sus características, no se encuentran formulados en ninguna norma jurídica, ni mucho menos en la Constitución; esto no impide, sin embargo, que la Carta Magna, teniendo sus propios principios, se sirva muchas veces de aquellos.

3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

4. La Constitución peruana en diversos preceptos utiliza la palabra “principios”. Unas veces lo hace con referencia a los suyos en forma taxativa (arts. 4, 21, 28, 30, 110, 139, 233 inc. 6 etc.); Otras, en forma implícita. Veamos algunas notas características de lo que se entiende por principios constitucionales⁵:

- a) Son directrices generales incorporados a la Constitución. Esto supone que sus enunciados son formulaciones por lo general amplias, desprovistas de la precisión que una norma de aplicación jurídica strictu sensu tiene.
- b) Poseen un valor jurídico directo o indirecto. Significa esto que hay principios que tienen aplicación diferida a otras normas con eficacia propia, generando con ello toda una relación jurídica; pero también existen otros principios que influyen en el sistema jurídico indirectamente a través de criterios interpretativos.
- c) Integran la esencia de la Constitución. En efecto, consustancial a su propia naturaleza jurídica, la Constitución tiene una “fórmula política” en el marco de su operación interpretadora⁶ y ello ocurre en términos de la ingeniería constitucional y en su propia dinámica como la expresión ideológica que subyace en sus fines (liberal, autoritaria, etc.).
- d) Constituyen la aspiración y el límite infranqueable de la legislación ordinaria en cualquier materia que se pretenda regular.

5 Utilizamos fundamentalmente las características de CAZORLA PRIETO, Luis María: “Los principios constitucionales financieros en el nuevo orden jurídico”, en *La constitución española y las fuentes del derecho*, Vol. 1., op. cit., pp. 503-505.

6 El profesor Pablo Lucas Verdú, quien difundió el término “fórmula política”, siguiendo a Gaetano Mosca, la define como: “La expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social” (Cfr. *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1981, p. 428).

En efecto, los principios constitucionales son auténticos valladares que no pueden ser invadidos por alguna disposición ajena a su propia esencia. Esto presupone pues, delimitar las fronteras constitucionales dentro de determinados marcos que han de desarrollarse la vida política, económica y social del Estado.

5. Los principios constitucionales sirven de base y fundamento a todo el ordenamiento positivo; son las grandes directrices hermenéuticas y de aplicación y son las que se convierten en fuente existencial del Derecho⁷. Son las ideas fuerzas que recogen y resumen en torno de sí, en armónica y coherente unidad, toda la acción sucesiva del Estado⁸. Cumplen una misión informadora e integradora del ordenamiento jurídico⁹. Otorgan validez a la estructura jerárquica del orden jurídico cuyo nacimiento nace del vértice de su propia supremacía. En este sentido, los órganos estatales cada vez que producen la normatividad cotidiana, parten siempre del sometimiento a dichos principios. Y no sólo los que monopolizan la producción jurídica (los órganos legisferantes y administrativos del Estado) le deben fidelidad, sino todos los operadores del sistema jurídico. En otras palabras, tanto los gobernantes como los gobernados deben actuar conforme con las disposiciones que la propia Constitución consagra.

6. Débase aclarar por otro lado que, entre los principios generales y los constitucionales median relaciones y diferencias. Ambos tipos de principios no son, en rigor, normas jurídicas que supongan una relación jurídica de aplicación directa; ciertamente en los casos de los principios de la administración de justicia cobra una relación jurídica, toda vez que se traducen en garantías. Empero, la regla es que no tienen aplicabilidad inmediata. Ambos principios cumplen, por lo general, los mismos fines ya aludidos; pero se diferencian en que los principios generales no se ubican positivamente; en cambio los constitucionales, sí; y mientras los principios generales no tienen una vinculación ideológica, los cons-

7 DIEZ PICAZO. Luis: "Constitución y Fuentes del Derecho" en *La constitución española y las fuentes del derecho*. Vol. I, op. cit., p. 654.

8 C. MORTATI: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova. 1975; p. 322. cit. por CAZORLA PRIETO, L.: op. cit., p. 500.

9 GONZALEZ PEREZ. Jesús: "Los principios Generales de Derecho y la Constitución", op. cit., pp. 1163 y ss.

titucionales muchas veces reflejan la visión ideológica de sus autores. A todo esto hay que agregar además que muchos principios generales del derecho, al positivarse, como lo ha señalado Garrido Falla¹⁰, se convierten en auténticas normas jurídicas y dejan, por ende, de ser “principios generales del derecho”.

Por otro lado, debemos diferenciar los principios constitucionales de los *valores constitucionales*. Estos últimos informan axiológicamente el orden jurídico y se caracterizan también por su fuerza de expansión axiológica. Sin embargo, lo que distingue a los principios de los valores es el marcado rasgo político de los primeros, porque incorporan en sí mismo los objetivos políticos juridificándolos. O, dicho en otras palabras, el “techo político” o la “fórmula ideológica” muchas veces va a necesitar de determinados principios constitucionales que identifican a un régimen político. Hoy existe una fuerte tendencia en identificar a los principios con un alto contenido político y la palabra “valores” como expresión de principios ético-jurídicos.

Ahora bien, ¿cuáles son esos principios que escolta nuestra Carta Fundamental? En primer lugar, están expresados a lo largo de todo el texto. Merece, sin embargo aclarar que los principios constitucionales no son homogéneos; de allí que pueden revestir diferente naturaleza en su configuración. La doctrina pues, ha planteado diversos criterios de clasificación. Por nuestra parte y como tentativa de trabajo, los hemos sistematizado en los siguientes: 1) principios jurídicos fundamentales, 2) principios políticos constitucionales, 3) principios de orden económico, social y cultural y 4) principios en la administración de justicia.

Los principios jurídicos fundamentales son aquellos que históricamente se han ido incorporando a un sistema jurídico; como tal

10 GARRIDO FALLA, Fernando: “Las Fuentes del Derecho en la Constitución Española”; en *La constitución española y las fuentes del derecho*, Vol. I; op. cit., p. 43-44. Algunos principios — ha señalado Miguel Reale — tienen tal importancia que el legislador les confiere fuerza de ley, incluso en el plano constitucional. En nuestro caso el de isonomía — igualdad de todos ante la ley —, la irretroactividad de las leyes penales etc. Con todo, aunque la mayoría de los principios generales del Derecho no constan expresamente en los textos legales, sí suponen siempre contextos doctrinales o dogmáticos fundamentales. José Esser ha puesto de relieve que, por ser principios, son eficaces independientemente del texto legal. Este, al consagrarlos, les da fuerza obligatoria pero no altera su esencia. En esta perspectiva, se constituyen en *ius* previo y exterior a la ley. Vid. REALE, Miguel: *Introducción al Derecho*, Edit. Pirámide S.A., Madrid, p. 140.

forman parte de la conciencia jurídica y constituyen un importante fundamento para la interpretación y aplicación del derecho positivo. Diríase que estos principios, en buena cuenta son de orden instrumental: no tienen manufactura ideológica, por lo que adquieren una relativa neutralidad en la dinámica constitucional.

Los principios políticos constitucionales son aquellos que expresan los valores políticos, fundamentales del Poder Constituyente. Reflejan así, la ideología que sirve de inspiración a los legisladores constituyentes. Estos principios, para que se encuentren incorporados en diversos preceptos, ha significado la concepción ideológica triunfante de quienes, en su momento, fueron los autores del documento político. Con todo, estos principios, en la práctica, tienden a relativizarse según la correlación de fuerza de los diversos actores políticos que están en el poder.

Los principios de orden económico, social y culturales constituyen pautas de orden declarativo que han de tenerse en cuenta como metas a seguir. Su vigencia presupone la existencia de factores extra constitucionales. En la práctica, estos principios ostentan una eficacia jurídica relativa, debido a los condicionamientos materiales de cada sistema. Con todo, su sola consagración constitucional (cuya cantera proviene de la fuerza expansiva de los Derechos Humanos) genera una fuerza vinculante en quienes detentan el Poder Político.

En lo que atañe a los principios en la administración de justicia en rigor, sin dejar de ser principios de orden constitucional, constituyen principios de orden procesal, los mismos que han sido consagrados en la Carta Peruana como “Garantías de la administración de justicia” (art. 233 fundamentalmente) hoy conocidos como el “derecho a la tutela judicial efectiva” o derecho al “debido proceso”. En realidad estos principios comprenden aspectos sustantivos como procesales sobre diversas instituciones de la impartición de justicia.

Veamos pues, los diversos principios constitucionales:

a) Principios jurídicos fundamentales

De igualdad ante la ley: Art. 2 inc. 2°.

De legalidad sancionadora: Art. 2 inc. 20°, d.

De legalidad: Art. 236.

De jerarquía de las normas: Arts. 87 y 236.

De publicidad de las normas: Art. 195.

De irretroactividad de las leyes: Art. 187.

De retroactividad benigna de las leyes en materia penal, laboral y tributaria: Art. 187.

De mérito para nombramiento de magistrados: Art. 247.

De defensa de la legalidad: Art. 250 inc. 1°.

b) *Principios políticos constitucionales*

De soberanía del pueblo: Art. 4.

De la forma republicana de gobierno: Art. 4.

Del Estado social y democrático de Derecho: Art. 4.

De la dignidad del hombre: Preámbulo y Art. 4.

De la democracia social: Art. 21.

De gobierno unitario, representativo y descentralizado: Art. 79.

De que el Poder emana del pueblo: Art. 81.

De la coexistencia democrática: Art. 112.

De pluralismo democrático: Arts. 16 y 68.

De libertad de elección: Art. 64.

Del régimen presidencial-parlamentario: Arts. 183, 186, 176, 201, 203 y 211.

De vivir pacíficamente: Art. 72.

Del derecho de insurgencia: Art. 82.

De la división de poderes: Arts. 176, 201, 233 inc. 2°, 237, 242 inc. 1°, 243.

De la representación proporcional, pluripersonal, parlamentaria y municipal: Arts. 65 y 253.

De la no reelección inmediata de la Presidencia de la República: Art. 205.

De la elección periódica: Art. 64.

De la independencia y autonomía del Estado con la Iglesia: Art. 86.

De autonomía municipal: Art. 252.

De autonomía regional: Art. 261.

De solidaridad con los pueblos oprimidos del mundo: Preámbulo y Art. 88.

Del sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución: Preámbulo: Arts. 82, 211 inc. 1º y art. 74.

Del rechazo al imperialismo, colonialismo, neocolonialismo y discriminación racial: Art. 88.

c) *Principios económicos, sociales y culturales*

De que no hay prisión por deudas: Art. 2 inc. 20º, c.

De enseñanza obligatoria de la Constitución: Art. 22.

De gratuidad de enseñanza: Art. 25.

De libertad de enseñanza: Art. 22.

De enseñanza y lealtad a la Constitución: Art. 28.

De autonomía universitaria: Art. 31.

De exoneración tributaria a universidades, centros educativos y culturales: Art. 32.

De justicia social: Arts. 87 y 110.

De pluralismo económico: Art. 112.

De libre desarrollo del cooperativismo: Art. 116.

Del interés social de la propiedad: Art. 124.

De inviolabilidad de la propiedad: Art. 125.

De la coexistencia democrática de las diversas formas de propiedad: Art. 112.

De la economía social de mercado: Art. 115.

De libertad de comercio e industria: Art. 131.

De anualidad del Presupuesto del Sector Público: Arts. 138, 197 y VI Disp. Trans.

De libertad de sindicación y de huelga: Art. 51.

De legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y de economía en materia tributaria: Art. 139.

d) Principios en la Administración de Justicia

De unicidad del Poder Judicial: Art. 233 inc. 1°.

Del derecho al juez natural: Art. 233 inc. 2°.

De autonomía de la función jurisdiccional: Art. 233 inc. 2°.

De publicidad de la función jurisdiccional: Art. 233 inc. 3

De motivación escrita de las resoluciones judiciales: Art. 233 inc. 4°.

De indemnización por error judicial: Art. 233 inc. 5°.

De la obligatoriedad de la tutela judicial efectiva aun en defecto de la ley aplicable: Art. 233 inc. 6°.

De aplicación de los principios generales del derecho: Art. 233 inc. 6°.

Del *in dubio pro reo*: Art. 233 inc. 7°.

De legalidad en materia penal: Art. 233 inc. 8°.

Del derecho de defensa: Art. 233 inc. 9°

De cosa juzgada: Art. 233 inc. 11°.

De la libertad probatoria: Art. 233 inc. 12°.

De ejecutabilidad de las decisiones judiciales: Art. 233 inc. 13°.

De constitucionalidad de la función jurisdiccional: Art. 233 inc. 14°.

Del derecho al propio idioma: Art. 233 inc. 15°.

Del derecho de análisis y crítica a las resoluciones judiciales: Art. 233 inc. 17°.

Del derecho a la instancia plural: Art. 233 inc. 18°.

4. LA AMBIGÜEDAD IDEOLÓGICA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1979

7. Los principios enumerados — que aquí apenas constituyen un esbozo — responden a orientaciones ideológicas de quienes ejercieron el poder constituyente. En efecto, recordemos que fueron 100 representantes a la Asamblea Constituyente que salieron de canteras disímiles y con diversas orientaciones político-partidarias¹¹. Y, aunque no todos tuvieron una ideología bien definida, es innegable que dichos actores políticos de una u otra manera incorporaron sus pretensiones ideológicas en las normas constitucionales, fundamentalmente en la parte dogmática. Fruto de ello, tenemos como resultado un texto constitucional de concepción ideológica heterodoxa. En su texto se encuentran normas que no han sido puestas en discusión por sus alcances universales y hasta humanistas; hay otros preceptos que definen y ratifican instituciones ya superadas; pero, también es innegable que existen normas que reflejan toda una suerte de progresismo tendiente a armonizar ciertos avances estructurales dentro de un ordenamiento jurídico que, por definición sigue anclado a una visión neoliberal. Existen, pues, principios que por su ambigüedad pueden desembocar en contradicciones al proyectarse en la producción legislativa ordinaria. No olvidemos que los principios constitucionales asumen una doble vertiente constitucional e infraconstitucional. En el primer caso, cada principio parece asignarse ciertas disposiciones del Texto Fundamental que a él se refiere; y, en el segundo, fuerza la legislación a constituirse en su desarrollo normativo¹². Y si bien

11 La composición de la Asamblea Constituyente fue de la siguiente manera: 37 representantes del APRA 25 del PPC: 30 de la izquierda (12 del FOCEP, 6 del PCP, 6 del PSR, 4 de la UDP e incluyendo 2 de la DC.); 4 del FNTC; 2 de la UNO y, finalmente 2 del MDP. Cfr. BERNALES, Enrique: *Crisis política: ¿Solución Electoral?*; Lima 1980. DESCO, PEASE GARCIA, Henry: *Cronología Política*, Lima, 1978. RONCAGLILO, Rafael: *¿Quién Ganó? Elecciones 1931-80*, Desco, Lima, 1980.

12 Un caso concreto es la Ley de Nacionalización del Sistema Financiero Peruano recientemente promulgada y que seguramente devendrá en un litigio constitucional hasta el Tribunal de Garantías Constitucionales. Lo paradójico es que tanto el Gobierno fundamenta su decisión en determinados principios; y los banqueros invocan la inconstitucionalidad, amparándose igualmente en otros principios. (*Nota de 1991*: La Ley de Estatización de la Banca fue derogada en el Gobierno del Ing. Alberto Fujimori).

estas implicancias de principios queda de momento reservado en el fuero estrictamente interno de la Constitución, será en definitiva el régimen político que detente el poder de turno el que, en su praxis política decida justificar su accionar en tal o cual principio normativo. Es decir, en la propia dinámica constitucional se irán definiendo los conflictos de principios, priorizando y poniendo énfasis en la vigencia y desarrollo de unos, y prescindiendo o eventualmente haciendo escarnio de otros. En este marco situacional, bien puede afirmarse que la Constitución peruana no tiene, en rigor, un *thelos* bien definido. En nuestra Carta Fundamental cualquier gobernante puede encontrar el respaldo ideológico acorde a su cosmovisión política. Aquí hay cabida para regímenes de élite conservadora y neoliberal (amparados bajo los principios, verbigracia, de la economía social de mercado, inviolabilidad de la propiedad, pluralismo económico, libertad de comercio e industria, etc.); o, en el otro extremo, de un gobierno de manufactura socialista que, sin necesidad de proclamar las vías ortodoxas al poder (la violencia revolucionaria), pueden iniciar las transformaciones que supone un proyecto socialista a la Nación (amparados, igualmente, en principios como: la soberanía del pueblo, la dignidad del hombre, la democracia social, la libertad de elección, pluralismo democrático, poder emana del pueblo, rechazo al imperialismo, justicia social, interés social de la propiedad, etc.).

8. La explicación a todas estas contradicciones, presumiblemente, se pueden encontrar en los propios autores de la Constitución.

En principio, a la Asamblea Constituyente llegaron actores políticos que nos dejaron un texto fundamentalmente político. A los políticos que actuaron en la constituyente (y por extensión, a todos los que forman parte de una Asamblea Constituyente) no se les puede exigir una coherente estructura interna de las normas constitucionales que ellos mismos elaboraron. No son precisamente juristas. Pero tampoco es que se encuentren “errores” no detectados a tiempo en las normas incongruentes. Sencillamente cada partido o agrupación política que participó en la constituyente trató, en lo posible y según la correlación de fuerzas que hubo en el seno de la Asamblea, de plasmar normas valiosamente deseables a sus pretensiones.

Por otro lado, no olvidemos que el texto constitucional de 1979 fue fruto de la conciliación entre los dos socios mayores que hubo en el interior

de la constituyente: el Partido Popular Cristiano (PPC) y la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA). Pero entre ellos no todo fue conciliación; menudearon las escaramuzas, uno y otro realizó una serie de transacciones políticas con una izquierda emergente que arribó a dicho escenario para usarlo como “caja de resonancia” de las demandas populares, reivindicaciones concretas, denuncias. etc. Sin embargo, terminó siendo absorbida en un ambiente inédito y sin experiencia para los diputados constituyentes; pero no por ello dejó la izquierda de usufructuar la autoría compartida de buena cantidad de prescripciones constitucionales, las que justamente generan las actuales contradicciones con el diseño normativo tradicional. Es precisamente la ambigüedad ideológica del texto político, la causa de las incongruencias de los principios y cláusulas constitucionales¹³.

5. FACTORES PARA LA VIGENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN

9. No podemos dejar de abordar, por lo menos sucintamente, los factores que concurren a la vigencia efectiva de una Constitución. Un texto constitucional, para que se aplique en la realidad, para que tenga plenitud, debe contar con dos factores que funcionen bien. Uno es el factor externo que condiciona su vigencia; otro, el factor de orden jurídico interno.

Externamente la Constitución tiene una serie de factores extra-constitucionales: los naturales o físicos, sociales, políticos, económicos, históricos, culturales, etc. El destacado jurista peruano Domingo García Belaunde ha planteado los siguientes factores:

- *Factores de poder*: Los que influyen en las decisiones del Estado. Son, por ejemplo, el Ejército, la burocracia, la Iglesia.

13 Sobre el problema de la ideología que primó en la Asamblea Constituyente, hasta ahora no existe un trabajo que dé cuenta de todos estos aspectos. Remitimos, no obstante, a los comentarios orgánicos de Pareja Paz Soldán, Rubio-Bernales, Ruiz Eldredge, Chirinos Soto, etc. Desde el punto de vista coyuntural: PEASE GARCIA, H.: *Cronología Política, Vol. II y VIII*. Asimismo, los *Debates de la Asamblea Constituyente*. La ideología ha sido abordado en el Perú desde distintas perspectivas, con relación al Derecho pueden consultarse los siguientes trabajos: MIRO QUESADA C, Francisco: “Ideología y Derecho”, en *Derecho y Nuevo Mundo*, UNMSM, Lima, 1972, pp. 25-3-1. GARCIA BELAUNDE. Domingo: *Conocimiento y Derecho*, Fondo Edit. de la PUCP, Lima, 1982. ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Derecho Constitucional, Ciencia y Política*, Marsol Edit., Trujillo, 1983.

- *Dinámica política*: grupos de presión, partidos políticos, lucha por el poder, la opinión pública, la influencia de la ideología, etc.
- *Sistema socio-económico*: la presencia de intereses creados, los intereses de clase, la propiedad de los medios de producción, etc¹⁴.

Estos elementos influyen y muchas veces determinan la aplicación de una “constitución material”, que no es más que la constitución real y efectiva distinta y distante de la “constitución formal”.

El otro factor ya aludido es el interno. Internamente, o sea desde su estructura intrasistemática una Constitución no siempre es cumplida integralmente. La historia y la experiencia nos señala que grandes pasajes normativos no se aplican o se “olvidan” o violentan con más frecuencia que otras. Es, dentro de este factor interno que dependen también, que las normas se apliquen con mayor facilidad que otras. Esto significa desarrollar algunos aspectos sobre la naturaleza jurídica de las normas constitucionales y su clasificación.

6. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

10. Toda norma, y por tanto también la Constitución aspira a ser aplicada, esto es, a determinar concretamente el curso del fragmento de vida que pretende regular¹⁵. Pero no todas las normas constitucionales, pese a su jerarquía frente al resto de normas, generan una determinada relación jurídica entre los detentadores del poder y sus destinatarios, ni de éstos entre sí. Hay normas que permiten una gran variedad de actos de administración y de gobierno; otras, que expresan simples declaraciones sin ningún efecto práctico. Hay preceptos que programan la fundación de determinadas leyes en forma obligatoria a los poderes constituidos. Existe, en fin, grupos normativos con diversidad de lenguaje. ¿Qué son, pues, las normas constitucionales?

Existe consenso en afirmar que son normas de competencia suprema. Y lo son porque atribuyen o niegan (permiten o prohíben) a los que ejercen el poder político (poder constituido o gobierno), la realización de ciertos actos o la regulación de ciertas materias.

14 GARCIA BELAUNDE. Domingo: “Nuevas tendencias del Derecho Constitucional”, en *Constitución y política*, Lima, 1981, p 186.

15 HERRERO DE MIÑON, Miguel: “En torno a la Aplicación de la Constitución”, en *La constitución española y las fuentes del derecho*, Vol. II, op. cit., pp. 1219 y ss.

11. Ahora bien, esta situación peculiar en la que se encuentran las cláusulas constitucionales no impide observar un hecho muy especial de ciertas normas que, por su redacción, muchas carecen de sentido desde el punto de vista del establecimiento de “derechos” y “obligaciones” o “deberes”. Esta situación queda de manifiesto cuando las normas constitucionales están desprendidas de toda relación con los órganos del Estado, con los fines u objetivos impuestos a dichos órganos por la Constitución, o con las acciones inherentes al goce de los derechos fundamentales de las personas¹⁶. Hay casos en que el legislador constituyente adopta una terminología que si bien debe reputar un valor jurídico, dichas expresiones no son, en rigor, normas jurídicas prescriptivas que impliquen *strictu sensu* una relación jurídica de derechos y obligaciones del Estado para con los ciudadanos o de éstos entre sí. Casos como el derecho de alcanzar un nivel de vida que permita a toda persona asegurar su bienestar y el de su familia (art. 2 inc. 15), el amparo del Estado a la paternidad responsable (art. 6), el derecho de la familia a contar con una vivienda decorosa (art. 10), el derecho de los indigentes a que sus muertos sean sepultados gratuitamente (art. 11) son normas que, aunque pudiera reconocérseles una vinculación con los órganos del Estado, no están éstos obligados a otorgar precisos derechos subjetivos a los particulares¹⁷.

Con todo, es necesario exponer una clasificación de las normas constitucionales, atendiendo al criterio de eficacia jurídica en la realidad constitucional.

7. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

12. Las clasificaciones de las normas de la Constitución no son en principio un tema pacífico en la doctrina y cualquier criterio que se esgrima debe considerarse como un valor relativo¹⁸. Por lo demás,

16 VANOSI A. Jorge Reynaldo: *Teoría Constitucional*, Vol. I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 138 y ss.

17 ETO CRUZ, Gerardo: *Derecho de Familia en la Constitución y el Nuevo Código Civil*, Marsol, Trujillo, 1989.

18 Un tratamiento detallado puede consultarse en: QUIROGA LAVIE, Humberto: “Sobre la interpretación constitucional”, en *Rev. del Coleg. de Abogados de La Plata*. N° 31, julio-diciembre, 1973. VANOSI A. Jorge Reynaldo: *Teoría Constitucional*, Vol II, Buenos Aires, pp. 2 y ss. BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1973, pp. 267 y ss. LUCAS VERDU, Pablo: *Curso*

cualquier clasificación en el ámbito del Derecho no puede estimarse como verdadera o falsa, sino correcta o incorrecta (atendiendo a la buena o mala aplicación del criterio clasificador) y en función a las perspectivas que cada autor estime conveniente.

13. Por lo pronto, de acuerdo con el grado de eficacia jurídica, estimamos que las normas constitucionales pueden clasificarse en declarativas, operativas y programáticas.

- a) *Normas declarativas*: Son formulaciones solemnes que proclaman los principios fundamentales en que se asienta el orden estatal. Están, por lo general, concebidas como pautas rectoras, como programas de acción de todo régimen político, como arquetipos ejemplares y normativos de un buen gobierno. Normalmente este tipo de normas se encuentran inmersas en los derechos sociales, económicos y culturales. Empero no cabe, en rigor, plantear una exigencia jurisdiccional obligando al Estado a cumplir lo que declara este tipo de normas. Sin embargo, lo afirmado no significa que el Estado, o más propiamente sus autoridades las desconozcan, pues, precisamente, estas normas se expresan en verdaderos principios constitucionales.
- b) *Normas operativas*: Son las que no requieren ser reglamentadas ni condicionadas por ningún acto normativo a cumplirse. Son conocidas como normas plenas o autoaplicables, pues son susceptibles de aplicación inmediata. Su posibilidad real y jurídica de aplicación no requiere de leyes ni reglamentos. Estas son las típicas normas de eficacia jurídica propia.
- c) *Normas programáticas*: Son aquellas cuya aplicación está supeeditada a la legislación ordinaria. Su vigencia está condicionada a la reglamentación y desarrollo que el legislador constituido implementa de acuerdo con las bases programáticas del legislador constituyente. Se las conoce como normas “no operativas” o normas de aplicación diferida a los órganos legislativos. No pueden ser exigidas mientras los órganos legislativos no las reglamenten.

de Derecho Político, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 430 y ss. KORZENIAK, José: “Clasificación de normas constitucionales”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, Vol. III (Apéndice). Buenos Aires, pp. 148 y ss.

Sin embargo, dichas cláusulas sí son susceptibles de ser defendidas si es que las pretendiese desconocer el Estado o aun particulares.

Como se podrá apreciar, no todas las normas constitucionales tienen una misma eficacia. Es verdad que toda norma jurídica, en su sentido más amplio, supone una exigencia (o una permisión) impersonal de determinada pauta de comportamiento¹⁹; pero, a su vez, la exigibilidad normativa requiere de ciertos presupuestos. Pues bien, toquemos puerto: es evidente que la eficacia de las normas supremas varían, según se trate de disposiciones inmediatamente aplicables (operativas), o normas que requieren complementariedad legal ordinaria (programáticas).

8. LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

14. Llamamos leyes de desarrollo constitucional –o leyes en consecuencia– aquellas creadas por el poder constituido como consecuencia de un mandato constitucional. Estas leyes son ordinarias, pero por su alcance y contenido tiene relevancia constitucional. Son dictadas en conformidad a las disposiciones que surgen fundamentalmente de las normas programáticas del texto constitucional, aunque ello no impide reconocer que también pueden nacer en virtud a normas de naturaleza declarativa. Es de señalar, asimismo, que no todas las leyes de desarrollo constitucional necesariamente deben ser leyes orgánicas, como muchos pretenden entenderlo así.

La Constitución Peruana requiere de una serie de leyes para que pueda desarrollar una serie de principios y programas concebidos por el poder constituido.

Si revisamos el texto constitucional, encontraremos que a lo largo de su Preámbulo, sus 307 artículos, más sus 19 disposiciones generales y transitorias, expresa cerca de 167 veces el término “ley” que, por otro lado, se reitera en diversas oportunidades en un solo artículo.

Los preceptos constitucionales que remiten taxativamente a la ley son los siguientes:

19 MIRO QUESADA C. Francisco: “¿Pueden fundamentarse científicamente las normas?”, en *Ensayos de Filosofía del Derecho*, U. de Lima, 1986, p. 68.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Preámbulo; Arts. 2,2; 2,4; 2,5; 2,8; 2,9; 2,12; 2,13; 2,20; a), b), d), i); 5; 12; 13; 14; 16; 18; 20; 25; 27; 29; 30; 31; 32; 33; 36; 37; 41; 42; 43; 44; 45; 48; 53; 54; 55; 59; 62; 64; 65; 68; 69; 75; 77; 78; 81; 85; 87; 92; 95; 96; 98; 99; 101; 112;; 114; 117; 118; 122; 124; 125; 126; 127; 129; 130; 131; 133; 138; 139; 140; 141; 142; 143; 144; 146; 148; 149; 150; 153; 154; 155; 157; 159; 161; 163; 165; 167; 174; 3; 177; 183; 184; 187; 188; 192; 193; 194; 209; 211, 10, 23; 214; 215; 218, I; 4, 223; 233, 5, 6, 8, 14, 17; 237, 2, 3; 239; 240; 241; 242; 1; 244; 246; 250, 1, 6, 252; 253; 254; 257, 11, 12; 259; 260; 261; 262, 8; 263; 264; 265,7; 268,7; 270; 271; 272; 274; 276; 279; 280; 281; 284; 285; 286; 287, 5, 291; 294; 295; 301; 303; V; VI; XI; XIII; XV; Disposición General y Transitoria.

De todos estos artículos, la Carta Fundamental ha previsto la fundación de un sin número de leyes diferidas a los poderes constituidos. Veamos el siguiente listado de leyes que, en rigor, son las de desarrollo constitucional.

*Leyes de Desarrollo Constitucional*²⁰

- Ley de Derecho de rectificación (Art. 2-5).
- Ley de excepciones a la violación de domicilio (Art. 2-7).
- Ley de garantía de la inviolabilidad del secreto en correspondencia y en comunicación (Art. 2-8).
- Ley de extranjería (Art. 2-9) (1).
- *Ley que reglamente el Derecho de Petición* (Art. 2-18).
- *Ley de acceso progresivo a la seguridad social* (Art. 12).
- Ley del Instituto Peruano de Seguridad Social (Art. 14) (2).
- Ley del Sistema Nacional de Salud (Art. 16) (3).
- Ley de utilización del suelo urbano de acuerdo al bien común (Art. 18).
- Ley que regule la protección, atención, readaptación y seguridad de los incapacitados (Art. 19) (14).

20 Los números entre paréntesis de las leyes remiten al anexo de las leyes que han sido publicadas, las leyes que están en cursiva son aquellas que aún no han sido creadas.

- Ley de pensiones de los trabajadores del Sector Público y Privado (Art. 20) (5).
- Ley General de Educación (Art. 25) (6).
- *Ley de creación de la educación extra-escolar* (Art. 27).
- *Ley que regula la obligación de las empresas al sostenimiento de centros educacionales, industriales, agrícolas o mineros* (art. 29).
- *Ley que regula los centros de educación privada* (Art. 30).
- Ley Universitaria (Art. 31) (7).
- Ley de incentivos y estímulos tributarios en favor de Universidades, Centros Educativos y Culturales (Art. 32) (8).
- *Ley de creación de los Colegios Profesionales* (Art. 33).
- Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación (Art. 36) (9).
- *Ley que regula los medios de comunicación privada* (Art. 37).
- Ley del Profesorado (Art. 41) (10).
- *Ley sobre remuneraciones* (Art. 42).
- *Ley del Sistema de Asignación Familiar* (Art, 43).
- *Ley sobre el Régimen de Trabajo* (Art. 43).
- Ley sobre medidas protectoras a la madre trabajadora (Art. 45) (11).
- Ley de Estabilidad Laboral (Art. 48) (12).
- *Ley de creación del Banco de los Trabajadores* (Art. 53).
- *Ley de Huelga* (Art. 55).
- Ley que regula el ingreso, derechos y deberes de los Servidores Públicos (Art. 59) (13).
- Ley del Sistema Único de Remuneración del Estado (Art. 60).
- Ley que regula la responsabilidad de los funcionarios públicos (Art. 62) (14).
- Ley del Sistema Electoral (Art. 65) (15).
- *Ley de los Partidos Políticos* (Art. 68).

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

- Ley del Sistema Militar Obligatorio (Art. 78) (16).
- Ley del uso oficial del Quechua y Aymara (Art. 83) (17).
- *Ley que señala la forma de publicación y los medios de difusión oficial de las normas legales* (Art. 87).
- Ley de Nacionalización (Art. 91) (18).
- Ley que regula la nacionalidad latinoamericana y española (Art. 92) (19).
- Ley que rige la nacionalidad de las personas jurídicas (Art. 95) (20).
- Ley que rige la nacionalidad de naves y aeronaves (Art. 96) (21).
- Ley del Sistema Marítimo de 200 millas (Art. 98) (22).
- *Ley que regula las condiciones de utilización de los Recursos Naturales* (Art. 118).
- Ley que regula el Instituto de Investigaciones de la Amazonia (Art. 120) (23).
- Ley de participación de los municipios provinciales en la renta que produce la explotación de recursos naturales (Art. 121).
- Ley General de Minería (Art. 122) (24).
- Ley de Actividad Empresarial del Estado (Art. 113) (25).
- Ley de Derechos de Autor (Art. 129) (26).
- *Ley de Derechos del Inventor* (Art. 129).
- Ley General de Industria (Art. 131) (27).
- *Ley que regula las hipótesis delictivas de los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil* (Art. 133). (Nota: parcialmente se prevé en el art. 232 del actual Código Penal).
- Ley de Promoción de la Pequeña Empresa (Art. 135) (28).
- Ley General de Presupuesto (Art. 138) (29).
- *Ley de organización, funcionamiento, control y evaluación de las empresas del Estado* (Art. 144).
- Ley del Sistema Nacional de Contabilidad (Art. 145) (30).

- Ley del Sistema de Control de la Actividad Pública (Art. 146) (31).
- *Ley del Sistema Monetario de la República* (Art. 148).
- Ley del Banco Central de Reserva (Art. 149) (32).
- Ley de Bancos (Art. 153) (33).
- Ley de la Superintendencia de Banca y Seguros (Art. 155) (34).
- *Ley del Seguro Agrario* (Art. 158, 4).
- Ley de Reforma Agraria (Art. 159) (35).
- *Ley de la Pequeña y Mediana Propiedad Rural* (Art. 159-2).
- *Ley de Desarrollo de la Amazonía* (Art. 159-4)
- Ley de las Comunidades Campesinas y Nativas (Art. 161) (36).
- *Ley de Representación Regional de los Senadores* (Art. 165).
- *Ley de Representación y Distribución de los Diputados* (Art. 167).
- Ley de excepción a los Senadores y Diputados para celebrar contratos con la Administración Pública (Art. 174-3).
- Ley del Reglamento Interior del Congreso (Art. 177) (37).
- Ley de creación y organización de los Ministerios (Art. 215) (38).
- Ley de Comisiones Consultivas de los Ministerios (Art. 223) (39).
- Ley que regula la Jurisdicción Arbitral (Art. 233-1) (40).
- Ley que regula la Jurisdicción Militar (Art. 233-1) (41).
- Ley de indemnización de los errores judiciales (Art. 233- 5) (42).
- Ley que regula el juzgamiento del Ausente y Contumaz (Art. 233-10) (43).
- *Ley que prohíbe que abogados sean magistrados suplentes* (Art. 233- 14).
- Ley que regula la indemnización del Estado por detención arbitraria (Art. 233-16) (44).
- Ley que crea el Código de Ejecución Penal (Art. 234) (45).

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

- Ley que regula la jurisdicción contencioso-administrativa (Art. 240) (46).
- Ley que regula el recurso de casación (Art. 241) (47).
- Ley de creación del Consejo Nacional de la Magistratura (Art. 246) (48).
- Ley Orgánica del Ministerio Público (Art. 251) (49).
- Ley que regula la entrega al municipio del impuesto predial empresarial (Art. 257-1).
- Ley de impuesto a la extracción de materiales de construcción (Art. 257-6).
- Ley Orgánica de Municipalidades (Art. 258) (50).
- Ley del Plan Nacional de Regionalización (Art. 259) (51).
- *Ley de Fondo de Compensación Regional* (Art. 263).
- Ley del Sistema de Defensa Nacional (Art. 270) (52).
- *Ley sobre la estructura y funciones del Consejo Nacional de Defensa* (Art. 271).
- Ley de Movilización Nacional (Art. 272) (53).
- Ley de las Fuerzas Armadas (Art. 274) (54).
- Ley de las Fuerzas Policiales (Art. 274) (55).
- *Ley de Equipamiento de las FFAA. y FF.PP.* (Art. 279).
- Ley de Defensa Civil (Art. 280) (56).
- *Ley de Ascensos de las FFAA. y FF.PP.* (Art. 281).
- Ley que regula el Código de Justicia Militar (Art. 282) (57).
- *Ley que regula los grados, honores, remuneraciones y sus equivalentes en las FF.AA. y P.N.* (Art. 284).
- Ley que reglamenta la fabricación, comercio, posesión y uso de armas por los particulares (Art. 285) (58).
- *Ley del Jurado Nacional de Elecciones* (Art. 287) (Nota: Se prevé en la Ley 14250).
- Ley del Registro Electoral (Art. 294) (59).

- Ley del Registro de Partidos Políticos (Art. 294).
- Ley de Garantías del Hábeas Corpus y Amparo (Art. 295) (60).
- Ley que regula la Acción Popular (Art. 295) (61).
- Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 303) (62).
- Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. XI de la DG. y T.) (63).
- Ley General de Cooperativas (Art. XV de la DG. y T.) (64).

9. APRECIACIONES FINALES

15. La Constitución peruana requiere por lo menos un *mínimum* de 105 leyes para que se llegue a cumplir una suerte de “programa mínimo” que concibieron históricamente los miembros del Poder Constituyente. Ahora bien, ¿qué es lo que ha ocurrido en una década de producción legislativa? En el régimen de Belaúnde Terry (1980-85) se elaboraron 1,060 leyes y 348 decretos legislativos. En el gobierno de Alan García, por su parte, se crearon 989 leyes y 264 decretos legislativos. En diez años de gobierno constitucional, el Parlamento ha producido un total de 2,049 leyes y el Ejecutivo 612 decretos legislativos^{21*}; sin considerar la ubérrima cantidad de decretos presidenciales de urgencia y necesidad, ocurre que en la práctica y en ambos regímenes gubernamentales sólo se ha llegado a cubrir 38 leyes de estricto desarrollo constitucional. Si se cuantificara la autoría de cada gobierno, tenemos el siguiente resultado: el gobierno de Acción Popular desarrolló 23 leyes el Apra 15. Las leyes del período 1980-85 son: 23340, 23374, 23384, 23385, 23407, 23506, 23733, 23853, 23878, 24029, 24067; decretos legislativos 25, 52, 85, 109, 125, 197, 259, 264, 276, 295, 330. El régimen de 1990-95 ha creado las siguientes leyes: 23733, 25054, 24514, 24656, 24680, 24786, 24882, 24948, 24968, 24973; Regl. de la Cámara de Dipu-

21 * A criterio del destacado Senador y académico Enrique Bernaldes: “bajo el gobierno del Presidente Belaúnde se aprobaron 1071 leyes y el gobierno expidió 348 decretos legislativos. Bajo el gobierno del Presidente García se han aprobado 722 leyes y 160 decretos legislativos” (Cfr. “El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979”, en *La Constitución Diez Años Después*, Lima, 1989, pp. 162-163). Por nuestra parte hemos deducido el cómputo total de las leyes de acuerdo a lo publicado en *El Peruano*.

tados, Regl. de la Cámara de Senadores; decretos legislativos 371, 440 y 612.

Aparte de estas 38 leyes producidas en los dos períodos de gobierno, existen 25 leyes que desarrollan diversas normas programáticas y que corresponden a la producción legislativa anterior a la vigencia de la Constitución y son las siguientes: Ley de 28 de setiembre de 1868, Ley 2851, 4145, 7159, 9148, 11377, 13714, R. Leg. 13283, 14207, 14250, 14816, 17262, 17716, 19039, 19338, 21156, 22653, 22345, 23118, 23184, 23201, 23214, D.S.N 295-68-HC, D.S. 781 de 1.8.47. y Código de Procedimientos Civiles.

En la actualidad existen pues 64 leyes que desarrollan la parte programática de la Constitución, faltando 42 leyes para cerrar el círculo normativo de leyes ordinarias con relevancia estrictamente constitucional en tanto desarrollan las normas programáticas. Pero aparte de estas 42 leyes que faltan, las 25 que fueron producidas con anterioridad a la actual Carta Fundamental deben ser objeto de actualización vía modificación o reforma; o, en el mejor de los casos de abrogación y creación de nuevas leyes. Visto así las cosas y en perspectiva, resulta que el Parlamento se encuentra atrasado en la implementación legislativa de leyes que prescribe la Constitución, a despecho de más de los dos millares de leyes producidas y cuyo balance cualitativamente resulta en realidad muy pobre.

No obstante, todo lo que aquí se afirma resulta en realidad relativo, pues no se puede sacar una "fórmula" químicamente pura que nos permita determinar el guarismo de leyes que la Constitución requiere para que tenga vigor. En realidad la posibilidad de que un texto constitucional pretenda tener plena vigencia no sólo depende de la producción legislativa, sino de diversos factores extraconstitucionales a los que ya se han aludido.

16. Con todo, debe quedar en claro que la Constitución peruana tiene una orientación normativa de contenido extensivo. En efecto, en oposición a las constituciones restrictivas que suelen contener sólo las reglas fundamentales relativas a la forma del Estado, a la organización y al funcionamiento del gobierno, a los derechos y deberes de los ciudadanos, dejando a potestad de las leyes ordinarias la misión de precisar y desarrollar todas las cuestiones relativas

de detalle²², las normas extensivas del texto político peruano contienen normas materialmente constitucionales, pero también comprende un grueso filón normativo de materia diversa y que, en rigor, no son de estirpe constitucional sino sub y extraconstitucional pero que, al fin y al cabo, el constituyente ha querido incorporarlas como tal.

17. En este orden de ideas, resulta pues que la Constitución tiene un verdadero “programa” de actuación para los gobernantes, en este sentido, quienes detenten el Poder Político – sea del color e ideología que profesen – tienen inexorablemente que cumplir una suerte de testamento político del Poder Constituyente dentro de los marcos de creación, recreación e interpretación de la voluntad constituyente acondicionados, según el caso a los requerimientos y exigencias sociales del momento histórico. Si los gobiernos no desarrollan por lo menos las leyes que prescribe la Constitución, devienen en una inconstitucionalidad por omisión²³ con graves consecuencias para la estabilidad democrática. Pero, por otro lado, el hecho de que se promulgue la totalidad de leyes de desarrollo constitucional, no significa por este sólo hecho que exista ya un verdadero marco constitucional vigente. Entre la norma y la realidad existe una distancia muy grande. Y la Constitución material resulta ser la más amplia y profunda que la mera ficción jurídica de la norma positiva. Es verdad que una Constitución escrita no funciona por sí misma, ni mucho menos funciona aunque los sucesivos poderes constituidos llenen el contenido programático de la Carta. Su eficacia real debemos también encontrarla en los factores socioeconómicos que en un país como el nuestro, cuyo entorno de crisis, violencia y miseria coadyuvan a la inestabilidad de las instituciones políticas.

18. Pero no todo el panorama es negativo, internamente la Constitución tiene una serie de circuitos normativos e institucionales que posibilitan su vigencia y desarrollo. Y en ellos, los principios cons-

22 BISCARETTI DI RUFFIA. Paolo: *Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1973, p. 266.

23 “*La inconstitucionalidad por omisión*” es tema de un trabajo en preparación por el autor (Nota de 2001: Se publicó en el Colectivo *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1988. Nota de 2011: En México se publicó dicho ensayo con otros relacionados al mismo tema, en el libro *El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el Derecho Comparado (Reflexiones a propósito del caso peruano*, en coautoría con Edgar Carpio Marcos, Fundap, México, 2004).

titucionales se convierten en una verdadera brújula de orientación a la legislación positiva, a la interpretación de la magistratura y, en suma, a la actuación tanto del Estado como de la propia ciudadanía.

Y es que ninguna sociedad puede ni debe vivir sin un ideal que la inspire ni un claro conocimiento de los principios que guían su organización. En este sentido, más allá del desborde popular y la crisis del Estado al que ya ha aludido descarnadamente Matos Mar y que se produce en el Perú de hoy en dos insurrecciones que cuestionan la vigencia social del Estado: una masiva pero pacífica iniciada por los informales, otra aislada pero cruenta, iniciada por grupos subversivos; más allá y más acá de toda esta desinstitucionalización del Estado y su pérdida gradual de vigencia, creemos que sigue teniendo sentido tanto para el Perú profundo como para el Perú Oficial, la existencia de un documento político al que Fernando Lassalle en su momento le denominara una "simple hoja de papel"; pues superada la bicentenario experiencia de los Estados en convivir en una Constitución, confirma que no existe por lo menos otra opción creadora en los hombres para que, en política, las tensiones entre la Autoridad y la Libertad se vean mínimamente equilibrados en el mayor Código Político.

ADDENDA BIBLIOGRÁFICA

Como quiera que el trabajo fue desarrollado en 1987, en la actualidad existe una producción bibliográfica muy intensa que se ubica dentro del "boom del Constitucionalismo peruano".

Como marco referencial, se pueden consultar los trabajos orgánicos de José Pareja Paz Soldán (Cfr. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, de preferencia la 3ra edición, Lima, 1984); Enrique Chirinos Soto (Cfr. *La Constitución al alcance de todos*, Lima, 1979); Marcial Rubio Correa y Enrique Bernaldes (Cfr. *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Lima, 1985) y Alberto Ruiz Eldredge (Cfr. *La Constitución comentada*, Lima, 1980).

Al margen de la visión panorámica de los trabajos antes citados, existe una literatura más específica sobre diversos temas. Así tenemos:

- a) En lo que atañe a la ideología política que primó en el seno de la Asamblea Constituyente aún no se ha escrito algo orgánico sobre la materia. Con todo, existen trabajos de imprescindible

consulta sobre el particular como los “*Diarios de los debates de la Asamblea Constituyente*”, Lima, 1978 (8 Vol); igualmente se han publicado ya las “*Actas de las Sesiones de la Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*” y los dos volúmenes de los “*Anexos y Ponencias de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente*”. Un esfuerzo académico, hecho al alimón, es el libro de Enrique Bernalles y Marcial Rubio: *Constitución: Fuentes e Interpretación* (Mesa Redonda Edit., Lima, 1988,) que trae interesantes fuentes documentales en el marco en que se gestó la Carta Política de 1979. Desde una perspectiva politológica, el tema de la ideología ha sido tratado en diversos trabajos por Francisco Miró Quesada Rada (Cfr. *Política y Ciencia Política I*, Lima, 1981 y *Ciencia Política. Manual y Antología* (Lima 1986), en esta línea también se encuentra Luis Silva Santisteban *Fundamentos de Ciencia Política* (Lima, S/F).

En el campo del Derecho, aparte de Miró Quesada Cantuarias; García Belaunde y Orbegoso Venegas, Rendón Vásquez ha publicado un libro de destacada valía, por otro lado Mario Alzamora Valdez ha escrito: “Validez, vigencia e ideología en el Derecho” (Cfr. *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Edit. Cult. Cuzco, Lima, 1985).

- b) Respecto al contexto en el cual se ubica y desarrolla la Asamblea Constituyente, existe una literatura de diverso calibre. Un material de primera mano por lo que allí se registran los acontecimientos procesados en forma rigurosa son los trabajos de DESCO; *Cronología Política*, fundamentalmente los volúmenes VI (Lima, 1979), VII y VIII (Lima, 1980). Existe un breve trabajo colectivo (AA.VV.: *La Constitución: ¿Qué y para qué?*, Edit. Retama, Lima, 1978). Igualmente el prólogo que escribiera Henry Pease García a la obra de Rubio y Bernalles (*Perú: Constitución y Sociedad Política*); con un tratamiento sociológico del mismo autor existe el libro titulado *Los Caminos al Poder: 3 años de crisis en la escena política* (Desco, Lima, 1980). Un interesante testimonio de parte sobre el desarrollo de la Asamblea Constituyente es el de Luis Alberto Sánchez (Cfr. *Testimonio Personal: Adiós a las armas 1976-1987*, Vol. VI, Mosca Azul Edit., Lima). En esta línea, cabe consignar un trabajo de altísimo nivel académico de Do-

mingo García Belaunde: "Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N°4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990. José Pareja Paz Soldán publicó con anterioridad una interesante compilación de carácter divulgatorio rotulado: *Temas Constitucionales y la Asamblea Constituyente*, Edit. Andina SCRL, Lima, 1978.

- c) El tema del poder constituyente ha tenido una parca producción en el Perú, Desde una visión del derecho constitucional general, lo han desarrollado los profesores Raúl Ferrero Rebagliati (Cfr. *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Studium, Lima, 1981) y Darío Herrera Paulsen (Cfr. *Curso de Derecho Constitucional Teoría General*, UNMSM, Lima, 1987). En forma orgánica ha sido abordado por Sigifredo Orbegoso Venegas y Washington Durán Abarca (vid nota 1) y por Rubio y Bernaldes en *Constitución: Fuentes e Interpretación*, Mesa Redonda, Lima, 1988²⁴.
- d) El tema de la interpretación constitucional ha sido trabajado en una interesante versión por Aníbal Quiroga León: "La Interpretación Constitucional" (Rev. *DERECHO*, PUCP, Lima, N°39, Diciembre de 1985) y también en *Lecturas sobre temas constitucionales* (CAJ, Lima, 1988, Vol. I), también se registra en la bibliografía peruana el trabajo del profesor Rolando Tamayo y Salmoran: "Los sistemas de interpretación", en Rev. *Ius Et Praxis* (U. de Lima, Junio de 1989, N° 13); Carlos Thorne Boas ha escrito breves ensayos bajo el título *La interpretación de la Ley* (Cult. Cuzco, Lima, 1989). Y el de Nelson Saldanha: "El Poder Judicial y la interpretación del derecho", en *Ius Et Praxis*, N° 14, Lima, 1989.

Por otro lado, Néstor Pedro Sagüés presento una sugestiva ponencia en el II Congreso Nacional de Derecho Constitucional titulado: "*La interpretación de la Constitución*" (Lima, 1990).

- e) Respecto al desarrollo de los principios constitucionales de la administración de justicia pueden verse los trabajos de Aníbal

24 Nota de 2011: Un trabajo más orgánico es el de ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos*, Estudio Preliminar de Gerardo Eto Cruz, Normas Legales, Trujillo, 2002.

Quiroga León: “Los Derechos Humanos, el debido proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia” (Cfr. *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cult. Cuzco, Lima, 1987), del mismo autor: “Las Garantías constitucionales de la administración de justicia” (Cfr. *La Constitución Diez años Después*, Edit. Constitución y Sociedad, Lima, 1990), el profesor Víctor Julio Ortecho Villena ha desarrollado este tema también en su obra: *Derechos y Garantías Constitucionales*, Marsol, Trujillo, 1990 (2da edición de preferencia); igualmente Piedad Pareja: *Justicia y Constitución. La Administración de Justicia en la Constitución Política del Perú de 1979*, Lima, 1989.

- f) Respeto al tema de las leyes de desarrollo constitucional, cabe mencionar el trabajo del decano de los constitucionales peruanos, José Pareja Paz Soldán quien en forma pionera escribiera el ensayo: “Constitución y Estabilidad Democrática” (*Rev. de D. y CC.PP. de la UNMSM*, Nos. 1, 2 y 3, 1979); merece también rescatar el trabajo del profesor sanmarquino Gustavo Bacacorro quien igualmente ya había previsto esta problemática en la interesante introducción a su obra: *Constitución Política del Perú* (Edit. Universo S .A., Lima, 1981), posteriormente Marcial Rubio Correa lo ha desarrollado en una conferencia en la que interviniera igualmente el diestro parlamentario Roberto Ramírez del Villar (Cfr. *El Rol del Parlamento*, Intercampus, Lima, s/f).
- g) Finalmente cabe también consignar diversos trabajos que han problematizado desde distintas perspectivas el quehacer de esta década de vigencia constitucional. Sigifredo Orbegoso ha reflexionado diversos tópicos en su obra *Derecho Constitucional. Ciencia y Política: Incoherencia en la Constitución Peruana de 1979*, Marsol Edit., Trujillo, 1984. En el libro colectivo: *La Constitución Diez Años Después* se han escrito entre otros temas: “El momento de la Constitución de 1979” (Aníbal Quiroga León); desde una visión politológica “El Proceso de formación contemporánea del Estado Peruano” (César Landa Arroyo); “El funcionamiento del Sistema Político” de Enrique Bernaldes; autor que con anterioridad ha venido insistiendo en los problemas del parlamento (Cfr. *El Parlamento por Dentro*, Lima, 1985; *Parlamento, Estado y Sociedad*, Lima, 1981; y *Parlamento y Democracia*,

Lima, 1990). Sumado a este enfoque que forma parte del derecho constitucional como *realismo jurídico*, se encuentra lo desarrollado por Domingo García Belaunde, quien ha publicado un sugestivo título fruto de diversos ensayos y artículos: *Teoría y práctica de la Constitución Peruana* (Vol. I, Edit. y Distribuidora de Libros S.A, Lima, 1989; Vol. II, Edic. Justo Valenzuela, Lima, 1993), obra que, por lo demás, tiene vinculación a otro del mismo autor (Cfr. *Constitución y Política*, Lima, 1981; 2ª. Edición, Editorial y Distribuidora de Libros - EDDILL, Lima, 1991). Francisco Eguiguren Praeli publicó un formidable ensayo titulado: "La Constitución Peruana de 1979: la difícil (e incierta) distancia entre el modelo normativo y su aplicación en la realidad" (Cfr. *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*), recientemente ha publicado un libro orgánico de imprescindible consulta: *Los retos de una democracia insuficiente*, Lima, 1990. Por otro lado, Enrique Chipoco Tovar ha editado un colectivo en la que han escrito académicos y ex-constituyentes titulado: *Asamblea Constituyente*, Lima, 1990.

Para una ampliación panorámica puede consultarse el trabajo de César Landa Arroyo: "Derecho Constitucional Peruano: balance bibliográfico (1979-1989)" (*Ius Et Praxis*, U. de Lima, Diciembre de 1989, N° 14). Un filón bibliográfico más específico del derecho procesal constitucional es nuestro trabajo: "Introducción bibliográfica a los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales" (Cfr. *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990).

ANEXO: 10 años de Legislación Constitucional en el Perú (1980 - 1990)

Resulta útil consignar un anexo de la producción legislativa de los últimos 10 años (1980-90) bajo los períodos gubernamentales del arquitecto Fernando Belaúnde Terry (AP) y Alan García Pérez (APRA). Son leyes de desarrollo constitucional las siguientes:

1. *Ley de Extranjería* (Ley N°4145 de 22.IX.20).
2. *Ley General del Instituto Peruano de Seguridad Social* (Ley N° 24786 de 28.XII.87).

3. *Ley del Sistema Nacional de Servicios de Salud* (D.L. N° 22345 de 28.XI.78).
4. *Ley de Promoción, prevención, rehabilitación y prestación de servicios al impedido, a fin de lograr su integración social* (Ley N°24067 de 11.I.85).
5. *Ley de Pensionista de Jubilación* (D.L. N° 17262); igualmente incluye el D.L. 18846 que regula la ley de pensionistas por incapacidad permanente y por sobrevivencia y el D.L. N° 20530 que regula a los pensionistas por invalidez, cesantía y supervivencia; también existen el DL. 22595 que actualiza los porcentajes de aportes destinados al Fondo de Pensiones del Trabajador del Sector Público Nacional; la Ley 24366 de 20.XI.85 y la Ley 24580 del 3.XII.86.
6. *Ley General de Educación* (Ley N° 23384 de 9.XII.83). Vid. Ley 23626 de 10.VI.83.
7. *Ley Universitaria* (Ley N°23733 de 18.V.82). Vid. Igualmente la Ley 24391 de 10.XII.85.
8. *Ley General de Incentivos, Beneficios y Exoneraciones Tributarias* (D. Leg. N°259 de 20.XII.82). Vid igualmente la Ley 24736 que establece normas para estimular las donaciones a todas las universidades y entidades afines (23.XI.87).
9. *Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación* (Ley 24047 de 3.I.85).
10. *Ley de Profesorado* (Ley N°24029 de 14.XII.84).
11. *Trabajo de Mujeres y Menores* (Ley N° 2851 de 23.XI. 18).
12. *Ley de Estabilidad Laboral* (Ley N°24514).
13. *Ley del Estatuto y Escalafón del servicio Civil* (Ley 11377 de 25.V.50) Igualmente ver la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (D. Leg. 276 de 24.III.84).
14. *Ley de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos* (Ley de 28.IX. 1868).
15. *Ley de Elecciones Políticas Generales* (Ley 14250 de 5.XII.62); igualmente se puede ver las diversas reformas a dicha ley a través

del D.L. N°22652 que es el Texto Único Concordado a la Ley 14250; por otro lado, ver igualmente la Ley 14207 que regula el Registro Electoral del Perú (25.IX.62), el D.L. N° 21901 en la que se establece que el Registro Electoral será renovado cada 20 años (9.VIII.77), el D.L. 22379 del Registro de Identificación de los ciudadanos que no sepan leer y escribir (15.XI.77).

16. *Ley del Servicio Militar Obligatorio* (D. Leg. 264 de 8.II.83).
17. *Ley que regula al Quechua como lengua oficial de la República* D. Ley 21156 (4.II.85). Vid también la Ley que crea la Academia Peruana de Aymara (24323 de 4.II.85) y la R.M. 4023-75-ED que regula el Alfabético Básico del Quechua (16.X.75).
18. *Ley de Nacionalización* (Ley 9148 de 14.VI.40).
19. *Convenio sobre doble nacionalidad entre el Perú y España* (Resol. Legislativa 13283 de 9.XII.59)
20. Vid. Código Civil Art. 2072-2073.
21. Vid. Código Civil Art. 885 inc. 4 y Ley de Aeronáutica Civil (Ley 24882 de 30.VII.88).
22. Vid. D.S. 781 de 1 de Agosto de 1941 donde declara que la Soberanía y Jurisdicción Nacional se extiende a 200 millas. Y la Ley 23856 que declara que el dominio marítimo a que se refiere el art. 98 de la Constitución se denomina "Mar de Grau" (8.VI.84).
23. *Ley del Instituto de Investigaciones de la Amazonia Peruana* (Ley 23374 30.XII.81).
24. *Ley General de Minería* (D.Leg. 109 de 12.VI.81).
25. *Ley de la Actividad Empresarial del Estado* (Ley 24948 de 4.XII.88).
26. *Ley de derechos del autor* (Ley 13714 de 31.X.61).
27. *Ley General de Industrias* (Ley 23407 de 25.V.82).
28. *Ley de la pequeña y mediana empresa* (D.L. 23189 de 19.VII.80). Vid igualmente la Ley 24062 de la pequeña empresa industrial (10.I.85) y la Ley de promoción artesanal (N° 24052 de 4.I.85).
29. *Ley del Presupuesto Funcional de la República* (Ley 14816 de 16.I.64). Vid Ley 16360 que modifica en parte a la 14816(31 .XII.66).

30. *Ley de Sistema Nacional de Contabilidad* (Ley 24680 de 4.VI.87).
31. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control* (D.L. 19039 de 16.XI.71).
32. *Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú* (D.S.Nº 295-68-HC de 1.VIII.68). Vid algunas modificaciones en las Leyes 23429 (4.VI.82) y 23438 (10.VI.82).
33. *Ley de Bancos* (D.L. 7159 23.V.31) (Nota: recientemente ha sido promulgado el D. Leg. 639 que regula Ley General de Instituciones Bancarias, financieras y de seguros de 25.IV.91).
34. *Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros* (D. Leg. 197 12.VI.81). Vid otras concordancias con el D.L. 17332 (31.XII.68), D. Leg. 500 (1.XII.88), 501(1.XII.88) y 503 (1.XII.88).
35. *Ley General de Reforma Agraria* (D.L. 17716. Vid. Texto Único Concordado de la 17716: D.S. 265-70-AG de 18.VIII.70).
36. *Ley General de Comunidades Campesinas* (Ley 24656 de 13.VI.87).
37. *El Reglamento Interno de las Cámaras Legislativas* fue normado el 26 de agosto de 1853. Sin embargo, en la actualidad rigen dos reglamentos para cada cámara, la de diputados que se aprobó con fecha 10.XII.87 y la de senadores el 29.IV.88.
38. *Ley del Poder Ejecutivo* (D. Leg. Nº560). Igualmente:
 - *Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores* (D. Leg. 113 de 12.VI.81).
 - *Ley Orgánica del Ministerio del Interior* (D. Leg. 370 de 4.II.86).
 - *Ley Orgánica del Ministerio de Justicia* (D. Leg. 117 de 12.VI.81).
 - *Ley Orgánica del Ministerio de Defensa* (D. Leg. 434 de 8.I.88).
 - *Ley Orgánica del Ministerio de Economía* (D. Leg. 183 de 12.VI.81).
 - *Ley Orgánica del Ministerio de Educación* (D. Leg. 135 de 12.VI.81).

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

- Ley Orgánica del Ministerio de Salud (D. Leg. 70 de 12.VI.81).
- Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo (D. Leg. 140 de 12.VI.81).
- Ley Orgánica del Ministerio Agricultura (D. Leg. 424 de 26.VI.87).
- Ley Orgánica del Ministerio de Vivienda (D. Leg. 143 de 12.VI.81).
- Ley Orgánica del Ministerio de Energía y Minas (D. Leg. 40 de 4.III.81).
- Ley Orgánica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (D. Leg. 96 de 29.V.81).
- Ley Orgánica del Ministerio de Pesquería (D. Leg. 94 de 26.V.81).
- Ley Orgánica del Ministerio de Industria (D. Leg. 170 de 12.VI.81).

Nota: Por Ley 24297 (29.VIII.85) se creó el “Ministerio de la Presidencia”, cuya Ley Orgánica fue el D. Leg. 357 en el Gobierno de Alan García. Sin embargo, en el gobierno del Ing. Fujimori fue derogado y en la actualidad no existe dicha cartera ministerial.

39. *Ley de Comisiones Consultivas de los Ministerios* (Ley 23340 de 18.XII.81).
40. *Ley que regula el Juicio Arbitral* (Arts. 548 y ss. del CC. de PP.CC. Vid. Igualmente arts. 2064 del CC.). Vid. También la R. Leg. 24810 que aprueba la “Convención sobre el reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras” (25.V.88), igualmente la R. Leg. N° 24924 que aprueba la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional”.
41. *Ley Orgánica de Justicia Militar* (D.L. 23201 de 19.VII.80). Vid. Igualmente el Código de Justicia Militar (D.L. 23214 de 24.VII.80).
42. *Ley que regula la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias* (Ley 24973 de 28.XII.88).
43. *Norma sobre ausencia y contumacia* (D. Leg. 125 de 12.VI.81).

44. Vid. Ley 24973.
45. *Código de Ejecución Penal* (D. Leg. 330 de 6.III.85).
46. En rigor, aún no existe una ley especial que regule la acción contencioso-administrativa. Empero, la nueva LOPJ (D. Leg. N°612) prevé todo un título alojado en las disposiciones transitorias.
47. La actual LOPJ (D. Leg. 612 de 26.VII.90) regula ya el régimen procesal de la casación (arts. 142 a 159).
48. *Ley Orgánica de los Consejos de la Magistratura* (D. Leg. 25 de 30.I.81).
49. *Ley Orgánica del Ministerio Público* (D. Leg. 52 de 16.III.81).
50. *Ley Orgánica de Municipalidades* (Ley 23853 de 8.VI.84).
51. *Plan Nacional de Regionalización* (Ley 23878 de 20.VI.84). Vid. Texto Único Ordenado de la Ley de Bases de la Regionalización (D.S. 071-88-PCM de 14.VI.88).
52. *Ley del Sistema de Defensa Nacional* (D.L. 22653. Vid Ley 24654 de creación del Ministerio de Defensa (27.IX.87) y D. Leg. 434, Ley Orgánica del Ministerio de Defensa (27.IX.87); igualmente D. Leg. 435, 270 y 271.
53. *Ley de Movilización Social* (D.Leg. 23118 de 9.VII.80).
54. *Ley Orgánica del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas* (D Leg. 440 de 27.IX 87)
55. *Ley de Bases de las Fuerzas Policiales* (D Leg. 371 de 4.II. 86)
56. *Ley del Sistema de Defensa Civil* (D.L. 19338 de 28.III.72)
57. *Código de Justicia Militar* (D.L. 23214 de 24.VII.80). Vid. igualmente la Ley Orgánica de Justicia Militar (D.L. 23201 de 19.VII.80).
58. *Ley que norma la fabricación, comercio, posesión y uso por particulares de armas y municiones que no son de guerra* (Ley 25054 de 20.VI.89).
59. *Ley del Registro Electoral* (Ley 14207 de 25.IX.62).
60. *Ley de Hábeas Corpus y Amparo* (Ley 23506 de 7.XII.82).

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES
Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

61. *Ley Procesal de Acción Popular* (Ley 24968 de 20.XII.88).
62. *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales* (Ley 23385 de 19.V.82).
63. *Ley Orgánica del Poder Judicial* (D. Leg. 612 de 26.VII.90).
64. *Ley General de Cooperativas* (D. Leg. 85 de 20.VI.81).

EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

Sumario: 1. Introducción. 2. Las relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional. 3. Hacia una definición del Derecho Civil Constitucional en el Perú. 3.1. Nota preliminar. 3.2. Definición del Derecho Civil Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, reflexiones doctrinarias provenientes de diversos países de Europa, vienen puntualizando las incidencias de la Constitución sobre el Derecho Privado. Y, aunque existe una variedad de denominaciones empleadas: derecho constitucional civil, derecho constitucional de la persona, derecho constitucional de la familia, o derecho privado constitucional, etc., La expresión que viene vigorosamente afirmándose es la relativa al *derecho civil constitucional*.

Aunque por ahora la trimembre locución “derecho civil constitucional” aluda al derecho civil *contenido* en la Constitución, impera la idea de que el derecho civil constitucional es, ante todo, *derecho civil* y, desde luego, no es derecho constitucional, aunque

* Se publicó originalmente en la Revista *Res Pública* de la Universidad César Vallejo, Trujillo, N° 1, 1999.

figure integrado en la Constitución. Sin embargo, este planteamiento que fuera expuesto hace ya varias décadas por diversos profesores de derecho civil en España y en los que destacan dos grandes académicos de las actuales generaciones como son De Castro y Castan Tobeñas¹, ha sido replanteado con mayor solidez hace ya una década por el profesor Florez-Valdes².

El tema y la expresión misma del derecho civil constitucional no deja de impactar a civilistas como a constitucionalistas; tan importante y singular problemática se ha extendido a otros países, como son los esgrimidos en Alemania por el profesor Konrad Hesse³; o en Italia por el profesor Pietro Perlingieri⁴ y en Francia por Francois Luchaire⁵.

Pero aparte de la indiscutible existencia de aquellas normas civiles constitucionales que regulan fórmulas normativas *materialmente civiles* encerradas formalmente en la Constitución; la problemática que im-

-
- 1 Vid. FEDERICO DE CASTRO: "El derecho Civil y la Constitución", en *Revista de Derecho Privado* (RDP), Año XXII N° 257, 1935, pp. 33-48. CASTAN TOBEÑAS: "Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado", en *RDP*, N° 237, 1933, pp. 189 y ss.
 - 2 FLORES VALDES, Joaquín Arce: *El Derecho Civil Constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pp. 173 y ss. Por otra parte, la bibliografía sobre el derecho civil constitucional en España se expresa en una presencia respetable: entre los que destacan a RUIZ VADILLO, Enrique: "La Constitución española y el Derecho Civil", en *RDP*, Tomo LXIII, Madrid, 1974, pp. 233-255; GONZALES PALOMINO, José: "Valor civil actual de las normas constitucionales", en *RDP*, Año XX. N° 243. p. 20; VILLAR y ROMERO. J.M.: "Las transformaciones del derecho privado en derecho público", en *RDP*, 1943. pp. 41 1-431; GONZALES PORRAS, José Manuel: "La menor de edad después de la Constitución y la reforma del Código Civil", en *RDP*, T. LXVIII 1984, CARRASCO PERERA, Ángel: *El Derecho Civil: Señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: "Matrimonio y Familia: Arts. 32 y 39 de la Constitución", en *Rev. de Derecho Político*, N° 36, 1992, pp. 207-223; entre otros, independientemente de los clásicos trabajos de diversos civilistas ibéricos.
 - 3 HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
 - 4 PERLINGIERI. Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1983; ver del mismo autor: "Por un derecho civil constitucional español", en *ADC*, T. XXX-VI, Fascículo I, Enero-Marzo, Madrid, 1983, pp. 1-16.
 - 5 LUCHAIRE, Francois: "Le Fondements constitutionnels du droit civil", en *Revue trimestrielle de droit civil*. 1982.

pera en este campo es no sólo analizar la existencia misma del derecho civil constitucional; sino otros territorios mucho más conflictivos como es el relacionado a la *eficacia jurídica* de las normas civiles constitucionales. El planteamiento es, en grandes rasgos, el siguiente: se trata de ver si la Constitución que, como se sabe, prevé un *stock* de normas civiles, tienen en rigor, el carácter de simples *normas programáticas* que sólo se tornan obligatorias cuando éstas se proyectan en la legislación ordinaria y cuya operatividad del derecho civil constitucional estaría expresado no en la norma constitucional, sino en el Código Civil; o si, por el contrario, nos encontraríamos con que la Constitución misma es una verdadera *norma jurídica* inmediatamente aplicable y que debe ser tenida en cuenta. He aquí en grandes líneas, algunos de los temas que nos trae esta singular problemática del derecho civil constitucional.

2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Un primer punto que es necesario destacar es la relación que existe entre el derecho civil y el derecho constitucional. Desde luego, no entramos aquí en la antigua polémica si el derecho privado se está transformando, evolucionando o en crisis; pues es incuestionable que el derecho privado subsiste y hoy más que nunca con el remozamiento del liberalismo en el mundo y su presencia no sólo se afirma con solidez en el derecho civil sino en diversas legislaciones extra código civil. El tema, por el contrario, es ver cuál es el grado de relación que existe entre ambos predios jurídicos.

Nuestro particular punto de vista es que entre el derecho civil y el derecho constitucional, hoy existe una retroalimentación recíproca y lo planteamos de la siguiente manera: diversas normas que siempre han sido *hábitat* natural de los textos constitucionales, hoy forman parte de sendos articulados del Código Civil y así podríamos advertir que probablemente nos estaríamos encontrando frente a la presencia de un "*derecho constitucional civil*" que serían para aquellas normas que, perteneciendo a los predios tradicionales de los textos constitucionales, hoy se proyectan en las normativas civiles; a su vez, y en correspondencia recíproca, existen infinidad de normas civiles que son o han sido un coto de caza del ámbito del Código Civil, hoy, dichas normas, sin embargo, se proyectan

en diversos territorios de los textos constitucionales. En consecuencia, sostenemos pues que en la actualidad hay una correspondencia o retroalimentación recíproca: muchas normas que están en la Constitución, pertenecen materialmente al derecho civil (*derecho civil constitucional*) y otras tantas normas que están en los códigos civiles pertenecen por tradición en las constituciones, sean los derechos fundamentales de la primera, segunda o tercera “generación” (*derecho constitucional civil*). Por supuesto que no nos interesa aquí acuñar una supuesta o aparentemente confusa locución de “*derecho civil constitucional*” y “*derecho constitucional civil*”, lo importante es ver que por encima de las nomenclaturas, se conozcan las esencias de las cosas. Y el hecho es que históricamente hubo una *relación de exclusión* entre el derecho civil y el derecho constitucional, conforme ya se ha constatado; y ello hoy se expresa en una *relación de intersección*; lo que por ahora no está claro es si esa relación de intersección pueda convertirse, a la postre, en una *relación de inclusión*, es decir: que el Código Civil esté dentro de la Constitución, aspecto éste que probablemente podría no ser problema, bajo el entendido de que el Código Civil, como cualquier ley, debe afirmar el *principio de constitucionalidad* y en los marcos de la jerarquía, el Código Civil sería una norma *infraconstitucional*. Sin embargo, creemos que esta aparente inocua situación se decantaría si vemos que, frente al Código Civil y la Constitución, en el sistema jurídico, la fuente de aplicación sólo opera en el Código Civil y no con la Constitución; planteamiento que por ahora impera en el Perú.

3. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

3.1. Nota preliminar

Por principio, suscribimos la tesis iniciada modernamente por Joaquín Arce y Flórez-Valdés⁶, la que igualmente es asumida por otros profesores como Konrad Hesse, si bien con el título Derecho Constitucional y Derecho Privado⁷.

6 Op. cit. pp. 173 y ss.

7 Op.cit. pp. 31 y ss.

Igualmente, en Francia a Francois Luchaire⁸, en Italia por Pietro Perlingieri⁹, así como una gran producción ibérica en esta área. Es decir, estimamos que es más correcto utilizar la expresión o el título de “*derecho civil constitucional*”, antes que otros rubros, tales como derecho constitucional de las personas, derecho constitucional de la familia, derecho privado constitucional, derecho constitucional civil. No entramos, en todo caso, a bautizar nombres de acuerdo a gustos, pues una eventual polémica en este extremo sería bizantina y baladí; sin embargo, resulta siempre difícil atribuir un nombre idóneo a cosas relativamente abstractas.

Previamente, debemos señalar que el contexto donde se desarrolla el Derecho Privado fue en el Siglo XIX, pues ahí aparecen ya las importantes codificaciones de la ciencia jurídica privada. Es la época, no cabe duda, del tránsito de las antiguas sociedades feudales-estamentarias a las sociedades industriales burguesas. No obstante que en aquellas épocas, según se ha podido advertir, ya existían también textos constitucionales, como indica Hesse. Dichas normas fundamentales aún estaban lejos de provocar o programar modificaciones del Derecho Privado, en tanto no les correspondía una eficacia vinculante frente al legislador del Derecho Privado¹⁰. Por el contrario, históricamente fue el Derecho Privado el que aparecía, para las flamantes capas industriales de las sociedades burguesas, como el auténtico baluarte de la libertad burguesa. Fue así como el derecho civil, expresado ya en una sólida codificación, pasa a ser la garantizadora de las sociedades burguesas, acaso las normas constitucionales asumían por aquel entonces un rol secundario y discreto, en tanto las relaciones de los particulares, desde el punto de vista de la libertad individual, giraba todo en torno a la vida económica, quedando las constituciones para la regulación de las relaciones públicas.

Vicente Torralba Soriano nos proporciona mayores elementos de juicio para poder observar cómo pasa esta evolución. Así, el significado constitucional del Derecho Civil en el siglo XIX presenta dos

8 LUCHAIRE, Francois: “Les fondements constitutionnels du Droit Civil”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982.

9 PERLINGIERI, Pietro: “Por un Derecho Civil Constitucional Español”, en *Anuario de Derecho Civil*. T. XXXVI. Fascículo I. Enero - Marzo 1983, pp. 1-16.

10 HESSE, Konrad: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, op. cit., p. 35.

facetas: una política, cuyo fin es la afirmación de las relaciones de las personas frente al poder estatal (*derechos públicos subjetivos*), y otra social a través de la cual se trata de dar valor jurídico a una determinada organización, la de la burguesía, que se asentaba sobre el derecho de propiedad. De estas dos facetas se deduce claramente que el Derecho Civil no tenía sólo un sentido privado, como se suele entender actualmente, es decir, afectaba a algo más que a las simples relaciones entre particulares. Era, ciertamente, el derecho de la persona, pero era también el derecho de la organización económico-social, puesto que tal organización estaba basada fundamentalmente en la propiedad y en la iniciativa privada, de cuyo libre juego se habría de derivar, según la ideología de la época, el bienestar general. Por ello, podía hablarse no sólo del carácter constitucional del Derecho Civil en aquella época, sino incluso del significado público del mismo, en cuanto que sentaba las bases fundamentales de la organización jurídico-política. Lo que ha sucedido posteriormente es que la evolución jurídica se ha realizado al margen de los Códigos donde se había cristalizado el Derecho Civil, de manera que los Códigos y, por consiguiente, el Derecho Civil continuaban manteniendo los principios y reglas que triunfaron en el momento de la Codificación; mientras que las estructuras socio-económicas cambiaban profundamente, requiriendo la “elaboración de un nuevo Derecho” que correspondiera y fuera reflejo de las nuevas estructuras. Este fenómeno tenía que ocasionar necesariamente el empobrecimiento del Derecho Civil, el cual, al no adaptarse en su configuración legal a las nuevas situaciones socio-económicas, va a perder necesariamente su significado constitucional. Ello se debe a que el desarrollo de los principios constitucionales no se va a realizar en los últimos tiempos. Por el contrario, quedando prisionera formalmente de la estructura del Código, y siendo difícil su modificación, los cambios se tenían que realizar necesariamente por otra vía, la vía de los llamados *derechos especiales*, los cuales, en cuanto que son reflejo de las nuevas preocupaciones e ideologías sociales, vienen a consolidar un derecho nuevo. Por consiguiente, el Derecho Civil codificado va a perder el significado social, vital e ideológico, que tuvo en un principio, precisamente porque las ideologías, la organización social y la vida toda ha cambiado profundamente. A causa de ello, los Códigos no son ya fiel reflejo de la situación social e ideológica que inspira la vida moderna. En consecuencia, el Derecho Civil es ahora más que nunca un Derecho Privado, en el

sentido de que afecta sólo a las relaciones entre particulares; pero no conserva el significado organizativo y social que tuvo, en un principio, el Derecho Civil codificado¹¹.

Es más hoy surge con un impresionante señorío nuevas vetas jurídicas cuyas canteras son propias de la matriz del Derecho Civil. Así, por ejemplo, el Derecho Financiero¹², el Derecho Industrial¹³, el Derecho Monetario y Bancario¹⁴, el Derecho Comercial¹⁵, el Derecho Minero y de Hidro- carburos¹⁶, el Derecho Agrario y de Aguas¹⁷, el

-
- 11 TORRALBA SORIANO, Vicente: "El Derecho Civil desde su Codificación hasta el Tiempo Presente", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. LXXI. N° 1 Julio de 1975, México, pp. 255-256.
 - 12 Al respecto, una breve bibliografía de esta rama puede verse en DUVERGER, Maurice. *Hacienda Pública*, 5ta. Edic., Barcelona, 1968; MUSGRAVE. R. y P.: *Hacienda Pública*, 5ta. Edic., Mc Graw-Hill, Madrid, 1992. DE LA GARZA, S.: *Derecho Financiero Mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1992; GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS, Domingo: *El derecho Presupuestario en el Perú*, Luis Alfredo Ediciones, Lima, 1998; CASTILLO, Luciano: *Finanzas Públicas*, 5ta. Edic., Edit. Pirhua, Lima, 1992; FLORES POLO, Pedro: *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
 - 13 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo: *Tratado de Derecho Industrial*, Civitas, Madrid, 1978; FERNANDEZ NOVOA, Carlos: *Fundamentos de Derechos de Marca*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1984; KRESALJA, Baldo: *Derecho Industrial. Materiales de Enseñanza*, PUCP, Lima.
 - 14 ANDROSINI VALDEZ, David: *Introducción a la Banca*, U. del Pacífico, Lima. 1992; BCR: *Glosario de Términos Económicos*, Lima, 1995; MILLER, Roger Le Roy y PULSINELLI. Robert: *Moneda y Banca*, Mc Graw-Hill; TOVAR, Jorge: *Legislación Bancaria Comentada*, BCR del Perú, Lima 1993.
 - 15 BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Conceptos Fundamentales de Derecho Mercantil*, Edit. Marcombo, Barcelona, 1982; FLINT BLANCK, Pinkas: *Derecho Empresarial*, Studium, Lima, 1986; FLORES POLO, Pedro: *Derecho Empresarial*, Studium, Lima, 1986; MONTOYA MANFREDI, Ulises: *Derecho Comercial*, 2 Vol., Cult. Cuzco, 1988.
 - 16 BASADRE AYULO, Jorge: *Derecho Minero Peruano*, 5ta. Edic., Urna, 1990; GARCÍA MONTUFAR, Guillermo: *Apuntes de Derecho Minero Común*, Lima, 1989; SÁMAME BOGGIO, Mario: *Minería Peruana*, Lima, 1974 .
 - 17 DONGO DENEGRÍ: *Derecho Agrario*, Marsol Editores, Trujillo.

Derecho Urbanístico¹⁸, el Derecho Registral y Notarial¹⁹; el Derecho de Quiebras y Reestructuración Empresarial²⁰. En suma, muchas de estas nuevas y añejas ramas están ancladas al viejo cuño del derecho privado, identificado como derecho civil. Hoy, desde luego, el Derecho Civil no es “todo” el Derecho Privado, acaso por desborde de sus ramas éstas han desarrollado nuevas instituciones, están alimentadas de otra savia de principios y fundamentos que, aun cuando vinculado al Derecho Privado, es otro Derecho Privado, que muchas veces son las que reflejan verdaderamente el pulso de un régimen político. Así las cosas, y pretendiendo un intento de definición del Derecho Civil Constitucional, se debe partir ineludiblemente por considerar y rescatar la concepción de la Carta Constitucional como norma jurídica, siendo ésta que crea y funda un orden jurídico fundamental en la sociedad civil. Y si bien es cierto, como apunta Hesse, que el Derecho Privado deriva en mayor medida de otras fuentes, antes que del Derecho Constitucional²¹ hoy, sin embargo, los ordenamientos constitucionales ofrecen singulares funciones de garantía, orientación e impulso a las demás constelaciones normativas, entre las que obviamente se encuentra el Derecho Civil. Ya no se trata tan sólo de que la Constitución, como decía Pellegrino Rossi, sea la cabecera de todos los títulos de un orden jurídico; sino que la Constitución es la fuente de todas las fuentes normativas y, en este sentido, al Derecho Constitucional le corresponde ser una guía y un apoyo no sólo al Derecho Privado Civil, sino a todo el ordenamiento jurídico, merced al fenómeno de la constitucionalización de dicho ordenamiento. Y es que, mientras el Derecho Constitucional

18 SUSTAETA ELUSTIZA. Ángel: *Propiedad y Urbanismo*, Edil. Montecorvo, Madrid, 1978; LAZO MARTÍNEZ, José Luis: *Derecho Urbanístico*, 2 T., Edit. Montecorvo, Madrid; FIGALLO, Guillermo: *Suelo y Derecho*, SPÍ, Lima, 1987; CORNEJO B., Mariano: *Acceso al Suelo Urbano: Posibilidades y Limitaciones*, SPÍ, Lima, 1987; CALDERÓN, Julio: *Las ideas urbanas en el Perú*, Edit. Instituto de Desarrollo Urbano CENCA, Lima, 1990.

19 BOLÍN ZAPATA, Abel: *Derecho Registral Inmobiliario*, Buenos Aires, 1971; FUEYO LANFRI, Fernando: *Teoría General de los Registros*, Astrea, Buenos Aires, 1982; GUEVARA MANRIQUE, Rubén: *Derecho Registral*, 3 Vol., Edit. Fecat, Lima, 1997; BARRAGAN ALONSO, M.: *Manual de Derecho Notarial*, Temis, Bogotá, 1979; CARPIÓ AGUIRRE, Alfredo: *Derecho Notarial*, UNMSM, Lima, 1967.

20 ADROGUE, Manuel: *La Prelación de Créditos en Materia Concursal*, Edit. Perrot, Buenos Aires; FLORES POLO, Pedro: *Derecho de Quiebras*, Marsol, Trujillo.

21 HESSE, Konrad: op. cit., p. 82.

recepiona la dinámica de la vida y reacciona con mayor rapidez a los cambios de la realidad, el Derecho Privado mantiene esa cerrazón y autarquía que le viene anclada desde la concepción romanista, tan cara al viejo regusto de muchos civilistas que a duras penas permiten incorporar en sus viejos cofres normativos el aliento vivificante de la contemporaneidad de la vida, tan vertiginosa y veloz en este nuevo millenium²².

3.2. Definición del Derecho Civil Constitucional

El Derecho Civil Constitucional constituye un conjunto de normas y principios que forma parte de una constelación normativa del sistema jurídico y en el cual su *contenido* normativo, básicamente, se identifica con temas e instituciones que recíprocamente están ubicadas tanto en el ámbito normativo propio del Derecho Civil como también del Derecho Constitucional. Sin embargo, el Derecho Civil Constitucional está conformado por aquellas normas formalmente integradas en el Comando Mayor de la Constitución y que aluden a diversos temas, como son las complejas relaciones e imputaciones jurídicas en torno a la *persona*, en sus múltiples dimensiones; lo propio con la *familia y el matrimonio*, con todos los elementos y contenidos propios de este sector; así como las relaciones jurídicas que surgen de las *cosas y propiedades*. El contenido tampoco se agota con estos temas, aunque son los más *predominantes*, pues existen otros temas, como la herencia, las obligaciones, la capacidad, la nacionalidad, etc. Es decir, a estos diversos contenidos temáticos, el derecho civil constitucional les asigna o los identifica como aquellas materias *residualmente considerables de contenido civil* y que obviamente se ubican en el sector normativo de la *Lex Legum*.

El Derecho Civil Constitucional regula las típicas relaciones jurídicas entre las partes, sin mayor interés que para ellas mismas; sin embargo, estas relaciones propias de los *derechos privados subjetivos*

22 Vid por ejemplo ARIAS SCHEREIBER PEZET, Max: *Luces y Sombras del Código Civil*, Lima, 1992; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *Nuevas Tendencias en los Derechos de las Personas*, Lima; *Derecho a la Identidad Personal*, Edit. Astrea, Buenos Aires; SOTO LA MADRID, Miguel Angel: *Biogenética, Filiación y Delito*, Astrea, Buenos Aires, 1982; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho Genético. Principios generales*, Edit. Normas Legales, Trujillo, 1993.

pueden, según los casos, tornarse en un interés colectivo y puede trascender el ámbito cerrado del derecho privado, en tanto la *materia puramente civil* sufre una fuerte carga de valores fundamentales que pueden configurar nuevas interpretaciones por parte de los jueces ordinarios o de los tribunales constitucionales, allí cuando haya que *disentir* del esquema rígido del puro legalismo propio del Derecho Civil, para incorporar nuevos contenidos de valores axiológicamente contemporáneos que necesitan de criterios normativos que superen lo *normológico*, por una mayor oxigenación de valores de *justicia y equidad*: es decir, una lucha para afirmar lo *dikelógico* o lo justo.

Lo más probable es que la existencia que aquí venimos esgrimiendo del Derecho Civil Constitucional esté acompañada con principios propios de una interpretación acorde a los derechos iusfundamentales. En tal sentido, estimamos que aquellas materias civiles que están enlazadas en el ámbito constitucional, pueden ser *interpretadas* ya no sólo con el rigorismo formalista del Código Civil, sino, acaso, acorde a principios, valores y criterios fundantes en una normatividad superior que aquellas que se encuentren en el Código Civil²³. Esto supone, entre otras cosas, que las normas del derecho civil constitucional no deben ser necesariamente interpretadas bajo los criterios de normas-regla y bajo la aplicación de la técnica de la subsunción; sino bajo los criterios de normas-principio, pudiendo aquí el operador intérprete desarrollar una interpretación bajo los cánones de la ponderación.

Por otro lado, bueno es indicar que cuando se alude al tema del Derecho Civil Constitucional, pasa necesariamente por abordar otros temas conexos a su propia existencia. Así, surgen en la agenda

23 Anota Gustavo ZAGREBELSKY: "La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que vierten los conceptos mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no pueden haber superación en una síntesis conceptual que fije, de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza. La formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.

El único contenido "sólido", que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos, es el de la pluralidad de valores y principios. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Epílogo de Gregorio Peces-Barba, Edit. Trotta, Madrid, 1995. p. 17.

de desarrollo temático, aspectos como la *vigencia*, la *validez* y, fundamentalmente, de los contenidos y criterios de *interpretación* de las *normas civiles*. Es decir, aquí se le presenta básicamente al juzgador la posibilidad de un examen, ya no tanto de los criterios tradicionales de interpretación "*exegética*", sino la de confrontar el grado de validez que la norma civil ostenta frente al Comando Normativo Mayor. Y es que mientras una cosa es la simple y seca interpretación exegética a la cual nos tienen acostumbrados, acorde a las pautas de nuestro sistema *romano-germánico*, donde subyace como supérstite el pensamiento ideológico, el conservadurismo del viejo derecho civil napoleónico; otra cosa es, obviamente, las diversas pautas hermenéuticas de una Constitución, más rica en su *contenido* indeterminado de principios y valores que le imprime la composición de sus autores (Poder Constituyente Originario). Así las cosas, lo más probable es que diversas instituciones civiles tengan una *doble lectura*, la primera propia del Derecho Civil clásico; y, la segunda, acorde a una red mucho más rica de principios que una Constitución con una lectura abierta a fórmulas menos rígidas y de mayor apertura de justicia que ella anida en sí misma, que permita diversas interpretaciones *desde* la Constitución²⁴.

Por lo pronto, se observa en el sistema jurídico peruano, pese a los esfuerzos que viene desarrollando el gobierno por las reformas en torno al Poder Judicial²⁵ se evidencia una concepción tradicional en

24 Por hallarse en la cúspide de la jerarquía normativa, la constitución es una norma cualitativamente superior a las restantes. La Constitución es una norma – señala el Tribunal Constitucional Español, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esa prioridad *jerárquica* y cualitativa se traduce no sólo en la existencia de los rasgos peculiares, hasta aquí apuntados, que connotan su interpretación (interpretación "*de*" la Constitución), sino que la convierte en el criterio hermenéutico guía para interpretar todas las restantes normas del ordenamiento jurídico (interpretación "*desde*" la Constitución)". PÉREZ LUÑO. Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ta. Edic, Tecnos, Madrid, 1995. p. 279.

25 David PEZUA VIVANCO señala que "el futuro del país ... se está modernizando y reformando estructuralmente. Por tanto, frente a este proceso de modernización del país, el Poder Judicial no (puede) quedarse atrás (...). Se vienen obteniendo interesantes resultados para proporcionar seguridad jurídica reclamada

la mentalidad de los jueces. Pese a ello, la *Academia de la Magistratura* viene impulsando una formación acorde a las nuevas cosmovisiones y cosmogonías, tratando de superar el pensamiento de Montesquieu, cuando enfatizó dramáticamente que los jueces son, sin más, seres inanimados, sin vida, que son sólo la boca de la ley. El Derecho Civil Constitucional habrá de auspiciar una apertura a una hermenéutica más rica e interpretativa, apreciando los *valores fundamentales* que la Constitución le otorga a la regia legalidad civil. Desde luego, el Derecho Civil Constitucional no pide a los intérpretes, o a los que imparten la justicia, una *ruptura* con las reglas de sus interpretaciones. Tampoco apunta a una escuela libre de interpretación. Se trata simplemente que cada vez que haya que aplicar algún aspecto rela-

por los ciudadanos del país y por la comunidad internacional, por empresas, por pobres y pudientes; en fin, por todos.

Se encuentra en juego 7.400 millones de dólares ya invertidos, 10,000 millones comprometidos y 20,000 millones de dólares por venir. En consecuencia, este Poder del Estado debe ser capaz y tener la autosuficiencia para asumir su rol de garante de Derechos de toda persona natural o jurídica: con libertad e igualdad y sin discriminación alguna, en base a una Justicia predecible y eficiente, cuyo camino debe ser trazado en base a principios férreos y sólidos, que constituirán los Fundamentos Estructurales de esta Reforma del Poder Judicial; Moralización. Descentralización, Capacitación y Modernización" (Cfr. *Fundamentos Estructurales de la Reforma del Poder Judicial*, Lima, 1999, Poder Judicial, p. II). Vid igualmente de la misma Secretaría Ejecutiva del Poder Judicial. Reforma Judicial. Gestión Administrativa de la Función Jurisdiccional. Lima. 1999. Poder Judicial. Si bien existe una decisiva voluntad política por cambiar administrativamente el manejo del Poder Judicial, ellas en sí sólo se agotan en el ámbito estrictamente administrativo. Empero, aún falta la gran etapa que aún no aparece en la intencionalidad de sus propios integrantes: de configurar una formación jurisdiccional científica, que supere los lastres y vicios de un pobre razonamiento jurídico nada creativo y seriamente deficiente, Lo más probable es que las nuevas generaciones de abogados que asuman el rol de magistrados, bajo el tamiz previo de una selección y formación de la Academia Nacional de la Magistratura, afirme una esperanza por obtener un perfil profesional de un juez capaz, probo, independiente de todo vinculo con el Poder Político Sobre el particular, puede verse a SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Las escuelas judiciales*, UNAM, México, 1998. En este trabajo Sagüés hace un reexamen del problema, sosteniendo que el sistema de reclutamiento y selección de los magistrados debe sostenerse en: a) principio de igualdad de oportunidades, b) principio de formación, c) principio de selección por la idoneidad, d) principio de independencia; y. c) principio de acceso al cargo "por derecho propio" (pp. 24-33).

cionado al Derecho Civil, sea integrado con la Constitución; y, luego, apreciar el contenido superior de esta norma fundante, para luego ir a lo infraconstitucional. La idea es, pues, que el Derecho Civil Constitucional es simplemente el Derecho Civil, pero que se nutre de los valores superiores y supremos de una Constitución. Se nos podrá recusar que ello es obvio y que esto también ocurre o debe ocurrir en todos los demás sectores que integran el sistema jurídico²⁶. Esto también es cierto, pero ocurre que en las instituciones del derecho civil, la interpenetración de valores se lo otorga la Constitución; es decir, el Poder Constituyente ha de orientar al Poder Constituido, pues éste último es el creador legislativo simple de la legislación civil. Es más, un juez que empiece a razonar en frecuencia constitucional, debe asumir la idea de que la Constitución no sólo es un *concepto político*, sino que es una *norma jurídica*; y, como tal, debe ser tomada en cuenta en cada momento en que en la impartición de justicia se encuentren con aspectos vinculados a los valores constitucionales. Todavía resulta asombroso ver cómo los jueces, en sus fallos y sentencias, les resulta sumamente difícil invocar -ya sea en su partes considerativa, expositiva y, básicamente, resolutive- preceptos constitucionales, limitándose tan sólo a invocar las normas *infraconstitucionales*. Criterios como estos, por ejemplo, con la presencia de un razonamiento acorde a la presencia de un Derecho Civil Constitucional, deben empezar ya a superarse en la mentalidad de nuestros magistrados; o, en el mejor de los casos, esperar a la nueva formación académica de quienes deben ser magistrados, con conocimientos de un razonamiento constitucional²⁷.

En rigor, la presencia del Derecho Civil Constitucional en el Perú, en puridad, está subyacente. Lo que pasa es que es necesario que la judicatura asuma una mayor audacia en su razonamiento jurídico, acorde a las modernas tendencias que vienen imperando en el pensamiento jurídico contemporáneo²⁸.

26 RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, PUCP, Lima.

27 ETO CRUZ, Gerardo: "Algunas consideraciones en torno a la Teoría de la Argumentación Jurídica de Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Roben Alexy", en *Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*, N° 134, Julio de 1999, Trujillo. Edición Especial de 75 años, pp. 395 y ss.

28 Al respecto, pueden verse los trabajos de Manuel ATIENZA: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993. Del

mismo autor: *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, 1993; ALEXY, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, 1989. CASTRO CID, Benito: *La Filosofía Jurídica de Luis Recasén Siches*, Grañesa, Salamanca, 1974. DE TRAZEGNIES. Fernando: *Introducción a la Filosofía y Teoría General del Derecho*, PUCP, Lima, 1987. GARCÍA AMADO, Juan Antonio: *Teoría de la Tópica Jurídica*, U. Oviedo-Edic. Civitus, 1988; del mismo autor: "Del método jurídico a las teorías de la Argumentación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. III. Madrid, 1986. H. LEV1, Edward: *Introducción al Razonamiento Jurídico*, Edit. Eudeba, Buenos Aires, 1964. PERELMAN, Chaim y OLBRECHTS-TYTECA L.: *Tratado de la Argumentación. La Nueva retórica*, Edit. Gredos, Madrid, 1989. PERELMAN. Ch.: *La Teoría Jurídica y la nueva retórica*, Edit. Civitas, Madrid, 1979. RECASÉN SICHES. Luis: *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México. SALVAT, Raymundo: *Introducción al razonamiento jurídico*, Universitaria. Buenos Aires, 1904. VIEHWEG, Theodor: *Tópica y Jurisprudencia*, Edit. Tauros, Madrid, 1964; del mismo autor: *Tópica y Filosofía del Derecho*, Edit. Gedisa, Barcelona, 1990.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ DE AYER Y HOY* **

Sumario: 1. Exordio conceptual: las dimensiones del derecho constitucional. El orden Normativo. El orden de la realidad existencial. Orden Axiológico. 2. El derecho constitucional en el Perú de ayer. Ojeada Preliminar. 3. El constitucionalismo peruano de hoy. Características del constitucionalismo peruano de hoy. 4. Perspectiva actual del Derecho Constitucional en el Perú.

* Bajo el impacto que nos produjo el curso de Derecho Constitucional que impartiera en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo el profesor Sigifredo Orbegoso Venegas (Derecho Constitucional General), el que seguiría después con el profesor Víctor Julio Ortecho Villena (Derecho Constitucional Peruano), el derrotero de una vocación académica empezó a germinar. Al mismo tiempo, la poderosa gravitación del profesor Domingo García Belaunde afirmaría nuestra preocupación en una disciplina que hoy, no obstante el remozado aliento del derecho civil y de otras ramas jurídicas, el Derecho Constitucional afirma toda una avasallante plenitud. El presente trabajo reconoce la inspiración en el mirífico trabajo de Domingo García Belaunde: "Cómo estudiar Derecho Constitucional", vid. infra nota 5: y forma parte introductoria de nuestros "Apuntes bibliográficos al derecho constitucional peruano".

** Publicado en la Revista Jurídica, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, Trujillo 1995, N° 133.

1. EXORDIO CONCEPTUAL: LAS DIMENSIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional es una disciplina jurídica que estudia no sólo a la Constitución, esto es, al texto o documento codificado que todos conocemos, sino también a cualquier constitución, sea ésta de orden liberal, autoritaria o socialista; esté o no vigente; también estudia toda aquella legislación o normatividad constitucional cuya materia entra en los predios de este singular mundo jurídico llamado “derecho constitucional”, sea que fuere una norma *de iure* o *de facto*. En suma, esta disciplina estudia a todo lo que se presenta como *fenómeno constitucional* que de una u otra manera entra en su ámbito y que, desde luego, no podría ser materia de estudio por otra rama o disciplina jurídica. Visto en esta perspectiva, la ciencia del derecho constitucional ha vadeado la rémora de considerar al derecho constitucional como el *derecho de la Constitución*, concepción que estuvo anclada al viejo liberalismo decimonónico y que hoy apenas se manifiesta en lontananza del tiempo.

En la actualidad, como sostiene Mirkiné Guetzevitch¹, existen nuevas tendencias del derecho constitucional que han obligado a ensanchar su objeto de estudio. Desde este marco situacional, y como lo ha manifestado el destacado maestro latinoamericano Germán Bidart Campos, nuestra disciplina tiene tres órdenes o dimensiones que conforman su objeto de estudio y que corresponden a tres órdenes íntimamente vinculadas entre sí, pero diferenciables unos de otros: el orden o sistema normativo, el orden de la realidad existencial, y el orden axiológico de la justicia. Veamos brevemente estos aspectos.

1.1. El orden Normativo

En este orden obviamente se comprende, en primer término, a la Constitución, es decir al conjunto de normas que se expresan en un cuerpo codificado que es fruto de un Poder Constituyente Originario y que de ordinario se institucionaliza o expresa en una Asamblea Constituyente. De igual modo, comprende también a las leyes constitucionales que son expresión de un Poder Constituyente Derivado y cuya elaboración

1 GUETZEVITCH-MIRKINE, Boris: *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Traducción de Sabino Álvarez Gendín, Edit. Reus, Madrid, 1924.

lo asume el órgano legislativo ordinario que, por ficción jurídico-política, deviene en un poder que se expresa en un Congreso Constituyente. Pero también entran en esta constelación normativa toda aquella normatividad que regulan materia constitucional y que puede ser producida indistintamente por un gobierno *de iure* o *de facto*.

Igualmente cabe afirmar que en este orden normativo se incluye no sólo a las normas positivas; sino también a toda la normatividad consuetudinaria de estirpe constitucional, así como a las costumbres constitucionales.

1.2. El orden de la realidad existencial

Al derecho constitucional no sólo le interesa el estudio de la constitución en su simple expresión normativa, sino que, apoyándose en otros instrumentos teóricos provenientes de las ciencias sociales, pretende analizar y llegar a atrapar, auscultar y conocer la verdad de la realidad constitucional de un país.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por “*realidad constitucional*”? La respuesta en principio no es fácil, pues ella comprende una serie de cosas. Por tal realidad debemos entender a la forma en que la constitución o el ordenamiento constitucional de un Estado es practicada tanto por los gobernantes como por los gobernados.

Pero esta realidad no sólo comprende a la constitución positiva, sino también incluye a otros aspectos como son las vigencias constitucionales.

Por *vigencias constitucionales* entendemos a todas las normas constitucionales que se aplican, actúan, regulan la realidad constitucional; pero también se puede hablar de vigencias constitucionales aquellas que no nacen de los preceptos de la Ley Fundamental, sino fuera de ella, “y que no sólo que no surgen sino que se le oponen, que lo contrarían, que lo derogan”².

De otro lado la realidad constitucional no se agota con las simples vigencias ya aludidas, sino que esta incluye a otros elementos que aquí tomamos del profesor Domingo García Belaunde. Ellos son:

2 BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, Vol. I. Ediar Edit., Buenos Aires, 1963, pp. 27 y 133.

- a) *Factores de poder.* Los que influyen en las decisiones del Estado como son por ejemplo, el Ejército, la burocracia, la Iglesia.
- b) *Dinámica política,* (grupos de presión, partidos políticos, luchas por el poder la opinión pública, la influencia de la ideología, etc.)
- c) *Sistema socio-económico.* (La presencia de intereses creados, los intereses de clases, la propiedad de los medios de producción, etc.)

Profundizando más en esta problemática Domingo García Belaunde en una forma, por demás sencilla explica que:

“A mitad de camino entre la “constitución formal” (o normatividad constitucional) y la “constitución material” (o constitución real y efectiva) se halla un tercer concepto muy importante, cual es el de la dinámica constitucional, o sea, la relación o el desajuste entre los textos y los hechos que podemos señalar bajo los siguientes rubros:

- a) *Reformas constitucionales* (cambio del artículo de una constitución por necesidad del mundo real).
- b) *Mutaciones constitucionales* (cuando sin variar el texto, cambia el significado de la norma).
- c) *Desconstitucionalización* (cuando sin existir modificación alguna del texto constitucional, en la práctica o por defecto de las leyes ordinarias, pierde total o parcialmente su vigencia)”³.

En buena cuenta pues, en el orden de la realidad existencial, como sostuviera el desaparecido constitucionalista argentino César Enrique Romero, lo que interesa, es esclarecer la verdad práctica, el funcionamiento efectivo de las instituciones: su realidad política e institucional⁴.

3 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Nuevas tendencias del Derecho Constitucional”, en *Constitución y Política*, 1era. Edic, Lima, 1981, p. 186

4 ROMERO, César Enrique: *Introducción al Derecho Constitucional*, 2da edic., Víctor de Zavalia Edit., Buenos Aires, 1976, p. 13.

1.3. Orden Axiológico

Significa estudiar la vinculación entre el orden normativo y el de la realidad existencial a través de determinados criterios valiosos de justicia. En este aspecto, indudablemente se podrá observar si tal o cual norma es justa o no; o si la realidad constitucional acusa una injusticia social, visto de las grandes mayorías de la población que están al margen de los beneficios en los bienes y servicios de una sociedad. Este aspecto nos parece igualmente fundamental, dado que el académico, si bien estudia el fenómeno constitucional con el debido lente inquisidor, y levantado sobre parámetros objetivos; ello no impide que pueda hacer algunas apreciaciones críticas en torno a la materia que estudia y analiza.

Recuérdese que el derecho constitucional pretende encausar jurídicamente el fenómeno político. En consecuencia, es válido establecer ciertas pautas axiológicas que obliguen al constitucionalista a pronunciarse sobre temas intrincados y espinosos en algún momento determinado. Después de todo, en el campo del derecho constitucional, es inevitable que existan temas contenciosos que importarán reivindicar el valor justicia; es más, aquí el académico puede incluso hacer catequesis en afirmar los valores materiales que encierra una Constitución; lo propio podrá proyectar en su pensamiento constitucional una democracia más real y actuante y, frente a un problema dado, desde una perspectiva académica deberá establecer algunos criterios para la correcta interpretación de la constitución. Evidentemente todo esto no ocurre en el campo de la ciencia política, pues allí el politólogo, a diferencia del constitucionalista, enfocará y estudiará el fenómeno político tal cual es, mas no como debería ser; en cambio, en el mundo jurídico-constitucional, se trata de establecer o encarrilar el fenómeno del poder político, bajo prescripciones normativas, ello importa, sin duda alguna, que el académico o jurista no deje su impronta valorativa⁵.

5 Sobre esta problemática, véanse los trabajos del politólogo peruano Francisco Miro Quesada Rada: *Ciencia Política, Actualidad y Perspectivas*, Lima, 1976, pp. 46-64 y su más reciente trabajo: *Introducción a la Ciencia Política*, UNMSM, Cult. Cuzco Edit, Lima, 1994, específicamente pp. 409-422; GARCIA BELAUNDE, Domingo: "Derecho Constitucional y Ciencia Política", en *Rev. DERECHO*, N° 33, PUCP, Lima, 1978; BIDART CAMPOS. Germán: *Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1982; y FERNANDEZ SEGADO,

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ DE AYER

Ya que contamos con una visión panorámica de lo que estudia nuestra disciplina, resulta útil interrogarse ¿qué ha ocurrido con esta disciplina en nuestra patria? En realidad, han ocurrido muchas cosas y quizás en el devenir ocurrirán otros tantos fenómenos más. Veamos una mirada retrospectiva.

2.1. Ojeada Preliminar

Hasta antes que entrara en vigor la Carta Constitucional de 1979, los estudios de derecho constitucional peruano frecuentemente atravesaban por una serie de dificultades, una de ellas era sintómicamente la escasa producción bibliográfica en esta área, evidenciándose obviamente escasos o nulos cultivadores.

Es probable que más de una persona que pretendía abordar alguna problemática específica que se presentaba en la *dinámica constitucional*, en el momento de las consultas pertinentes: o se encontraba con libros que, como grandes sábanas blancas decían poco, o cosas muy generales, o con otros textos que no sacaban de apuro al ocasional lector, estudiante interesado o incluso al abogado consultor. En consecuencia, resulta válido formularse una pregunta de rigor: ¿a qué se debía todo este gran vacío en el desarrollo académico del derecho constitucional patrio?

En realidad, el desinterés por el estudio del fenómeno constitucional en nuestro país se ha debido a diversos factores, los que hace ya algún tiempo atrás fueron analizados en su real exactitud por el profesor Domingo García Belaunde y que aquí tomamos en gran medida⁶. Veamos:

a) *Presencia de gobiernos de facto*. Desde que se inició la vida republicana, el Perú jamás se ha desenvuelto dentro de los marcos pre-

Francisco "La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional", en *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1992, pp. 29-57.

6 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: ¿Cómo estudiar Derecho Constitucional?, en *Revista Derecho* N° 39, 1985, PUCP. Hoy reeditada en *Edic. Jurídicas* 37 pp. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Vol. 5 UNMSM/ Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 1994.

establecidos por los códigos políticos. La institucionalidad democrática se ha visto intermitentemente menoscabada por regímenes militares. De los cuarenta presidentes de la república que hemos tenido, aproximadamente, una significativa cantidad han sido de facto⁷. Obsérvese tan solo en el presente siglo la presencia de cuatro constituciones: la de 1920, 1933, 1979 y la actual de 1993. La primera duró prácticamente lo que duró el período de Leguía (Leguía gobernó en dos períodos: 1908-1912 y 1919-1930). Luego sobrevino el primer gobierno de facto del presente siglo con Luis M. Sánchez Cerro (Presidente de la Junta Militar 1930-31) y luego Presidente Constitucional 1931-33); asesinado Sánchez Cerro asume el mariscal Oscar R. Benavides (Presidente Provisorio 1914-15 y Presidente Constitucional 1933-39); posteriormente seguiría como presidente constitucional Manuel Prado Ugarteche (1939-45 y su segundo gobierno 1956-62) y luego Don José Luis Bustamante y Rivero (1945-48). Bajo este gobierno, se interrumpe la institucionalidad democrática con un nuevo golpe de Estado al mando del Gral. Manuel A. Odría (Presidente de Junta Militar 1948-50 y Presidente Constitucional 1950-56); posterior al segundo gobierno de Prado (1956-62) es elegido Presidente Constitucional Fernando Belaúnde Terry (1963-68), el que fue interrumpido su mandato por el golpe de estado del Gral. Juan Velasco Alvarado (1968-1975), anotemos también el breve interregno de facto de la Junta Militar presidido en 1962 por Ricardo Pérez Godoy y en 1963 por el Gral. Nicolás Lindley López. Lo propio al general Velasco le seguiría en la posta bajo el régimen militar el Gral. Francisco Morales Bermúdez. Todo este itinerario fue bajo los marcos de la Constitución de 1933. En la Constitución de 1979, bajo tres sucesivos gobiernos constitucionales, nuevamente se da la ruptura constitucional con el auto-golpe de Estado perpetrado por el ingeniero Alberto Fujimori, en cuyo régimen, iniciado a partir del 5 de abril de 1992, habría de institucionalizarse con una nueva constitución —la número doce— en 1993, el que fuera aprobada con una relativa mayoría, por cierto discutible, a través de un referéndum.

Mas, el margen de esta apretada descripción cronológica y de los interinazgos de facto en el presente siglo, interesa señalar la influencia decisiva del último docenio militar que marcó todo un derrotero en la política peruana. En efecto, desde octubre de

7 Desde luego, si se verifica los gobernantes del Perú desde 1821 a 1994, empezando por el general José de San Martín hasta Fujimori, incluyendo las diversas Juntas Gubernativas, la galería de mandatarios llega aproximadamente a los sesenta.

1968, se dio un golpe de estado que modificó el escenario nacional, desencadenando inéditas reformas a través de las FF.AA., lo que para la gran mayoría de analistas coinciden que fue o significó un golpe de estado institucional, pues no se trataba de un sector o de un caudillo como lo había sido siempre en nuestra tortuosa historia republicana.

En este período —que tuvo, como se sabe, dos “fases” — se puso en entredicho a la Constitución de 1933, vigente por entonces; los doce años de gobierno militar representaron una discontinuidad en la estabilidad formal institucional de nuestro sistema político. Y, aunque aquí no interesa valorar ni enjuiciar dicho interregno castrense, este fenómeno generó una serie de situaciones, tales como el desconocimiento de la constitución, la ausencia de una serie de instituciones representativas; el Parlamento no tenía presencia, ni mucho menos funcionó un real control judicial de constitucionalidad de las leyes, por lo que en los doce años no se manifestó una marcha de un sistema presidencial-parlamentario. Es decir, en dicho régimen militar no hubo una práctica y una dinámica constitucional que fuera susceptible de ser procesada y estudiada desde un enfoque jurídico-constitucional. Pero, por otro lado, esta situación generó una exuberante producción académica en el ámbito de las ciencias sociales, por lo que nuestra disciplina, en puridad, habría de guardar un compás de espera, el que se iniciaría recién a inicios de la década del 80 con la puesta en marcha de la flamante Constitución del 79 promulgada el 12 de julio de aquel año.

Volviendo a las reflexiones del régimen militar, el proceso de reformas sociales que ellos efectuaron, hizo languidecer más aún la producción constitucional peruana; la caída del Presidente chileno Salvador Allende con el cruento golpe de estado perpetrado por el Gral. Augusto Pinochet en 1973, significó, por otro lado, que las ciencias sociales volcaran, con todas sus vertientes académicas, al estudio del proceso político peruano liderado por el Gral. Velasco Alvarado, adquiriendo una robusta presencia.

El llamado “boom” de las ciencias sociales fue intenso; si bien en la actualidad no ha menguado, en aquella época fue avasallante. Al respecto, resulta útil la apreciación que formulara Enrique Bernales sobre este aspecto:

“A comienzos de la década de 1970, existía una especie de “sociologización” que se expresaba tanto en el discurso político como en el ambiente universitario. Pero este clima también se extendía a los medios de comunicación social y al lenguaje cotidiano. Fue ciertamente el momento de mayor auge de las Ciencias Sociales en sus aspectos académicos-científicos y los referentes a la oferta-demanda. Lamentablemente, se incurrió en el error de analizar el desarrollo de otras ciencias desde el prisma sociológico, pretendiendo en ciertos casos una influencia re-orientadora y a veces una anexión.

Esta actitud, visible sobre todo en algunos sectores universitarios, se dejó sentir en las currículas de carreras que permanecían largo tiempo inalteradas: Derecho, Educación, Historia, etc. La pretensión impositiva con la que se hizo, anuló en muchos casos la necesaria relación interdisciplinaria y acarreó una deplorable resistencia a las Ciencias Sociales, acusadas luego de ser “pura ideología”. En consecuencia los problemas de rechazo, aislamiento y autoencierro defensivo que después de la caída del gobierno de Velasco afectan al desarrollo de las Ciencias Sociales, no son ajenos al auge y euforia que se producen durante esa época situación que por lo demás posibilitó en algunos casos errores y excesos académicos ajenos a la rigurosidad y masa crítica que caracterizan a las Ciencias Sociales”⁸.

b) *Presencia de una generación de estudiantes con desconocimiento de la realidad constitucional.* El sistema educativo, como es fácil de constatar aquí en el Perú es deficiente. Para que esto ocurra, indudablemente existen diversos factores, entre otros: un presupuesto estatal paupérrimo, lo que tiene como lógica consecuencia una infraestructura educativa baja; una plana de profesores con exiguos ingresos, lo que les obliga a buscar otras alternativas de sobrevivencia, generando como consecuencia de ello un pobrísimo rendimiento en la enseñanza y en el aprendizaje. En realidad, todos estos factores, dan al sistema educativo una imagen realmente negativa.

La enseñanza que se impartía y se imparte aún en los niveles de la educación primaria y secundaria, deberían ser las bases para produ-

8 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *El desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú*, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 1981, p. 24-25.

cir un perfil del educando realmente bueno. Sin embargo, por lo anteriormente descrito, ocurre que, en el plano de la formación cívica, hace varios lustros, había un tremendo vacío: los alumnos (y esto ya no era sólo en los planos de la educación secundaria, sino también superior) han tenido un gran desconocimiento de la realidad constitucional.

Veámoslo: a nivel de los estudios primarios y secundarios, como ya se tiene dicho, había una formación de suyo deficiente y que, irónicamente ha empezado nuevamente a patentizarse en la actualidad, no empuja el triunfalismo del actual gobierno en la creciente construcción de colegios. Domingo García Belaunde, con una penetrante acuciosidad ha puntualizado que, en el curso de Educación Cívica, que es en donde mayor incidencia se le debe dar al alumno en su formación ciudadana, se evidencia una exposición muy limitada y, en los textos, se observa una nula referencia crítica a los problemas de nuestras instituciones políticas (Parlamento, Poder Judicial, Presidencia de la República, sistemas electorales, moralización en la administración pública, etc.) Esta situación, por obvias razones no estuvo presente en los estudiantes que se formaron en el régimen militar, lo cual, por otro lado, resultaba comprensible.

Estos aspectos no estaban alejados de lo que igualmente ocurría en los ambientes universitarios. En efecto, el estudiante secundario —egresado de un colegio privado o estatal— arribaba a las aulas universitarias y se encontraba con un micromundo muy distante de su otro colegio; experimentaba un espectro muy singular en los claustros universitarios; hay veces que, como una visión kafkiana, se patentizaba una metamorfosis en su formación educativa, asumiendo una determinada actitud política. Los más, eran absorbidos por la vorágine de la “toma de conciencia” de los problemas nacionales, confluyendo a engrosar en las organizaciones estudiantiles de manufactura marxista⁹, aun cuando esto en la actualidad se ha reducido a una mínima expresión; los menos o, si se quiere, un determinado sector estudiantil, “andaban descarriados o desorientados con el brusco ingreso al mun-

9 A lo largo de las últimas décadas, la presencia de las organizaciones estudiantiles estaban bifurcadas entre el sector de la izquierda marxista, en sus diferentes agrupaciones y, por otro lado, del APRA. En parte existían, aunque en menor escala, la presencia de la Democracia Cristiana y algunos otros sectores como Acción Popular y el PPC.

do del derecho, que permite, según decía Ortega y Gasset, tener estudiantes forzosos y forzados”¹⁰.

De suerte tal que, en el primer caso de estudiantes, se perfilaba fácilmente un joven politizado, de ordinario recusador del sistema político. A través de las agrupaciones estudiantiles político-partidarias, ora de simpatizantes, activistas; ora de militantes y dirigentes, se advertía una actitud que, en término gonzalespradinos se podría calificar de “propaganda y ataque”; no resultaba exagerado afirmar la subyacente actitud, si bien no de un menosprecio a las instituciones políticas, sí de una implacable crítica a las instituciones “liberales” o “burguesas” del país. Esta inconformidad, en rigor de verdad, tiene igualmente su sustento, en cierta manera, por el nulo funcionamiento de la institucionalidad democrática del país, bajo el peso de los regímenes militares.

Dentro de este contexto, para el estudiante universitario y, específicamente el de derecho, los problemas y temas político constitucionales de entonces, no revestían mayor importancia. Acaso los cursos que se dictaban en estas áreas, para el grueso estudiantil tenía como finalidad “rellenar” un requisito más en la estructura curricular de estudios. Pero esta descripción que hacemos, por cierto es relativa y no se puede afirmar como algo apodíctico, pues aun cuando no existía una vocación académica, sí se evidenciaba un interés por los temas jurídico-políticos que surgían de la propia discusión. Con todo, cabe destacar que determinados sectores estudiantiles de aquel entonces, acusaban una visión maniqueísta de la sociedad, producto de un tergiversado entendimiento de las canteras del marxismo que alimentaron irónicamente las diversas divisiones y pugnas en el interior de las pequeñas agrupaciones de “izquierda” en el Perú¹¹.

10 GARCIA BELAUNDE, Domingo: Prólogo al libro de Alberto Borea Odría: *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de Hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1995, p. 7.

11 Hace más de década y media, el implacable y meritisimo historiador Pablo Macera sostuvo que la izquierda peruana estaba como aquella conseja popular de los conejos que se detuvieron a discutir qué perro era el que los seguía, uno decía que era un galgo; otro afirmaba que era un podenco; mientras discutían, vino un perro sin raza y devora a los conejos. Las estériles y bizantinas discusiones acerca del “carácter de la sociedad peruana”; entre otras cosas, ha sido la división de este importante sector del pensamiento político en el Perú; aunado al inocultable afán del caudillismo y del “partido propio” de muchos de sus líderes.

Desde luego, hacer una tentativa de balance de toda esta generación de quienes pasaron por las aulas universitarias de aquel entonces, con desconocimiento de las instituciones de una democracia representativa, no debe llevar a infravalorar a aquellos estudiantes de ayer e incluso a los de hoy. Se debe advertir que un respetable sector de ellos, precisamente han sido profundos conocedores de dicha realidad; realidad social que axiológicamente les resultaba de una manifiesta injusticia social; por lo que optaron por otros senderos para enmendar no sólo simples correctivos, sino el de cambiar lo que usualmente se suele denominar por “estructuras sociales”. En todo este marco situacional, cabe referirse a la década de los 60 con el profundo impacto que irradió en la juventud latinoamericana la experiencia guerrillera de Fidel Castro y la mesiánica imagen del Che Guevara a fines de la década de los 50' e inicios de los años 60¹². Con todo, es cierto que la gran mayoría de estudiantes, tanto de los niveles secundarios como superiores, especialmente los de derecho, en el interregno castrense, no tuvieron una motivación real por los estudios e investigaciones de la dinámica constitucional en el Perú de entonces. Y, aun cuando el derecho constitucional no sólo se limita a estudiar el texto de una constitución de un país, como ya se tiene dicho, los interinazgos de gobiernos de facto formaban un mayor desaliento en quienes tenían alguna predisposición vocacional para estos estudios.

c) *Presencia de una fuerte formación “privatista” en el Derecho.* Este aspecto también contribuyó a desalentar en la formación, desarrollo y producción académica en el ámbito constitucional. En efecto, el régimen académico de las universidades peruanas, y específicamente en las facultades de derecho, se ha mantenido un perfil profesional demasiado “privatista”, en el entendido de que al estudiante se le debe dar ma-

12 En su momento. Cuba significó la apuesta al sí por la esperanza de un régimen socialista (Cfr. por ejemplo, ORTECHO VILLENNA, V. J.: *Cuba: Batalla a favor de la Historia*, Lima, 1962); empero, hoy quizá ya nadie se atreva a reivindicar el régimen de Fidel Castro: más bien, los otrora sectores intelectuales, que apoyaron a la revolución vienen haciendo contrición y enmienda. Así, resulta por ejemplo patético lo que afirma el conocido analista político Luis Pásara Pazos:

“Cada vez que escucho o leo los testimonios de esos cubanos desesperados que salen de Cuba arriesgando la vida, siento una solidaridad igual o mayor que aquélla que en otro momento sentí por la revolución cubana. Son ellos quienes personifican ahora el sacrificio y el valor de buscar una vida mejor” (“El Otro Fidel”, en *Caretas*, N° 1328, Edic. del 8.9.94, Lima, p. 27).

por peso en la formación del derecho privado antes que a otras ramas jurídicas¹³. Esta idea en realidad ha primado por varias décadas en las principales universidades peruanas y, acaso sea una idea raigal en los profesionales. Y esto se debe a diversos factores, por un lado no olvidemos que, iniciada la independencia, la idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX¹⁴ tuvo como atalaya el derecho civil; desde las obras de Vidaure y Pacheco se crearon y formaron “civilistas”. Recuérdese que el Perú tuvo su primera normatividad civil, aunque muchos no lo reconozcan, en el Código Civil de 1836, el que nació en el contexto de la frustrada experiencia de la Federación Peruano-boliviana de Santa Cruz, de allí se promulgó el Código Civil de 1852, luego seguiría el de 1936 y el actual de 1984. Pero la presencia vigorosa del derecho civil se ubica en el marco de vigencia del Código Civil de 1936 con la estela de destacados y prestigiosos juristas como Ángel Gustavo Cornejo, José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda, sólo para citar a tres descolantes civilistas ya fallecidos. En la última mitad de centuria se puede verificar la ubérrima producción de monografías y tesis de los graduados en el campo civil. Por otro lado, el factor rentístico como *modus vivendi* en el desempeño profesional en las áreas seguras del derecho civil, ha sido la idea muy arraigada en la gran mayoría de profesionales. Si sumamos todo esto a la influencia de los destacados juristas y al prestigio de los Estudios Jurídicos que, aunque prestan servicios varios, lo privativo, comercial y empresarial resulta ser determinante, podemos explicarnos por qué es que el derecho público y, en especial el constitucional, no tuvo hasta hace década y media, mucho predicamento, siendo por el contrario, un *primus inter pares* en relación a otras ramas de “prestigio” o “rentabilidad” segura¹⁵.

d) *Escasez de textos especializados*. Una universidad sin libros o lo que es lo mismo, una universidad sin recursos, está destinada a la mediocridad. Los libros especializados en materia constitucional han

13 Vid. ZOLEZZI IBARCENA; Lorenzo: *La profesión de abogado en Lima*, Fondo Edit. de la PUCP, Lima, pp.46 y 73.

14 DE TRAZEGNIE GRANDA. Fernando: *La idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*, Fondo Edit. de la PUCP, Lima.

15 Vid, en un futuro, nuestro trabajo inédito “La envoltura y el contenido constitucional del Código Civil”. Nota del 2001: Publicado ya con el título *Introducción al Derecho Civil Constitucional*, Edit. Normas Legales, Trujillo, 2000.

sido siempre escasos¹⁶. Por ejemplo, si se hecha un vistazo entre los años 60 a los 80 sobre los manuales o libros de nuestra disciplina constitucional o los comentarios orgánicos a la Constitución de 1933, en rigor, no pasaban de 3 a 5 autores, algunos que han devenido en “clásicos”, pero que si bien cumplieron un vital rol de formación y aprestamiento, mirado en la perspectiva actual, cabe señalar que el Perú marchaba terriblemente a la zaga en la formación y desarrollo del derecho constitucional peruano. Lo curioso es que, habiendo diestros políticos, amén de abogados con una formación académica, lamentablemente no legaron en sus ratos de ocio, trabajos o ensayos que pudieran haber hecho en su momento oportuno. Por lo demás y esto abarca los últimos cuarenta años antes de 1980¹⁷ quienes han ejercido actividad política pareciera que dejan poco tiempo al estudio y reflexión académica. En todo caso y para hacer justicia, son pocos cual rara avis- que, fuera de la tribuna parlamentaria, agitaron pluma en ristre sus imprecisiones y enfoques sobre temas jurídico políticos¹⁸; sin embargo, más primó una cuantiosa producción de literatura política de desigual calibre antes que rigurosos planteamientos de nivel académico¹⁹.

En síntesis, respecto a la producción nacional, salvo muy contados casos como ya se tiene apuntado, la literatura constitucional ha sido foránea y con el aditamento de que hay que importarlos.

e) *Crisis económica*. Este es el factor que, aunque pueda resultar una verdad de perogrullo, siempre es bueno tenerlo presente, pues determina a los demás factores: la crisis económica por la que atraviesa el Perú — de la que adquiere contornos dramáticos — obliga al estudiante a avizorar una actitud pragmática sobre su futuro como profesional; y, por razones que son obvias, entre la idea de cultivar una disciplina que

16 Un miembro de la Asamblea Constituyente de 1978-79 refería que, cuando salieron electos, muchos constituyentes se habían apersonado a las librerías principales y no encontraban información en esta área jurídica.

17 Vid. GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Cuarenta años de constitucionalismo peruano (1936-1976)”, en *Revista de Derecho y CC.PP. de la UNMSM*, Vol. 41, N° 1, 2, 3; enero-diciembre, 1977; se encuentra también refundido en su obra: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, T.I, Lima, 1989.

18 Una de estas plausibles excepciones: Enrique Chirinos Soto.

19 Revisese la compilación orgánica hasta fines de la década del 70' en el trabajo monumental de PEREZ-ROSAS CACERES, Augusto: *Fuentes Bibliográficas peruanas en las Ciencias Sociales (1878-1979)*, DESCO, Lima 1981, de preferencia pp. 148-174.

resulta muy abstracta y de suyo académica y las otras que sí le ofrecen una opción crematística como desarrollo profesional, evidentemente hay una apuesta a esto último.

Estos factores descritos, la mayoría ya puntualizados por el ilustre constitucionalista peruano Domingo García Belaunde²⁰, son grosso modo, los que determinaron la limitada presencia de un desarrollo académico-constitucional en la últimas décadas²¹.

Sin embargo, bien miradas las cosas y a tres períodos constitucionales, sumados con la interrupción del auto golpe de Estado del 5 de abril de 1992, sucesos todos que se han dado dentro de los cartabones de la Carta Política de 1979, aunada con la actual Constitución de 1993; toda esta situación panorámica del constitucionalismo de ayer, en la actualidad ha cambiado radicalmente. En efecto, a partir de 1980 y a lo largo de toda la década del 80, ha quedado sepultada esta imagen del que otrora fuera el derecho constitucional peruano: un *minus inter pares* frente a las demás disciplinas: el constitucionalismo de hoy ostenta una vigorosa presencia; situación esta que se explica en una masa crítica de producción académica, siendo evidente si se coteja con las demás disciplinas jurídicas del país.

3. EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO DE HOY

Desde que se promulgó el 12 de julio de 1979 la Constitución y entrara en vigor recién el 28 de Julio de 1980 bajo el segundo gobierno

20 Vid. supra cita N° 5.

21 Quien desee tener una aproximación orgánica sobre toda esta problemática del constitucionalismo peruano, puede seguir la imprescindible obra de Domingo García Belaunde y cuyos antecedentes son su "Guía bibliográfica de Derecho Constitucional Peruano" (Cfr. *Derecho*, Rev. de la PUCP, Lima, N° 29, 1971) que cubre todo el procesamiento de la literatura constitucional peruana desde sus primeros escauceos hasta los inicios de la década del 70'. En esta misma línea está también su obra: *El Constitucionalismo peruano y sus problemas* (T.I., PUCP, Lima, 1971), su ensayo que cubre todo un grueso panorama del gobierno militar. "Aspectos recientes del constitucionalismo peruano (1966-1973)" (Cfr. PAREJA PAZ SOLDAN, José: *Derecho Constitucional Peruano*, 5ta. Edición, Lima, 1973) y posteriormente el formidable trabajo que cubre cuatro décadas: *Cuarenta años de constitucionalismo peruano* ya citado y, finalmente, su *Perú: veinticinco años de evolución político-constitucional (1950-1975)*, publicado en México (1979) y refundido en su *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, T. I, pp. 21-32 y *El Constitucionalismo peruano en la presente centuria* (Cfr. U. Externado de Colombia, Bogotá 1990).

de Belaúnde Terry, se empezó a perfilar una discreta vocación por su estudio a través ya no de conocidos constitucionalistas de fuste, sino de una generación joven que se iniciaba por aquella época y que empezaron a demostrarlo en diversos artículos, monografías, ensayos, tesis, etc.

En la actualidad; y tal como lo ha calificado José Palomino Manchego, el derecho constitucional peruano “hoy constituye, sin alarmamos, un *primus inter pares*”²². Incluso, cabe afirmar que existe, con propiedad, todo un extraordinario movimiento constitucional peruano²³ y que, en su justa medida ha venido y viene siendo inspirado por Domingo García Belaunde, quien bajo su genio y talento, lo ha irradiado a toda una pléyade de estudiosos²⁴.

3.1. Características del constitucionalismo peruano de hoy

a) *Presencia constitucional de tres gobiernos sucesivos*. Este es un hecho muy significativo por cuanto el antecedente más remoto de que un gobierno de jure suceda a otro de igual símil fue nada menos que en 1912 en el que, un mandatario fue elegido en 1908 en forma constitucional (Augusto B. Leguía) y éste sería sucedido por Guillermo Billinghurst en 1912²⁵. De allí ha ocurrido una sinuosa *vía crucis* de regímenes de *facto* y de *jure*. A partir de 1980 los gobiernos de Belaúnde Terry y Alan García generaron una cierta institucionalidad de gobierno representativo (no calificamos aquí el balance positivo o no de ambos regímenes). A ello se suma el gobierno del actual mandatario Alberto Fujimori quien fuera elegido constitucionalmente, y en julio de 1990 asume el gobierno; mas, fue interrumpido a través de un sorpre-

22 PALOMINO MANCHEGO, José: “Crónica del I Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, en *Ius Et Praxis*, Universidad de Lima.

23 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Sobre el Movimiento del Constitucionalismo Peruano”, en Prólogo al libro del profesor Víctor Julio Ortecho V.: *Derechos y Garantías Constitucionales*, 2da. Edic., Marsol Edit, Trujillo, 1988.

24 A propósito de los 25 años de docencia universitaria de Domingo García Belaunde, está próximo a salir un libro-homenaje rotulado *La Jurisdicción Militar y la Constitución en Iberoamérica (Estudios en homenaje al Doctor Domingo García Belaunde)*, Coordinadores: Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Manchego. Nota del 2001: Dicho Colectivo salió publicado en 1999.

25 GARCIA BELAUNDE. Domingo: *Una democracia en transición*, Okura Edit. Lima, 1986, p. 3.

sivo auto golpe de Estado el 5 de abril de 1992, cerrando el Parlamento y prescindiendo de las formalidades constitucionales, inaugurándose así un “Gobierno de Reconstrucción Nacional”, el mismo que culmina en virtud a innegables presiones internacionales, con la convocatoria a un Congreso Constituyente y, posteriormente, a elecciones municipales en enero de 1993. Dígase de paso que, no obstante el paréntesis de facto que supuso entre el 5 de abril de 1992 hasta la institucionalización de una nueva Constitución —la décimo segunda de nuestra República— y que entrara en vigor en enero de 1993, bajo los marcos de esta Constitución —aprobada con una relativa mayoría vía referéndum— se regirán las elecciones políticas para elegir al nuevo mandatario presidencial y miembros del Congreso en 1995. Lo que habrá de presumir, que la tendencia actual es hacia una institucionalidad de democracia constitucional, no obstante endeble.

Al margen de esta situación, interesa rescatar que, con la presencia sucesiva de tres gobiernos constitucionales —incluyendo el interregno de facto de Fujimori en 1992— se ha podido verificar la práctica del sistema constitucional peruano, su operatividad real o ficticia; por otro lado implica también observar el comportamiento de las instituciones políticas nacidas dentro de los marcos constitucionales y deslindar la funcionalidad con aquellas instituciones y comportamientos políticos que surgen en los regímenes de facto. En suma se trata de ver la diferencia existente entre el “orden constitucional y el orden político, o sea, entre lo normado por la Constitución y lo fáctico, lo real, lo vivido”²⁶.

La manifestación de un Estado de Derecho, con gobierno nacido por elecciones democráticas fue un fenómeno que empezó a caracterizar el escenario político de América Latina y en el que se ubica también el Perú. En efecto, como se sabe, el Perú iniciaba su periplo a la democracia representativa a partir de 1980, cuando el general Francisco Morales Bermúdez había convocado previamente una Asamblea Constituyente, como paso previo para la transferencia del poder a la “civilidad”. A partir de 1980, la historia es relativamente reciente: tres períodos gubernamentales sucesivos, acusando el último, bajo el mando del Ing. Alberto Fujimori, un paréntesis de régimen de facto que culminó, al final, con la fundación de una nueva constitución, lo que

26 LINARES QUINTANA, Segundo: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Vol. 3, 3ra. edic., Buenos Aires, 1981, p. 9.

confirma un viejo vicio en Latinoamérica: el ejercicio de hecho del Poder Constituyente con el afán de legitimizar al gobernante que se aparta de la constitución, dándose para sí otra²⁷.

b) *El marco latinoamericano: vueltas generalizadas a formas democráticas.* El retorno a la democracia constitucional en el Perú, como ya se tiene apuntado, se ubica en un amplio contexto latinoamericano. En efecto, con algunos años antes de la década del 80 y otros después, en casi todos los países latinoamericanos se había iniciado un progresivo retorno a la formalidad constitucional. Así, en Argentina, después de un gobierno militar, surgido el 24 de marzo de 1976 bajo el mando del general Jorge Rafael Videla, depusieron a María Estela Martínez de Perón, La Junta Militar luego designaría en 1980 el mando a Roberto Viola, al que seguirían Galtieri, Massera, etc. El gobierno castrense, tuvo un desenlace infeliz a raíz del fracaso en la Guerra de las Malvinas y que marcaría la derrota total de los sectores militares; obligándose a replegar en sus cuarteles y transfiriendo el gobierno a la civilidad en la que saliera electo don Raúl Alfonsín²⁸. El caso de Brasil se ubica en el mismo derrotero. Bajo el dominio del Comando Militar Revolucionario se perpetra un golpe de estado el 1 de abril de 1964. En este régimen de facto se aprueba la Constitución de Brasil de 24.1.67 y que entra en vigor el 15.3.67. Sin embargo, dura poco tiempo. Luego se votaría la Constitución de la República Federativa de Brasil y que empieza a regir el 30.10.69. Después de un intenso movimiento popular, dado que el gobierno de facto era cruento, se convoca a elecciones democráticas en que saliera electo don Tancredo Neves que muriera antes de asumir la presidencia, tomando posesión el vicepresidente José Sarney y en la que se convoca a una constituyente y se dicta la Constitución de la República Federativa de Brasil de 5.10.88, la que actualmente está en vigor²⁹.

Bolivia fue otro caso típico. Recuérdese que en los 176 años de vida republicana, ha tenido cerca de 30 gobiernos de facto "La suce-

27 COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Del Golpe de Estado a la nueva Constitución. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 9, Lima 1993.

28 BIDART CAMPOS, Germán: "El sistema constitucional argentino", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson Edit., Madrid, 1992, p. 37.

29 DA SILVA, Alfonso: "O sistema constitucional do Brasil", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 132-133.

sión de dictaduras, la victimización del pueblo, han creado finalmente una conciencia política sustentada en la convicción que la democracia sin ser perfecta es la mejor forma de gobierno”³⁰. Y así se instala en los cauces de la formalidad representativa a partir de 1982 en que saliera electa una dama como primera mandataria; consolidándose más orgánicamente a partir del gobierno de Siles Suazo.

Ecuador igualmente dejó de ser administrado por el régimen militar y ello se produce cuando, al sobrevenir un cambio en el gobierno de facto, en 1976, se inicia un plan de retorno constitucional. En aquel entonces, se habían creado dos comisiones de juristas nombrado por el Gobierno Militar para que elaboren dos proyectos constitucionales. El 15 de enero de 1978 fue sometido a referéndum de opción, aprobando la ciudadanía uno de los dos proyectos que entró en vigor con el nuevo presidente constitucional y el funcionamiento del Congreso Nacional, el 10 de Agosto de 1979³¹.

Chile fue otro país que se enmarcó en las tipologías autoritarias de dictadura militar. Recuérdese que el 11 de setiembre de 1973 las FF.AA. y Carabineros asumen el poder tras un sangriento golpe de estado sin precedentes. Se disuelve el Tribunal Constitucional, se clausura el Parlamento, el Presidente Salvador Allende muere en Palacio Presidencial, los partidos políticos son disueltos y el país es manejado bajo estados de excepción. La dictadura militar comandada por el Gral. Augusto Pinochet nombra una Comisión para que elabore un proyecto constitucional, el que fue aprobada por la Junta de Gobierno, sujeto a ratificación plebiscitaria, acto que se concretaría el 11 de setiembre de 1980. Años después, en 1988, Pinochet fue derrotado a través de un plebiscito, en que se le obligaba a dejar el poder y a permitir elecciones presidenciales, además de las parlamentarias en 1989; todo esto generó “una dinámica de negociaciones políticas que culminó con las 54 reformas introducidas a la Constitución en el plebiscito de 1989, hecho que significó la aceptación de tales reformas por el régimen autoritario a cambio del reconocimiento de la legitimidad del

30 HARB, Benjamín Miguel: “El Sistema constitucional boliviano”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., p. 124.

31 SALGADO, Hernán: “El sistema constitucional ecuatoriano”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit.

ordenamiento constitucional por los opositores y compromiso a actuar dentro de las normas constitucionales reformadas tanto por el gobierno militar como los sectores entonces opositores³². Así, con las elecciones en diciembre de 1989, Chile inicia un proceso de una democracia con una sólida economía.

Guatemala igualmente ha tenido toda una trayectoria de regímenes de facto. La Constitución de 1965 estuvo en vigor hasta el 23 de marzo de 1982 en que se produce el golpe de estado y se derroca al último de los generales, Romero Lucas. Este golpe marcaría el inicio de un proceso de transición democrática. Así, el 31 de mayo de 1985 se promulga una nueva Constitución y que es la que actualmente está en vigor³³.

Nicaragua, como es harto conocido, fue brutalmente gobernado por toda una era somocista en un largo período de desgobierno y corrupción. El triunfo del Frente Sandinista de Liberación Nacional sobre el régimen somocista significó el fin de una era y, bajo el poder de los sandinistas se promulga la Constitución de Nicaragua el 4 de enero de 1987. En dicho marco constitucional es elegida Violeta Vda. de Chamorro como Presidenta de dicha República³⁴.

Panamá es otro país *sui generis* que ha sido gobernado por regímenes de facto. En efecto, en 1968 mediante un golpe militar se suprime la Constitución de 1946 y se afirma primero una dictadura de facto desde 1968 hasta 1972, y luego de jure a partir de ese año hasta el 7 de mayo de 1989, fecha en que volvió a *ser de facto* hasta el 20 de diciembre de 1989 en que el Gral. Noriega fue derrocado con la intervención armadas de los Estados Unidos de América³⁵. A partir de esa fecha, se ha iniciado un régimen constitucional-representativo.

El Salvador, aunque por los años de 1980 no existía ningún asomo de paz frente a la situación de conflicto armado no internacional,

32 NOGUEIRA ALCALA, Humberto: "El sistema constitucional chileno", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit. pp. 279 y 322.

33 GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario: "El sistema constitucional guatemalteco", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 537-538.

34 ANTILLON MONTEALEGRE, Walter: "El sistema constitucional nicaragüense", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit. pp. 620-621.

35 QUINTERO, César: "El sistema constitucional panameño" en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 642 y 662.

en la actualidad, la solución de dichos conflictos internos han posibilitado recientemente la afirmación hacia el retorno de la democracia.

Paraguay también fue otro país que fue gobernado por un largo período, desde el golpe militar en 1954 por el dictador Alfredo Stroessner, el que se reelegía sucesivamente por varios períodos³⁶.

Con esta breve descripción, se podrá apreciar que existe una característica que identifica la década actual: el retorno y la afirmación de una democracia constitucional. Salvo los casos de Colombia, Costa Rica, Venezuela, en parte Uruguay, y México que han mantenido una institucionalidad constante en sus sistemas políticos; los demás países en las últimas décadas han tenido intermitentes regímenes militares. Así, en perspectiva, hoy se puede verificar que “desde fines de la década del 70 y comienzo de los 80, los militares permitieron la reactivación de los partidos políticos a pesar que varios países estuvieron limitados a votar: primero para aprobar una nueva Constitución, a través de asambleas constituyentes, como en el Perú en 1979 o Brasil en 1988 y en Chile en 1980; y, segundo, para la elección de nuevas autoridades: Presidente, parlamentarios y gobiernos locales”³⁷.

Igual criterio es el enfoque del profesor Antonio Colomer Viadel quien en forma aguda expresa:

“A lo largo de la década de los ochenta podríamos hablar de un nuevo período caracterizado por la vuelta generalizada a formas democráticas, elección de los gobernantes y funcionamiento regular de las instituciones. Este proceso ha culminado, simbólicamente, en 1990, con las elecciones y el cambio de gobierno en Nicaragua, la elección de un presidente civil, representante de la oposición en Chile, en sustitución del general Pinochet, y la salida de Paraguay del general Stroessner el más veterano de los dictadores del Continente. Sin embargo, esta vuelta generalizada al modelo liberal democrático –si exceptuamos a Cuba– se hace en medio de una enorme crisis social y económica, que acrecienta la dependencia y marginalidad en

36 PRIETO, JUSTO JOSE: “El sistema constitucional paraguayo”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit, p. 669,

37 LANDA ARROYO, César: “El propósito constitucional en América Latina”, en *Rev. Derecho y Sociedad*, Año 3, N° 7, 1993, p. 30.

relación al sistema internacional, la importancia de algunos Estados para cumplir con los servicios básicos a la población, y la ocupación de algunos de estos vacíos por grupos mafiosos organizados, cada vez más poderosos, la persistencia de bandas insurreccionales Perú, Colombia, y una actitud generalizada de mantener el sistema democrático “bajo sospecha y vigilancia” de las Fuerzas Armadas, con el control intervencionista más económico que militar de momento, aunque exista alguna excepción como la de Panamá de la potencia hegemónica del hemisferio y los organismos internacionales que maneja: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.”³⁸.

Con la reciente intervención militar de los Estados Unidos —felizmente sin violencia— en Haití y el retorno del depuesto presidente civil, perfilan actualmente un período de institucionalidad democrática, en la cual se enmarca el sistema político peruano.

c) *Apertura progresiva a la disciplina académica.* Sumada a la progresiva estabilidad de nuestras instituciones; interrumpida por el autogolpe de estado de Fujimori y con un nuevo escenario de inminentes elecciones políticas para 1995, se puede afirmar que se viene perfilando ya no una discreta y silenciosa sino una abierta vocación a los estudios constitucionales peruanos. Síntoma reconfortante de ello es la existencia de la *Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional*, con sede en México, cuya instalación oficial en julio de 1976 en nuestro país ha venido realizando a partir de dicha fecha, diversos actos propios de su institución. Dígase de paso, en palabras del maestro Héctor Fix Zamudio que el Instituto Iberoamericano “es una especie de coordinación, una asociación de carácter académico y científico, fundado por distintos constitucionalistas, curiosamente en 1974 en la ciudad de Buenos Aires, que estábamos en actividad académica. Los constitucionalistas de América Latina en general nos percatamos que estábamos muy aislados y que era conveniente organizarnos, para lo cual existían precedentes del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal del cual fue un gran impulsor Niceto Alcalá Zamora y Castillo, que ya había realizado varias actividades académicas. Y en una forma

38 COLOMER VIADEL, Antonio: “Rasgos del constitucionalismo iberoamericano”, en *Ius Et Praxis*, Rev.de la U. de Lima, N° 17. 1991, p. 77.

no igual, pero similar, pensamos en hacer un Instituto que simplemente promoviera y coordinara las actividades aquí desde México, donde tenemos la posibilidad de contar con el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con los diversos países de la región donde exista una Sección”³⁹. Como puntualiza el profesor José Palomino Manchego, actual Secretario de la Sección Peruana, fue el 22 de marzo de 1974, en la ciudad de Buenos Aires donde se reunieron los miembros fundadores y elaboraron los Estatutos. Ellos son Manuel Barquín, Germán Bidart Campos, Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro José Frías, Domingo García Belaunde, Jorge García Laguardia, Manuel García Pelayo, Mario Justo López, Alberto Meneses-Direito, Luis Pinto Ferreira, Humberto Quiroga Lavie, Luis Carlos Sábica, Rolando Tamayo, Diego Valades, Jorge R. Vanossi y Enrique Vescovi. Los fines del Instituto son: a) Fomentar el estudio del Derecho Constitucional y de las Instituciones Políticas; b) Facilitar el conocimiento de la legislación, doctrina y jurisprudencia constitucionales de los países iberoamericanos, mediante la organización de un servicio informativo; c) Incrementar la enseñanza del Derecho Constitucional en las Universidades y demás centros docentes y de investigación; d) Organizar cursos, seminarios, conferencias, debates, congresos y otras reuniones sobre derecho Constitucional; e) Contribuir a la comunicación y solidaridad entre sus miembros; f) Establecer relaciones con editoriales especializadas, así como con otras instituciones g) Promover la publicación de libros, revistas y boletines informativos sobre legislación, doctrina y jurisprudencia; h) Editar los trabajos presentados a los congresos y reuniones que organice y i) Establecer un centro de documentación⁴⁰.

a) *Aliciente normativo*. Aunque la Constitución de 1979 ha quedado derogada con la actual de 1993, un hecho que no tiene precedentes en nuestra legislación constitucional, es la sentada por sus autores. El art. 22, en su parte pertinente, estableció que: “La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educaciones civiles y militares y en todos sus niveles”. Esta norma fue reglamentada por la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, a través del art. 44 que a la letra dice:

39 PALOMINO MANCHEGO, José F.: “Un diálogo con Héctor Fix Zamudio” en *Ius Et Praxis*, U. de Lima, N° 16, 1990, pp. 297-298.

40 *Idem. ibid.*

“A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución, se establece lo siguiente:

- 1) El Ministerio de Educación, en coordinación con las Universidades, establecerá en todos los niveles y modalidades, cursos dedicados a la enseñanza de la Constitución y de los Derechos Humanos;
- 2) Los Ministerios de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior, dispondrán que los centros de enseñanza de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, en todos sus niveles, cumplirán con el citado mandato constitucional; y
- 3) El Ministerio de Justicia queda encargado de la labor de publicación, difusión y auspicio de la Constitución Política del Perú y textos básicos, conexos. Editará y patrocinará estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación constitucionales”.

Por otro lado, y como complemento, existe una legislación específica que, por lo menos en la norma, proclama lo que el citado artículo 22 de la Constitución de 1979 deseaba; esto es, generar lo que Karl Loewenstein y Pablo Lucas Verdú denominaron un “*sentimiento constitucional*”. Así, existen Leyes que proclaman el día 12 de Julio como el Día de la Constitución; igualmente leyes que han quedado también en el nivel declarativo como la 24669 y la 24687 que obliga al Estado a otorgar gratuitamente un texto constitucional a los flamantes ciudadanos que cumplen los 18 años; lo propio, la Ley General de Educación igualmente regula que la educación debe efectuarse en los marcos de los principios constitucionales; también la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia reglamenta lo que precisa el inc. 3) del art. 44 de la Ley N°23506.

e) *Presencia orgánica de abogados “constitucionalistas”*. A raíz de una serie de cambios y reformas en nuestro sistema jurídico, el interés por los estudios constitucionales no sólo empezó a ubicarse en los círculos académicos; sino que, provenientes muchos de allí, y otros que vienen de los predios típicamente judiciales, se viene perfilando por ahora una discreta presencia de abogados que cumplen un rol de litigantes, desde una perspectiva constitucional; esto es, como especialistas. El símil es legítimo usarlo, pues así como hay abogados penalistas, civilistas, laboralistas, tributaristas, etc. También se puede calificar e

identificar la presencia de abogados constitucionalistas. Desde luego, merece aclarar que todos los abogados parten del supuesto de una fe y respeto a un sistema constitucional, base de validez de todo el ordenamiento jurídico; empero, la expresión de “abogado constitucionalista” tiene por sí otras connotaciones. Y, se entiende por tal, en su acepción específica, como aquel profesional en Derecho que domina una serie de principios, conceptos y categorías propias de un universo específico como es la *materia constitucional*; y, en consecuencia, presta servicios ya sea a nivel de consultor o asesor en reparticiones ministeriales; del congreso y asesoramiento del Ejecutivo, específicamente de la presidencia de la república; así como también aquel que, en sede judicial se dedica a la defensa en acciones judiciales típicamente del *derecho procesal constitucional*, como son básicamente las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Acción Popular; y en su futuro, las acciones de inconstitucionalidad, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, etc.

Al respecto, hace algún tiempo, Domingo García Belaunde hizo una sugestiva clasificación de lo que entiende por “constitucionalista” y le da cuatro significativos que son los siguientes: 1) constitucionalista en sentido pragmático; es aquel que actúa en defensa de la Constitución o persigue la defensa de valores constitucionales; 2) constitucionalista en sentido coloquial, que así puede ser considerado el que conoce esta disciplina, el que está informado sobre ella y generalmente se entera de sus avances a través de la literatura especializada; se trata de personas que tienen una previa formación jurídica y eventualmente publican libros o ensayos sobre aspectos constitucionales; 3) constitucionalista en sentido profesional; el que conoce bien la Constitución, maneja doctrina, actúa judicialmente en asuntos constitucionales y muchas veces enseña en un centro superior de estudios. 4) constitucionalista es el que, con independencia al ejercicio o a la docencia constitucionales (que incluso pueden no darse) lee, investiga, medita y publica ensayos, monografías, y libros en materia constitucional con una severa óptica académica. Agrega el reputado académico: “Distinguiendo planos, podemos decir que sobre estas cuatro variantes de personas, que podemos considerar como “constitucionalistas” (esto es, vinculadas de una u otra manera al mundo constitucional), las signadas con los números 1) y 2) pueden considerarse como constitucionalistas en sentido amplio; el signado con el número 3), como constitucionalista

en sentido estricto y finalmente, el número 4), como constitucionalista en sentido estrictísimo”⁴¹.

En consecuencia, cabe afirmar que en el Perú, exista ya una especialidad, aunque por ahora discreta, en el servicio profesional en esta singular área del derecho procesal constitucional; y que, a no dudarlo, va a tener un gran futuro.

f) *Presencia institucional de Congresos Nacionales de Derecho Constitucional*. Finalmente interesa rescatar que, bajo la presencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, prácticamente si cabe el término, se ha institucionalizado, la organización de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional. En efecto, se debe recordar que el *I Congreso* se llevó a cabo en noviembre de 1987, con los auspicios de la U. De Lima, bajo la batuta de Jorge Power Manchego-Muñoz. Allí estuvieron presentes los profesores Néstor Pedro Sagüés, Germán Bidart Campos y Ernesto Miqueo Ferrero de Argentina y el profesor Francisco Fernández Segado de España. El *II Congreso Nacional* se realizó igualmente en Lima, en 1989 en los ambientes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, peso que recayó en dicha Facultad bajo el esfuerzo del profesor César Landa Arroyo. Igualmente contó con la presencia de profesores extranjeros como Néstor Pedro Sagüés y Germán Bidart Campos por Argentina; Miguel Ángel Semino, Embajador de Uruguay; Dalmo Dalari, Decano de la Facultad de Derecho de la U. de Sao Paulo y Humberto Nogueira Alcalá, de Chile. El *III Congreso Nacional* se desarrolló en la ciudad de Arequipa, entre los días 26 a 28 de octubre de 1991; el alma de dicho Congreso recayó en el profesor Magdiel Gonzáles Ojeda. Estuvieron presentes los profesores extranjeros Dallmo Dalari de Brasil, Néstor Pedro Sagüés y Germán Bidart Campos por Argentina. El *IV Congreso Nacional* se realizó en Ica, entre los días 18 al 20 de noviembre de 1993, bajo la organización del profesor Humberto Uchuya Carrasco y de un entusiasta y dinámico grupo estudiantil, el Centro de Estudios Justicia y Sociedad (CEJUS). En dicho evento, se registró un total de 950 alumnos inscritos; hecho este sin precedentes⁴².

41 GARCIA BELAUNDE, Domingo: Prólogo al libro de Enrique Chirinos Soto: *Cuestiones Constitucionales 1933-1990*, Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, Lima, 1991, p. 11.

42 PALOMINO MANCHEGO, José F. y ETO CRUZ, Gerardo: “IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, 1994,

La infaltable presencia de los profesores Germán Bidart Campos⁴³ y Néstor Pedro Sagüés⁴⁴, destacados constitucionalistas latinoamericanos, es ya un hito sublime en los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional⁴⁵.

En rigor, y visto en perspectiva, los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, hoy por hoy, han devenido en una necesidad institucional para la salud moral y jurídica de un país como el Perú, que requiere del concurso de los académicos que someten a una evaluación real, objetiva y despojada de tendencias ideológicas y partidarias la Constitución como norma y el país como realidad constitucional que ella entraña⁴⁶.

pp. 235-243.

- 43 Don Germán Bidart Campos falleció el día 3 de septiembre de 2004, del cual se publicó un breve opúsculo titulado "*Germán Bidart Campos. In memoria*, Edit. Grijley, Lima 2004. En vida, igualmente los docentes peruanos, comandados por Pepe Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (coordinadores), publicaron un colectivo titulado: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Lima, 2002. Posteriormente, se publicó en Argentina un colectivo titulado: *Defensa de la Constitución Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al Doctor Germán Bidart Campos. AA.VV. (Víctor Bazán, Coordinador) Edit., Buenos Aires, 2003.
- 44 El Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del Tribunal Constitucional del Perú publicó un colectivo en homenaje al profesor rosarino, en ETO CRUZ, Gerardo (coordinador): *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, 2 tomos, Adrus, Lima, 2011.
- 45 El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana) editó el siguiente compendio: ETO CRUZ, Gerardo y José F. PALOMINO MANCHEGO (editores): *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional (Crónicas I-IV, 1987-1993)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Trujillo, 1996. La nueva edición corresponde a ETO CRUZ, Gerardo, José F. PALOMINO MANCHEGO y Jhonny TUPAYACHI SOTOMAYOR (editores): *Crónicas de los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2ª edición, Adrus, Lima, 2009.
- 46 Nota de 2011: Hasta la actualidad han sido 10 los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional. La lista es la siguiente: El Primer Congreso (realizado en la Universidad de Lima, el 4, 5 y 6 de noviembre de 1987), el Segundo Congreso (celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días 19, 20 y 21 de junio de 1990), el Tercer Congreso (llevado a cabo en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, del 26 al 30 de agosto de 1991), el Cuarto Congreso (realizado en la ciudad de Ica, entre el 18 y el 20 de noviembre de 1993), el Quinto Congreso (desarrollado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días 4, 5 y 6 de noviembre de 1996), el Sexto Congreso (organizado por la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo,

4. PERSPECTIVA ACTUAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

1. Si hace ya cerca de tres lustros el estudio del constitucionalismo empezó con nuevos brillos a desarrollarse, primero a través de esfuerzos individuales y dispersos; hoy existe, como ya se tiene expuesto, una respetable comunidad de académicos que han impulsado todo un movimiento. Empero, ardua sería la evaluación de estos últimos 15 años desde que se promulgó el 12 de julio de 1979 la undécima constitución del país, hasta la actual de 1993 que nos rige; por lo demás ¿Quiénes pertenecen a dicho movimiento constitucional y por qué? Si se expresara en nombres propios, inmediatamente encontraríamos edades dispares y no coetáneas, por lo que cualquier intento en “ubicar” y “clasificar” sería vano, aun cuando se establezcan criterios sólidos. Luis Alberto Sánchez, el multifacético crítico literario, señala desde su perspectiva: “Es sabido que un escritor no suele ser considerado dentro de la época en que vivió, sino publicó sus obras en ese tiempo, y si, por tanto, no influyó en sus contemporáneos. Es usual en tal caso, ubicarlo en la etapa correspondiente a la publicación de sus obras aun cuando sean póstumas”⁴⁷.

2. Por principio y en retrospectiva mirada, los grandes pilares de la reflexión constitucional en el Siglo XX son, a no dudarlo, Manuel Vicente Villarán (1873-1858) y Víctor Andrés Belaúnde (1886-1966),

los días 12, 13 y 14 de noviembre de 1998), el Séptimo Congreso (realizado en la Universidad de Piura, los días 8, 9 y 10 de agosto de 2002), el Octavo Congreso (llevado a cabo con la coorganización del Colegio de Abogados de Arequipa y la Universidad Católica de Santa María, entre el 22 y el 24 de septiembre de 2005), el Noveno Congreso (realizado en la ciudad de Arequipa, con la organización conjunta del Colegio de Abogados de dicha ciudad y la Universidad Católica de Santa María, los días 18, 19 y 20 de septiembre de 2008), que tuvo la virtud de publicar *antes* del evento todas las ponencias en dos tomos: *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional N.º 36, 2 volúmenes, Asociación Peruana de Derecho Constitucional Colegio de Abogados de Arequipa ADRUS, Arequipa, 2008; y el Décimo realizado en la Universidad Peruana Los Andes, de la ciudad de Huancayo, entre los días 29 de septiembre y 01 de octubre de 2011, de lo cual existe también testimonio en *Memoria. X Congreso Nacional de Derecho Constitucional y III Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional - 'Néstor Pedro Sagués'*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional Universidad Peruana Los Andes Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Huancayo, 2011.

47 SANCHEZ, Luis Alberto: *La Literatura Peruana*, Emisa Edit., 6ta, Edic., Lima, 1989, Vol. IV, p. 1853.

coetáneamente compartió también dicha generación, aunque con menos brillo José Matías Manzanilla. Sobresalen también la presencia de Toribio Alayza y Paz Soldán, René Boggio Amat y León, Mariano H. Cornejo y Ricardo Feijó; posteriormente seguirían Raúl Ferrero Rebagliati en el campo del derecho constitucional general y José Pareja Paz Soldán en el derecho constitucional peruano. A la par está la presencia de Lizardo Alzamora Silva y Darío Herrera Paulsen que han seguido la huella por los estudios de la teoría constitucional general. La gravitación de estos autores ha permanecido hasta en los años 60 y el primer lustro de los 70; aún cuando el influjo de Ferrero, Belaúnde y Pareja se extienda en parte a la actualidad. Así, el caso de Raúl Ferrero, sus hijos en los últimos años han editado sus “obras completas”, mereciendo especial énfasis su “Ciencia Política (Teoría del Estado y Derecho Constitucional)” – prolongado por Javier Pérez de Cuéllar –; lo propio el ya clásico libro de Pareja Paz Soldán “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979” (en especial la 3ra. Edic.) y que, a decir verdad, va cumpliendo su ciclo de influencia; no obstante, se ubicará siempre como el comentarista más orgánico de la dogmática constitucional peruana de la última década; igualmente los herederos de Víctor Andrés Belaúnde (en especial los hijos: Antonio y Martín Belaunde Moreyra; así como los nietos José Antonio, Víctor Andrés y Domingo García Belaunde) han empezado a rescatar la ingente producción del pensador peruano, como el reciente libro “La crisis presente 1914-1939” (Edit. Luis Alfredo, Lima 1994, presentación y apéndice por Domingo García Belaunde y estudio preliminar por Pedro Planas)⁴⁸.

A partir de esas bases, las que se refunden en antiguas reflexiones y trabajos del siglo pasado (Manuel Atanasio Fuentes, Toribio Pacheco, Felipe Masías, José Quimper, José Silva Santisteban, Máximo Vásquez, Luis Felipe Villarán); la década del 70 ubican en forma dispersa a estudiosos que, desde enfoques distintos, abordan la problemática constitucional particularizando algún segmento con otros filones jurídicos. Así, sin pretenderse por ahora verificar el interés de cada investigador y su bibliografía desarrollada, surgen figuras como Mario Alzamora Valdez, Andrés Aramburú Menchaca, Alfonso Benavides Correa, Ramón Barrenechea Vinatea, Luis Alberto Sánchez, Vi-

⁴⁸ Nota de 2011: Un último trabajo del gran pensador publicado por primera vez en el Perú es *Hispanoamérica* (Presentación de Domingo García Belaunde, Universidad Católica de San Pablo, Arequipa, 2010).

cente Ugarte del Pino, Roberto Ramírez del Villar, Enrique Chirinos Soto, Washington Durán Abarca, Domingo García Belaunde, Marcial Rubio Correa, Enrique Bernales Ballesteros, Virgilio Berrocal Falconi, Carlos Blancas Bustamante, Sigifredo Orbegoso Venegas, Víctor Julio Ortecho Villena, Javier Valle Riestra, Alberto Ruiz Eldredge, Alfredo Quispe Correa, Javier de Belaúnde López de Romaña, Diego García Sayán Carlos Franco Biebrach, Francisco Miró Quesada Rada, Alberto Borea Odría (varios de los nombrados, ubicados en otras áreas jurídicas, habrían de proyectarse recién en los años 80 el interés por el derecho constitucional).

A partir de la década de los 80' es en donde se detecta el incontenible crecimiento de la disciplina. Diríase que el estudio entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político, considerando su punto de entronque en el Estado (García Belaunde), se verifica con mayor acuciosidad a partir de esta década.

En estos años y para adelante, se patentizan los trabajos de Jorge Power Manchego Muñoz, Francisco Eguiguren Praeli, César Landa Arroyo, Víctor García Toma, Aníbal Quiroga, César Delgado Guembes, César Valega, José F. Palomino Manchego, Samuel Abad Yupanqui, Oscar Ochoa Cárlich, Vladimir Paz de la Barra, José Burneo Labrini, Carlos Chipoco Cáceda, Luis Sáenz Dávalos, Oscar Aliaga Abanto, Edgar Carpio Marcos, Martha Sousa Calle, Ricardo Soberón Garrido, Félix Luna Vargas, Piedad Pareja Pfluker, Ernesto Blume Fortini, María del Rosario Pacheco Barandiarán, Cecilia Esparza, Eloy Espinosa Saldaña, Miguel Talavera Rospigliosi. Por otro lado, en el sur del país, destaca la presencia de Magdiel González Ojeda y Alejandro Ranilla (Arequipa); en el centro, se cuenta con Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio (Huancayo) y Humberto Uchuya Carrasco (Ica); y, en el norte, tenemos a Carlos Hakansson Nieto y Luis Castillo Córdova (Piura), junto con el grupo de Trujillo (Sigifredo Orbegoso Venegas, Víctor Julio Ortecho Villena, Helder Domínguez y el que esto escribe).

La eclosión del derecho constitucional, en un futuro, admitirá sin duda alguna, muchos jóvenes que a través de sus tesis y monografías, artículos o ensayos, rigoricen el objeto de estudio de esta singular disciplina jurídico política.

3. No obstante el vano intento de hacer una lista, por lo demás provisional, de quienes reflexionan y escriben sobre el derecho constitucional, merece señalar que existe una muy respetable cantidad de “*constitucionalistas bisiestos*”; esto es, aquellas personas que mantuvieron una cercana labor académica en el ámbito de esta disciplina, publicando ensayos, artículos o libros; mas dejaron de producir, pues otros intereses y preocupaciones desviaron el camino y el cultivo del derecho constitucional patrio, lo que no significa que puedan, en algún momento, revelar nuevas preocupaciones⁴⁹.

No obstante esta pléyade heterodoxa de académicos, es más que probable que se pueda advertir que no son todos los que están, ni están todos los que son; y, en efecto, esto es cierto; mas, al margen de esta primera aproximación, lo que interesa aquí es poner de manifiesto el núcleo más representativo y que se constituye básicamente en Lima con interlocutores válidos del interior del país (básicamente, como ya se ha visto, Trujillo, Arequipa, Puno, Huancayo e Ica). “Este movimiento aclara el egregio constitucionalista Domingo García, está constituido no sólo por aquellos que estudian, investigan y publican sino también por los que se dedican con entusiasmo a la docencia, o lo hacen a través del periodismo y la política”⁵⁰.

Las características generales del movimiento constitucional peruano, como lo ha puntualizado Domingo García Belaunde son:

- a) Su relativa permanencia a un mismo núcleo generacional, o en todo caso, de muy cercana coetaneidad.
- b) Su enfoque moderno en la metodología, en el tratamiento de problemas nuevos, y en el manejo de fuentes adecuadas.

49 Utilizamos prestado el término “bisiesto” que fuera empleado por el gran poeta brasileño Manuel de Souza Bandeira y que acuñó la expresión “poeta bisiesto” para designar aquellas personas que publicaron esporádicamente versos, revelando “temple” de poetas, pero que abandonaron o no insistieron en esta tarea.

Reconfortante ejemplo en la crítica literaria peruana, lo emplea Luis Alberto Sánchez (Cfr. SANCHEZ, Luis Alberto: *La Literatura Peruana*, Vol. V, 6ta. edic., EMI-SA Edit., Lima, 1989, p. 2055.

50 GARCIA BELAUNDE. Domingo: “Sobre el Movimiento del Constitucionalismo Peruano”, en Prólogo al libro del profesor Víctor Julio Ortecho Villena: *Derechos y Garantías Constitucionales*, 2da. edic. Marsol, Trujillo, 1988.

- c) El tratamiento riguroso de los problemas, es decir, huir de la retórica, para dar un mayor énfasis al análisis.
- d) Una filosofía abierta, plural, que inspira sus trabajos, de índole marcadamente democrática en lo ideológico.
- e) Percepción de una influencia no sólo de los problemas nacionales, sino de la literatura europea continental, en especial de la española (y en menor grado la francesa y la italiana), así como de la argentina (y en menor escala de la mexicana)⁵¹.

Dígase de paso que hoy por hoy, el movimiento constitucional, se desarrolla prescindiendo del influjo del pensamiento constitucional de los años 60 y, en parte, la mitad de la década de los 70. Algunos académicos, no obstante ser de dichas generaciones “han sabido insertarse, con verdadero entusiasmo en este movimiento”⁵².

4. Las líneas tendenciales de estudio del fenómeno constitucional en el Perú, actualmente se rigorizan en los siguientes rubros:

a) *Teoría constitucional*: Que son los estudios del derecho constitucional general y que si bien son escasos a nivel de manuales orgánicos o de estudios de introducción, existen trabajos sectorizados de destacada valía.

b) *Derechos Humanos*: Existen una fuerte tendencia a su estudio, aunque no todos son necesariamente del rigor académico (abundan trabajos con una cargada politización tanto en el área de los derechos civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales).

c) *Derecho Procesal Constitucional*: Que se ha vertebrado básicamente en las siguientes áreas: i) Jurisdicción constitucional de la libertad: (estudios sobre el Hábeas Corpus, amparo y, en el futuro, el Hábeas data y la acción de cumplimiento); ii) Jurisdicción constitucional orgánica (que se centra en el estudio del control de la constitucionalidad, en parte la Acción Popular y el Juicio Político). Toca desarrollar, con el nuevo tratamiento constitucional de 1993 los conflictos de competencia, que se bifurcan en dos áreas: i) los conflictos de competencia y atribuciones entre el Estado y los gobiernos regio-

51 GARCIA BELAUNDE, Domingo; op. cit., p. 42

52 Ídem.

nales y locales; y ii) los conflictos entre los órganos constitucionales; y c) Jurisdicción constitucional comunitaria e internacional que aún revelan poca acogida en la reflexión peruana. En esta área del derecho procesal constitucional, aun son discretos los trabajos sobre la magistratura constitucional.

d) *Deberes constitucionales*: O deberes humanos, área esta que aún falta ser transitada en la tratadística peruana.

e) *Órganos del Estado*: que comprende los estudios de: a) Poder Legislativo; b) Poder Ejecutivo; c) Poder Judicial; d) Tribunal Constitucional; e) Jurado Nacional de Elecciones; f) Consejo Nacional de la Magistratura; g) Superintendencia de Banca y Seguros; h) Contraloría General de la República; i) Defensoría del Pueblo; y j) Ministerio Público.

f) *Estado, territorio y Nación*: cuyos temas se centran en la reflexión del Estado, la nacionalidad, el territorio, el mar, los tratados.

g) *Constitución económica*: cuyos trabajos inciden en: i) recursos naturales; ii) propiedad; iii) empresa; iv) hacienda pública; v) moneda y banca; vi) régimen agrario; vii) comunidades campesinas y nativas.

h) Existen algunas tendencias en expansión, dentro del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. A partir de este enfoque bien pueden inaugurarse estudios que vinculan el derecho constitucional con otras áreas como son: i) el derecho civil⁵³; el derecho penal y procesal penal; iii) derecho laboral; iv) derecho tributario. Amén del derecho administrativo, el derecho judicial (del que reclama el estudio de la justicia militar⁵⁴; es aun sensible el vacío del derecho parlamentario y del derecho electoral; así como una truncada reflexión que se había iniciado del derecho regional y, en menor escala, del derecho municipal.

i) Se inciden, fuertemente, sobre los factores externos que condicionan la vigencia de una constitución; en dicho marco, se ubican un *stock* de temas: democracia y violencia; régimen de excepción, etc.

53 Al respecto, puede verse nuestro trabajo *Introducción el Derecho Civil Constitucional*, Edit. Normas Legales, Trujillo, 2000.

54 Vid igualmente nuestro trabajo *La Justicia Militar en el Perú*, Edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2000. (Nota del 2001).

j) Regionalización y descentralización son trabajos, igualmente parciales, dependiendo su desarrollo de otras variables de naturaleza política.

En fin, lo más probable es que nuevos replanteamientos evolucionen en el pensamiento constitucional peruano a partir de los nuevos desafíos en los años venideros⁵⁵.

Post scriptum

A todo lo ya señalado, interesa destacar que en el 2009, el Perú fue la sede del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado entre los días 16 al 19 de septiembre, evento que contó con la organización de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Autónoma de México y contó con los auspicios del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. El sólo hecho de que el Perú organice y halla sido la capital prácticamente iberoamericana de esta cita académica cosmopolita, evidencia la madurez de la reflexión del pensamiento constitucional cuyo esfuerzo no sólo proviene de sus académicos nacionales sino del esfuerzo jurisdiccional del Tribunal Constitucional peruano, que pese a eventuales fallos opinables, viene contribuyendo a generar un sentimiento constitucional en el Perú⁵⁶. A

55 Ello, por lo menos se viene manifestando a través de la Revista *Pensamiento Constitucional*, con los trabajos de Maestría en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica, así como en recientes revistas como la *Revista Peruana de Derecho Constitucional* del Tribunal Constitucional; y la *Revista Peruana de Derecho Público*. (Nota del 2001). Nota de 2011: La *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, ha sido nuevamente editada por el Tribunal Constitucional a partir del año 2011. Han surgido otras importantes revistas especializadas en la temática constitucional, como son: *Justicia Constitucional*, editada por Palestra, de publicación anual; *Gaceta Constitucional*, editado por Gaceta Jurídica, de aparición mensual; *Revista de Derechos Humanos*, editado por la Universidad de Piura y el Instituto para los Derechos Humanos y la Democracia, de impresión anual; *Estado Constitucional*, editado por Adrus y publicado bimestralmente; y *Revista RAE Constitucional*, editado por el Estudio Caballero Bustamante.

56 Existe una *Crónica del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (16 al 19 de setiembre de 2009)*, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2010. Igualmente, las ponencias se publicaron en dos volúmenes, con el título *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2 volúmenes, Pontificia Universidad Católica del Perú, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacio-

ello se suma el reciente reencuentro nacional del IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional que suma la institucionalización de la reflexión de los académicos en esta área del saber, todo ello permite apreciar en estos últimos años un desarrollo y expansión del derecho constitucional⁵⁷.

nal Autónoma de México, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, IDEMSA, Lima, 2009.

57 El IV Congreso Nacional se llevó a cabo en Arequipa en abril del 2013, las ponencias se han publicado en el volumen titulado: Derecho Procesal Constitucional. Los retos del Derecho Procesal Constitucional del Análisis de las Sentencias Constitucionales. Libro de Ponencias. Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Edit. Adrus, Arequipa, 2013.

**LOS DERECHOS HUMANOS
EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS:
A PROPÓSITO DE LAS CLÁUSULAS DE LOS DERECHOS
IMPLÍCITOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS***

Sumario: Nota preliminar. 1. Incorporación en las constituciones latinoamericanas de los derechos implícitos de los derechos humanos. 2. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas.

NOTA PRELIMINAR

El tema de los derechos humanos en América Latina ha venido adquiriendo una creciente importancia reflejada en dos grandes áreas a) la *promoción* de los derechos humanos y b) la *protección* de los mismos¹. La *promoción* de los derechos fundamentales parten del supuesto que tales derechos contienen un variado mosaico de problemas que las sociedades contemporáneas vienen afrontando empezando porque a) no todos los derechos fundamentales están garantizados, b)

* Escrito en 1993.

1 Vid. KAREL VASAK: "Los criterios distintivos de las Instituciones de Derechos Humanos", en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Edit. Gral. Karel V. UNESCO, Madrid, 1984.

porque aparte de ello, se presentan lagunas que requieren ser cubiertas a través de una interpretación adecuada, c) porque no todos los derechos humanos son comprendidos por las autoridades administrativas e incluso judiciales, d) porque los órganos estatales violan los derechos humanos, sean estos los clásicos derechos civiles y políticos o los derechos económicos sociales o culturales o los denominados de la “tercera generación” a través de *acciones* como de *omisiones*, pero que al fin y al cabo son actos lesivos.

La protección de los derechos humanos pretende establecer los diversos mecanismos o instrumentos procesales que afirmen su vigencia. Ello se refleja a través de diversos *procesos constitucionales* que existen en cada sistema de jurisdicción constitucional.

La promoción de los derechos humanos viene siendo compartida *ab initio* por el derecho constitucional; o, como lo denomina actualmente Germán Bidart Campos², el “*derecho constitucional de los derechos humanos*”; y más recientemente por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*; también hay quienes ya sostienen que existe una nueva y autónoma disciplina llamada a cubrir su estudio, que por hoy es fruto de un enfoque multidisciplinario: el Derecho de los Derechos Humanos³.

La protección de los derechos humanos se ha venido manifestando a través de una relativa novel disciplina, llamada a cubrir su estudio: el derecho procesal constitucional.

El presente artículo pretende conciliar un sincretismo entre la promoción y la protección, bajo el entendido que, a la larga, la función promocional de los derechos humanos conduce a la protección de los mismos, a nivel nacional e internacional.

Para los fines del presente trabajo, lo que aquí se pretende es insistir en algunos aspectos puntuales en la dogmática de los derechos humanos, a fin de que los sistemas constitucionales latinoamericanos incorporen en sus normas internas:

2 Vid su *Teoría General de los Derechos Humanos* (UNAM-IIJ, México, 2003, pp. 380 y ss) y con Daniel E. Herrendorf y Campos *Principios de Derecho Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991.

3 AYALA CORAO, Carlos: “El derecho de los derechos humanos”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 3. Lima, 1994.

- a) Las cláusulas denominadas *derechos implícitos* de los derechos humanos.
- b) La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- c) Un tratamiento procesal a las diversas manifestaciones de violación de los derechos humanos por omisión.

1. INCORPORACION EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Toda constitución contiene una denominada “parte dogmática”⁴ que no viene a ser más que el clásico catálogo de derechos fundamentales que, a lo largo de su historia, han sido calificados de “primera generación” y que alude a los clásicos derechos civiles y políticos; los de “segunda generación”, comprende a los derechos económicos, sociales y culturales; y los de la “tercera generación”, son los derechos a la paz, la cultura, el desarrollo, el medio ambiente, muchos de naturaleza transindividual, difusa o colectiva.

2. Sin embargo, en la sistemática de cada constitución nacional, no todos llegan a cubrir, normativa y expresamente, todos los derechos humanos; ello obviamente ha significado una restricción en la protección de los derechos de las personas. Bajo esta perspectiva, en recientes reflexiones, el profesor Germán Bidart Campos ha planteado algunas preguntas cruciales: ¿son sólo derechos humanos aquellos derechos que están consignados en las normas constitucionales? o ¿hay otros derechos que carecen de normas?

Sin pretender ubicar estos planteos en el campo filosófico, lo cierto es que es perfectamente válido suscribir la proposición de que hay derechos aunque no haya normas acerca de ellos. De allí que los derechos –y, específicamente, los derechos humanos –no se agotan en la normatividad positiva de los textos constitucionales; y aunque la mayoría establece un catálogo más o menos amplio y orgánico de los

4 Vid a WHERE, K.C.: *Las constituciones modernas*, Edit. Labor SA., Barcelona, 1975, p. 37 y ss. Asimismo a PARK, Jhon James: *Los dogmas de la Constitución*, (Estudio Preliminar de Joaquín Varela Suanzes, trad. de Ignacio Fernandez Sarasola, Edit. Istno, Madrid, 1999. p. 27 y ss. (Nota del 2001).

derechos fundamentales de las personas, lo cierto es que muchos no están normativizados y otros tantos van a ir apareciendo, producto de las necesidades y evoluciones de las contingencias de la vida. De allí que, frente a dichos *silencios constitucionales*, el intérprete de la Constitución, el juez, debe *suplir* dichos vacíos lagunosos *integrando* el sistema jurídico en el contexto de la propia Constitución.

3. Bajo esta perspectiva es que los sistemas constitucionales latinoamericanos, por lo general, establecen la cláusula de los “derechos implícitos”; empero, son muchas las constituciones que no los han incorporado.

La *ratio legis* de dicha cláusula, obliga al intérprete y aplicador de la constitución a desarrollar una promoción y expansión de los derechos humanos, apelando a dicha cláusula, de suerte tal que frente a una *deficiencia* en el listado de los *derechos públicos subjetivos*, ha de apelarse a dicho principio para fines hermenéuticos y así integrar el sistema jurídico, relleno de contenido aquel vacío normativo.

4. Las constituciones que han dado tratamiento a los derechos implícitos en Latinoamérica son los siguientes:

4.1. *Argentina*.- La Constitución de 1853-60, que pertenece a la mitad del siglo pasado, acaso por ser parca, sobria, breve y concisa, abastece un apretado conjunto de normas fundamentales que difieren de las clásicas tipologías de las restantes constituciones de la Región. En líneas generales:

a) prevé los derechos civiles y políticos entre los arts. 14 y 20; los derechos de la “segunda generación” consta en el art. 14 bis desde 1957. Lo importante es que la numeración de los derechos humanos *no se agotan* en su articulado, sino que prevé en el numeral 33, de modo expreso, a los derechos y garantías implícitos:

“Artículo 33°.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de las formas republicanas de gobierno”.

4.2. *Bolivia*.- La Constitución de 1967 establece en su Título Primero los “Deberes y Derechos fundamentales de la persona” en

35 extensos artículos. En el numeral 35 ha regulado la cláusula de los derechos implícitos, bajo la siguiente fórmula:

“Artículo 35°.- Las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

4.3. *Brasil*.- La Carta de la República Federativa de Brasil de 1988 ha normado en el Título II “Los Derechos y Garantías Fundamentales”, estableciendo en su Cap. I “Derechos y Deberes Individuales y Colectivos”, y en su Cap. II “Los derechos sociales”; no obstante que *in globo* prevé un amplio listado de DD.HH. La Constitución se ha cuidado en establecer en el acápite LXXVII del art. 2, la siguiente fórmula:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituicao nao excluem outros decorrentes do regime e dos principios por ela adoptados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

4.4. *Colombia*.- El texto colombiano recentísimo de 1991 establece un amplio y modélico catálogo de los “Derechos, las Garantías y los Deberes”. En el art. 94 regula los derechos implícitos bajo la siguiente redacción:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

4.5. *Costa Rica*.- El texto costarricense de 1949 prevé en el Título IV los “Derechos y Garantías Individuales” en un Capítulo Único. En el art. 74 registra el tema de los derechos implícitos bajo la siguiente redacción:

“Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indiquen la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”.

4.6. *República Dominicana.*- La ley fundamental de este país, ensambla en el Título II, Sección 1, los “derechos individuales y sociales” (art. 8 con 17 incisos). En la sistemática de los deberes ha ubicado en el numeral 10 los derechos implícitos bajo la siguiente fórmula:

“La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa y, por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”.

Así, con una redacción genérica, este texto constitucional, siguiendo el temperamento de las restantes, permite ampliar el marco de interpretación de los DD.HH. en caso que el texto formalmente no los contemple.

4.7. *Ecuador.*- La Constitución de la República de Ecuador establece en el Título II “De los Derechos, Deberes y Garantías”, y en su Sección 1 acerca “De los derechos de la persona” regula *ab initio* una fórmula que, legalmente, es una típica cláusula de derechos implícitos:

“Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza...”.

Esta norma es objeto de concordancia con el art. 44, que es una regla de exégesis sobre la garantía de los derechos públicos subjetivos, pues permite incorporar, como veremos luego, el Derecho Internacional de los DD.HH.

4.8. *El Salvador.*- El texto constitucional de esta república centroamericana prevé un amplio catálogo de derechos, ora civiles y políticos, ora derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente, en el art. 52 también el texto consagra los derechos implícitos, como se desprende de dicho tenor literal:

“Los derechos consagrados en favor de los trabajadores son irrenunciables.

La enumeración de los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere, no excluye otros que se deriven de los principios de justicia social”.

4.9. *Guatemala.*- Prevé en el Título II rotulado, precisamente, “Derechos Humanos” una larga enumeración con afán regla-

mentarista de los derechos fundamentales. Con todo, se ha cuidado igualmente de establecer una redacción breve pero certera:

“Artículo 44°.- Derechos inherentes a la persona humana.- Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluye otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

4.10. *Honduras*.- En el Título III “De las Declaraciones, Derechos y Garantías” prevé un amplísimo rosario de normas con innegable afán reglamentista. En el art. 63, dentro del Título “De las Declaraciones, Derechos y Garantías” prevé lo siguiente:

“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre”. Es de destacar que este texto, similar a la Constitución de Ecuador, establece al comienzo la fórmula de los derechos implícitos de los derechos humanos.

4.11. *Paraguay*.- El texto de este país, en su numeral 80 establece que:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho o garantía”.

En rigor, merece subrayar el aserto de esta norma; pues permite, en parte, vadear y superar las denominadas “cláusulas programáticas” de la Constitución; esto es, aquellas normas que requieren de legislación ordinaria para que se desarrolle. Con esta fórmula, los derechos fundamentales se tornan “operativos” o auto-aplicables.

4.12. *Uruguay*.- Este país prevé en su texto fundamental un respetable listado amplio de derechos fundamentales entre los arts. 7 al 71. En el art. 72 se consagra los derechos implícitos, que expresa:

“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

4.13. *Venezuela*.- Establece en el Título III “De los Deberes, Derechos y Garantías” seis capítulos (arts. 43 al 116). Esta normatividad constitucional es una de las más largas, pero también se ha cuidado de registrar la cláusula de los derechos tácitos, bajo la siguiente enunciación en el art. 50:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

5. En rigor, se puede concluir que las únicas constituciones latinoamericanas que no han incorporado dicha cláusula son las siguientes: Cuba, Chile, Haití, México, Nicaragua y Panamá.

La tendencia contemporánea es que no sólo son derechos fundamentales aquellos que están positivizados en una constitución, sino que existen otros tantos derechos que, aunque no están registrados, se les comprende y, por ende, se les ampara a partir de las cláusulas de los derechos implícitos de los derechos fundamentales. En este marco teórico, y de acuerdo a lo que existe en el mercado constitucional comparado, se pueden sacar las siguientes características, a propósito de esta cláusula:

- a) existe la tendencia de afirmar las cláusulas no sólo de los “derechos implícitos”, sino también de “garantías implícitas” de la persona humana;
- b) los derechos tácitos o implícitos fluyen de la naturaleza de la condición humana;
- c) lo propio se “deducen” o coligen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno; así como,
- d) de los convenios internacionales en materia de DD.HH., de la justicia social, etc.

Está claro que una Constitución que ostenta esta cláusula, tiene una apertura a redimensionar los derechos públicos subjetivos; pues, a la postre, la judicatura que habrá de interpretar a la constitución verificará que ésta no sólo concibe a los derechos de la persona humana con el clásico catálogo, sino que permite holgadamente recepcionar derechos que no están normados, pero precisamente se reputarán como tales, por

los principios que la constitución anida y por el sentido de la dignidad de la persona.

2. INCORPORACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

1. Hoy el tema de los Derechos Humanos es un fenómeno *compartido* tanto por el derecho interno de cada país, como del Derecho Internacional Público. En efecto, en la actualidad los derechos fundamentales no se recluyen en forma exclusiva al derecho doméstico de cada Estado. Si bien décadas atrás fue reservado y sin que nadie tenga ingerencia; en la actualidad, y a partir de la ONU en 1945, ha aparecido el fenómeno de la “internacionalización de los derechos humanos”. Desde luego, el Derecho Internacional Público asume el estudio de los derechos fundamentales, no para sustraérsele a cada Estado, sino para compartir su problemática y así pretender vigorizar su eficacia. Desde esta perspectiva, como ya lo ha señalado Bidart Campos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pretende desde su fuente externa, colateral y heterónoma, reforzar el ámbito interno de cada país.

2. Con todo, si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos apuesta a reforzar y a auxiliar su vigencia en cada país, a través de los diversos Tratados Internacionales, es obvio que el derecho Constitucional, y específicamente la constitución, sigue siendo el primer campo de aterrizaje de los derechos humanos; al menos así se constata desde la primera Constitución del mundo: la de EE.UU. De allí que no se pueda concebir que un texto constitucional no tenga la llamada “*parte dogmática*”, que es la parte regulatoria de los Derechos y Libertades Fundamentales de la persona. Por tanto, es válido afirmar que cualquier enfoque sobre la vigencia de los derechos humanos debe partir siempre de la Constitución; pues ella no sólo es el conjunto integral de normas, sino que anida principios y valores de un conjunto de raíces históricas y fines que componen su totalidad⁵.

5 BIDART CAMPOS, Germin: “La interpretación de los derechos humanos”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 2, CAJ, Lima, 1995, p. 36.

3. Hoy el ideal de toda constitución, para que marche al compás de la historia, es que debe contar con un sistema completo de Derechos Humanos; y ello se concibe con la imprescindible tarea de que en las cláusulas constitucionales se afirme y dé cabida al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Siguiendo la *concepción dualista* del derecho — respecto a sus fuentes — los tratados internacionales, una vez que han sido incorporados en el ordenamiento interno de un país, *se asimilan* al derecho positivo. Y, por vía del reenvío, se completa y fortalece el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos. Es obvio que el presupuesto para que esto ocurra es que la propia Constitución debe dar alojamiento hospitalario a dichos tratados en materia de derechos humanos. Bajo esta perspectiva, una vez que los Tratados Internacionales son “ratificados” a través de los procedimientos que prevé cada constitución, éstos se convierten en parte del ordenamiento interno, se hacen parte de ellos y, por ende, podrán hacerse valer dentro de la jurisdicción interna de cada Estado.

4. A estas alturas resulta pertinente preguntarse ¿cuál es el tratamiento que las constituciones latinoamericanas otorgan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos? Al respecto, aunque no existe una fórmula pareja en todas las constituciones, se pueden detectar dos grandes áreas: a) aquéllas que simplemente guardan silencio y no le dan ningún tipo de tratamiento; y, b) aquéllas que en forma expresa se pronuncian sobre el tema. Por lo general la inquietud de las constituciones gira en torno a la posición de valor o jerarquía, en relación con las restantes constelaciones normativas. Sobre esto, se puede ubicar la siguiente jerarquía: a) supraconstitucional, b) constitucional, c) supralegal; y, d) legal⁶.

5. En una breve ojeada panorámica al tratamiento constitucional latinoamericano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se puede apreciar, entre otras cosas, lo siguiente:

5.1. *Constitución Argentina.*- Art. 31, el que permite tener una supraconstitucionalidad de los tratados.

5.2. *Colombia.*- Prevé la incorporación del Derecho Internacional de los DD.HH., y le asigna una jerarquía mayor a la Constitución.

6 AYALA CORAO. Carlos: “El derecho de los derechos humanos” en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 3, Lima, 1994, p. 55.

5.3. *Ecuador*.- Incorpora taxativamente al mismo rango constitucional, en el numeral 44.

5.4. *Guatemala*.- Expresa una norma modelo al afirmar la “preeminencia” del Derecho Internacional y se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

5.5. *Nicaragua*.- Regula en el art. 46 la misma jerarquía a la constitución los tratados, como la Declaración Universal, la Declaración Americana, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

6. Quedan las constituciones de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, República Dominicana, El Salvador, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela como textos que aún no han dado un tratamiento orgánico a la incorporación de los tratados internacionales a la jerarquía constitucional. Con todo, queda afirmado el principio de que, entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno de un país, prima el primero. Así, el art. 103 de la Carta de la ONU permite que entre un Tratado Internacional y una norma interna, la primacía es en el tratado. De esta manera, por vía de la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional Público, los Derechos Humanos afirmados en los tratados (que a la fecha son cerca de setenta) se ven ampliados con la cobertura del Derecho Internacional.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA. 2.1. Breve recordatorio: La transición democrática en España. 2.2. Las gestaciones cronológicas de las constituciones latinoamericanas: (1. Argentina. 2. Bolivia, 3. Brasil, 4. Colombia, 5. Costa Rica, 6. Cuba, 7. Chile, 8. República Dominicana, 9. Ecuador, 10. El Salvador, 11. Guatemala, 12. Honduras, 13. México, 14. Nicaragua, 15. Panamá, 16. Paraguay, 17. Perú, 18. Uruguay; y 19. Venezuela. III. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. 3.1.- A nivel del texto constitucional Español. 3.2. A nivel de la doctrina constitucional. 3.3. Bueno es tener presente el mercado de opiniones. IV. LA RECEPCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS. 4.1. Contexto de Influencia del Tribunal Constitucional Español en Latinoamérica. 4.2. El actual panorama de la jurisdicción constitucional en América Latina. V. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL T.C. ESPAÑOL EN LATINOAMÉRICA. VI. OTRAS INFLUENCIAS DE LA CE. VII. EPÍLOGO: LAS CARACTERÍSTICAS EN EL S. XXI.

* Ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se desarrolló durante los días 3 a 5 de Diciembre de 2003 en Sevilla - España. Escrita en colaboración con José F. Palomino Manchego; y posteriormente publicado en GARCÍA BELAUNDE, Domingo (coordinador): *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2003.

I. INTRODUCCIÓN

A un cuarto de siglo de vigencia de la CE de 1978, no resulta forzado ni forzoso hablar de su influjo en Latinoamérica; sobre todo de aquellas constituciones que se forjaron a fines de la década del 70, etapa que, por cierto, fuera de una compleja experiencia llena de vivencias que oscilaban, en su gran mayoría, bajo regímenes *de facto*¹ que fueron luego expirando para dar inicio a las *transiciones políticas* a la democracia².

Hoy, prácticamente todos los regímenes constitucionales de Latinoamérica, han recibido una influencia determinante en muchos aspectos, sobre todo si vemos que el grueso de los textos constitucionales latinoamericanos han sido gestado diacrónicamente en estos años, posteriores al influjo del constitucionalismo español de 1978.

Lo que hoy conforman los sistemas constitucionales latinoamericanos³ y, por supuesto, con todo su legado cultural y jurídico, han sido fruto de una compleja evolución que arranca con su propio pasado y que cambia brutalmente con la conquista y colonización de extensas tierras y pueblos del Nuevo Mundo. La conquista desencadenó, no cabe duda, un “gigantesco proceso de sometimiento, aniquilamiento, desestructuración y reestructuración de pueblos, sociedades y culturas aborígenes por fuerzas hispanoeuropeas; de destrucción de anteriores economías y sistemas políticos indígenas, y de reestructuración de sus componentes utilizables para el engrandecimiento y enriquecimiento de la Corona, la Iglesia, los conquistadores y colonos; de homogeneización y disciplinamiento, de sometimiento y explotación de una gama de grupos heterogéneos. Ello ha implicado la amalgama de ambos tipos

1 DÍAZ CARDONA, Francis Elena: *Fuerzas Armadas. Militarismo y Constitución Nacional en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988. BELTRÁN, Virgilio R.: *El Papel Político y Social de las Fuerzas Armadas en América Latina*, Edit. Arte, Caracas, 1970; CRESPO MARTINEZ, Ismael y FILGUEIRA: “La intervención de las Fuerzas Armadas en la Política Latinoamericana”, en *REP*, N° 80, 1995, pp. 297-311.

2 NINOUT GUINOT, Carmen: “Transición y Consolidación Democrática en América Latina” en *REP*, N° 82, Octubre-Diciembre, 1993, p. 107 y ss, específicamente p. 131.

3 Una aproximación panorámica puede verse en GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO, F. y HERNÁNDEZ VALLE, R.: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992.

de componentes, -ibéricos e indígenas-, y grandes transformaciones de tipo socioeconómico, tecnológico, cultural-ideológico y político”⁴.

Como se podrá apreciar, la influencia española en Latinoamérica, tiene raíces estructuralmente históricas, excepción de algunos países como Brasil que fuera colonizado por Portugal y de los pequeños Estados del Caribe anglófono y francés⁵; fuera de estos países, y salvo algunos otros países del Caribe que han recibido el influjo holandés, todo el ancho territorio que cubre América del Sur y Centro América, han recepcionado el vastísimo influjo empezando por el idioma de castilla.

Bajo esta perspectiva y bien mirado desde una estetizante visión poética, el nobel Pablo Neruda escribía, a propósito del gran legado idiomático de Castilla:

“...Qué buen idioma el mío, qué buena lengua heredamos de los conquistadores torvos... Estos andaban a zancadas por las tremendas cordilleras, por las Américas encrespadas, buscando patatas, butifarras, frijolitos, tabaco negro, oro, maíz, huevos fritos, con aquel apetito voraz que nunca más se ha visto en el mundo... Todo se lo tragaban, con religiones, pirámides, tribus, idolatrías iguales a las que ellos traían en sus grandes botas... Por donde pasaban quedaba arrasada la tierra... Pero a los bárbaros se les caían de las botas, de las barbas, de los yelmos, de las herraduras, como piedrecitas, las palabras luminosas que se quedaron aquí resplandecientes... el idioma. Salimos perdiendo... Salimos ganando... Se llevaron el oro y nos dejaron el oro... se lo llevaron todo y nos dejaron todo... Nos dejaron las palabras”⁶.

Pero, ¿de qué influencia se puede hablar, hoy, a partir de un texto como el español de 1978 que, a su vez, resume una serie de principios del constitucionalismo continental-europeo?⁷. Al margen del

4 KAPLAN, Marcos: *El Estado Latinoamericano*, UNAM, México, 1996, pp. 9-10.

5 ALCÁNTARA SAEZ, Manuel: *Sistemas Políticos de América Latina*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 110 y ss. y 139 y ss.

6 NERUDA, Pablo: *Confieso que he vivido, Memorias*, Edit. Seix Barral, México, 1974, p.77 - 78.

7 HABERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Estudio Introductorio de Diego Valadés, Introducción e Indices Héctor Fix Fierro, UNAN, PUCP, Lima, 2003.

proceso de transición que conllevó la gestación de la actual Constitución Ibérica⁸, ella se elaboró a caballo de lo más graneado del constitucionalismo moderno. En efecto, los constituyentes ibéricos⁹ incorporaron de afuera y modelaron de adentro una serie de principios propios y ajenos que definen hoy toda la arquitectura jurídica, básicamente al hilo de la interpretación que viene desarrollando el Tribunal Constitucional y que viene igualmente sirviendo hoy de pauta hermenéutica para los sistemas latinoamericanos.

El Estado español, a partir de su texto fundamental, fruto del Pacto de la Moncloa, se desarrolla afirmando como lo preconiza el prólogo de su norma: como un “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”¹⁰.

Lo que a continuación se desarrolla es apenas un pequeño esbozo de los grandes ejes de recepción e influencia recibidos en los textos constitucionales latinoamericanos, a partir del desarrollo constitucional del régimen español y que lo dividimos en tres ejes claves, no sin antes hacer un brochazo cronológico de las constituciones latinoamericanas y los procesos de transición política que atraviesan los diversos países latinoamericanos.

Por cierto que la recepción y el impacto del desarrollo constitucional en España hoy debemos ubicarlo como una expresión de la vasta y compleja manifestación del constitucionalismo europeo. No obstante, en este trabajo identificamos los siguientes ejes temáticos que han aportado al desarrollo en Latinoamérica: a) por un lado la recepción de los derechos fundamentales de la personal; b) la influen-

8 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La Situación de las Cortes y el Gobierno tras la promulgación de la Constitución”, en *Comentarios a la Leyes Políticas*, dir. Oscar Alzaga; Edersa, T. XII, p. 587 y ss. APARICIO PEREZ, Miguel Angel: *Introducción al Sistema Político y Constitucional Español*, Ariel, Barcelona, 1994; L. GARCÍA SAN MIGUEL: *Teoría de la Transición. Un análisis del Modelo Español (1973-1978)*, Madrid, 1981.

9 CORTES GENERALES: *La Constitución Española de 29 de diciembre de 1978. Trabajos Parlamentarios*. Cortes Generales (edición preparada por F. SAINZ MORENO), Madrid, 1980 y HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El Cambio Político Español y la Constitución*, Edit. Planeta, Barcelona, 1982, pp. 113 y ss.

10 GARRORENA MORALES, Angel: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

cia de la jurisdicción constitucional concentrada; y c) el desarrollo de la doctrina jurisprudencial como criterio o estándar en el marco del desarrollo de la interpretación de la Constitución.

II. TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA: BREVE OJEADA EN SUS GESTACIONES CRONOLÓGICAS

2.1. Breve recordatorio: La transición democrática en España

Un primer aspecto que es necesario resaltar es la forma cómo se elaboró la CE de 1978 y cómo era el escenario de esa etapa coyuntural en América Latina. La CE fue fruto de toda una transición política cuyos precedentes se fueron gestando en los últimos quince años del régimen de Franco.

Los politólogos o transitólogos suelen esquematizar tres fases en todo proceso de transición política¹¹.

- a) El Gobierno final o la pretransición, que se expresa en los movimientos tácticos y estratégicos de las fuerzas del régimen y oposición con miras a la reforma;

11 Existe una extraordinaria bibliografía sobre esta problemática, al respecto pueden verse a G. O'DONNELL, PH SCHMITER y L. WITEHEAD: *Transiciones desde un gobierno autoritario*, T. 4, Buenos Aires, 1988; CAVAROZZI, Marcelo: "Más allá de las transiciones a la democracia en América Latina"; en *REP* (Nueva Epoca), N° 74, octubre-diciembre, 1991, pp. 85-111; ALCANTARA SAEZ, Manuel: "Sobre el concepto de países en vías de consolidación democrática en América Latina"; en *REP* (Nueva Epoca), N° 74, p. 113-130; NINOT GUINOT, Carmen: "Transición y consolidación democrática en América Latina", en *REP*, N° 82, 1993, pp. 107 y ss; SERNA DE LA GARZA, José María: *La reforma del Estado de América Latina: Los casos de Brasil, Argentina y México*, UNAM, México, 1988; VALADES, Diego y CARBONELL, Miguel (Coordinadores): *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, UNAM, Cámara de Diputados, México, 2000; DEL REFUGIO GONZALEZ, María y LOPEZ AYLLON, Sergio (Editores): *Transiciones y diseños institucionales*, UNAM, México, 2000; SPADAROM Antonio: *Le "Trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, G. Giappichelli Editore, Torino; pp. 7 y ss; LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio: *Democracia y Gobernabilidad. México y América Latina*; Flacso, Plaza y Valdés Edit., México, 2000; y FERRANDO BADIA, Juan: *La transición política*" en: *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix- Zamudio*, T.I, UNAM, México, 1988, pp. 207-241.

- b) La transición política propiamente dicha, que abarca el interregno del cambio institucional y jurídico-institucional, hasta la promulgación de un nuevo texto fundamental; o la presencia del nuevo gobierno.
- c) La consolidación o el final de la transición, que es la fase última en la que el nuevo régimen logra –o no– asentarse en la sociedad y domina la situación.

De acuerdo con este esquema, como señala Torres del Moral, “la pretransición española tuvo lugar desde la muerte de Franco Bahamonde hasta el nombramiento de Adolfo Suárez como Presidente del Gobierno o, acaso, hasta que éste presentó el Proyecto de Ley para la Reforma Política; la transición delineó desde este momento hasta la aprobación de la Constitución; y sólo entonces comenzó la fase de consolidación”¹².

No obstante, un grueso sector de estudiosos expresan que el proceso constituyente que habría de terminar con el texto fundamental ibérico de 1978, en rigor, no tuvo un proceso ortodoxo de un Poder Constituyente *tipo*, pues: a) Estaba condicionado por diversos factores sociales, políticos y económicos provenientes del régimen anterior; b) fue gestado por un Parlamento Bicameral, que además de ejercer labor de Poder Constituyente Originario, fue de Poder Constituido; c) estaba asistido por un Gobierno formado por un solo partido; y d) fue temporalmente muy dilatado.

Antonio Hernández Gil, a la sazón Presidente de las Cortes Constituyentes, en un libro que resulta ser una memoria desde una perspectiva académica, de aquella época de la transición nos revela que Pablo Lucas Verdú acuñó una frase en torno al cambio político español opinando que era “un proceso constituyente singular y *sui generis*”. La razón de ser de tal calificación, agrega Hernández Gil, radica en que, a juicio del autor, hubo un apartamiento de la ortodoxia constituyente al faltar un Gobierno Provisional en el tránsito de uno a otro régimen. Agrega que Raúl Modoro era de igual temperamento que Lucas Verdú y por ello sostenía que era un proceso

12 TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U. Complutense, Madrid, 1992; pp. 19 y ss. en particular pp. 23-24.

“peculiar”, atípico y largo proceso constituyente”. Ferrando Badía, a su turno, en un trabajo *“Las experiencias del proceso constituyente”*, puso en duda el carácter constituyente de las Cortes; luego, aclara Hernández Gil, las califica como tales. Luis Sánchez Agesta, en su *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, no vacila en reputar el proceso como constituyente¹³.

No obstante, en diciembre de 1978 entra en vigor el texto constitucional español; y a la fecha hoy afirma pletóricamente un cuarto siglo de existencia que, indudablemente ha producido más de una influencia, no sólo para los textos constitucionales posteriores a 1978, como veremos luego; sino incluso para el desarrollo y los regímenes constitucionales de textos anteriores al ibérico de 1978. Pues bien, si eso ocurre en España a fines de los setenta, ¿cuál era el escenario de esa época en América Latina?

Una rápida revisión de sus regímenes, podría evidenciar que, en su gran parte, desde los años setenta, los diversos regímenes *de facto* terminaron igualmente con sendos procesos de transición democrática. Pero esta transición, no sólo termina con gobiernos democráticos, sino que están vinculados a la reforma constitucional; es decir, del paso del régimen autoritario a regímenes de corte “democrático”, de allí que, como bien apunta José María Serna de La Garza. “En América Latina transición democrática y reforma constitucional han formado parte de un solo proceso más amplio, caracterizado por el establecimiento de bases democráticas de organización y convivencias políticas en los Estados de la región”¹⁴.

Por principio, no pretendemos desde luego vincular alguna influencia siquiera mínima de la transición ibérica que culmina con el texto de 1978 en América Latina. Sin embargo, debemos recordar que, cuando termina la Segunda Guerra Mundial, los países de Europa Meridional (Grecia, España, Portugal), no entraron de inmediato al modelo democrático, sino que se constituyeron en regímenes autoritarios siendo ignorados en el mapa del continente. Con la emblemática frase de “Europa acaba en los Pirineos”, España y Portugal fueron considerados

13 HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El Cambio Político Español y la Constitución*, Edit. Planeta, Barcelona, 1982, p. 211-212.

14 SERNA DE LA GARZA, José María: *La Reforma del Estado en América Latina: Los casos de Brasil, Argentina y México*, UNAM, México, 1998, p. 14.

parte del Africa; Grecia bajo el gobierno de los coroneles, pasó a formar parte de los Balcanes, y Turquía, pese a los esfuerzos de secularización y modernización, de Oriente Medio (15). Sin embargo, a fines de los setenta logran consolidarse en las democracias occidentales; lo que no ocurre en los complejos procesos de transiciones de América Latina. En rigor, en esta parte de la región, la transición hacia la democracia se manifiesta a comienzos de la década de los ochenta, y como bien ha apuntado en su momento Colomer Viadel, estos procesos no presentan caracteres comunes bajo el peligro de superficiales y engañosas generalizacionales, sino que cada sociedad y Estado Iberoamericano presente una realidad multiforme e incluso paradójica¹⁵, bajo el boom de la literatura latinoamericana, se acuñó acaso la expresión¹⁶.

2.2. Las gestaciones cronológicas de las constituciones latinoamericanas

1. **Argentina.**- Si bien hoy cuenta con una reforma constitucional orgánica, éste tuvo un debate previo a lo largo de 1986 y que fuera analizado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia¹⁷. En rigor, la actual Constitución Argentina tuvo como precedentes la transición política de 1983, cuyos prolegómenos fueron la derrota de las Malvinas y que fue el detonante para que los militares retornaran a sus cuarteles. Así las cosas, el caso argentino fue muy singular, pues a diferencia de las otras transiciones políticas en América Latina¹⁸, el proceso constituyente no supuso un replanteo total de la Constitución ni elaborar un nuevo texto, sino que se optó por el requisito histórico de ser una de las más añejas de América Latina.

Con todo, el sólo hecho que hoy Argentina cuente con una Constitución bajo una reforma orgánica, podemos decir que su texto ha incorpo-

15 NINOU GUINOT, Carmen: *Transición y Consolidación Democrática en América Latina*, op. cit., p. 112

16 COLOMER VIADEL, Antonio: *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*, Edic. de Cultura Hispánica, Madrid, 1990, p. 24.

17 SERNA DE LA GARZA, José María: op. cit., pp. 111 y ss.

18 CAMAU, Antonio: "¿Caminos Convergentes?: Una agenda mínima para la gobernabilidad democrática en México y Argentina", en *Transición democrática y gobernabilidad México y América Latina*, FLACSO, Edit. Plaza y Valdés, México, 2000, pp. 433 y ss.

rado el influjo de la cultura constitucional entre las que destaca los aportes del pensamiento constitucional ibérico¹⁹.

2. Bolivia.- Como ha señalado Manuel Alcántara Sáez, la transición política hacia un sistema democrático de gobierno llevado a cabo en Bolivia se realiza a lo largo de un dilatado calendario que tiene una duración superior a cuatro años (1978-1982)²⁰. Así, bajo el marco de la Constitución de 1967, se desarrollan elecciones que luego terminan en nuevos golpes de Estado y posteriores restablecimientos a las formas democráticas. Hernán Siles Suazo, como se recordará, llega al poder, iniciándose el desarrollo de una democracia caracterizada por una inestabilidad. Con todo, Bolivia impulsó una reforma constitucional en 1994 cuyo aspecto más importante es el impulso de una jurisdicción constitucional concentrada y la presencia hoy en día de un Tribunal Constitucional²¹.

3. Brasil.- Este país tuvo una progresiva transición política y que si bien el año 1979 puede ubicarse como el momento en que la transición política se vigoriza²², el umbral en que termina, sin embargo, es más difuso. No empese ello, los politólogos encuentran cuatro instantes de este proceso: la elección indirecta como Presidente de la República

19 ALCANTARA SAEZ, Manuel: *Sistemas Políticos de América Latina*; Vol. I, América del Sur, Tecnos Edit., Madrid, 1989, pp. 34-35; BIDART CAMPOS, Germán J: "El Sistema Constitucional Argentino", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 37 y ss. SERNA DE LA GARZA, José María: *La Reforma del Estado en América Latina: Los casos de Brasil, Argentina y México*, op. cit., p. 124 y ss.

20 ALCANTARA SAEZ, Manuel: *Sistemas Políticos en América Latina*. Vol. I, pp. 164 - 165.

21 RIVERA S., José Antonio: *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, Academia Bolivariana de Estudios Constitucionales, Kipus Edit., Cochabamba, 2001. Una aproximación del actual modelo Boliviano puede verse en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley Número 1836, del 1 de Abril de 1998 del Tribunal Constitucional*, Cuadernos Constitucionales México- Centroamérica, UNAM, 2002.

22 ALCANTARA SAEZ, Manuel; op. cit., p. 78-81; SERNA DE LA GARZA, José María: "Transiciones en América Latina: Reflexiones sobre la Reforma política - institucional en Brasil y Argentina", en *Transiciones y diseños internacionales* (REFUGIO GONZÁLEZ y LOPEZ AYLLÓN Coordinadores), UNAM, México, 2000, pp. 225-253. Desde otra perspectiva: FAUCHER, Philippe: "Restauración de la gobernabilidad: ¿Acertó (por fin) Brasil?", en *Transición Democrática y Gobernabilidad*, op. cit. p. 321-370.

del primer civil en enero de 1985, las elecciones para la Asamblea Constituyente de diciembre de 1986, la promulgación de la Constitución en noviembre de 1988, y la elección directa del primer presidente bajo la nueva Constitución en noviembre de 1989²³.

4. Colombia.- El caso de Colombia puede resultar más que un complejo campo de agramante, pues su propia vida política resulta ininteligible, pese al rol de los partidos políticos, Colombia, con seis guerras civiles (1851, 1860, 1877, 1885, 1890-1902), la guerra no declarada de 1948-1957, y la que actualmente vive desde 1980, hacen de Colombia una evolución histórica-política cuyo desarrollo fue bajo las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1865, 1863 y la actual de 1991²⁴.

5. Costa Rica.- Como se sabe cuenta con una Constitución democrática consolidada y que trasunta una diferencia notable con el resto de regímenes políticos latinoamericanos. Un repaso brevísimo en el historial de este país centroamericano lleva a constatar que su desarrollo constitucional desde 1821 a la fecha, cuenta con más de una docena de textos políticos; y en el último siglo XX sólo han regido tres constituciones, la de 1871, la efímera de 1917 y la de 1949. La Constitución vigente fue fruto de la Asamblea Constituyente surgida tras la guerra civil que sufriera Costa Rica en 1948, "por lo que no fue objeto de amplio consenso por parte de las fuerzas políticas del país, y sí de un compromiso entre la mayoría conservadora del Partido Unión Radical y los intelectuales del Partido Social Demócrata"²⁵.

6. Cuba.- Este país cuenta con un sistema político hoy único en la región; y si bien en la actualidad el régimen cubano se debate en una sobrevivencia, en Cuba imperó una mutación constitucional muy prolongada puesto que la vieja Constitución de 1949, llegó a mantener-

23 SILVA, José Alfonso DA: "O Sistema constitucional do Brasil", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. Cit. p. 124 y ss.

24 OSUNA, PATIÑO, Néstor, SIERRA PORTO, Humberto: ESTRADA, Alexei Julio: "Constitución Colombiana de 1981", en *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI* (Diego Valadés y Miguel Carbonell, Coordinadores), Cámara de Diputados, LVII Legislativa, UNAM, México, 2000; pp. 261 y ss.

25 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: "El Sistema Constitucional Costarricense", en *Los Sistemas constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 213-241; ALCANTARA SAEZ, Manuel: *Sistemas Políticos de América Latina* (Vol. II): México, los países del Caribe y de América Central, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 149-162.

se hasta que entró en vigencia recién la Constitución de manufactura socialista el 24 de febrero de 1976 y que posteriormente la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI Período Ordinario de Sesión de la III Legislatura celebrada los días 10, 11 y 12 de Julio de 1992 reforma al texto primigenio de 1976²⁶.

7. Chile.- La tradición democrática de Chile, como se sabe, fue abruptamente interrumpido por el sangriento golpe del 11 de Setiembre de 1973, que disolvió al Tribunal Constitucional, clausuró el Parlamento, el Jefe de Estado Allende muere en Palacio Presidencial y se inicia un régimen autoritario burocrático militar. El régimen crea una Comisión de Estudios de la Nueva Constitución integrada por juristas de confianza del Jefe de Estado. Esta Comisión elabora el Proyecto de Constitución en 1978, a ello se suma un nuevo informe en torno al proyecto mismo del Consejo de Estado; el proyecto definitivo fue aprobado por la Junta de Gobierno y ratificado por un plebiscito el 11 de Setiembre de 1980, lo que le permitió a Pinochet gobernar por ocho años más.

La transición política, en este país se inicia prácticamente cuando Pinochet fue derrotado en un acto electoral donde la Constitución de 1980 le habilitaba un nuevo período como candidato único a Presidente de la República. A partir de esta fecha se inicia un proceso de reforma constitucional y que fue sometida a cincuenta y cuatro reformas aprobadas por consenso. Anota el profesor Nogueira que "Tales reformas abren paso a una transición a la democracia y legitiman un marco institucional respetado por todos dentro del cual la transición que se inicia en marzo de 1990 se enmarca"²⁷.

8. República Dominicana.- El caso de República Dominicana, la transición en el sistema político hacia un régimen democrático se desarrolla a lo largo de 15 años en los que confluyen dos constituciones, una breve guerra civil, la ocupación norteamericana y un régimen

26 GARCÍA ALZUGARAY, Miguel Angel: "El Sistema Constitucional Cubano", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*; op. cit., pp. 245-271; ALCANTARA SAEZ, Manuel, op. cit., pp. 57-76; PALOMINO MANCHEGO, F.: "Estudio Preliminar" al libro de Domingo García Belaunde: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, UNAM, IPDC, Lima, pp. 11-21.

27 NOGUEIRA ALCALA, Humberto: "El Sistema Constitucional Chileno", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 275-324; ALCANTARA SAEZ, Manuel, op. cit., pp. 71-73.

prolongado de gobierno de Balaguer, uno de los delfines del dictador Rafael Leonidas Trujillo. En efecto, del autoritarismo de Trujillo al régimen democrático hubo un período que se inicia en 1961 con la muerte de Trujillo y finaliza en 1978 cuando se produjo la llegada de la oposición al poder por la vía electoral.

En este contexto se promulga la Constitución de 1966, la que fue posteriormente reformada²⁸.

9. Ecuador.- La actual Constitución Política de la República del Ecuador fue aprobada por el Plenario de la Comisión Legislativa del Congreso Nacional el 31 de marzo de 1993, la misma que deja sin efecto la Constitución de 1978. Sin embargo, merece recordar que Ecuador mantiene las permanentes revueltas de golpes de Estado y su transición política prácticamente empieza cuando se reemplaza al general Rodríguez Lara como Jefe de Estado por los tres comandantes en jefes de las Fuerzas Armadas que pasaron a denominarse Consejo Superior de Gobierno. “El Consejo se presentó como un régimen de transición en el que civiles ocupaban puestos en las altas esferas de la Administración. Esta transición habría de culminar con un nuevo gobierno democrático y una nueva Constitución que entra en vigor el 10 de Agosto de 1979. En la actualidad la Constitución que rige es la de 1993²⁹.

10. El Salvador.- El preámbulo de la transición política se desarrolló en el interinazgo de 1979-1982. En efecto, el 15 de Octubre de 1979 se dio un golpe de Estado que generó una Junta Cívico-militar formado por diversos coroneles representantes del autodenominado Movimiento Nacional Revolucionario. Este proceso iniciaba una crisis profunda en el sistema político cuya incapacidad para resolver los problemas básicos de la población explican en proceso de formas violentas de manifestación, entre los que destacan la convergencia del Frente Democrático Revolucionario (FDR) y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional

28 ALCANTARA SAEZ, Manuel: *Sistemas Políticos de América Latina*, Vol. II, op. cit., pp. 77-92.

29 SALGADO, Hernán: “El Sistema Constitucional Ecuatoriano”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 327-350; ALCANTARA SAEZ, Manuel: *Sistemas Políticos de América Latina*, Vol. II, op. cit., pp. 176-191; UNAM: *Las Constituciones Latinoamericanas*, (Estudio Introductorio de Humberto Quiroga Lavíé), México, 1994, pp. 611 y ss.

(FMLN). En efecto, en 1980 se acelera la guerra civil y ello desencadena la convocatoria a una Asamblea Constituyente que trataba de conjurar la amenaza de la presencia guerrillera. En rigor, el preludeo de la transición política en este país centroamericano fue la Ley Transitoria sobre Constitución e Inscripción de Partidos Políticos. La Constitución, llega a ser aprobada en diciembre de 1983 y, como anota Manuel Alcántara, “el devenir político en El Salvador desde 1982 hasta el final de la década se ha caracterizado por la puesta en marcha de un proceso electoral sin precedentes en su historia. Actualmente esta república mantiene vigente la Constitución desde el 20 de diciembre de 1983 y que ha sido integrado con las reformas que se le han introducido por Decreto Legislativo del 31 de Octubre de 1991 y 30 de Enero de 1992³⁰.

11. Guatemala.- En 1984 se inicia el período de transición política después de casi treinta años de gobierno autoritario donde la escena política en el interior del país era el incremento de la violencia estatal y de las guerrillas³¹.

La transición a la democracia en este país se manifiesta en cuatro períodos que se gesta entre 1982 y 1985. El primer período se expresa en el golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, donde las Fuerzas Armadas reaccionan contra el fraude electoral desarrollado por el Pacto Cívico-Militar. El gobierno militar presidido por el general Efraín Ríos Montt fue luego alternado por el general Humberto Mejía Victoria. Este último promulga una Ley Electoral para la Elección de la Asamblea Nacional Constituyente, terminándose así una suerte de segundo período de transición. El tercer período queda definido por los trabajos en la Constituyente que se prolongó a lo largo de la segunda mitad de 1984. Sin embargo, el poder aún permanecía en las FF.AA. Este último período de la transición comprende desde el proceso electoral bajo los marcos de la nueva Constitución y culmina en noviembre de 1985 con la elección del Presidente de la República y del Congreso³².

30 ALCANTARA SAEZ, Manuel: (Vol. II), op. cit., pp. 213-229.

31 ALCANTARA SAEZ, Manuel: (Vol. II), op. cit., pp. 163-179.

32 GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario: “Transición democrática y nuevo orden constitucional. La Constitución Guatemalteca de 1985”, en *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI* (Diego VALADES y Miguel CARBONELL, (Coordinadores), Cámara de Diputados, UNAM, México, 2000, pp. 211-231.

12. Honduras.- Este país igualmente atravesó toda una transición democrática con ciertas características comunes al resto de la región. Entre 1950 a 1980, en tres décadas hubo alternancia de regímenes de jure o gobiernos civiles elegidos y de facto o militares. El régimen militar de fines de la década del setenta tuvo como elemento externo -igual que el resto de países latinoamericanos- la influencia de la Administración Carter que presionó sobre la Junta Militar presidida desde agosto de 1978 por Policarpo Paz García. Fue así como se convoca a una Asamblea Constituyente que tuvo como fin elaborar un nuevo texto fundamental e igualmente bajo este marco propiciar las elecciones generales en 1981.

Actualmente la Constitución de Honduras, de acuerdo al art. 379 de su propio texto, entró en vigor el veinte de enero de 1982³³.

13. México.- El caso mexicano es de singular relieve, máxime si se tiene en cuenta que la actual Constitución que data de 1917 a la fecha ha sufrido diversas reformas³⁴.

14. Nicaragua.- A fines de la década del 70, América Latina hervía en una situación prerrevolucionaria y Nicaragua, a través del Frente Sandinista de Liberación, se había convertido en la alternativa insurgente frente a la era del somocismo. Como se recordará, entre 1936 y 1979 el país estuvo dominado por la familia Somoza: Anastasio Somoza García (1936-1956), Luis Somoza Debayle (1957-1963) y Anastasio Somoza Debayle (1967-1979), por cierto, similar al régimen de Trujillo, gobernaron vía algunos presidentes formales como René Schick (1963-1967) y Fernando Agüero (1972-1974). El somocismo había estructurado un régimen autoritario bajo el control personal del país.

Pese al asesinato de Anastasio Somoza en 1956, el poder del clan se consolida y el fracaso del Diálogo Nacional que proponían sectores de la burguesía demostró la inviabilidad de una salida pactada; a ello se suma el asesinato del líder opositor Pedro Joaquín Chamorro en 1978, propietario del diario más crítico del antisomocismo -La Prensa- todo estas circunstancias permitió dar nuevas bases sociales al FSLN fundado desde 1961. Así, el abandono del régimen somocista por Estados Unidos y la huelga general revolucionaria propiciaron la

33 ALCANTARA SAEZ, Manuel: (Vol. II), op. cit., p. 191

34 Al respecto, se pueden consultar diversos colectivos que se han ocupado del tema.

caída final de los Somozas el 19 de Julio de 1979 y la llegada al poder del movimiento encabezado por los sandinistas. En términos de institucionalización y diseño, la Revolución Sandinista consagró en 1987 el texto constitucional que está en vigor³⁵.

15. Panamá.- La evolución constitucional de Panamá puede dividirse, como expresa César Quintero en tres etapas o eras: la española, la colombiana y la "republicana". La primera Constitución de la república de Panamá –que es su primera Constitución del siglo XX- fue la de 1904. Le sigue luego la de 1941 y la de 1946. En 1968 se produce un golpe militar que "implantó una dictadura primero de facto, desde 1968 hasta 1972, y luego de jure a partir de ese año hasta el 7 de mayo de 1989 cuando fue derrocado gracias a la intervención armada de los Estados Unidos de América"³⁶.

Esta Constitución experimentó reformas superficiales en 1978 y las reformas profundas de 1983. En consecuencia, el Acto Constitucional de 1983 es la que define la actual constitución vigente. En esta perspectiva, Panamá asistía a la liquidación del torrijismo, cuya expresión político-institucional, se había articulado en la Constitución de 1972. La Comisión de Reforma Constitucionales que elaboró la nueva Ley Fundamental eliminó todas las instituciones autocráticas reguladas en el texto de 1972 y las reemplazó por fórmulas democráticas relacionadas a los órganos legislativos, ejecutivo y judicial. La reforma fue sancionada por la voluntad popular en un plebiscito. De tal manera que, si miramos en perspectiva histórica, la Carta del país del istmo se ubica dentro de los textos constitucionales reformados posteriores a la CE de 1978.

16. Paraguay.- Paraguay, fue como anota Alcántara, el penúltimo país de América Latina que emprendió un proceso de transición hacia un gobierno democrático dentro de la oleada de cambios producidos desde finales de la década de 1970. Paraguay, con todo,

35 ANTILLON MONTEVERDE, Walter: El Sistema Constitucional Nicaragüense, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*; op. cit., pp. 615-636; ALCANTARA SAEZ, Manuel: (Vol. II), op. cit., pp. 194-212.

36 QUINTERO, César: "El Sistema Constitucional Panameño", en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 639-664; ALCANTARA SAEZ, Manuel: op. cit., pp. 320 - 240.

había tenido una dictadura más longeva que llevó a conformar un estado cleptocrático.

El régimen del general Stroessner que se mantuvo en el poder durante 35 años (accede al poder por un golpe militar en 1954 y fue elegido por tres períodos consecutivos); un golpe de Estado trunca la prolongación de este régimen autoritario encabezada por una facción del Partido Colorado, es decir, del propio partido oficialista de Stroessner, pues fruto de las crisis internas y de las disidencias, surge el general Andrés Rodríguez³⁷.

17. Perú.- El Perú cuenta a la fecha con doce textos constitucionales, el último fue fruto del régimen hoy cuestionado por el sistema de corrupción que imperó a través del prófugo ex-Presidente Alberto Fujimori y su siniestro asesor Vladimiro Montesinos³⁸. Fujimori había llegado al poder en elecciones democráticas, pero luego dio un autogolpe de Estado y desarrolló un régimen autoritario³⁹. Debido a la presión interna e internacional convoca luego en 1992, a un “Congreso Constituyente Democrático” que elaboró una Constitución donde habilitaba la reelección presidencial⁴⁰. Hoy se sabe que el referéndum ratificatorio fue fraudulento. Con todo, la transición democrática se inicia a partir de la publicación de los llamados “vladivideos”, donde aparecen personajes de las esferas políticas recibiendo dinero por parte del asesor Vladimiro Montesinos⁴¹. A partir de allí se inauguraría la etapa del desplome del régimen y habría de sobresalir un personaje que tuvo una descollante actuación en las llamadas “mesa de negociaciones”: Valentín Paniagua Corazao. Fuji-

37 PRIETO, Justo José: “El Sistema Constitucional Paraguayo”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, op. cit., pp. 667-692; ALCANTARA SAEZ, Manuel, op. cit., pp. 82-99.

38 TANAKA, Martín: “Gobernabilidad democrática en el Fujimorismo y la representatividad de los factores estratégicos”, en *Transición Democrática y Gobernabilidad*, op. cit., pp. 283 - 310.

39 ABAD YUPANQUI, Samuel y GARCÉS PERALTA, Carolina: *El Gobierno de Fujimori: Antes y Después del Golpe*, en Comisión Andina de Juristas; Lima y *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución*, CAJ, Lima, 1993.

40 ETO CRUZ, Gerardo: *Estudio de Derecho Constitucional*, Nuevo Norte Edit., Trujillo, 2000.

41 JOCHAMOWITZ, Luis: VLADIMIRO. *Conversando con el Doctor*; El Comercio Ediciones. (Expediente II), Lima, 2002.

mori, prácticamente huye y se refugia en Japón; el Parlamento declara la vacancia al Jefe de Estado por incapacidad moral, asumiendo la presidencia Valentín Paniagua⁴².

Se podría decir que en el Perú, se desarrolló una transición política cubriendo las tres típicas etapas: el inicio, que es la etapa final de un régimen indeseable, la transición propiamente dicha, asumida por Paniagua; y el gobierno de llegada que es el actual régimen del Presidente Alejandro Toledo⁴³. A la fecha, existe una agenda incierta respecto al futuro de la actual Constitución de 1993, pues tanto los sectores gubernamentales como los de la oposición desean un cambio de constitución. Sin embargo, existe la discusión nacional si el actual Congreso podría reformar totalmente a la Constitución o sólo cabría que ejerciera las potestades de un poder constituyente derivado. El tema no sólo ha sido particular en el Perú, la misma problemática ya se ha presentado incluso en la propia CE de 1978⁴⁴; México también se enfrenta a este dilema, igual que el problema apareciera en Brasil: definir si el poder revisor o, en su caso, el Congreso Constituyente tendría poderes originarios o poderes derivados⁴⁵. Por lo pronto, ya el Tribunal Constitucional peruano en una sentencia que planteara el Colegio de Abogados del Cuzco, sobre esta cuestión, ha sostenido que el actual Congreso -poder constituido- sí puede elaborar un proyecto de Constitución, pero con la condición de que, para su aprobación, debe ser convocado a consulta popular vía un referéndum; tal como la propia Carta Política de 1993 lo prescribe en el art. 32 inc. 1º: "Pueden ser sometidas a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución".

No está demás señalar que en el interregno de la transición política que presidiera Valentín Paniagua, se nombró una Comisión de

42 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "Crónica del Gobierno de Transición", en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 1, N° 2, Enero - Junio de 2001, p. 11-25.

43 ETO CRUZ, Gerardo: *Algunas Claves para entender el régimen de Toledo: La Corrupción y la Transición Política*, en Nuevo Norte. Suplemento Especial, Trujillo, Julio del 2002.

44 MONTILLA MARTOS, José Antonio: "Proceso Constituyente y Desarrollo Constitucional en España", en *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*, op. cit., p. 225.

45 SERNA DE LA GARZA, José María: *La Reforma del Estado en América Latina: Los casos de Brasil, Argentina y México*, op. cit., p. 227.

Bases para el Estudio de la Reforma Constitucional, documento que fuera elaborado por un grupo de profesores y expertos en la materia y que se publicara en su momento⁴⁶.

18. Uruguay.- Este país tuvo un gobierno de facto cuyo interregno de autoritarismo fue entre 1973-1984, es decir, doce años de gobierno similar al Perú del docenio militar: 1968-1980- la transición política se presentó prácticamente en 1982 cuando el régimen se deterioraba a nivel externo; internamente el gobierno militar dispuso un cronograma que establecía una nueva institucionalización del régimen, para lo cual se convocó a una reforma constitucional en noviembre de 1980; la propuesta del régimen fue derrotado en plebiscito. A partir de allí y bajo un nuevo general en el poder -Gregorio Alvarez- en 1982 éste convoca a elecciones internas que igualmente les fue adverso, pues gana la oposición. A partir de 1983 se plantea la alternativa de negociación entre la oposición y las FF.AA., a todo ello se sumó un impresionante paro cívico en junio de 1984 que desencadenó el llamado "Pacto del Club Naval" del cual salió el acuerdo en que se convocaba a elecciones en noviembre de 1984.

En noviembre de 1989 fue ratificado plebiscitariamente por la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional. En tal perspectiva "la Constitución uruguaya vigente es la de 1967, con las enmiendas en vigor desde mayo de 1990⁴⁷.

19. Venezuela.- La actual Constitución de 1999 y los nuevos acontecimientos políticos han hecho de Venezuela un país con una democracia bastante convulsionada⁴⁸, a partir del régimen de Hugo Chávez.

46 Informe de la *Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional*, Lima, 2001.

47 GROS ESPIELL, Héctor: "La evolución constitucional del Uruguay en los últimos setenta años (1917-1987)"; en *El Constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XXI*, T. III, UNAM, México, 1988. pp. 99-160; del mismo autor: "El Uruguay en la actual evolución constitucional democrática en Iberoamérica", en *Memorias del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1987, pp. 224 y ss.

48 Al respecto, la bibliografía está en pleno nacimiento.

III. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

3.1. A nivel del texto constitucional español

Aunque es harto sabido que todo texto constitucional debe ineludiblemente contar con una prescripción de un catálogo de derechos básicos de la persona como afirmación de la “parte dogmática”⁴⁹ y cuya configuración data de los primeros textos⁵⁰ hasta hoy; sin embargo, la mayoría de normas constitucionales latinoamericanas que se incorporan para adelante y otros que, pese a su antigüedad, los han remozado al hilo de sendas reformas constitucionales, han recepcionado el influjo ibérico en sendas prescripciones relacionadas a los Derechos Fundamentales de la persona. Hasta hace unas décadas atrás, el grueso de las Constituciones de Latinoamérica sólo como una profesión de fe, establecían un catálogo de libertades en forma asistemática y el grueso provenientes de la primera generación; aparte del influjo que irradió México con la avanzada del Constitucionalismo social⁵¹, la gran mayoría de textos políticos no habían desarrollado en forma orgánica y sistemática una prescripción y elenco de normas en torno a la persona.

La Constitución de la Península Ibérica, permitió por un lado, asimilar todo lo mejor del insumo de la cultura constitucional europea, que, como puente, recepcionó ya no tanto la influencia de un país, como pudiera ser España, sino del “Derecho Constitucional Común Europeo”⁵². Así, como ya se ha indicado, las constituciones latinoamericanas posteriores a 1978, tanto como las anteriores a este año pero que han impuesto sendas reformas, han asimilado lo mejor

49 Véase el trabajo de John James PARK: *Los Dogmas de la Constitución* (Edición y Estudio Preliminar de Joaquín Varela Suanzes y traducción de Fernando Savadola), edit. Istmo, Madrid, 1999.

50 FIORAVANTI, Mauricio: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, (Trad. de Manuel Martínez Neira). Edit. Trotta, Madrid, 2001; WHEARE, K.C.: *Las Constituciones Modernas*, Edit. Labor, Barcelona, 1975, pp. 37 y ss.

51 TRUEBA URBINA, Alberto: *La Primera Constitución político-social del mundo*, Porrúa, México, 1971.

52 HABERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Estudio introductorio de Diego VALADES Traducción e Indices de Héctor Fix-Fierro, UNAM, PUC del Perú, Fondo Edit. Lima, 2003, p.17.

de esta parte de la dogmática constitucional: la delineación filosófico-jurídica de la persona.

Precisamente, en reciente publicación al español, Peter Haberle hace justicia a la CE y a sus académicos:

“España ha trabajado desde 1978 de manera ejemplar y por todos nosotros, no sólo en cuanto a la transición pacífica de la dictadura, sino también en cuanto al modo en que establece constantemente puentes, a través de la fusión creativa de lo mejor de la evolución constitucional, por ejemplo, de Italia y Alemania, en los textos, la jurisprudencia y la doctrina, gracias a nombres como los de P. Cruz Villalón, F. Rubio Llorente, A. López Pina, F. Balaguer y otros. Sin darse cuenta, España se ha convertido así en la vanguardia”⁵³.

La persona, estructurada en la CE ha servido de innegable influencia, y, no sólo porque exprese una concepción de avanzada que logran asimilar y recepcionar una buena parte de los textos latinoamericanos, sino porque acaso sea una de la mejor vitrina de la comparativa, aún dentro del propio pensamiento continental europeo. Veamos en palabras de quien fuera el Presidente de las Cortes Constituyentes que elaboraron la CE de 1978, Antonio Hernández Gil, cuando se pronuncia a la forma cómo se concibió la regulación constitucional de la persona:

“Ninguna Constitución Española anterior a la de 1978 ha sido tan sensible como ésta a la realidad total de la persona como presupuesto y fin para organizar su tutela jurídica. Ocupa, sin duda, una posición avanzada dentro de la línea hoy dominante en las constituciones modernas y progresistas. Sin exagerar, creo que ninguna otra le gana la partida. He aquí, uno de los lugares de encuentro y coincidencia entre las diversas opciones políticas”⁵⁴.

El Título Primero “De los Derechos y Deberes Fundamentales” (Arts. 10 al 55), dividido en cinco capítulos (I: De los Españoles y extranjeros; II: Derechos y Libertades; III: De los Principios rectores de

53 HABERLE, Peter: op. cit., p. 13

54 HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *El Cambio Político Español y la Constitución*, Edit. Planeta, Barcelona, 1981, p. 413.

la política social y económica; IV: De las garantías de las libertades y derechos fundamentales; V: De la suspensión de los derechos y libertades) logra sistematizar una urdiembre impresionante de fórmulas normativas difícilmente mejor logradas que en el concierto de los demás textos europeos de avanzada.

Una lectura o relectura atenta de estos preceptos llevan a encarar que el texto ibérico muestra en la persona una nueva imagen más ambiciosa y prometedora, menos simple y esquemática, con ponderación circunstanciada de las diversas situaciones en que puede encontrarse sobre la base de cuatro coordenadas, la CE organiza un *pruis* de la tutela de la persona en los siguientes rubros: a) su dignidad (Art. 10.1); la libertad y la igualdad (Art. 9,2); el gran cuadro de los derechos y deberes fundamentales (el Título I en su conjunto); y la remisión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados Internacionales (Art. 10,2).

- a) Respecto a la “**dignidad de la persona**”⁵⁵ ubicado en el Art. 10,1 empieza como un primer enunciado y luego lo completa con la proposición inicial “los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. En rigor, estamos ante un texto que ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológica-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada *per se* y no como una derivación de los derechos⁵⁶.
- b) En lo que atañe a la **libertad y la igualdad como atributo de la persona**, el texto español lo desarrolla en tres perspectivas distintas pero entrelazadas. Así, como valores superiores del ordenamiento jurídico (Art. 1,1), como Derechos fundamentales y libertades configuradas expresamente (Título I, Sección I del Capítulo segundo), con abierta proclamación de la igualdad (Art. 14) y como deber impuesto a los poderes públicos de

55 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: La Dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 43 (setiembre), 1995, pp. 49 y ss.; GONZALEZ PEREZ, Jesús: *La Dignidad de la Persona*, Civitas Edit., Madrid, 1986; RUIZ-JIMÉNEZ, Joaquín: “Artículo 10: Derechos Fundamentales de la Persona”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Vol. II., Dir. Oscar Alzaga, Cortes Generales Edersa. Edit., pp. 37 y ss.

56 HERNÁNDEZ GIL, Antonio: op. cit., p. 422.

“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas” (Art. 9,2).

- c) **Los derechos y deberes fundamentales** constituye otra coordenada que permite un catálogo prolijo y extenso de positivización de los Derechos Humanos en su versión escrituraria; y la piedra de toque de estos enunciados probablemente radique en el Art. 53 en la que se prescribe que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II “vinculan a todos los poderes públicos”.
- d) La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados, aunque el propósito del legislador constituyente fue conducir la incorporación y reconocimiento de determinados derechos fundamentales favorables a la libertad de enseñanza como correctivo del Art. 27, lo cierto es que hoy el Art.10,2 establece como una figura con sentido propio que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos sobre las mismas materias ratificadas por España”.

Mirado así, la CE trasunta una impronta y un resumen de la miríada de la cultura constitucional en los textos europeos en torno a la persona.

3.2. A nivel de la doctrina constitucional española.

Como ha señalado Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona “los juristas especializados en derecho constitucional llegan en ocasiones ha adquirir una gran influencia y autoridad, por lo que sus opiniones sobre el alcance y contenido que se debe otorgar a los preceptos constitucionales, sirven de orientación a los jueces y tribunales que realizan una función de justicia constitucional”⁵⁷.

57 FIX- ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2º edic. Edit. Parrúa, México, 2001, p. 169.

Precisamente, estimamos que la influencia ibérica en el pensamiento constitucional latinoamericano, no sólo se produce dentro de la dimensión normativa del texto constitucional que, como ha quedado expresado, ejerció una gran recepción en los ordenamientos positivos de las partes dogmáticas de los códigos básicos de las naciones de habla hispana. También la recepción, a consuno se da, en forma dialéctica y concomitante, el hilo de la reflexión que en torno a la propia CE han venido desarrollándose a lo largo de un cuarto de siglo de existencia.

En efecto, la apertura vertiginosa de las comunicaciones, correspondencias, la importación y exportación de libros, las librerías especializadas, las grandes editoriales, expertos traductores y a la gran creación empresarial de grandes librerías sumado a la red informática en los ordenadores y otras formas, han hecho posible desde hace muchos años que se produzcan puentes de recepciones de la reflexión del pensamiento académico-científico de los constitucionalistas españoles. A todo ello, se suma una gran presencia entusiasta de los intercambios académicos y los estudios de postgrado de un universo de jóvenes que, luego retornan a sus países de orígenes a desarrollar enfoques en torno a su sistema constitucional, en base a criterios de la hoy llamada cultura constitucional común europea.

Sólo a guisa de un muestreo, a veinticinco años de existencia de la CE de 1978, se ha producido una ubérrima reflexión en todas las áreas sistematizadas del ordenamiento constitucional español.

En lo que respecta a las diversas dimensiones en que se expresa la urdimbre de la temática de los Derechos Fundamentales de la persona; si sólo se revisara en forma panorámica una aproximación general de las obras escritas sobre y en torno a la persona en su perspectiva constitucional, nos vamos a encontrar con diversos recodos que conducen a casi todas las áreas del Derecho; ora civil, ora laboral, ora penal, etc. La producción se hace ya inmanejable gracias a la infatigable producción de la eclosión del derecho constitucional.

A riesgo de que pueda parecer discriminador, la percepción del *ius publicum europaeum* en nuestra América morena, a través del idioma de Castilla, es heterodoxo, plural, sin pretensiones de escuela

o corriente; pero estimamos que, más allá de las pasiones humanas⁵⁸ que forman parte constancial en los seres humanos, América Latina ha sido cuidadosa en recepcionar y en retroalimentar sus particulares visiones en sus correspondientes sistemas constitucionales patrios, a través de una extraordinaria presencia de académicos; muchos que son visitantes permanentes de nuestra América Ibérica; otros que, en las pocas oportunidades, han dado calidez personal a la presencia permanente vía sus obras.

Y así, el listado sigue *in crescendo*, amplio, ubérrimo y bajo el peligro de gruesas omisiones; de allí que sólo se consignan un simple muestreo de la vitrina reflexiva del constitucionalismo español.

Estamos pues, ante la influencia del pensamiento jurídico de la europa-ibérica que, a no dudarlo se ubica dentro de la singladura de la cultura constitucional común europea del que viene en los últimos tiempos exponiendo el célebre pensador germano Häberle.

Y es que, así como se suele hablar de una cultura de los textos clásicos en la vida constitucional –que dicho sea de paso, también los clásicos ¡tienen sus contraclásicos!- hoy la influencia de España en todos los países de Latinoamérica se manifiesta a través del discurso reflexivo de la doctrina constitucional; y si bien se puede señalar que no todos brillan con luz propia, todos persiguen sublimes fines del que, desde ayer, hoy y siempre será la *rattio* del derecho constitucional: pretender, por un lado racionalizar el ejercicio legítimo del poder político; y, por otro lado, afirmar un espléndido catálogo de derechos vitales de la persona sumado a un marco de garantías frente a su incumplimiento.

Al respecto, ya que hablamos de la influencia ibérica vía el pensamiento académico de sus constitucionalistas, Häberle expresa que “los textos clásicos del constitucionalismo son un modo y una figura especialmente cercanos al ciudadano, por lo cual éste puede conocer “su” Constitución. Y anota a renglón seguido: “Una frase de Montesquieu o la de J. Locke, o bien Friedrich Schiller, sobre la división de poderes o la libertad, o de G. E Lessing sobre la tolerancia, comunican mejor al ciudadano su constitución y la dan un fun-

58 MARINA, José Antonio y LOPEZ PENAS, Marisa: *Diccionario de los Sentimientos*, 4° edic., Edit. Anagrama, Barcelona, 2000.

damento más profundo que el que puede proporcionarle un manual especializado, por importante que sea”⁵⁹.

Lo propio afirmamos que hoy, la cultura constitucional occidental se manifiesta en el intercambio de diversas áreas, bien sean a nivel de la reflexión doctrinaria, de la dinámica constitucional de cada país, así como de la jurisprudencia creadora que se desarrolla según las circunstancias y contingencias de las dudas e incertidumbres.

3.3. No obstante, la influencia de la doctrina, bueno es tener presente el mercado de opiniones

Si bien, como venimos señalando, la influencia del pensamiento constitucional español no sólo se da en su texto, sino en sus cultores -los constitucionalistas ibéricos- la influencia no sólo se manifiesta, obviamente en la parte relacionada a los DD.FF. de la persona, sino y por extensión en todos los ejes de reflexión del derecho constitucional contemporáneo.

Con todo, estimamos que no necesariamente la producción académica, va a ser siempre del mismo nivel, o de la misma influencia. De allí que siempre es bueno tener presente que, en la propia España, existe un vasto mercado de opiniones que es bueno tener presente, a fin de ver el grado de influjo y sobre la perspectiva o interés del mismo académico.

Sobre este aspecto, nos parece más espléndido la explicación que aquí hacemos nuestra de Dietrich Schwanitz:

“Cuando en la modernidad la religión entró definitivamente en coma, aparecieron en su lugar toda una serie de “cosmovisiones”.

Eran modelos explicativos del mundo en su totalidad, fabricados fundamentalmente en un principio en los talleres de la Filosofía; pero con el tiempo las distintas ciencias particulares también produjeron grandes esquemas teóricos con pretensiones explicativas totalizadoras. Estas cosmovisiones fueron designadas con términos acabados en “ismo”, como liberalismo, marxismo, darwinismo, vitalismo, etcétera. Detrás de ellos estaban las denominadas escuelas, que eran algo así como comunidades intelectuales,

59 HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, op. cit., pp. 47-48.

clubes de opinión, círculos con determinados idearios, convencículos de correligionarios y células ideológicas. El concepto de “teoría” se impuso como el mínimo denominador común de esa mescolanza de mercado de opiniones de rumbo variable. En él reina la misma diosa que en otros mercados: la moda. La moda vive de la continua innovación que se aparta de lo que hay: por lo tanto, el que sale antes tiene ventaja – está al día, va con su tiempo, pasa a todos los demás y le divierte ver cómo tratan de alcanzarlo-”⁶⁰.

Latinoamérica, no está bajo ninguna veleidad ni pruritos de escuelas o corrientes, ni capillas ni tabernáculos académicos. Lo que le interesa es encontrar su propio derrotero, y si puede aprovechar los recursos teóricos, metodológicos y las claves del cosmopolitismo constitucional europeo para consolidar el suyo, en sus diversas expresiones y particularismo de cada país, pues ¡en hora buena!

Estima que para entender la oferta nominal de sus textos y hacerlos, como permanentemente expresa Bidart Campos, cumplir en su vigencia sociológica⁶¹ ha de recepcionar todo lo mejor de la doctrina europea; al fin y al cabo, se trata de entender nuestra realidad constitucional, mirado desde el espacio-tiempo ibérico u europeo. No siempre los particularismos nacionales se explican y se entienden desde su propia perspectiva, sino que, desde afuera, se permiten ver mejor las cosas; y, sobre todo, los correctivos hacia una democracia social y constitucional de derecho.

No obstante, será siempre el enfoque de la realidad específica de cada país, lo que, a la postre, determinará la “cultura constitucional” de Latinoamérica; pero siempre teniendo presente el desarrollo de Europa.

60 SCHWANITZ, Dietrich: *La Cultura. Todo lo que hay que saber*, (Trad. de Vicente Gómez Ibáñez), 4^o edic., Taurus Edit., Madrid, 2002, pp. 345-346.

61 BIDART CAMPOS, Germán J.: *Derecho Constitucional, Realidad, Normatividad y Justicia en el Derecho Constitucional*, T.I, Edición 1961, pp. 12-133 y ss.

IV. LA RECEPCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS

Otro aspecto que en los últimos años ha venido siendo incorporado en las constituciones de Latinoamérica, es la presencia de las Cortes, Tribunales o Salas Constitucionales, conformando hoy la presencia de una jurisdicción constitucional europea, concentrada o kelseniana, aún cuando no necesariamente su ingreso sea en términos ortodoxos.

En efecto, recordemos que, en el período de entreguerras, los únicos países que regularon en sus constituciones los planteamientos de Kelsen⁶² en torno a la creación de una “Alta Corte Constitucional” llamado a realizar una labor de legislador negativo, fue la Constitución de Checoslovaquia (1919), Austria (1920) y de la Segunda República, en España (1931)⁶³. Esta es la llamada primera “ola” en expresión de Luis Favoreau⁶⁴ o la primera etapa y que luego habría de ejercer una vasta influencia que se podrían detectar en otras etapas y “olas” evolutivas.

Con todo, América Latina no asimiló inmediatamente el influjo continental, europeo, pues éste habría de ser, ciertamente tardío, pese a la presencia del “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales” de Cuba de 1940⁶⁵, o el de Ecuador bajo la Constitución de 1945

62 KELSEN, Hans: “La garantía jurisdictionnelle” de la Constitución”, en *Revue de droit public*, 1928, p. 197 y ss. Traducido al castellano como “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Anuario Jurídico*, número 1, UNAM, México, 1974, pp. 471 y ss.

63 CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987.

64 Véase el “Informe general introductorio” de Luis FAVOREAU al colectivo: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales* (AA.VV) CEC, Madrid, 1984, pp. 15-52; del mismo actor: *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.

65 GARCIA BELAUNDE, Domingo *El Tribunal de Garantías Constitucionales de Cuba (1940-1952)*. Antecede un Estudio Preliminar y Epílogo de José F. Palomino Manchego, APDC, UNMSM, Lima, Edit. Grijley, 2002. (Nota de 2011: Vid. igualmente a MANTILLA CORREA, Andry (Compilador): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009).

del “Tribunal de Garantías Constitucionales” y el de Guatemala de la “Corte de Constitucionalidad de Guatemala” de 1965.

En rigor, se podría más bien esquematizar que la evolución de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica atraviesa por tres etapas. La primera que fue de influencia francesa, pues fue en este país donde se le otorgó la defensa de la Constitución al propio Parlamento. De allí que el grueso de los textos latinoamericanos del Siglo XIX encomendaban la defensa de la Constitución al Congreso. A este modelo se le conoce como “modelo político de jurisdicción constitucional” y que está ya en franca retirada. Bien mirado en perspectiva histórica, *strictu sensu*, no funcionó por una razón muy sencilla y que, en su momento lo criticara Karl Loewenstein: era el propio Parlamento el que dicta las leyes y él mismo declaraba inconstitucional sus propias normas. En todo caso, el modelo funcionó a medias o más expeditivo resultaba derogar aquellas que infringían a la Constitución.

Este modelo político de jurisdicción constitucional encomendado al Parlamento, luego fue cediendo paso. Así, a caballo entre fines del siglo XIX y el XX, el modelo americano de la *judicial review* tomaba moneda corriente en los textos latinoamericanos. Y, como ha anotado Héctor Fix-Zamudio⁶⁶, la recepción del modelo difuso de jurisdicción constitucional, se debió al libro de Alexis de Tocqueville “La democracia en América”⁶⁷ que impactó en diversas naciones iberoamericanas, así como el *Federalista*⁶⁸ escrito por Jay, Madison y Hamilton. Esta segunda etapa, aún pervive reciclada con la presencia de determinadas cortes o tribunales constitucionales. Y la tercera etapa de la jurisdicción constitucional se desarrolla, en términos estrictos, con la creación e incorporación de sendos Tribunales Constitucionales, algunos como veremos al más puro estilo europeo; y otros vía heterodoxas configuraciones.

66 FIZ-ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2da. Edic, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, México, 1998.

67 DE TOCQUEVILLE, Alexis: *La Democracia en América*, (2 vol) Alianza Edit, Madrid.

68 *El Federalista. Los ochenta y cinco ensayos que HAMILTON, MADISON y JAY escribieron en apoyo de la Constitución Norteamericana*, (Prólogo de Gustavo R. Velasco), FCE, México, 1982.

Manteniendo el clásico concepto al que se arribara en Alemania, en el I Coloquio de Jurisdicción Constitucional, esto es, como “todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución” nos interesa ubicar el contexto de influencia de España en Latinoamérica.

4.1. Contexto de influencia del Tribunal Constitucional español en Latinoamérica

La evolución y desarrollo de los Tribunales Constitucionales, monopolizadores de la jurisdicción constitucional concentrada a través de específicos y rigurosos procesos constitucionales, ha pasado por varias etapas y que Luis Favoreau los denomina “olas”.

Así, la primera “ola” se ubica en el período de entreguerras ya aludido, donde aparecen el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia (1919), la Alta Corte Constitucional de Austria (1920) y el Tribunal de Garantías Constitucionales en España (1931). Pese a su corta duración, ya por el sólo nombre y por dominio idiomático, fue recepcionado prácticamente en los textos constitucionales de Cuba y Ecuador⁶⁹.

La segunda etapa dentro de la evolución de los Tribunales Constitucionales se desarrollan post-Segunda Guerra Mundial, correspondiéndole a la *Corte Costituzionale* en 1948, ser la primera después de la Segunda Guerra Mundial, y que le cupo una extraordinaria labor a Pietro Calamandrei su incorporación en la *Assemblea Costituente*⁷⁰; luego habría de seguir el Tribunal Constitucional Alemán (1949), el Consejo Constitucional Francés (1959), el Tribunal Constitucional Turco (1961, 1982) y el Tribunal Constitucional Yugoslavo (1963-1974).

La tercera etapa se desarrolla en la década del setenta y ochenta del siglo XX; en este desarrollo aparecen la presencia de los tribunales constitucionales en Portugal (1976, 1982), España (1978), Belga (deno-

69 Tal como lo sostiene FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952), en: *La Justicia Constitucional: Una visión de derecho comparado*. T. III. La Justicia Constitucional en América Latina y en España, Dykinson, Edit., Madrid 2009, p. 259 y sgts., ver igualmente a MATILLA CORREA, Andry: *Estudios Cubanos sobre Control de Constitucionalidad (1901-2008)*, Edit. Porrúa, México 2009.

70 NOVACCO, Domenico: *L'Officina della Costituzione Italiana 1943-1948*, Feltrinelli, Edit, Milano, 2000.

minada Tribunal de Arbitraje, 1983) e incluso el Tribunal Especial Superior Griego (1975).

Habría una cuarta etapa, en la que coincidimos con José Julio Fernández Rodríguez -puesto que otros lo incluyen dentro de la tercera etapa- donde se introduce o aparece la jurisdicción constitucional monopolizada en un solo órgano de justicia constitucional y que se expresan en los países de Europa Central y Oriental. Aquí, bajo el precedente de Polonia (1985) y bajo el contexto de la caída del Muro de Berlín en 1989, se gesta una espléndida presencia de novísimos tribunales como el de Hungría (1989), Croacia (1990), Checoslovaquia, Rumanía, Bulgaria y Eslovenia (1991), Albania, Eslovaquia, Estonia, Lituania, Macedonia, República Checa y lo que resta de Yugoslavia-federación de Serbia y Montenegro (1992), República Federativa Rusa, actualmente unida con Bielorrusia (1993), Moldavia (1994) Bosnia-Herzegovina (1995), Letonia (1996) y la República de Ucrania, integrante de la Comunidad de Estados Independientes (1996)⁷¹.

En esta etapa, cabe también incluir el influjo europeo a otras latitudes como Asia (Tribunal Constitucional surcoreano, 1987) y Tailandia; en Africa debido a la influencia francesa se han creado *Conseil Constitutionnel* en Argelia, Marruecos, Mauritania y Túnez. También pueden incluirse la Corte Constitucional de Sudáfrica (1994, 1977); los Altos Tribunales en Madagascar (1975) y en Egipto (1979)⁷².

4.2. El actual panorama de la jurisdicción constitucional en América Latina

Como ya se ha precisado, la influencia de la jurisdicción constitucional europea en América Latina no se manifiesta en términos ortodoxos, como también resulta difícil encontrar la primigenia concepción kelseniana de convertir al Tribunal Constitucional en una suerte de legislador negativo, como querría el Jefe de la Escuela de Viena, debido hoy a la presencia de nuevas tipologías de sentencias

71 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Tecnos, Madrid; 2002, pp. 30 y ss.

72 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: op. cit., pp. 31-22.

constitucionales⁷³, a la forma en que está estructurado, algunos dentro y otros fuera del Poder Judicial; y en otros casos, debido a la coexistencia tanto de un poder judicial, que comparte jurisdicción constitucional, al lado del tribunal constitucional. Con todo, siguiendo aquí de cerca a Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁷⁴, se podría esquematizar las siguientes presencias de los órganos de jurisdicción constitucional:

A) La presencia de Tribunales Constitucionales strictu sensu (fuera del Poder Judicial)

Se trata aquí de un solo órgano de jurisdicción que resuelve específicos problemas vía un contencioso constitucional.

Los países que cuentan con este sistema son Guatemala, Perú, Chile. El caso de Guatemala, bueno es reivindicar que, en rigor, fue el primer Tribunal Constitucional autónomo en América Latina, prefigurado a través de la “Corte de Constitucionalidad de Guatemala”, normada en la Constitución de 15 de Setiembre de 1965.

La actual Carta Política de esta república es del 31 de mayo de 1985 y entró en vigor en 1986, allí igualmente se crea la “Corte de Constitucionalidad” establecida como “un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia”. Este tribunal conoce específicamente los siguientes procesos constitucionales: la exhibición personal (habeas corpus: art. 263 y 264); el Amparo (art. 265) y la inconstitucionalidad de las leyes (arts. 266 y 267).

Chile si bien tuvo históricamente, al menos nominalmente en la reforma de 1971 que se le hizo a la Constitución de 1925, un Tribunal Constitucional, el golpe de Estado del 11 de setiembre de 1973 suprimió todo ello. La actual Carta de 1980 reformada, mantiene este organismo jurisdiccional. El art. 81 establece que el Tribunal Constitucional está integrado por siete miembros. Entre el amplísi-

73 DÍAZ REVORIO, F. Javier: *Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, Especial de las Sentencias aditivas*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001.

74 FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica* (Prólogo de Héctor Fix-Zamudio), DFUNDA, México, 2002, pp. 65-86.

mo elenco de atribuciones que le confiere el art. 82, están el control preventivo de constitucionalidad de los preceptos legales y el conocimiento de las instituciones del amparo (recurso de protección) y del hábeas corpus (que está subsumido dentro del amparo).

Ecuador, como ya se indicó reguló en la Constitución de 1945 el Tribunal de Garantías Constitucionales, de innegable influencia de la CE de 1931. La actual Constitución de Ecuador de 1998 mantiene la presencia de un Tribunal Constitucional y, entre las principales competencias están la de conocer el control abstracto de constitucionalidad de las normas jurídicas; del control constitucional de actos administrativos; sobre objeción de inconstitucionalidad que hace el Presidente de la república sobre un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un control previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencias o atribuciones entre órganos del Estado; y conoce de las apelaciones o de segunda o definitiva instancia en los casos de amparo, hábeas corpus y del hábeas data.

El caso del Perú; la presencia primero de un Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979; y luego en la actual Constitución de 1993 como Tribunal Constitucional, identifica similar a los otros modelos un órgano concentrado. El actual Tribunal, mantiene con todo, una particularidad dentro de la singladura de la jurisdicción constitucional latinoamericana; y Domingo García Belaunde ha acuñado una suerte de tipología *sui generis* denominado modelo “dual o paralelo de jurisdicción constitucional”, donde coexisten tanto el modelo americano o difuso, con el concentrado⁷⁵. El Tribunal peruano tiene las siguientes competencias: competencia en instancia única la acción de inconstitucionalidad; conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias del hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; conoce los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución conforme a ley (art. 202).

75 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego), 2da. Edic, Grijley, Lima, 2002.

B) Presencia de Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial

Aquí están los casos de Bolivia y Colombia. El Tribunal Constitucional de Bolivia fue creada mediante la reforma constitucional de 11 de Agosto de 1994 (art. 116); pero mediante la Ley 1585 de Reforma Constitucional, allí ubica al Tribunal en la estructura del Organismo Judicial, lo que implica que forma parte integrante de dicho órgano de poder. José Antonio Rivera Santibáñez expresa que “La norma distorsiona la naturaleza del Tribunal Constitucional que, siendo el organismo encargado del control de constitucionalidad y máximo intérprete de la Constitución, debe gozar de absoluta independencia de los demás órganos de Poder cuyos actos controla”⁽⁷⁶⁾. Este organismo, a criterio de Francisco Fernández Segado, tiene las siguientes atribuciones esquematizadas en: a) El control normativo; b) la protección de los derechos; y c) los conflictos constitucionales.

Así, en el primer caso, conoce en instancia única los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de las leyes, de los recursos contra tributos, impuestos; conoce de las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución; de la constitucionalidad de tratados o convenios con Gobiernos extranjeros u organismos internacionales; en el segundo caso, tiene las atribuciones de la revisión de los recursos de amparo constitucional y de hábeas corpus y los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos; en el tercer caso, conoce los conflictos de competencias y controversias entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los Departamentos y los Municipios; las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales⁷⁷.

Colombia crea en la Constitución de 1991, en su Art. 239 una “Corte Constitucional”; probablemente sea este organismo jurisdiccional el que viene desarrollando una extraordinaria labor jurispuden-

76 RIVERA SANTIBÁÑEZ, José Antonio: *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*, 3ra. Edic. Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, Cochabamba, 2001, p. 128.

77 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Jurisdicción Constitucional de 1998, del Tribunal Constitucional*. Cuadernos Constitucionales. México - Centroamérica, México, 2001, pp. 64 y ss.

cial. En el art. 241 igualmente se prescribe un amplio elenco de atribuciones que son, entre otras las siguientes:

Conocer de la acción de tutela jurídica (amparo), acción de hábeas corpus, acciones populares y acciones de clase, relacionadas con la defensa de ciertos derechos constitucionales. Además conoce de la acción de inconstitucionalidad, del control automático y posterior sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, y de un control preventivo, a través de la revisión previa: a) de los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; b) de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, y) c) de la decisión definitiva sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley sustentadas en motivos de inconstitucionalidad⁷⁸.

C) Presencia de Salas Constitucionales pertenecientes a las Cortes Supremas

Aquí se encuentran los regímenes constitucionales de El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela. Lo que caracteriza a todas estas Salas son, en primer lugar que se encuentran estructuradas dentro del Poder Judicial en su organismo de mayor jerarquía y, tienen competencia para el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, así como los diversos procesos de lo que Cappelletti denominara como “jurisdicción constitucional de la libertad”, es decir, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, y en el caso particular de Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo conoce un nuevo proceso similar al que existe en Brasil y en parte en Argentina: la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la normatividad constitucional⁷⁹.

Como igualmente apunta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “otros países han encomendado el control de la constitucionalidad

78 FERRER MAC -GREGOR, Eduardo: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, op. cit., pp.80-81

79 BREWER - CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999*, Edir. Arte, Caracas, 200; p. 232.

a sus cortes o tribunales supremos ordinarios, aunque no de manera exclusiva (como son) Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay”⁸⁰.

Como se podrá apreciar, bajo el influjo idiomático que es por donde hay un puente directo con América Latina, España ha contribuido, desde sus viejos inicios de la Constitución de la II República en 1931, a incardinar la jurisdicción concentrada; y que, luego con la actual carta de 1978 el influjo hoy es más directo y, sobre todo, con una presencia más permanente, lo que no ocurrió con los anteriores tribunales⁸¹.

V. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

Otro rico bagaje que ha venido nutriendo a los sistemas constitucionales latinoamericanos es la doctrina jurisprudencial que viene desarrollando el Tribunal Constitucional español, no sólo para su sistema constitucional, sino que éste se ha extendido y ha tenido innegable receptividad en los diversos tribunales o cortes constitucionales, así como las supremas cortes de América Latina.

No cabe duda que hoy, la interpretación constitucional desarrollada por el supremo intérprete y que tiene efectos vinculantes y definitivos frente a los demás poderes del Estado es el que hoy cubre una fuente importante en el ordenamiento constitucional ibérico.

La llamada doctrina jurisprudencial ha tenido importante repercusión en los sistemas de América Latina, primero por el acceso idiomático, luego por los fallos que hoy se cuentan con acceso vía la red de las páginas web; y finalmente por la doctrina que es objeto de comentarios en torno a los fallos.

La jurisprudencia es fuente innegable del Derecho Constitucional. Y hoy no sólo se presenta como vinculante en los sistemas del *common law*, del *stare decisis*; sino que en los países romano-

80 FERRER MAC- GREGOR, idem ibid, p. 86

81 Al respecto, puede verse los trabajos de GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Español*, Edi. Ederva, Madrid, 1985 y *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

germánicos, hoy la fuente del Derecho también se viene delineando vía una creación del Derecho, a golpe de sentencias.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional resultan relevantes por el contenido de los enunciados constitucionales. Aquí, nuevamente la figura del Peter Häberle resulta vital, pues a criterio del profesor germano, el Derecho Procesal Constitucional no viene a ser más que un Derecho “concretizado”; esto es lo que el Tribunal Constitucional pronuncia no es más que la particular decisión de lo que la norma constitucional *in abstracto* regula.

Ahora bien, dentro de la heterodoxa producción de fallos jurisprudenciales del Colegiado Constitucional Ibérico, nuevamente se presentan temas que, como ejes claves, son vitales para el pensamiento y la interpretación de la Constitución en las sentencias que mejor se ubican dentro de un desarrollo doctrinal son los “Principios Constitucionales” y los derechos fundamentales.

VI. OTRAS INFLUENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LATINOAMÉRICA

Dado el carácter de esta ponencia que se circunscribe dentro de los veinticinco años de vigencia de la Constitución Española de 1978 y su influjo en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, resulta imposible poder y resaltar todos los filones importantes del constitucionalismo ibérico y que han sido recepcionado en esta compleja realidad en América Latina.

Con todo y sólo en apretadísima síntesis, bien podría decirse que, por vía de descarte, son diversos los contenidos constitucionales del sistema español que no tienen absolutamente ninguna vigencia ni influencia, como lo es el régimen monárquico; ni tampoco el sistema de organización territorial del Estado vía las comunidades autonómicas.

Sin embargo, la concepción sobre el régimen de la suspensión de los derechos y libertades ha significado un puente de cómo se desarrolla la doctrina de las emergencias constitucionales en América Latina, tan dado a utilizar estos resortes de previsibilidad frente a contingencias; aunque muchas veces desprovisto de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que debe estar subyacente en las declaratorias de los estados de emergencia, de sitio, de alarma, etc.

Igualmente, el régimen de los tratados internacionales que, aunque se desarrollan hoy bajo los marcos de los principios y prácticas del Derecho Internacional Público y del régimen establecido en la Convención de Viena, la Constitución española ha delineado muchos aportes en la forma como se han establecido en las constituciones contemporáneas, el tema de los tratados y su ubicación dentro del sistema de fuentes del Derecho; sobre todo, tratándose de los tratados que regulan materia de Derechos Humanos.

Mención especial merece también rescatar la institución escandinava del ombudsman que se ha venido implementando en los sistemas constitucionales latinoamericanos con el nombre de Defensor del pueblo. Lo propio en el Poder Judicial y el Ministerio Público, ambas instituciones han tenido una configuración especial dentro de la recepción en los textos constitucionales, sobre todo en lo relacionado a los derechos fundamentales de los justiciables, expresado en el debido proceso y en la tutela efectiva, hoy dos aspectos concomitantes dentro del marco de la impartición de justicia. Igualmente, el propio desarrollo ibérico, la magistratura, vía las academias para jueces y fiscales, así como las diversas variantes en las escuelas judiciales, vienen aprovechando la formación de impartición de justicia, bajo los parámetros de la teoría de la argumentación jurídica; igualmente en diversos sectores de los países ibéricos, se tiende a organizar un mejor sistema de reclutamiento de magistrados, tratando así de superar la influencia del poder político en el Poder Judicial.

Tema aparte es el tratamiento del Parlamento, pues existe hoy la tendencia en que los congresos consagren un sistema bicameral; y dentro de las potestades legislativas, se afirma con mayor claridad diversas tipologías de normas con rango de leyes, entre las que merece destacarse el tratamiento a las leyes orgánicas, que, en realidad hoy son concebidas como leyes de desarrollo constitucional, pero que, para su aprobación se requiere de una mayoría, en oposición a las simples leyes ordinarias. Dentro de otros aspectos relacionados al Parlamento están los alcances de la legislación delegada, hoy consagrada en casi todas las constituciones latinoamericanas y la compleja problemática de las normas con rango de ley dictadas dentro de las potestades propias del Poder Ejecutivo, como son los decretos de urgencia para regular asuntos económicos y financieros.

Como se podrá apreciar; existe una urdimbre de temas-claves en materia constitucional que, desde la perspectiva española, han venido siendo asimiladas en los ordenamientos constitucionales de cada país integrante de América Latina y, muchas manteniendo ciertas particularidades propias de los correspondientes sistemas. Con todo, estos y muchos aspectos más tienen genéticamente un marco normativo de referencia a partir de la Constitución española de 1978.

VII. EPÍLOGO: LAS CARACTERÍSTICAS Y LAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN EL SIGLO XXI

Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona han logrado sintetizar las grandes líneas maestras del actual constitucionalismo por el que atraviesa. Estos autores, desde una perspectiva latinoamericana pero con un diálogo-puente con el vasto pensamiento continental-europeo, quintaesencian que los grandes temas torales son los siguientes:

- a) El derecho constitucional constituye a la vez una técnica de la libertad y una técnica del poder, que se estima indispensable para el funcionamiento de la democracia;
- b) El derecho constitucional tiene una vinculación muy estrecha y precisa estudiarlo dentro del contexto de las instituciones políticas;
- c) Para que una Constitución tenga pleno sentido en la actualidad, debe estar concebida esencialmente como un instrumento de control y de limitación del poder.
- d) En las leyes fundamentales contemporáneas debe imperar la concepción de la “Constitución abierta”;
- e) Aunque tuvieron este propósito desde un principio, las Constituciones en la actualidad tienden a incorporar todavía más los valores constitucionales como elementos identificadores del sistema político;

- f) La Constitución puede y debe desempeñar hoy día una función unificadora del ordenamiento jurídico⁸².

Al hilo de estas tendencias, no cabe duda que se viene confluendo estas grandes líneas maestras que hoy identifican (o deben) identificar a los sistemas constitucionales latinos. Con todo, dentro del complejo laboratorio latinoamericano, muchas veces la pretensión de cada ordenamiento constitucional de encauzar jurídicamente los fenómenos políticos, en los hechos se ve desbordada, saliéndose de estos esquemas de pretensión. Surge así ciertos particularismos y diferencias entre un sistema político con otro. Aún así, hay ciertas características comunes que ningún influjo positivo genera.

Entre las permanentes tendencias y características en término de axiología negativa o no deseable, pero que existen en los regímenes de América Latina, aún cuando ello no siempre sean en todos los países en términos absolutos, tenemos las siguientes:

- a) Debe restaurarse el equilibrio de los poderes públicos, dada la permanente supremacía desproporcionada del Poder Ejecutivo.
- b) Debe existir una verdadera -y no nominal- democracia semi-directa vía el impulso de mecanismos de participación popular como el referéndum, iniciativa popular en la formación de las leyes, la remoción, revocación, rendición de cuentas.
- c) Debe existir o auspiciarse en la realidad y la dinámica constitucional la transición de un sistema plural y auténtico de partidos y no de un sistema de partido⁸³.
- d) En los últimos tiempos, Diego Valadés ha complementado un aporte dentro del marco de los problemas constitucionales del Estado de Derecho, nos referimos al régimen constitucional de la tolerancia dentro del marco del pluralismo político; el derecho de la oposición a participar en el proceso de poder⁸⁴.

82 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 2da. Edic, Porrúa Edit, México, p. 27-37.

83 LÓPEZ CAVARÍA, José Luis: "Democracia Semidirecta: Una Apertura al Cambio", en *Derecho Constitucional*, T.I, UNAM, México, 1987, pp. 289-303.

84 VALADÉS, Diego: *Problemas Constitucionales del Estado de Derecho*, UNAM, México, 2002, pp. 118 y ss.

- e) Debe realizarse esfuerzos hacia una verdadera superación del carácter nominal o semántico de las constituciones latinoamericanas⁸⁵. Esta es otra característica no vadeada o superada por los regímenes políticos de la América morena. Y es que tras el criterio ontológico de clasificación de las constituciones planteado por Karl Loewenstein, los textos constitucionales, para que devengan en constituciones reales, normativas y vividas, están muchas veces supeditadas al grado de desarrollo político y cultural de sus respectivos pueblos. Así, las constituciones de América Latina es pródiga en una oferta nominal de programas y utopías difíciles de cumplir; de allí que el tejido social no asume un sentimiento constitucional como parte de una cultura constitucional.
- f) Presencia de una compleja dinámica constitucional expresada en vigencias constitucionales, mutaciones constitucionales y desconstitucionalización. En efecto, se trata aquí de una realidad constitucional que desborda a la pretensión normativa del texto. Así, surgen vigencias constitucionales, muchas de la propia impronta normativo-constitucional y otras “vigencias” que están fuera de la norma. Estas últimas son en realidad las mutaciones; es decir, aquellos cambios o reformas constitucionales que se producen en la realidad. La norma expresa un sentido, empero en los hechos se manifiesta de otra manera; y en el otro extremo están los fenómenos de las desconstitucionalizaciones que son prácticas ya contrarias al espíritu y la letra de la norma, caso típico: los golpes de Estado.
- g) Mimetismo constitucional: Aunque este aspecto se ha manifestado sobre todo en el predominio del constitucionalismo norteamericano y del régimen francés, las constituciones históricas latinoamericanas, se han caracterizado por afirmar un régimen presidencial, con ciertas variantes; empero, el mimetismo del que nos habla Antonio Colomer Viadel, habría que atenuarlo un poco, si vemos que, en perspectiva, la tendencia es hoy a incorporar un “Estado constitucional”, respetando desde luego

85 QUIROGA LAVIÉ, Humberto: Estudio Introductorio a *Las Constituciones Latinoamericanas*, T. I, 2da. Edic., UNAM, México, 1994, pp. 7 y ss.

los particularismos de las naciones y países, de las idiosincrasias y de las sociedades multiculturales⁸⁶.

- h) Inestabilidad constitucional: A diferencia de los sistemas constitucionales europeos, que son pocos en su evolución histórica, en América Latina existe una permanente presencia de poderes constituyentes que, gestados en una crisis política, desencadenan textos constitucionales que, por lo general oscilan en cada país entre 12 a 15 textos en el historial latinoamericano, siempre con algunas excepciones⁸⁷.
- i) Maximalismos programáticos: ésta es otra tendencia que ha sido enunciada por Colomer Viadel y muy típica de Latinoamérica. A diferencia de las constituciones principistas, existen las reglamentistas, aquellas Cartas Políticas que tratan de reglamentar todo. Son pues las constituciones programáticas, es decir, aquellas que presentan grandes programas generalmente de políticas de desarrollo social de difícil cumplimiento, deviniendo en complejos fenómenos de violación a la constitución vía omisiones⁸⁸.

Nos encontramos, en consecuencia, ante un permanente desafío de todos los pueblos de América hispana y, sobre todo, de sus dirigentes, pues se llega al gobierno con la vocación de un desarrollo de gobernabilidad y, en los hechos, hay una deflación de su legitimidad por no desarrollar las grandes líneas programáticas de la Constitución⁸⁹. Subyace en el grueso de los textos latinoamericanos un espejismo constitucional traducido en la no eficacia de las cláusulas constitucionales, aún cuando en Latinoamérica se cuentan con específicos procesos constitucionales para enervar la actitud omisiva de las autoridades (v.gr. Brasil, con la acción de inconstitucionalidad por omisión, el *mandato de injuncao*; Colombia y Perú la Acción de Cumplimiento, entre otros).

86 COLOMER VIADEL, Antonio: *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*, Edic. de Cultura Hispánica, Madrid, 199, en especial p. 77.

87 COLOMER VIADEL, Antonio: op. cit., p. 78-79.

88 Idem ibid., p. 110 y ss.

89 VANOSSI, Jorge Reinaldo A: *Estudios de Teoría Constitucional*, UNAM, México, 2002, pp. 101-106 -149 y ss.

- j) Las permanentes inconstitucionalidades por omisión de las cláusulas programáticas en los textos: Hoy, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión es otro complejo campo de agramante que no cuenta con antídotos eficaces de solución⁹⁰. Se trata aquí de la obligación del legislador de desarrollar las normas que exigen de leyes ordinarias. Por lo general, las omisiones se manifiestan en los derechos económicos, sociales y culturales; con todo, existe ya una importante doctrina jurisprudencial europea, entre las que destaca España, que se ha pronunciado en torno a esta forma de violación; y, por otro lado, países como Brasil, ya aludido, la provincia de Entre Ríos en Argentina, Venezuela, el Estado de Veracruz en México, entre otros; fuera de Portugal, cuentan con específicos mecanismos que, en parte, solucionan este problema; de allí que estimamos que en América Latina debería existir una defensa constitucional expresada en el proceso o acción de la inconstitucionalidad por omisión⁹¹.
- k) Un permanente caballo de troya en los textos latinoamericanos: el caudillismo bajo el tamiz del sistema presidencial: Otra de las constantes realidades - en la norma y en los hechos- es la presencia de una sólo figura política: el Jefe del Estado que también tiene la condición de ser Jefe de Gobierno, nos referimos al Presidente de la República⁹² que se aprecia en todos los textos constitucionales de América Latina. Si bien el Ejecutivo es un órgano constitucional más, igual que el Parlamento y el Judicial, en la práctica, el centro de gravitación del poder radica en el Presidente de la República que tiene el predominio sobre los restantes poderes u órganos del Estado. Si bien este sistema ha sido de innegable influencia norteamericana, lamentablemente se ha distorsionado en términos de su hiperfuncionalidad; de

90 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La Inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso Español*, Civitas, Madrid, 1998.

91 ETO CRUZ, Gerardo y Edgar CARPIO MARCOS: *El Control Constitucional de la Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano*, Edit. Fundap, México, 2004.

92 CLETO SUÁREZ, Waldino: "El Poder Ejecutivo en América Latina: su capacidad operativa bajo regímenes presidencialistas de Gobierno", en *EP- N° 29*, 1983; 109-144 pp.

allí que en los hechos, se observar una suerte de caudillismo, que viene secularizado en los propios partidos políticos que no afirman, en sus interiores, una democracia intra-partido.

- 1) Del sub-desarrollo socio-económico, hacia un desarrollo sostenido del Estado Constitucional.

Más allá de las crisis estructurales, en las economías de los países de América Latina y cuya emblemática figura nos lo narra Eduardo Galeano, en vigor existe una dramática estructura contemporánea del despojo en todos nuestros países⁹³ expresado en una deuda externa que hoy se ha tornado en deuda eterna frente a los países ricos.

En este contexto, existe un *desideratum* de que los Estados del “Tercer Mundo” como América Latina no lleguen a afirmarse como un verdadero Estado Constitucional.

Häberle, una vez más, nos permite entender parte de estos problemas. Así, se interroga, a propósito de los países “subdesarrollados” lo siguiente:

“¿Es posible –a los países en desarrollo- incluirlos en los contextos de producción y recepción del tipo del “Estado Constitucional”? ¿Es posible integrar ya ahora al Tercer Mundo en el “mundo único” de la “familia” de los Estados constitucionales, con todas las particularidades de su especial situación cultural y las siempre presentes asincronías? ¿O simplemente “persigue” el Tercer Mundo la evolución constitucional europea y angloamericana, sin la “esperanza” de poder alcanzarla jamás?”⁹⁴.

El propio Häberle reflexiona que en el marco de las recientes constituciones que se vienen desarrollando –en los países en desarrollo- “pueden observarse procesos de aprendizaje recíproco entre los países en desarrollo y los Estados constitucionales “desarrollados”⁹⁵.

93 GALEANO, Eduardo: *Las Venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI Edit., 1997.

94 HABERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, op. cit., p. 10

95 Loc. Cit. p. 11; ver específicamente pp. 231-232 y ss.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE BROCHAZO PANORÁMICO DEL MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ. III. NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN. IV. PRINCIPALES LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TC EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. A) Determinación del contenido de los derechos fundamentales B) Derechos civiles y políticos 1. Prohibición de discriminación. 2. Derechos de libertad protegidos por el hábeas corpus. 2.1. Dimensiones de la libertad personal. 2.2. Desaparición forzada. 2.3. Detención preliminar. 2.4. Arresto Domiciliario. 2.5. Cadena perpetua. 2.6. Derecho a la visita íntima. 2.7. El indulto y la gracia presidencial. 3. Derechos de los niños y adolescentes. 4. Derecho a la identidad personal. 5. Tutela del derecho al honor y a la buena reputación a través del amparo. C) Derechos económicos, sociales y culturales. 1. Posición del TC frente a los derechos sociales. 2. Derecho a la salud. 3. Tutela constitucional de derechos económicos. 3.1. Derecho a la libertad de contratación. 3.2. Derecho a la libertad de empresa. 3.3. Derecho a la libertad de comercio. 3.4. Derecho a la libertad de trabajo. 3.5. Derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios. 4. Derechos culturales. 4.1. Identidad cultural y étnica. 4.2. Derecho al territorio.

* Ponencia presentada en el Seminario Internacional “La protección constitucional e internacional de los derechos humanos”, celebrada en el Hotel Plaza del Bosque de la ciudad de Lima, los días 19 a 21 de abril del 2010, organizado por la Comisión de Venecia y el Tribunal Constitucional del Perú.

4.3. Derecho a la libre determinación. 4.4. Derecho a la consulta previa. 5. Derecho al medio ambiente. D) Derechos creados jurisprudencialmente por el TC. 1. Derecho a la verdad. 2. Derecho al agua potable. 3. Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. 4. Derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos. 5. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. 6. Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas. 7. Derecho de los consumidores y usuarios. 8. Derecho a la objeción de conciencia.

I. INTRODUCCIÓN

América Latina hoy no es lo que en los 60 el *boom* de la literatura latinoamericana identificaba a esta parte de la región como un *realismo mágico*, en la versión macondiana del célebre escritor Gabriel García Márquez¹. Hoy el realismo de los regímenes políticos contemporáneos funcionan ya no sólo con los clásicos sistemas de impartición de justicia de un poder judicial; sino que sus sistemas políticos se han visto copernicanamente influidos con la presencia de tribunales, salas o cortes constitucionales, como son los Tribunales Constitucionales de Chile, Perú, Ecuador, Bolivia; o cortes constitucionales como el de Guatemala, Colombia; o salas constitucionales como las de Honduras, Nicaragua; o cortes supremas que hacen rol de Tribunal Constitucional como México, Argentina, Brasil, entre otros. Con todo, la realidad latinoamericana sigue superando la ficción e incluso el mundo jurídico y ello obliga a que los actuales tribunales constitucionales enfrenten complejos retos para seguir afirmando una real vigencia efectiva de los derechos fundamentales, así como el control constitucional del poder político.

Si bien formalmente en octubre de este año se cumple 90 años de creación de los tribunales constitucionales, a partir de la puesta en vigor de la Constitución austriaca de 1920, bajo la batuta y creación de Kelsen, en estas nueve décadas cada país que ha incorporado el modelo concentrado de jurisdicción constitucional, ha venido haciendo sus respectivos aportes, no sólo en la consolidación de los sistemas políticos y la gobernabilidad, sino en afirmar la parte dogmática de la Constitución concretizando vía los procesos constitucionales los heterodoxos derechos fundamentales de las personas.

1 VARGAS LLOSA, Mario: *García Márquez: Historia de un Deicidio*, Breve Biblioteca de Respuesta - Barral Editores, Barcelona, 1971.

II. BREVE BROCHAZO PANORÁMICO DE MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

El Perú tiene un modelo de jurisdicción constitucional concentrado y que data desde la Constitución de 1979 en que se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales y que se reafirmó luego en la Constitución de 1993 como Tribunal Constitucional, pero igualmente participa el Poder Judicial en la tutela de los derechos fundamentales. De esta forma se diferencia del clásico modelo continental europeo o kelseniano, en tanto el Perú tiene un modelo dual o paralelo donde ejercen jurisdicción constitucional el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

Igualmente la defensa de la Constitución se ve desarrollada a través de siete procesos constitucionales; cuatro correspondientes a la *Jurisdicción Constitucional de la Libertad* y que tutela, en palabras de Mauro Cappelletti, la defensa de los derechos humanos a través de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento; y existen tres procesos constitucionales de los cuales dos giran en torno al control abstracto de las normas y otro que se encarga de dirimir los conflictos de competencia entre órganos constitucionales.

De estos procesos de control de la parte orgánica de la Constitución, dos son procesos exclusivos del Tribunal Constitucional (el proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial), y uno de competencia exclusiva del Poder Judicial (la acción popular). A su vez, los procesos constitucionales de la libertad son *procesos constitucionales compartidos* entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, siendo el primero competente para resolver en primer y segunda instancia y el segundo, vía recurso de agravio constitucional, en última y definitiva instancia, pero sólo cuando la sentencia de segundo grado emitida por el Poder Judicial haya sido una resolución desestimatoria de la pretensión del demandante.

III. NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

Permítasenos a tan honorables miembros de la Comisión de Venecia precisar que nuestro Tribunal Constitucional ha navegado por

el calado profundo en los complejos archipiélagos del derecho constitucional concretizado de la parte dogmática de la Constitución. Así en brochazo panorámico el Tribunal Constitucional se ha pronunciado enumerativamente en torno a temas tan útiles como:

1. El derecho a la vida
2. El derecho al desarrollo y bienestar
3. El derecho a la igualdad ante la ley
4. Libertad de conciencia
5. Libertad de religión
6. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.
7. Derecho a la información.
8. Derecho a la autotutela de la información personalizada.
9. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Derecho de rectificación.
10. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica.
11. A la inviolabilidad del domicilio.
12. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
13. Derecho de reunión.
14. Derecho de asociación.
15. A la libertad de contratación.
16. A la libertad de trabajo
17. A la propiedad y a la herencia.
18. Derecho a la participación política.
19. Derecho a la reserva sobre las convicciones y al secreto profesional.
20. A la identidad étnica y cultural.

21. Derecho de petición.
22. A la nacionalidad.
23. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
24. A la legítima defensa.
25. A la libertad y a la seguridad personales.

IV. PRINCIPALES LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TC EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A) Determinación del contenido de los derechos fundamentales

- Con relación al modo cómo debe procederse en la delimitación de un derecho fundamental, el TC ha recepcionado ampliamente la estela del pensamiento constitucional europeo que, imbuido del paradigma del *neoconstitucionalismo*², ha desarrollado un amplio bagaje teórico respecto a las formas de interpretación de los derechos fundamentales y su vinculación con la *teoría de la argumentación jurídica*³. Así, ha recogido tanto el desarrollo alexiano respecto a la *estructura* de una disposición de derecho fundamental⁴, como la distinta *clasificación* de las normas en normas-regla y normas-principio⁵.

2 PRIETO SANCHÍS, Luis: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002; CARBONELL, Miguel (editor): *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007; CARBONELL, Miguel y Leonardo GARCÍA JAMARILLO (editores): *El canon neoconstitucional*, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, Madrid/México, 2010; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2011; POZZOLO, Susanna (editora): *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011.

3 ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Prólogo de Manuel Atienza, Palestra, Lima, 2007.

4 BOROWSKI, Martin: *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N° 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

5 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª. reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ma-

- En lo atinente a los métodos de concreción del contenido de los derechos fundamentales, en un primer momento, ha recurrido a la teoría del **contenido esencial**⁶ (STC 0050-2004-AI, caso de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530), utilizando un **test de razonabilidad**⁷; pero luego ha encauzado dicha determinación a través del **test de proporcionalidad**⁸, ampliamente desarrollado en la jurisprudencia comparada, y recogido a partir del caso del beneficio del PROFA (STC 0045-2004-AI), donde dicho test se especificó al caso del derecho a la igualdad, desarrollando sus clásicos sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
- Igualmente el TC ha recogido ampliamente la **doble dimensión de los derechos fundamentales** (subjettiva y objetiva)⁹, a partir de una recepción de la **teoría institucional de los derechos fundamentales**¹⁰ (STC 0050-2004-AI, caso de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530), postulada entre otros por Peter Häberle.

drid, 2002.

- 6 HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Traducción de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XII Editores, Trujillo, 2005.
- 7 CIANCIARDO, Juan: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral-Editorial Ábaco de Rodolfo Palma, Buenos Aires, 2004.
- 8 AA.VV.: *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), Palestra, Lima, 2010; CIANCIARDO, Juan: *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde la tesis del positivismo jurídico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003; BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; LOPERA MESA, Gloria Patricia: *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- 9 CASTILLO CÓRDOVA, Luis: "Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, N.º 7, 2003.
- 10 HÄBERLE, Peter: *op. cit.*

B) Derechos civiles y políticos

1. Prohibición de discriminación

- El TC ha desarrollado en su jurisprudencia la cláusula contenida en el artículo 2, inciso 2, relativo al mandato constitucional de la no discriminación e igualdad ante la ley. Fundado en el principio-derecho de igualdad, el Colegiado ha concretizado dicho mandato en la prohibición de expulsar de la Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, a cualquier alumna con basamento en su calidad de madre gestante (STC 5527-2008-PHC/TC, caso Nidia Yessenia Baca Barturén).
- Igualmente, ha estimado el TC que las Escuelas Técnicas Superiores de la Policía Nacional no deben atentar contra el derecho a la integridad personal de los alumnos, libre desenvolvimiento de la personalidad e igualdad, ni contra el debido proceso, en el caso de expulsión de un alumno, por su presunta identidad como homosexual (STC 0926-2007-AA/TC).

2. Derechos de libertad protegidos por el hábeas corpus

2.1. Dimensiones de la libertad personal

- El Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad personal es un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.
- La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales. (STC 00019-2005-PI/TC).

2.2. Desaparición forzada

- El Tribunal Constitucional peruano ha asumido la postura de que la desaparición forzada es un delito de naturaleza permanente y de carácter pluriofensivo, que afecta un conjunto de bienes constitucionales de tanta trascendencia como lo es la libertad personal, la que puede verse traducida en actos que impliquen tratos crueles o inhumanos en contra de la persona (STC 2488-2002-PHC/TC).

2.3. Detención preliminar

- El Tribunal Constitucional ha señalado que el plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues dentro de él podemos encontrar una subcategoría representada por el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aún si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario. Así, resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal la privación de ésta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario (STC 6423-2007-PHC/TC).

2.4. Arresto Domiciliario

- El Tribunal Constitucional a partir del año 2002 viene perfilando su jurisprudencia respecto al tema del arresto domiciliario y en ella se ha manifestado que la misma constituye una medida coercitiva de carácter personal distinta a la detención provisional, pues ella constituye una injerencia de menor grado en la esfera de libertad de la persona. Es esta razón la que llevó al Colegiado Constitucional a manifestar que el lapso de tiempo transcurrido bajo dicha medida coercitiva sea abonado, por el Juez Penal, al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento

de la condena. (Criterio jurisprudencial asumido a partir de las STC 01565-2002-PHC/TC, 02363-2006-PHC/TC, 00019-2005-PI/TC, 6201-2007-PHC/TC).

2.5. Cadena perpetua

- El Tribunal Constitucional no desconoce la existencia en el texto constitucional de la cadena perpetua como una forma de pena privativa de libertad, pero señala que la misma no se condice con la función constitucional de la pena (reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado), pues esta intemporalidad no va a permitir nunca la concreción de los fines antes aludidos.
- Asimismo, se considera que esta clase de pena constituye una vulneración de la dignidad de la persona, pues por más execrable que sea el hecho criminal cometido por una persona, éste no pierde su condición de tal.
- En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal.
- El Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a que regule el régimen penitenciario de la cadena perpetua, estableciendo que dicha pena sea revisada por el Juez a los 30 años de iniciada la ejecución de la condena (STC 0010-2002-AI/TC).

2.6. Derecho a la visita íntima

- El Tribunal Constitucional ha señalado que un interno, sea cual fuere la naturaleza del delito por el cual es sentenciado o procesado, tiene derecho a acceder a visitas íntimas, bajo el razonamiento de que es deber del Estado hacer que su sistema penitenciario permita lograr la afirmación de los fines de la pena (reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado). En este contexto, el Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función

resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario.

- Por esta razón, el Estado debe asumir el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima. (STC 1575-2007-PHC/TC).

2.7. El indulto y la gracia presidencial

- El Tribunal Constitucional siguiendo con su línea jurisprudencial que señala que no existen zonas exentas del control constitucional, ha acotado las figuras del indulto y la gracia otorgada por el Presidente de la República, las cuales deben estar circunscritas a su estricta finalidad constitucional, cual es la atención a fines humanitarios. Por ello, cuando el indulto o la gracia hayan sido otorgados al margen de dicha finalidad, puede ejercerse sobre ellos el control constitucional, en salvaguarda del principio-derecho de igualdad ante la ley (STC 04053-2007-PHC/TC).

3. Derechos de los niños y adolescentes

- El TC también ha brindado un cualificado tratamiento en su jurisprudencia a los derechos de los niños y adolescentes, sobre todo en lo que respecta a la configuración constitucional del régimen de responsabilidad penal juvenil. Así, además de destacar el carácter de sujeto de derecho autónomo del niño y adolescente, y el principio constitucional e internacional del “interés superior del niño”, el TC ha adscrito a nuestro sistema los principios recogidos en distintos tratados internacionales, como la formación de un sistema especial penal juvenil y la obligación del Estado en la formación de programas de reducción de la violencia juvenil (STC 3247-2008-PHC/TC).
- Del mismo modo, el Colegiado también ha considerado que el derecho del adolescente a una adecuada resocialización supone que, al imponerle una restricción de su libertad, se vele porque se encuentre en un lugar cercano a su familia que le permita

tener el apoyo moral necesario para la reeducación de su conducta, por lo que el traslado a otra ciudad atenta contra su adecuada rehabilitación (STC 3386-2009-PHC/TC).

- Finalmente, en un fallo reciente, el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 1° de la Ley N.° 28704, modificatoria del artículo 173° inciso 3 del Código Penal, que penalizaba como delito de violación toda relación sexual con y entre menores de entre 14 a 18 años de edad. A juicio del Colegiado, era inconstitucional sancionar indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que éstos pudieran expresar en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (STC N.° 0008-2012-AI/TC)

4. Derecho a la identidad personal

- El TC ha definido que el derecho a la identidad supone el “derecho de toda persona a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (STC 2273-2005-PHC/TC, FJ. 21, Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas)¹¹.
- En consonancia con ello, el TC ha precisado que se vulneran los derechos a la identidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica si se deniega el DNI arbitrariamente (STC 2432-2007-PHC/TC, FJ. 10, Caso Rolando Apaza Chuquitarqui).

11 Vid. el estudio del presente caso en CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José Carlos: *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Palestra, Lima, 2012, pp. 28-43.

5. Tutela del derecho al honor y a la buena reputación a través del amparo

- El TC ha puntualizado que, tratándose del requerimiento de pagos efectuados por entidades privadas, deben efectuarse con escrupuloso respeto de las condiciones que establecen las normas jurídicas, a fin de no lesionar el derecho al honor (STC 005637-2006-AA/TC, FJ. 5).
- De igual forma, ha señalado que el registro de una persona en una lista de deudor de alto riesgo puede afectarla en su derecho al honor, si esa información no es verdadera (STC 06035-2006-AA/TC, FJ. 4). Igualmente, se ha reconocido que las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la buena reputación (STC 0905-2001-AA/TC, Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín).
- Recientemente también el TC ha sentado la posición jurisprudencial de que una comunidad nativa goza del derecho fundamental al honor y que, de acuerdo a una concepción culturalmente abierta de este derecho, la afectación colectiva del mismo, supone también la afectación personal del honor de cada uno de sus miembros. Ha recogido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual, la reposición del honor puede conseguirse a través de medidas satisfactivas como desagravios públicos (STC 4611-2007-PA/TC).

C) Derechos económicos, sociales y culturales

1. POSICIÓN DEL TC FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES.

En armonía con la corriente contemporánea del constitucionalismo social, que entiende que el carácter normativo de los derechos fundamentales, no puede sólo exigirse respecto a los derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación, el TC ha dispuesto que los derechos sociales contienen mandatos de plena eficacia jurídica, aún cuando estén sujetos al principio de progresividad. Se distancia con esta posición de la tesis que sostenía que los derechos sociales eran meras normas programáticas, en modo alguno exigibles jurídicamen-

te. No obstante, también entiende el Colegiado que dichos mandatos jurídicos, sólo pueden ser efectivizados, según las características que presente el caso concreto. Así, cuando se encuentre en juego las posibilidades mínimas de existencia del individuo, y se requiera una tutela urgente para remediar una situación de extrema vulnerabilidad, el titular del derecho puede legítimamente concurrir a los procesos constitucionales para satisfacción de sus derechos (STC 2945-2003-AA, caso Azhanca Alhelí Meza García).

2. Derecho a la salud

- La jurisprudencia del TC peruano ha evolucionado en cuanto a la interpretación del **carácter fundamental del derecho a la salud**, a través de cuatro estadios: a) en primer lugar, en el caso Juan Islas Trinidad y otros o caso del Penal de Challapalca, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona (STC 1429-2002-HC/TC); b) en segundo lugar, en el caso Azanca Alhelí Meza García la salud es apreciada desde la óptica de los derechos sociales y se considera que su carácter de fundamental sólo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida (STC 2945-2003-AA/TC); b) luego, en el caso José Luis Correa Condori, se dijo que dicha relación con otros derechos no era el que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba (STC 2016-2004-AA/TC); y d) finalmente, en el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho (STC 5842-2006-PHC/TC).
- El TC también ha desarrollado el **derecho a la salud mental**, a través de tres sentencias principales. En la primera de ellas, STC 3081-2007-PA, el TC abordó por vez primera la **fundamentación y desarrollo** de este derecho. Destaca de esta sentencia, el amplio reconocimiento que hace de los tratados internacionales en esta materia, concluyendo que los mismos están destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia

y la integración social del discapacitado con proscripción del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales. En el caso concreto, el TC estima que si bien es cierto lo recomendable es el método de tratamiento comunitario y la proscripción del método intramural, tal y como lo prescribe la Declaración de Caracas, ante la realidad de nuestro país y la situación concreta de la madre del paciente que no podía asumir sus cuidados, y en pos de un adecuado seguimiento del tratamiento médico, debe brindarse hospitalización permanente al paciente, dejando sin efecto el Alta Médica que prescribía un régimen de “Hospital de Día”.

- Asimismo, y aún cuando no era necesario para resolver el caso concreto, el TC ingresa a examinar diversos aspectos relacionados con la **política del Estado en materia de salud mental**. Aquí el TC detecta los siguientes problemas en las políticas de salud mental: a) La ausencia de culminación del Plan de Reparaciones recomendado por la Comisión de la Verdad, y la falta de sensibilidad en el tratamiento de los problemas postraumáticos de la violencia política; b) la falta de un estudio completo de la forma como los problemas sociales de migración, desarraigo, corrupción y violencia afectan la salud mental de la sociedad en su conjunto; c) a pesar de los avances en el establecimiento de normas y planes que recogen los lineamientos internacionales en materia de atención de salud mental, con preferencia del método comunitario sobre el intramural, aún existe desidia por parte de las autoridades en la implementación de los planes, presupuesto sumamente insuficiente y falta de prioridad en el sector, ausencia de apoyo a la Dirección de Salud Mental como órgano rector de las políticas; d) falta de sensibilización comunitaria sobre los derechos de las personas con enfermedades mentales, que permita la instauración del método de tratamiento comunitario; y e) la falta de cobertura en ESSALUD respecto a enfermedades mentales y el déficit de acceso a los medicamentos.
- La segunda sentencia es la del caso Ramón Medina Villafuerte (STC 2480-2008-PA/TC), donde se reproducen los fundamentos

del anterior precedente respecto a la necesidad de hospitalización permanente del paciente, pero se avanza en exhortaciones concretas respecto a dos puntos centrales: a) la implementación de un órgano de línea o unidad rectora en políticas de salud mental; y b) la inclusión de la cobertura del Seguro Integral de Salud de las enfermedades y trastornos mentales.

- Por último, la sentencia más reciente en este tema es la del caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi (STC 5842-2006-PHC/TC). En éste, el Tribunal se plantea básicamente dos problemas: el **consentimiento para el ingreso a un centro de salud psiquiátrico** y las **condiciones del tratamiento intramural**. Aún cuando no estaban determinadas las personas afectadas en su libertad individual y condiciones adecuadas para el restablecimiento de su salud mental, es importante la labor del Tribunal en procurar resolver el caso, solicitando la información del propio Instituto y la intervención de la Defensoría como *amicus curiae*, debido a la gravedad de la afectación ius-fundamental alegada y ausencia de control constitucional anterior respecto al respeto de los derechos fundamentales en los centros de atención psiquiátrica. Básicamente aquí el Tribunal decide, además de exponer una serie de lineamientos sobre todo extraídos de los tratados internacionales sobre tratamiento de las personas con enfermedades mentales, declarar fundada la demanda por considerar que se ingresaron al centro psiquiátrico a menores sin el consentimiento de sus padres o tutores y de personas mayores sin su consentimiento propio; además de ordenar, con arreglo al presupuesto del Instituto, la separación de los espacios entre hombre y mujeres y entre personas mayores y adolescentes.

3. Tutela constitucional de derechos económicos

3.1. DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

- El TC ha interpretado que el orden público y el bien común actúan como límites a la libre contratación en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que

ningún pacto puede oponerse al contenido protegido de otros derechos. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que no afecte el contenido del derecho a la libre contratación y se tenga por objeto conceder la debida protección a otros derechos (STC N.º 2736-2004-AA/TC, Caso SOAT, FJ. 11).

- De igual forma, el TC ha asumido que la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las codemandadas (Telefónica del Perú) por un lapso determinado, y al pago de un “cargo fijo” resulta palmariamente inconstitucional, por violar la dimensión negativa de la libertad contractual (STC N.º 0858-2003-AA/TC, FJ. 23).
- Finalmente, ha interpretado que una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resulta incompatible con la propia libertad de contratación (STC 06534-2006-PA/TC, Caso Sedapal, FJ. 3) (STC N.º 5311-2007-PA/TC, Caso Codisa, Voto Singular Mags. Beaumont y Eto Cruz, FJ. 20)

3.2. Derecho a la libertad de empresa

- El TC ha señalado que la libertad de empresa debe ser ejercida con sujeción a la ley y que su ejercicio debe respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce. En tal sentido, ha interpretado que:
 - la restricción en la utilización de ómnibus carrozados sobre chasis de camión para la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros no afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa (STC 04637-2006-PA/TC, Caso Buses Camión, FJ. 37-40)
 - el establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados es una restricción legítima al derecho a la libertad de empresa pues busca proteger el derecho al medio ambiente y a la salud (STC 3048-2007-PA/TC, Caso Autos Usados).
 - la ordenanza que impide otorgar permisos temporales de circulación para vehículos menores es una limitación legítima al derecho a la libertad de empresa pues dicha medida tiene como

finalidad la protección y seguridad de los ciudadanos, así como el ordenamiento y mejora del servicio público de transporte de pasajeros (STC 04466-2007-PA/TC, Caso Circulación Moto-taxis, FJ. 13)

- la prohibición de que vehículos de transporte pesado circulen en el centro de la ciudad es una restricción legítima a la libertad de empresa, pues se justifica en la protección y promoción de otros bienes constitucionales, como son los urbanísticos, de servicio público y protección de la integridad de los ciudadanos (STC N.º 01739-2008-PA/TC, Caso Vehículos de Transporte Pesado, FJ. 14)
- si bien los comerciante informales tienen derecho a desarrollar su actividad al amparo del derecho a la libertad de empresa, ese derecho debe ser ejercido con respeto a los derechos de los demás y a la ley (STC 02576-2008-PC/TC, Caso Vendedores Ambulantes, FJ. 14).
- Asimismo, el TC ha señalado que si se observa que determinado accionar está dando como resultado la mejora en la salud pública de los pacientes del recurrente, no resulta aceptable que el Estado coloque trabas e impedimentos en el desarrollo de la empresa del recurrente, puesto que esto implica bienestar general que la sociedad ha de saber apreciar (STC 01972-2007-AA/TC, Caso Centro Médico del Tumor, FJ. 9)

3.3. Derecho a la libertad de comercio

- El TC ha señalado que la libertad de comercio debe ser ejercida con sujeción a la ley y al carácter socio-económico de la Constitución. Por lo tanto, no resulta desproporcionado regular el horario de expendio de bebidas alcohólicas (STC 00850-2008-PA/TC, Caso Comercialización Bebidas Alcohólicas, FJ. 20).

3.4. Derecho a la libertad de trabajo

- El TC ha señalado que el comercio ambulatorio se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho a la libertad de trabajo. Sin embargo, su ejercicio está condicionado a que se cumplan

los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico (STC 9213-2006-PA/TC, FJ. 6).

3.5. Derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios

- El TC ha señalado la omisión del legislador de incluir “la indebida, insuficiente o inoportuna información” como causal de desafiliación del sistema privado de pensiones resulta inconstitucional, por atentar contra el principio de protección a los consumidores y usuarios (STC 00014-2007-PI/TC, Caso Libre Desafiliación, FJ. 12)

4. Derechos culturales.

4.1. Identidad cultural y étnica

- El TC ha señalado que una expresión del derecho a la identidad cultura y étnica es, a su vez, el derecho a usar el idioma propio ante los tribunales (STC 04719-2007-HC/TC, FJ. 12). Igualmente, ha reconocido que una de las obligaciones que se derivan de este derecho consiste en el fomento de la educación bilingüe e intercultural (STC 04232-2004-AA/TC, FJ. 15).

4.2. Derecho al territorio

- Sobre este aspecto, el TC ha señalado que, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención 169 de la OIT, el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra (STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 32, Caso Cordillera Escalera).
- Por su parte, el Tribunal Constitucional ha hecho suyos los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, más específicamente en lo concerniente al vínculo espiritual entre las comunidades y sus territorios, en la que este tribunal supranacional estable-

ció que “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 [derecho a la propiedad privada] de la Convención Americana” (STC 0022-2009-PI/TC)

- Más aún, para el Tribunal, es clara la diferencia que existe entre los conceptos de “tierra” y “territorio”: “el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término *territorio* se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descienden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (STC 01126-2011-HC/TC, FJ. 22). Sin embargo, el TC se apresura en añadir que ello no implica proponer o incentivar la desintegración del Estado o propiciar demandas separatistas: “[e]l objetivo es más bien el respeto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo” (STC 01126-2011-HC/TC, FJ. 23).

4.3. Derecho a la libre determinación

- El TC ha señalado que el derecho a la libre determinación consiste en la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren los derechos fundamentales de terceros (STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 32, Caso Cordillera Escalera).

4.4. Derecho a la consulta previa

- El TC ha reconocido que el derecho a la consulta previa viene a ser una concretización del derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17 de la Constitución). Así pues, ha interpretado que la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural, para lo cual debe brindársele la información suficiente y en el momento oportuno. Asimismo, ha señalado que la consulta legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales (STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 35-36, Caso Cordillera Escalera)¹².

5. Derecho al medio ambiente

- El TC ha resuelto casos relacionados al medio ambiente acudiendo al principio de prevención (que aconseja tomar medidas frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan) o al de precaución (que aconseja adoptar medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos). Precisamente, el TC ha utilizado el principio de precaución al ordenar la remoción de antenas telefónicas que afectaban el medio ambiente y la salud de las personas (STC 00964-2002-AA/TC y STC 0091-2004-AA/TC). No obstante, ha sostenido que deben existir indicios razonables y suficientes para la aplicación de este principio (STC 05387-2008-PA/TC, FJ. 15). De igual forma, la posición del Tribunal ha sido pacífica al admitir la restricción al derecho a la libertad de empresa y al trabajo, cuando se trata de proteger el medio ambiente, en el caso de la importación de

12 Sobre la aplicación del derecho a la consulta previa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase las siguientes sentencias: STC N.º 0022-2009-PI/TC (caso Tuanama I), STC N.º 0023-2009-PI/TC (caso Tuanama II), STC N.º 0024-2009-PI/TC (caso Tuanama III), STC N.º 0025-2009-PI/TC (caso Tuanama IV), STC N.º 0027-2009-PI/TC (caso Tuanama V) y STC N.º 05427-2009-PC/TC (caso AIDSEPII).

autos usados (STC 03048-2007-PA/TC, STC 03610-2008-PA/TC y STC 03816-2009-PA/TC).

D) Derechos creados jurisprudencialmente por el TC

1. Derecho a la verdad

Para el TC la Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal, traducándose en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. (STC 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche). Este derecho deriva directamente del principio de la dignidad humana pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror (FFJJ 16-17).

2. Derecho al agua potable

Para el TC aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre eludida o diferida, puesto que los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva, sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofre-

cen contenidos mucho mas amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional (STC 6546-2006-PA/TC, caso César Augusto Zúñiga López).

3. Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad

El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se encuentra enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. El artículo 2, inciso 1, de la Constitución del 79 decía que toda persona tiene derecho: “A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad”. Este derecho supone que el Estado deba garantizar la libre manifestación de la capacidad de autodeterminación de las personas a través de su libre actuación general en la sociedad. En el caso específico llamado de la Calle de las Pizzas, el TC determinó que los concurrentes a los establecimientos comerciales de esa zona, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., tienen derecho a actividades de jolgorio que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el cual no es absoluto, pues su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas (STC 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari).

4. Derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos

No sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, los relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento (STC 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde).

5. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica (el cual importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones), si bien no se encuentra previsto de manera expresa en nuestra Constitución, encuentra acogida en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, así como en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En este sentido, la expedición del Documento Nacional de Identidad repercute directamente en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que dicho documento, permite el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al individuo (STC 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuquitarco).

6. Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas

Existen dos criterios esenciales que justifican la titularidad de las personas jurídicas como sujetos de derechos fundamentales: a) La necesidad de garantizar el derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas. Debe precisarse que, el estatus jurídico de las personas jurídicas de derecho público no necesariamente resultaría el mismo que para las de derecho privado, aún cuando respecto de aquellas pueda también predicarse, en determinados supuestos, una cierta incidencia de los derechos fundamentales. (STC 04972-2006-AA, caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C).

7. Derecho de los consumidores y usuarios

El artículo 65 de la Constitución expresa la defensa del interés de los consumidores y usuarios, para lo cual garantiza su acceso a la información, salud y seguridad; pero no hace referencia a derechos

constitucionales de los consumidores. No obstante, el TC extrajo de esta disposición derechos fundamentales a favor de usuarios y consumidores utilizando la cláusula de derechos no enumerados. En este sentido “cuando la constitución establece la defensa del interés de los consumidores, está ubicándose en una perspectiva de tipo bilateral, es decir, está reconociendo que se trata no sólo de un principio sino de un auténtico derecho fundamental (STC 3315-2004-AA/TC, caso Agua pura Rovic S.A.C.).

8. Derecho a la objeción de conciencia

En virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia (STC N° 0895-2001-AA, FJ 06, caso Lucio Valentín Rosado Adanaque).

E) Derechos procesales implícitos

El TC también ha desarrollado, los derechos procesales implícitos, los cuales forman parte del debido proceso, como son: El derecho al juez natural, al plazo razonable, al *Ne bis in idem*, a la prueba y otros. Así ha establecido: “Ciertamente, el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución”. (STC 6149-2006-PA y 6662-2006-PA, FJ 48 y 49, Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de exploraciones Algamarca S.A.).

Lima, 15 de abril del 2010

Revisado hasta enero de 2013

LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*

Sumario: I. Preliminares II. Interpretación de la Constitución. 2.1. Definición 2.2. Diferencia entre interpretación constitucional y mutación constitucional. 2.3. La pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional. 2.4. Principios de la interpretación constitucional. III. Interpretación constitucional de la ley. 3.1. El sustento conceptual de la interpretación conforme: La distinción entre “disposición y norma”. 3.2. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas). 3.2.1. Sentencias reductoras. 3.2.2. Sentencias aditivas. 3.2.3. Sentencias sustitutivas. 3.2.4. Sentencias exhortativas. 3.2.5. Sentencias estipulativas. 3.3. El principio de conservación de la ley. 3.4. El principio de interpretación desde la Constitución. IV. Interpretación de los derechos fundamentales. 4.1. Principio pro homine. 4.2. La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales. 4.3. La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales. 4.4. El principio de proporcionalidad.

I. PRELIMINARES

En la *praxis* de la jurisdicción constitucional, sin duda, uno de los temas más trascendentes y que puede llegar a definir incluso la propia legitimidad de los tribunales constitucionales,

* Ensayo publicado en *Ponencias de la VII Conferencia Iberoamericana de Derecho Constitucional*, México, 2010.

es el tema de la *interpretación constitucional*. Es un tópico afirmar en el actual esquema del Estado Constitucional que las normas constitucionales que van a definir la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, presentan algunas particularidades que van a requerir, a la par, de una peculiar forma de interpretación, distinta a la usual interpretación efectuada por la judicatura ordinaria. Si los métodos clásicos de interpretación, histórico, teleológico, literal y sistemático cumplen en la interpretación de la ley un papel más o menos destacado, en la interpretación de la Constitución estos métodos se presentan como insuficientes y han sido vadeados, dado que de lo que se trata aquí es de interpretar contenidos de carácter ius-constitucional.

En el actual desarrollo de la *teoría de la argumentación jurídica* se ha dado mucho énfasis al hecho de que en el derecho y en especial en el derecho basado en principios –como lo es básicamente el derecho que se desprende de la Constitución– el método jurídico ha sufrido una trascendental metamorfosis. De un razonamiento jurídico como derivación silogística se pasa, a través de la delgada línea de la interpretación constitucional, a una argumentación jurídica basada en razones, razones que se presentan a favor o en contra, de la aplicación o preferencia de un principio constitucional sobre otro. Lo que hoy se dado en llamar *método ponderativo* no es, en este contexto, más que el resultado de la presencia cada vez más marcada en el ordenamiento jurídico de los principios (o normas constitucionales) y del carácter normativo de la Constitución.

Una argumentación constitucional basada en razones requiere, sin embargo, una serie de principios orientadores y criterios rectores que sirvan sobre todo de límite interno a la labor que los tribunales constitucionales realizan en la aplicación de la Constitución. Los principios que dirigen la interpretación constitucional han sido desarrollados, en esta línea, por la mayoría de los tribunales constitucionales como una suerte de *self-restraint* de su actividad jurisdiccional y han coadyuvado a forjar una disciplina de los métodos interpretativos que los tribunales constitucionales utilizan en su quehacer jurisdiccional. A continuación, vamos a navegar por las diversas islas interconectadas de la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha desarrollado de la interpretación constitucional, tratando de arribar a buen puerto, aun cuando en muchos casos se pueda terminar en un mar abierto debi-

do a ciertos abusos que cometen las salas, cortes o tribunales constitucionales a través del uso de las llamadas *sentencias interpretativas-manipulativas*, que pueden derivar en un enfrentamiento directo con el poder legislativo. Desarrollaremos esta disciplina de la interpretación constitucional seccionándola en tres acápites principales: la interpretación de la Constitución, la interpretación constitucional de la ley y la interpretación de los derechos fundamentales.

II. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En gran parte de las controversias que llegan al Tribunal Constitucional, sea a través de los *procesos constitucionales de la libertad* o a través de los procesos de la *jurisdicción constitucional orgánica*, la labor principal del Tribunal se decanta en la definición de lo que una norma constitucional dice. Es decir, para la definición de la inconstitucionalidad de una norma o acto, el Tribunal debe definir previamente el canon de control, esto es debe poder decir, en primer lugar, que es lo que la Constitución exigía en el caso concreto o cual es el contenido constitucional que está siendo infringido por una ley o norma de inferior jerarquía. A esto es lo que se conoce como *primer momento interpretativo* de la interpretación constitucional y es lo que hemos denominado en este acápite como “interpretación de la Constitución”.

2.1. Definición

Respecto a la interpretación constitucional entendida como *comprensión* del texto constitucional, el TC peruano ha sido enfático en señalar que la interpretación no puede ser entendida como una *operación formal* que se desenvuelva solo en el plano de las normas, sino que su carácter de “*concretización*”, entendida como una actividad de intermediación entre el momento constituyente y el momento de aplicación de las disposiciones constitucionales, le asigna una forma de actividad histórica concreta, indesligable del tiempo histórico en que se lleva a cabo. Así, ha sostenido el TC que “el contexto y sus múltiples manifestaciones son las que dan sentido y objetividad a la interpretación, que es ante todo una actividad humana que partiendo del texto de la Constitución, debe sin embargo ser capaz de incorporar otros elementos de la vida cultural, social y anímica del momento en que la

sociedad, a través del proceso, solicita la “ejecución” de determinada cláusula constitucional”¹.

2.2. Diferencia entre interpretación constitucional y mutación constitucional

La importancia que el TC peruano asigna al momento histórico en que se desenvuelve la interpretación constitucional le hace, a su vez, tomar en consideración otros conceptos acuñados por la dogmática y que tienen que ver con la vigencia real de las normas acuñadas en el texto constitucional. En este marco, es imprescindible considerar el concepto de mutación constitucional y relacionarlo con el de interpretación constitucional. Como ha dicho el TC si bien ambos conceptos pueden tener relación con la realidad histórica en que la Constitución se desenvuelve, es necesario distinguir ambos términos. Así, según el TC “la interpretación de un sistema jurídico significa su desarrollo, sin que por ello se varíe su base. La mutación, por el contrario, se produce cuando se han modificado los fundamentos mismos del sistema. En este esquema, [...] se sostiene que la interpretación es un procedimiento racional y controlable, que procura certeza y previsibilidad jurídica en las normas, mientras que la mutación modifica de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”².

2.3. La pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional

Recogiendo la posición planteada por el profesor Peter Häberle, el TC peruano ha sostenido que la apertura del proceso constitucional a una *pluralidad de intérpretes* de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para la determinación de resolución de una controversia constitucional. Con ello el TC ha dispuesto en el caso concreto del proceso de inconstitucionalidad la inclusión de la figura del partícipe. Veamos como el TC ha sostenido la incorporación de este actor en el proceso de inconstitucionalidad: “El

1 STC 4853-2004-PA, FJ 28.

2 STC 0050-2004-AI, FJ 21.

enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos “partícipes” en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”³.

2.4. Principios de la interpretación constitucional

Como hemos destacado líneas arriba, el TC peruano también ha desarrollado una serie de principios que orientan el proceso de interpretación constitucional. Estos principios, sin embargo, es necesario apuntar, no son los que van a definir el proceso de interpretación, sino son solo los principios que van a permitir una suerte de control sobre la corrección del proceso interpretativo; por ello funcionan en la práctica como normas de *self-restraint* en la actividad jurisdiccional de las salas, cortes o tribunales constitucionales. Veamos a continuación cada uno de ellos.

- a) *El principio de unidad de la Constitución:* Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.
- b) *El principio de concordancia práctica:* En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya

3 RTC 00020-2005-PI, párrafo tercero y cuarto del FJ 23 Auto de admisibilidad.

defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

- c) *El principio de corrección funcional:* Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.
- d) *El principio de función integradora:* El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución:* La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto⁴.

III. Interpretación constitucional de la ley

En la interpretación constitucional confluyen dos momentos interpretativos: el de la interpretación de la norma *canon de control*, es decir el de la interpretación de la Constitución y el de la interpretación de la ley conforme a los sentidos interpretativos encontrados en la interpretación de la Constitución. Este segundo momento de la interpretación constitucional se encuentra, al igual que el primero, conformado por un proceso particular y sujeto a determinados principios que el TC peruano también se ha encargado de explicitar. La interpretación constitucional de la ley, sin embargo, adquiere particular relieve cuando la interpretación arroja alternativa o conjuntamente uno o más contenidos inconstitucionales. Ante esta situación y de acuerdo al principio de conservación de la ley es que el Tribunal ha desarrollado lo que en la experiencia comparada se ha dado en

4 STC 5854-2005-AA, FJ 12.

llamar “*interpretación conforme*”, directamente conectado con el tema de las *sentencias interpretativas y manipulativas*.

3.1. El sustento conceptual de la interpretación conforme: la distinción entre “disposición” y “norma”

Como fue anotado por la doctrina americana y desarrollado ampliamente por la italiana, en todo precepto legal se puede distinguir entre “disposición” y “norma”, entendiendo por la primera aquel texto, enunciado lingüístico o conjunto de palabras que integran el precepto, y por la segunda, aquel o aquellos sentidos interpretativos que se pueden deducir de la disposición o de parte de ella. Esta distinción no implica que ambas puedan tener una existencia independiente, pues se encuentran en una relación de mutua dependencia, no pudiendo existir una norma que no encuentre su fundamento en una disposición, ni una disposición que por lo menos no albergue una norma.

Como ha sostenido el TC peruano, esta distinción entre “disposición” y “norma”, cuando se trata del proceso de inconstitucionalidad, es el presupuesto básico de las denominadas sentencias interpretativas, cuyo fundamento radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no vulnerar el principio de supremacía constitucional.

En efecto, las sentencias interpretativas recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, confusas o complejas, de las que se pueden extraer varios sentidos interpretativos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar la constitucionalidad, en primer lugar, de la disposición; y, seguidamente, de todas aquellas normas que se desprendan de la disposición cuestionada con la finalidad de verificar cuáles se adecuan a la Constitución y cuáles deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

3.2. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

Aun cuando en la literatura italiana el término “sentencia estimatoria parcial” o “sentencia estimatoria interpretativa” identifica

a las sentencias “manipulativas”⁵ y que todas giran en torno al pronunciamiento sobre la norma, el TC peruano ha marcado por ahora el reconocimiento expreso de este tipo de sentencias. Así sostiene que, “en este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva”⁶.

De acuerdo con esta definición, el TC entiende que la operación *ablativa* consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada eliminando del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma que colisiona con el Comando Normativo de la Constitución. En tal situación, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. A su turno, la operación *reconstructiva* o de *reposición* consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

Ha sido el propio TC el que haciendo suyo los argumentos de este tipo de sentencias, en donde justifica dichos fallos, en razón a dos principios de su actividad jurisdiccional, como son: el *principio de conservación de la ley*, en donde el operador intérprete de la norma debe, *prima facie* reputar constitucional la ley hasta donde sea razonablemente posible con el fin de afirmar la seguridad jurídica en un sistema jurídico, siendo la expulsión de una ley la última *ratio* a la que debería apelarse⁷; y el *principio de interpretación desde la Constitución*, mediante el cual se le asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a fin de que guarde armonía e identidad con el plexo del texto fundamental *in totum*.

5 BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 2º ed. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 444.

6 STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3

7 La *praxis* de la jurisdicción constitucional pone de manifiesto que la expulsión de la norma inconstitucional puede terminar siendo más gravosa en sus consecuencias que su propia permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Vid. al respecto, la STC 0010-2002-AI/TC pronunciada en el Caso de la inconstitucionalidad de la legislación terrorista.

A continuación se pasará revista de estas variantes de sentencias interpretativas-manipulativas, por lo menos de lo que el TC reconoce, aun cuando, de un universo de 203 demandas de inconstitucionalidad planteadas hasta fines del 2006, sólo 12, es decir el 5.94%, han utilizado la técnica de las sentencias interpretativas o manipulativas frente a la utilización normal que realizan los tribunales constitucionales comparados⁸.

3.2.1. Sentencias reductoras

Normalmente son las que señalan que una norma o precepto es contrario a la Constitución en una parte (frases, palabras, líneas, etc.) generando un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva o desmesurada. Lo normal en este tipo de sentencias es que el fallo no afecta al texto o a la disposición, pero sí al contenido normativo. Aquí, la sentencia ordena una restricción o acortamiento “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo en relación a algunos de los supuestos contemplados genéricamente o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas⁹. Esto supone que la inaplicación va a comprender a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primigeniamente previstos.

El propio TC reconoce que los efectos de este tipo de sentencias reductoras van a restringir el ámbito de aplicación de la ley impugnada

8 STC 0047-2004-AI/TC, FJ 38.

9 STC 0015-2001, 0016-2001, 0004-2002-AI (Acumulados), en donde se impugnaba el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 019-2001, el cual establecía: “Los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional, constituyen bienes inembargables”. El Tribunal concluyó que no todos los referidos depósitos podrían ser considerados de dominio público, por lo cual no todos eran inembargables. Deviniendo, así, en inconstitucional el sentido interpretativo que se deriva de la disposición según el cual “todo” depósito de dinero existente en una cuenta del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituye un bien inembargable. Ello en atención a que si el TC hubiese declarado sin más la inconstitucionalidad del precepto se hubieran derivado inconstitucionales afectaciones al Presupuesto de la República.

sobre algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto¹⁰.

3.2.2. Sentencias aditivas

Son aquellas que declaran la inconstitucionalidad no del texto de la norma o de la disposición general cuestionada, sino de los textos o normas que debieron consignarse para que la norma impugnada sea plenamente constitucional. Es decir mediante este tipo de sentencias se efectúa el control de las omisiones legislativas inconstitucionales, añadiendo al texto normativo original supuestos o consecuencias jurídicas distintos a los inicialmente contemplados, con el fin de evitar que una ley cree por omisión situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales¹¹.

Como ha señalado el TC peruano este tipo de sentencia es utilizada para remediar la violación del principio de igualdad que se produce como consecuencia de una omisión legislativa inconstitucional; así, ha dicho el TC que “al extenderse los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos, en puridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos comprendidos inicialmente en la ley cuestionada”¹².

10 Vid. STC 0014-1996-AI/TC recaída en el Caso de la inconstitucionalidad de la Ley de Política Nacional de Población.

11 STC 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI (acumulados). El literal b) del artículo 55° del Decreto Ley N.º 20530, modificado por el artículo 7° de la Ley N.º 28449, que pretendía que la pensión de orfandad a los mayores de 18 años que seguían estudios universitarios. El Tribunal declaró inconstitucional la palabra “universitarios”, de modo tal que pueda interpretarse que el supuesto normativo se extienda también a quienes sigan satisfactoriamente estudios superiores. De esta forma, se evitaba la afectación al principio-derecho de igualdad consagrado en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución.

12 STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.2. Vid. sobre las omisiones constitucionales y legales a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas, Madrid, 1998, y CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo. *El Control Constitucional de la Omisiones Inconstitucionales e Ilegales. Reflexiones en torno al caso peruano*. Edit. Fundap, México, 2004.

3.2.3. Sentencias sustitutivas

Aquí lo que realiza el TC es sustituir a una parte del texto por otra formulada por el mismo en el nivel de interpretación; este tipo de fallo establece que el precepto es declarado inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, “en lugar de” otro aspecto que debería prever para ser constitucional. El TC peruano las ha conceptualizado señalando que “son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley”¹³.

3.2.4. Sentencias exhortativas

Estas sentencias son llamadas también de recomendaciones al legislador y engloban un conjunto de formulaciones o directrices que buscan la actuación del Poder Legislativo, significando así una obligación de actuar del legislador que encuentra su origen en encargos constitucionales que exigen un concreto desarrollo legislativo ulterior. Las exhortaciones, por lo general, aparecen como *obiter dictum*, señalando principios que han de seguirse en la elaboración de una nueva ley, por lo que bien pueden admitirse varias formas de exhortaciones, que van desde el simple consejo¹⁴ hasta fórmulas más coactivas¹⁵.

13 STC 0004-2004-CC/TC, FJ 3.3.3.

14 STC 0048-2004-AI/TC, tras declarar infundado el proceso de inconstitucionalidad, dispone exhortar al Congreso de la República para que establezca los mecanismos legales pertinentes con el propósito de garantizar que la recaudación de la regalía minera cumpla con los objetivos señalados en la Ley y, también, para que diseñe y establezca mecanismos de control, información y transparencia de modo que la sociedad civil pueda efectuar el seguimiento del manejo y buen destino de los recursos. Además, para que se comprenda en la distribución de los montos recaudados, dispuesta por el artículo 4º de la Ley de Regalía Minera, a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

15 STC 0023-2003-AI/TC. Corresponde al Caso del Código de Justicia Militar, en el cual el Tribunal resuelve “EXHORTAR al Poder Legislativo para que, en un plazo no mayor de 12 meses, dicte la legislación que corresponda, de acuerdo con lo expresado en esta sentencia. Este tiempo será contado a partir de la publicación de esta sentencia en el diario oficial, vencido el cual, automáticamente los efectos de ésta tendrán plena vigencia” (Numeral 3 del Fallo).

La praxis de esta sentencia en el Perú es, en muchos casos, permanente; en lo que respecta a la conceptualización de estas sentencias, el TC señala que son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Sin embargo, en lugar de declarar su invalidez constitucional, le confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

Los efectos de este tipo de sentencias, resultan ser muy particulares, por cuanto subyace en ella el concepto de *vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo; esto es, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo, con lo cual, en parte, esta figura se homologa con la versión de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada por el Congreso. Igualmente, el TC se ha pronunciado en forma puntual que la exhortación de estos fallos puede concluir por alguna de las siguientes vías:

- a) Expedición de la ley sustitutiva y reformante de la norma declarada incompatible con la Constitución.
- b) Conclusión *in totum* de la etapa suspensiva; y, por ende, aplicación plenaria de los alcances de la sentencia. Dicha situación se da cuando el legislador ha incumplido con dictar la ley sustitutiva dentro del plazo expresamente fijado en la sentencia¹⁶.

Asimismo, más recientemente mediante STC 0008-2005-PI/TC recaída en el proceso de impugnación de la Ley Marco del Empleo Público, Ley N.º 28175, el fallo de Infundado se complementa con una exhortación al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, dirá “en la presente legislatura”, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

16 STC 0004-2004-CC/TC recaída en el Caso del Conflicto de Competencias por el presupuesto del Poder Judicial.

- c) Expedición de una segunda sentencia. Dicha situación se produce por el no uso parlamentario del plazo razonable para aprobar la ley sustitutiva.

Sobre el particular, el TC ha producido una importante cantidad de sentencias en esta materia, exhortando a los poderes del Estado; empero, dichos fallos, en puridad, no tienen efectos vinculantes. No obstante, puede ocurrir que en el segundo supuesto antes señalado, vincule posteriormente al legislador por su incumplimiento, y en el tercer supuesto, impuesta una recomendación encaminada a que efectúe el legislador una determinada actividad y éste no lo hiciera, sí sería posible una posterior sentencia que sí declare la inconstitucionalidad (*sentenze monito*)¹⁷.

3.2.5. Sentencias estipulativas

Finalmente, el TC identifica a esta variante de sentencia estimativa manipulativa como aquella en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece, en la parte considerativa de la sentencia, las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. No obstante, bien cabe aquí formular una legítima crítica, porque se observa permanentemente sentencias que pretenden convertirse en pedagógicas, dando a entender que ellas cumplen un rol docente que consiste en hacer llevar ese saber a toda la comunidad. En realidad, las sentencias no están hechas ni pensadas para enseñar a litigantes y abogados, las sentencias no son para eso. Lo que debe hacerse en una sentencia es resolver un conflicto, despejar una duda o precisar un derecho.

3.3. El principio de conservación de la ley

Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado.

17 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 123-124.

Es decir, la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la última *ratio* a la que debe apelarse. Así, la simple declaración de inconstitucionalidad no debe ser utilizada, salvo si es imprescindible e inevitable.

3.4. El principio de interpretación desde la Constitución

Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental. Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

En este contexto, el TC ha tenido ocasión de precisar que “la experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un “tiempo”, un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial. En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin”¹⁸.

IV. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La interpretación de los derechos fundamentales también se halla informada por ciertos principios o pautas hermenéuticas que el Colegiado Constitucional también se ha encargado de precisar, entre los cuales destaca primordialmente, en la jurisprudencia del TC, el principio *pro homine* y el principio de interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. En lo que

18 STC 0004-2004-CC, FJ 3.

sigue vamos a detenernos en el desarrollo jurisprudencial que el TC peruano ha efectuado de estos principios.

4.1. Principio pro homine

Este principio esencial en la interpretación de los derechos fundamentales y que puede ser denominado también como la “*regla de la preferencia*”, significa básicamente que, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Como ha establecido el TC, “el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, se tenga que, por el contrario, optar por la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho (...)”¹⁹.

4.2. La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales

Conforme ha prescrito la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En tal sentido, como ha enfatizado el TC “el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”²⁰.

19 STC 1003-1998-AA, FJ 3.

20 STC 5854-2005-PA, FJ 28.

4.3. La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales

Como ha sido señalado profusamente en la doctrina, las fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente. Así, éstas, a su vez, influyen y son influidas por las fuentes domésticas. La interpretación de las normas internacionales también puede beneficiarse de la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los países parte del sistema, puesto que la aplicación de normas domésticas a casos particulares también puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos. Mirando esto desde otro ángulo, el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, también debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional.

En el plano de la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por los tribunales internacionales, el TC ha sido claro en señalar que la relación entre éstos “... no alude a una relación de jerarquización formalizada [entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos], sino a una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”²¹.

En reciente jurisprudencia El TC peruano ha sido concluyente en señalar que “los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son, por así decirlo, un punto de partida, un *referente* “*mínimo indispensable*”, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos “nuevos” inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es, en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta...”²².

21 STC 2730-2006-AA/TC

22 STC 1412-2007-AA/TC, FJ 19.

4.4. El principio de proporcionalidad

En la interpretación de los derechos fundamentales un capítulo de especial relieve es el de la proporcionalidad. En el desarrollo de la jurisprudencia constitucional contemporánea, el principio de proporcionalidad es frecuentemente utilizado tanto en el examen de validez de los actos públicos, como en la adecuada resolución de un conflicto de derechos fundamentales. La interpretación del alcance y contenido de un derecho fundamental no es realizado, en la actualidad, en abstracto, sino en relación con el conjunto de bienes jurídicos que la Constitución contiene.

El TC ha sostenido que “[...] el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (*Untermaßverbot*), comprende, en cambio, tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales”²³.

El principio de proporcionalidad ha sido estructurado a la vez que como un principio sustancial del Estado Constitucional que proscribe la existencia de cualquier arbitrariedad en su seno, como una estrategia para la determinación de la intervención legítima o ilegítima en los derechos fundamentales. En dicho contexto el principio de proporcionalidad como test ha sido estructurado a través de los siguientes sub-principios que pueden ser tratados también como pasos sucesivos del proceso de interpretación. Veamos:

- “1. **Subprincipio de idoneidad o de adecuación:** De acuerdo con este subprincipio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.
2. **Subprincipio de necesidad:** Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más

23 STC 00045-2004-PI, FJ 27.

benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. *Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu*: Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental”²⁴.

24 STC 00027-2006-PI. FJ 73.

**FUENTES DEL CONSTITUCIONALISMO GADITANO.
CON ESPECIAL REFERENCIA A SU INCIDENCIA
EN LOS MECANISMOS DE DEFENSA
DE LA CONSTITUCIÓN***

Sumario: Los modelos constitucionales americano, inglés y francés en las Cortes de Cádiz. La influencia de la Constitución francesa de 1791 y el carácter normativo de la Constitución. Las infracciones a la Constitución como mecanismo de defensa de la Constitución.

I. LOS MODELOS CONSTITUCIONALES AMERICANO, INGLÉS Y FRANCÉS EN LAS CORTES DE CÁDIZ.

Para los años 1810 a 1812, período en que se gestó y expidió la Constitución gaditana, los únicos países que habían llevado a cabo un cambio radical de su esquema constitucional, en los términos planteados por el racionalismo de la época, eran Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia. Y ello aún cuando en el caso de

* Ponencia presentada ante el Seminario Internacional *Commemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, realizado entre el 7 y 9 de febrero de 2012, en la Ciudad de México, y co-organizado por la Universidad Autónoma de México (UNAM) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Se puede ver en: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/notas/2012/nota_2012_037.pdf

Gran Bretaña pudiera decirse que su nuevo esquema constitucional no era producto de tesis racionalistas, sino de la evolución de su peculiar sistema mixto de gobierno; lo cierto es que Gran Bretaña, merced a sus propias prácticas institucionales, había llegado a formar, a inicios del siglo XIX, un embrionario sistema parlamentario de gobierno, donde el poder del Rey se encontraba seriamente limitado, dando lugar a un gobierno de gabinete que dependía de la confianza del Parlamento.

Los nuevos modelos constitucionales, surgidos a la sazón de las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII y con elementos comunes derivados de las tesis contractualistas y racionalistas de la Ilustración, no eran sin embargo conocidos, con el mismo detalle y amplitud en la Península Ibérica, entre los diputados presentes en las Cortes de Cádiz. En el caso del modelo estadounidense, ni siquiera los diputados americanos en Cádiz manifestaron un gran entusiasmo en su difusión¹, ni existieron vasos comunicantes de otro tipo entre los forjadores de dicha Constitución y los representantes españoles en Cádiz. Por lo demás, no sólo la distancia geográfica, sino el federalismo² y su tendencia democrática y republicana, hacían a esta Constitución un modelo “extraño” para los diputados gaditanos, formados en un sistema estatal unitario y con la perspectiva de mantener la institución monárquica, a pesar de su desprestigio.

En el caso de Gran Bretaña, si bien hubo conocimiento de sus cambios constitucionales y una importante recepción de tratadistas ingleses como Locke y Blackstone³, además de contactos personales

1 BLANCO VALDÉS, Roberto L.: “El problema americano en las primeras Cortes liberales Españolas: 1810-1814”, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, N.º 16, UNAM, México, 1995.

2 Como señalaría ilustrativamente el Conde de Toreno: “la Constitución en ciernes intenta por todos los medios excluir el federalismo, puesto que no hemos tratado de formar sino una Nación sola y única. Lo dilatado de la Nación la impele baxo un sistema liberal al federalismo; y si no lo evitamos se vendría a formar, sobre todo con las provincias de Ultramar, una federación como la de los Estados Unidos, que insensiblemente pasaría a imitar la más independiente de los antiguos cantones suizos, y acabaría por constituir estados separados”. *Diarios de las Discusiones y Actas de las Cortes (D. D. A. C.)*, t. 11, p. 212.

3 Específicamente los libros que alcanzaron gran difusión en España fueron *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* de John Locke, *Comentarios a la Constitución inglesa* de William Blackstone y *Constitución de Inglaterra, o descripción del Gobierno inglés comparado con el democrático, y con las otras monarquías de Europa* de J.L. de Lolme.

entre diputados representativos de Cádiz, como Jovellanos y Blanco White, y juristas ingleses como Lord Holland, el sistema constitucional inglés fue recepcionado de modo incompleto y acaso desfigurado⁴. En efecto, las noticias que se tenían de él, sobre todo a partir de los libros de Montesquieu, destacaban aún un sistema de gobierno con una fuerte preeminencia real; no se tenía idea pues del verdadero funcionamiento del gobierno, que había devenido, en las primeras décadas del siglo XIX, en un régimen de gabinete, sometido al Parlamento antes que al Rey.

En cuanto al modelo constitucional francés, en su versión de la Constitución de 1791, éste fue ampliamente difundido en España, no empujó las fuertes restricciones que impuso el Rey Carlos IV al ingreso de la doctrina racionalista y no obstante las acusaciones de “afrancesados” a quienes postulaban ideas similares a las recogidas en la Constitución de Bayona de 1808⁵. De la mano de autores como Montesquieu, Rousseau y, especialmente, Sieyès, el naciente liberalismo español⁶ conoció no sólo las bases teóricas y filosóficas de los diputados de la Asamblea Nacional de 1789, sino el modelo práctico de organización plasmada en la Carta francesa de 1791.

Al margen de la discusión respecto al uso de la historia medieval en las Cortes de Cádiz, si es que acaso se utilizó como genuina reivindicación de la historia de España y sus monarquías moderadas (Castilla y Aragón)⁷, o su manipulación fue sólo para maquillar

4 VARELA SUANZES, Joaquín: “El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del Siglo XIX”, en *Poder, Economía y Clientelismo*, Javier Alvarado (Coordinador), Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 97-124.

5 Sobre el rechazo de la población a los “afrancesados” y el ensalzamiento de la Constitución de Cádiz como opción patriótica frente a la Constitución de Bayona, ver FRIERA ÁLVAREZ, Marta e FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: “Contexto histórico de la Constitución española de 1812”, en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en la dirección electrónica <http://bib.cervantesvirtual.com/portal/1812/contexto.shtml>.

6 MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Cátedra Furrió Ceriol, Valencia, 1978, pp. 33 y ss y 365 y ss.

7 El estudio de la historia española como fuente constitucional para Cádiz estuvo presente, centralmente, en los trabajos de Francisco Martínez Marina *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del Reino*, Original: Londres, [s.n.], 1810 (En la Imprenta de Cox, Hijo y Baylis), *Teoría de las Cortes y Principios Naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*.

el verdadero origen francés de las ideas del liberalismo español⁸; no cabe duda, como ha registrado la amplia historiografía sobre el constitucionalismo gaditano, que la influencia de la Constitución francesa de 1791 sobre la Constitución de la Pepa es más que evidente. Como ha resaltado Joaquín Varela, dicha influencia se debió no sólo al amplio conocimiento de la literatura francesa de la época, sino a la similitud de sus sistemas administrativos, los cuales habían propendido a la unificación territorial y administrativa, desde la asunción de los Borbones en la Casa Real española, y sobre todo a la común reticencia contra el poder que habían acumulado los Reyes, tanto en España como en Francia, lo que hacía más atractivo el sistema constitucional francés, que había colocado a la Asamblea Nacional como el verdadero representante de la soberanía nacional, situación que encajaba perfectamente con el respaldo popular que las Cortes de Cádiz habían logrado en los años revolucionarios y patrióticos que sucedieron a la invasión napoleónica de España⁹.

II. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1791 Y EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN

Los grandes principios que caracterizaron la obra jurídico-constitucional de los franceses, es decir, la separación de poderes y la supremacía del poder legislador, fueron adoptados también por el constitucionalismo doceañista. Las Cortes se prefiguraron como el poder más importante; están compuestas de una sola Cámara y no podían ser disueltas por el Rey. El Monarca también gobierna, y lo hace con secretarios de estado, a quienes elige y remueve libremente. Éstos refrendan sus actos y son responsables por ellos, aunque sólo penalmente, pues no existe ningún mecanismo de responsabilidad política. Los cargos

8 Es paradigmático a este respecto el famoso *Discurso Preliminar* de Agustín de Argüelles. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Las Constituciones Históricas Españolas. Un análisis histórico-jurídico*. 4ª. edición, Civitas, Madrid, 1992, pp. 70-74.

9 VARELA SUANZES, Joaquín: "Los modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz", en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en la dirección http://www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/006/2b6/f88/2b2/11d/fac/c70/021/85c/e60/64/mimes/0062b6f8-82b2-11df-acc7-002185ce6064_6.html#I_3_.

de Ministro y de parlamentario son incompatibles¹⁰. El Rey carece de iniciativa legislativa, y también adolece del veto sobre las leyes.

Además, también se adoptó en España el carácter ideológico que representaba la Constitución en Francia; la simbología de ésta como representativa de la soberanía que ahora residía en la Nación; su valor como instrumento para construir un nuevo régimen y promover la transformación de la sociedad; su valor para desterrar los fundamentos económicos y jurídicos en que se sustentaba la vieja sociedad estamental; y de manera trascendental, su simbología como factor de unidad nacional entre los españoles que enfrentaban una guerra contra el vecino imperialista.

En cuanto al carácter de la Constitución de Cádiz, como norma jurídica o documento meramente político, la propia configuración y diseño de la Constitución trae respuestas ambiguas. En este punto, es clara también la influencia del primer constitucionalismo galo, en el cual primaba el dogma de la soberanía parlamentaria. La ley, como expresión de la voluntad popular, a la manera roussoniana, si bien no era reconocida como formalmente superior a la Constitución, sí se creía que no podía atentar contra los derechos individuales contenidos en la Carta Magna. En sentido contrario, la ley iba a encargarse de desarrollar positivamente esos derechos; en los términos de Rousseau, la ley era sinónimo de libertad, pues suponía la representación de lo que los ciudadanos querían para sí mismos (ideal del "autogobierno"), y los ciudadanos jamás iban a dictar una norma que restringiese irrazonablemente su libertad.

Dicho dogma de la racionalidad de la ley y de la soberanía del órgano encargado de dictar las leyes, sin embargo, no fue acriticamente aceptado, ni siquiera en la misma Francia. Un líder revolucionario tan prominente como el abate de Frejus, Emmanuel Sieyès, diría que las leyes constitucionales son fundamentales, pues los cuerpos constituidos no pueden existir sino a través de ellas y no pueden

10 Es preciso recordar aquí que la posibilidad de que en Inglaterra un parlamentario sea a la vez miembro del Gobierno, como secretario de Estado o ministro, fue lo que puso a los liberales españoles en Cádiz en contra del modelo constitucional de Gran Bretaña, al que acusaron por ello de corrupto, con una fuerte concentración del poder real. Esta acusación, sin embargo, no era más que una imagen errada del sistema inglés, pues los ministros dependían más del Parlamento que del Rey.

cambiarlas ni modificarlas en lo más mínimo, con lo que no sólo arriba Sieyès a la consideración de un Poder Constituyente como poder soberano, sino a la superioridad de la Constitución sobre las otras normas que dicten los poderes constituidos. La supremacía constitucional se conjugaba, por lo demás, con el carácter normativo de la Constitución, dado que, como afirmaba Sieyès, sin dicho carácter normativo, de obligatorio cumplimiento, la Constitución dejaba de ser suprema: “Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”, afirmaríala contundentemente el abate de Frejus¹¹.

La importancia que tiene para Sieyès la primacía de la Constitución sobre otras leyes, tiene sin embargo, además, como ha explicado Fernández Segado, una explicación histórica¹². Consciente de los excesos a los que había conducido el Régimen del Terror impuesto por Robespierre con su democracia asamblearia o roussoniana, el abate se alzó contra la pretensión de considerar al Poder Legislativo como omnipotente y a la Constitución como una norma jurídica cualquiera que podía ser modificada indiscriminadamente, como lo había hecho el Comité de Salvación Pública. Ante esta realidad, Sieyès que había sido el campeón de los revolucionarios al declarar al Tercer Estado como soberano o como la Nación misma, tomaba en esta concreta situación histórica una actitud que ha sido calificada como conservadora¹³.

Acuciado por la pregunta de si la Constitución es un código de leyes obligatorias, dónde debía hallarse a su custodio, es decir, a la magistratura de este Código, Sieyès lanzaría en la sesión del 2

11 SIEYÈS, Emmanuel. “Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en *Escritos Políticos de Sieyès*. Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 258.

12 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en *Pensamiento Constitucional*. Año IV, N° 4, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 186.

13 CARPIO MARCOS, Edgar: “Un antecedente del Tribunal Constitucional: el Jury Constitutionnaire (Una lectura heterodoxa de Sieyès)”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. 1ª edición, octubre de 1999, Tribunal Constitucional, Lima, p. 596. Vid. también al respecto BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Prólogo a la nueva edición de Miguel Artola, Prólogo de José Antonio Portero Molina, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pp. 333 y ss.

del Thermidor su propuesta de un *Jury Constitutionnaire*. Puesto que toda ley tiene la posibilidad de ser infringida, resultaba imperioso para el abate de Frejus diseñar un órgano ante quien puedan dirigirse las reclamaciones por la violación de los preceptos constitucionales. Este órgano lo encuentra Sieyès en un Tribunal Constitucional que, a propuesta suya, estaría conformado por 108 miembros elegidos, un tercio entre los representantes de la Convención, un tercio entre los representantes de la Asamblea Legislativa y un tercio entre los representantes de la Asamblea Nacional¹⁴. Este Tribunal de acuerdo a la conformación diseñada por el abate, ha sido considerado como un órgano dependiente del Poder Legislativo y, por tanto, un órgano de naturaleza política. Sin embargo, Edgar Carpio en una lectura que el mismo considera heterodoxa, ha sostenido la naturaleza jurisdiccional de este órgano. Basa su hipótesis en cuatro consideraciones:

- a) Que si bien la conformación del *Jury*, es en parte del órgano legislativo, hay que tomar muy en cuenta que dicha conformación incluye también al Poder Constituyente, con lo cual Sieyès quiere poner al Tribunal por encima del Poder Legislativo, no considerándolo en modo alguno un apéndice de él. La consideración que hace Sieyès del Tribunal como un comisionado del Poder Constituyente nos indica que, justamente dicho Tribunal ha sido ideado para controlar la obra del legislativo, encuadrando su tarea dentro de los límites que el Poder Constituyente le ha impuesto a través de la Constitución.
- b) La introducción de un principio rogatorio en la activación de la jurisdicción constitucional, con lo que este órgano no era un cuerpo deliberativo, sino que actuaba a instancia de parte.
- c) La estructura y forma de una sentencia con la que vendrían revestidos los fallos de este órgano.
- d) El efecto de las decisiones del *Jury*, que no eran la derogación de la norma impugnada, sino su nulidad absoluta¹⁵.

Finalmente, importa destacar en este punto las atribuciones del *Jury Constitutionnaire*, que, como veremos a continuación, incluye una que puede considerarse como un antecedente del

14 SIEYÈS, Emmanuel: op. cit., p. 270.

15 CARPIO MARCOS, Edgar: op. cit., pp. 603-606.

amparo. Las atribuciones o tareas que Sieyès le asignaría a este órgano son las siguientes:

- a) El ser un Tribunal de casación en el orden constitucional, es decir de resolver las reclamaciones que a él se hagan sobre actos irresponsables –que Sieyès consideraba a los que provenían del Consejo de los Quinientos y del Consejo de los Ancianos- que violenten la Constitución.
- b) El ser un Comisionado del Poder Constituyente encargado de la preservación, adecuación y mejoramiento del orden constitucional, es decir de proponer las reformas que, pasado un tiempo histórico adecuado, sean necesarias hacer a la Constitución para adecuarla al progreso que la razón humana haya alcanzado.
- c) El ser un Protector de la libertad civil de los ciudadanos, ofreciendo un *recurso* de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley haya olvidado su garantía, es decir que los ciudadanos –y aquí la similitud de esta propuesta con el amparo- puedan recurrir a este Tribunal cuando vean vulnerado algún derecho fundamental que no esté debidamente protegido por la ley, e incluso los jueces que puedan acudir en consulta cuando la ley que fueran a aplicar contradiga los derechos que la Constitución ha guardado para los ciudadanos¹⁶.

Cabe apuntar en esta sección de los antecedentes franceses, que la propuesta de Sieyès de un Tribunal Constitucional fue rechazada en las sesiones del 24 y 25 Thermidor, donde como bien ha señalado Fernández Segado, se notaría la soledad en la que el abate se encontraba en la defensa de una propuesta tan avanzada para la época y que sin duda chocaba con la concepción de la supremacía del Órgano Legislativo¹⁷. Será Thibaudeau quien exponga el peligro de otorgar a un órgano como éste tal poder. Ante la pregunta de quien vigilaría el traspaso de los límites constitucionales por parte de este órgano, la propuesta de Sieyès sería rechazada casi unánimemente.

16 SIEYÈS, Emmanuel: op. cit., p. 259.

17 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”. op. cit., p. 189.

No obstante esta aseveración, Blanco Valdés, en su excelente investigación historiográfica sobre el valor de la Constitución en los albores del constitucionalismo, ha reseñado, cómo en los momentos precedentes a la promulgación de la Constitución francesa de 1793, y en el marco del acuerdo de la Convención tomada en la sesión del 19 de octubre de 1792, donde a propuesta de Barère y entre aplausos, la Convención acordó invitar “a todos los amigos de la libertad y de la igualdad a presentarle, en cualquier lengua que sea, los planes, ideas y medios que creyeran adecuados para dar una buena Constitución a la República francesa”; se alcanzaron a la Convención hasta 700 proyectos de Constitución, entre los cuales se contenían diversas propuestas sobre la defensa de la Constitución; y aún cuando el interés por este tema no fue muy acentuado y se diluía a menudo en la dificultad de introducir medios efectivos de control al órgano justamente encargado de desarrollar los principios contenidos en la Constitución, estas propuestas desarrollaron en términos a veces amplios y minuciosos la forma cómo se debía ejercer la defensa de los preceptos constitucionales. Así, el profesor de la Universidad de Santiago de Compostela nos ha detallado las principales propuestas que se hicieron a este respecto, distinguiéndolas a su vez entre *propuestas institucionales* (que adjudicaban a algún órgano la defensa de la Constitución) y propuestas que entregaban dicha defensa al titular de la soberanía, esto es, al propio pueblo¹⁸.

Entre las propuestas institucionales cabe destacar, por ejemplo, la presentada por Kersaint, donde se establecía la conveniencia de crear un *tribunal de censores* encargado de examinar los decretos del Cuerpo Legislativo, en su relación con los principios de la Constitución, denunciando ante el pueblo su incompatibilidad. En la misma línea se encuentra la propuesta de J. M. Rouzet, quien en su *Proyecto de Constitución francesa* de abril de 1793 aconseja la creación de un *colegio de éforos*, el cual debía encargarse de comunicar a los órganos de base popular los proyectos de ley de la Asamblea y su encaje con la Constitución, debiendo a su vez remitir la respuesta de éstos a los órganos representativos. Por otro lado, figura también la proposición de Pressavin sobre la creación de un *tribunal nacional de censura*, la de Wandelaincourt que sugiere la institucionalización de unos *censores*, el

18 BLANCO VALDÉS, Roberto: op. cit., pp. 298-308.

de David Williams que planteaba la creación de un *Consejo Constitucional*, el de Lagrange y Dupin que proponían la creación de la *institución de los censores*, el de la sección parisina de *l'Unité* dirigida por Soboul que recurría nuevamente a la figura del *tribunal de los éforos*, el de Charles Lambert que propuso un sistema de responsabilidad dirigido por el Consejo Ejecutivo, y finalmente un proyecto anónimo que creaba la figura de los *conservadores* de la Constitución. En lo que respecta a los “proyectos de defensa popular de la Constitución”, cabe resaltar el planteado por Saint-Just en la sesión de la Convención de 24 de abril de 1793, en el cual se prescribía la necesidad de enviar, a iniciativa del Consejo (Poder Ejecutivo), al dictamen del pueblo las normas que éste considerase contrarias a la Constitución. Igualmente podemos encontrar aquí las propuestas de Baraillon, Blaviel y Dupont sobre la intermediación de asambleas primarias para someter las leyes a la exigencia de sanción popular, e incluso la propuesta de Francois Chabot sobre el derecho de insurrección del pueblo en caso de violación de la Constitución¹⁹.

Por último es necesario destacar y en lo que nos interesa como antecedente del amparo, el proyecto presentado en la sesión del 10 de junio de 1793 por Hérault-Séchelles sobre la instauración de un “Gran Jurado Nacional”, órgano cuyos integrantes debían ser elegidos por las asambleas primarias y que debía controlar los excesos del Cuerpo Legislativo y del Consejo. Lo importante de este proyecto a nuestro parecer es la instauración de un recurso ciudadano para acudir ante este Jurado, en un sistema similar al establecido posteriormente por las Cortes de Cádiz a través de las “infracciones a la Constitución”. Así, en el artículo 1 del Capítulo XV del proyecto se establecía: “Se instituye el gran jurado nacional para garantizar los derechos frente a la opresión del Cuerpo Legislativo y del Consejo. Todo ciudadano oprimido por un acto particular tiene el derecho de recurrir a él”. Este proyecto por mor de la idea de la supremacía parlamentaria frente a cualquier órgano y sólo responsable ante el pueblo, sería finalmente descartado y en la sesión del 24 de junio de 1793 en la que se aprobaba el texto definitivo de la Constitución se contenía sólo la responsabilidad individual de los diputados nacionales como único medio de reprimir los abusos²⁰.

19 BLANCO VALDÉS, Roberto: op. cit., pp. 308-321.

20 BLANCO VALDÉS, Roberto: op. cit., pp. 322-332.

A manera de epílogo cabe anotar que el 13 de diciembre de 1799 y a insistencia del Abate de Frejus, se incluiría en la Constitución de ese año y ya bajo los auspicios de Napoleón, el Senado Conservador, que tendría entre sus funciones principales estudiar y decidir todos los asuntos que se plantearan sobre inconstitucionalidad de las leyes y resolver las quejas interpuestas por actos contrarios a los derechos del hombre. Este Senado Conservador sería, sin embargo, fácilmente cooptado por Napoleón quien lo utilizó a favor de sus intereses, con lo que dicho órgano constitucional cayó en un gran desprestigio. La política dictatorial de Napoleón y la desconfianza en los jueces harían decantar a Francia por el modelo político de control de constitucionalidad de las leyes y de defensa de los derechos, con lo que dicho control y dicha defensa perdió en la práctica toda su virtualidad.

III. LAS INFRACCIONES A LA CONSTITUCIÓN COMO MECANISMO DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En el caso de España, como ha rescatado Fernández Sarasola, si bien se acogió la idea francesa de la soberanía parlamentaria, al punto de declarar que la soberanía de la Nación residía en las Cortes, expresión que luego sería modificada en la Constitución de 1812, también en los años de funcionamiento de las Cortes se llegó a hablar de la posibilidad de que el propio legislador violase la Constitución, y ello no sólo porque éste pudiere expresarse contra los derechos consagrados en dicha Carta Magna, sino por el exceso reglamentarismo exhibido por la Constitución gaditana²¹. No obstante ésta era una posición minoritaria que, por lo demás se reforzaba con el hecho de que la Constitución no previó ningún mecanismo de protección de la Constitución contra leyes inconstitucionales o infracciones inconstitucionales del Parlamento. Antes bien, la Constitución gaditana de 1812 encargó en las Cortes la tarea de examinar las infracciones a la Constitución cometidas por cualquier otra autoridad estatal. Se creía pues, en la especial circunstancia histórica que vivía España, que las Cortes eran el guardián fiel

21 FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio: "Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812", en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en la dirección electrónica http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/c1812/24683896656035497754491/p0000001.htm#I_0_.

de la Carta Magna, sobre todo frente al Rey, que se constituía en la amenaza principal del nuevo sistema constitucional.

En este contexto, la parte más interesante de la obra de los constituyentes de Cádiz para el tema que nos interesa, fue el establecimiento de los dos primeros artículos referentes al Título sobre la “Observancia de la Constitución y modo de proceder para hacer variaciones en ella” y la interpretación, que las mismas Cortes de Cádiz, hicieron de ellos. Vamos a ver aquí como la figura de la *infracción constitucional* se convertiría en el único medio de defensa de los derechos ciudadanos que la Constitución había establecido²²; defensa que, por otro lado, se presumiría en primer lugar como la simple búsqueda de responsabilidad penal de los infractores del texto fundamental, responsabilidad que le correspondería determinar en exclusiva a los jueces; posición que luego las Cortes se harían cargo de variar haciendo intervenir al cuerpo político en pos de la defensa de los derechos ciudadanos. Los artículos 372 y 373 de la Constitución gaditana establecen lo siguiente:

“Art. 372. Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones a la Constitución, que se les hubiesen hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.

Art. 373. Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución”.

Parece ser que el constituyente gaditano al establecer estos dos artículos partió de la consideración de proveerle efectividad a la Constitución; pero como las técnicas de defensa de la Constitución no eran aún conocidas y la que planteó el abate Sieyès, fue rechazada puesto que se encontraba dentro del paquete que ofreció la Constitución extranjera de Bayona; la Constitución estableció tímidamente, como única forma de asegurar su supremacía, la fórmula de los artículos 372 y 373.

22 Vid. ampliamente sobre la figura de la infracción constitucional y su virtualidad como forma de defensa de la Constitución a LORENTE SARIÑENA, Marta: *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Sin embargo, conforme ha manifestado Pérez Tremps²³, el constituyente no tenía muy claro cómo era que tenía que poner remedio a las *infracciones a la Constitución* y, más que en un control de constitucionalidad de las leyes, pensó, al establecer estos artículos, en la responsabilidad penal que debía derivar de la actuación contraria al orden constitucional, por lo cual la disposición del artículo 372 no pasaba de ser una conminación tanto al Poder Ejecutivo como al Judicial para que cumplan la Constitución; mientras lo establecido en el artículo 373 no constituía más que una forma específica del derecho de petición²⁴.

La falta de conciencia del significado de los preceptos citados queda puesta de manifiesto con la aplicación que las propias Cortes debieron hacer de ellos en respuesta a las diversas quejas recibidas por inconstitucionalidad de actuaciones de agentes de los poderes públicos. Entre estas quejas destaca el "*caso Fitzgerald*", denominado así por la insistencia con que el ciudadano de ese nombre reclamó por una violación de la Constitución en perjuicio propio. El caso implicó un allanamiento de domicilio y una detención indebida de Fitzgerald y obligó a las Cortes a hacer aplicación de los artículos 372 y 273 de la norma fundamental, interpretándolas, en un primer momento de forma restrictiva:

“La Comisión entiende que la infracción de la ley constitucional es un delito de la propia clase que el de la infracción de otras leyes del Código civil y criminal, con la sola diferencia de su mayor gravedad por el mayor respeto que merece aquella sobre éstas; y que por lo mismo debe averiguarse y castigarse por el orden determinado por las leyes y por los jueces competentes según ellas. La facultad que por el art. 373 de la Constitución se concede a todo español para reclamar su observancia ante las Cortes, no supone, en su concepto, que éstas hayan de juzgar de las reclamaciones que se les hicieren, lo que sería contrario al art. 243 de la propia Constitución (prohibición de ejercicios de funciones jurisdiccionales a las Cortes o al Rey); más no debien-

23 PÉREZ TREMPs, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Prólogo de Jorge de Esteban, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 60-68.

24 En este sentido, Fernández Segado ha hablado del “carácter ingenuo” de algunas disposiciones de la Constitución de Cádiz (Cfr. *Las Constituciones Históricas Españolas*, op. cit., p. 72).

do hacerse inútilmente estas reclamaciones deberán en tales casos las Cortes excitar al gobierno a que cumpla y haga cumplir la Constitución y las leyes, y a que hagan que sean juzgados por el tribunal competente los acusados de infracción; deberán asimismo velar sobre si se hace así o no; deberán pedir que se les instruya y de cuenta del resultado de los procesos de esta clase; y por último, si fuera necesario, deberán exigir la responsabilidad de quienes corresponda”²⁵.

Este texto nos muestra la primera interpretación que hicieron las propias Cortes de lo que significaba el alcance del art. 373 de la Constitución. Así, para el constituyente el sistema de protección de la Constitución está dotado en ese momento, con la única técnica elaborada a esas alturas históricas por la doctrina jurídica: el delito, el tipo penal que ha de castigarse por la autoridad competente, que tenían que ser, según prescribía el art. 243 de la Constitución, siempre los jueces y tribunales. De esta forma, el control constitucional se limita a una fiscalización externa por parte del cuerpo legislativo, de las actividades tendientes a la investigación y punición de tales delitos, sin que quepa entrar en el fondo del asunto, lo que supondría una violación del principio de separación de poderes²⁶. Así las cosas, la sanción penal de los infractores de la Constitución, vigilada y supervisada por las Cortes, era el único medio de defensa con que ésta contaba.

Las deficiencias que en el aparato jurisdiccional observaron las Cortes, y especialmente la lentitud de sus actuaciones, hicieron que el Decreto del 28 de noviembre de 1812 definiera estas causas como preferentes. Ello, como observa Pérez Tremps²⁷, no sirvió para aligera el asunto, por lo que las Cortes modificaron su interpretación de los artículos 372 y 373 superando los límites de ese control externo,

25 PÉREZ TREMPs, Pablo: op. cit, p. 64.

26 Los constituyentes españoles pensando en el respeto estricto del principio de separación de poderes, establecieron, a decir de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Las Constituciones Históricas Españolas*, op. cit., p. 115, algunos artículos que buscaban la independencia absoluta del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones. Así, son muestra de ello, los siguientes artículos: Art. 242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales; Art. 243. Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.

27 PÉREZ TREMPs, Pablo: op. cit, p. 65.

para entrar en un control sobre el fondo del asunto. Así, se desemboca en el "Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución", redactado a iniciativa de Muñoz Torero por la Comisión de Arreglo de Tribunales y presentado a las Cortes en su sesión del 13 de julio de 1813. El proyecto sigue la línea establecida en cuanto está dirigido a penar las conductas inconstitucionales públicas y privadas. Sin embargo, haciendo una interpretación alambicada del principio de separación de poderes²⁸, amplía el campo de actuación de las Cortes, que pasan a entender el asunto, a tenor del art. 30 del mencionado Proyecto en los siguientes términos:

"Cuando se denuncie a las Cortes alguna infracción de la Constitución, conforme a lo que ésta previene en los artículos 372 y 372 conviene mucho que las Cortes mismas, como conservadoras de las leyes fundamentales, sean las que declaren si hay verdadera infracción o no en el hecho denunciado, quedando a los jueces y tribunales competentes la calificación de las pruebas contra la persona acusada, la graduación de su delito, y la imposición de la pena que merezca según las leyes. En declarar las Cortes que tal hecho es contrario a la Constitución, no se puede decir que ejercen las funciones judiciales que les prohíbe el art. 243 de la misma, porque no declaran que tal persona cometió aquel hecho, ni gradúan el crimen, ni le aplican la pena determinada por la ley, que son las funciones propias de los jueces²⁹".

Como se puede apreciar meridianamente de estas dos citas, la interpretación que hacen las Cortes del concepto de infracción constitucional no es otra que la de un delito sancionado por las leyes penales como infractorio de algún artículo de la norma fundamental. Como ya vimos en el caso francés, la defensa de la Constitución era un tema que estaba presente en la mente de los revolucionarios liberales. Esta defensa no se imaginó, sin embargo, como ahora, como una técnica orientada a defender su supremacía y su eficacia jurídica; el grado de

28 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Las Constituciones Históricas Españolas*, op. cit., p. 102, ha hecho notar como las Cortes de Cádiz a pesar de haber forjado en teoría un modelo de estricta separación de poderes, que respetaba la independencia del Poder Judicial, en la práctica se inmiscuyeron constantemente en las funciones de este poder del Estado.

29 PÉREZ TREMP, Pablo: op. cit, p. 66.

desarrollo del pensamiento constitucional aún no era tan acabado; la defensa que se pretendió hacer de ésta, era más que nada una defensa política e ideológica. Para realizar esta defensa política, las Cortes o Asambleas, que en el momento revolucionario brillaban como representantes de la soberanía de la Nación, recurrieron al único instrumento que en ese momento disponían para realizar tal defensa política: la responsabilidad penal.

La defensa política e ideológica de la Constitución, la vemos en la responsabilidad penal desde el momento que los Parlamentos se adjudican importantes competencias en la persecución de los delitos contra la Norma Fundamental. En Francia, por ejemplo, como ya vimos, la Asamblea se reservaba el derecho de acusar a los Ministros por una serie de delitos que tenían en común la defensa de valores constitucionales; así como de acusar a cualquier ciudadano que atente o intente un complot contra la seguridad del Estado o la Constitución. Por la especial circunstancia histórica que vivía Francia, esta defensa de la Constitución, que era en sí una defensa de la Revolución, adoptó una fisonomía algo distinta que se vería reflejada en lo referente al delito contra la Constitución; que sería un tanto distinto que en España. Mientras que en Francia, el delito contra la Constitución significaba un delito contra el orden estatal, contra el nuevo orden liberal, contra el régimen constitucional en suma; en España tenía una connotación algo menos virulenta e ideológica, representaba un delito tan sólo contra una norma constitucional en particular. El carácter menos político del delito constitucional, se confirma en España con la nula mención que se hace de este delito cuando se habla de la reserva de acusación de las Cortes; más bien, el delito o infracción a la Constitución es mencionado en la parte concerniente a la "Observancia de la Constitución", como una forma de defensa de sus disposiciones normativas. En esta defensa de la Constitución a través de las "infracciones constitucionales" se involucra a las Cortes, pero no en el grado que significaba esta defensa en Francia, que como sabemos llegó incluso hasta el régimen del Terror, con el Comité de Salvación Pública y la *guillotine*. En España, como vemos en la primera interpretación que hacen las Cortes de su papel en la sanción de las infracciones constitucionales, éstas sólo efectúan un control de carácter externo, de vigilancia y excitación de los órganos judiciales para que éstos juzguen la correspondiente responsabilidad penal de los infractores. Sólo a partir del caso Fitzgerald

e impulsadas por la demora e ineficacia de los juzgados que dirigían estos procesos, las Cortes van a ejecutar una acción más directa en dicho control y, luego de disfrazar el rol que efectuarán, entran a conocer jurisdiccionalmente las infracciones constitucionales.

Destacan en el “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución”³⁰ dos artículos que nos parecen interesantísimos como apunte histórico respecto a la *tutela* que se brindaba a los ciudadanos a través de esta defensa política de la Constitución, que podríamos homologar de alguna manera como un “antecedente del amparo”. El artículo 31 del Proyecto literalmente expresa: “Declarada la infracción, mandarán las Cortes *reponer* todo lo obrado contra la Constitución, y dictarán los demás *remedios* oportunos; el acusado quedará suspenso, y se pasará certificación del acta de declaración, con el expediente original, al juez o tribunal competente, a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quién es el reo, el grado de su delito y los perjuicios que haya causado, se imponga al delincuente la pena que merezca por el hecho ya declarado, según las circunstancias más o menos agravantes con que aparezca del juicio, dándose cuenta de las resultas a las Cortes y al Gobierno” (cursivas nuestras).

Observamos aquí, al margen del juicio de responsabilidad penal que implicaba la comisión de una infracción a la Constitución, una nota característica del proceso contemporáneo de amparo, surgida en este caso al hilo del “conocimiento previo” que debían tomar las Cortes del ilícito constitucional. En efecto, una vez decretada la comisión de una infracción constitucional y antes de trasladar el expediente al juez competente para verificar la responsabilidad penal, las Cortes debían ordenar la “**reposición de las cosas al estado anterior**” de la afectación constitucional. Es decir, independientemente de la responsabilidad penal determinada en un juicio penal posterior, las Cortes debían adoptar todos los remedios para restituir al ciudadano reclamante en el ejercicio de sus derechos constitucionales. En la práctica, esto operaba como un *amparo* interpuesto ante el órgano de representación nacional, pues,

30 Vid. la versión completa del “Proyecto de Ley sobre la responsabilidad de los infractores de la Constitución” en el *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, editado por el Congreso de los Diputados, Sesión del día 13 de julio de 1813, Número 910, pp. 5698-5700.

como ya vimos, todo ciudadano español tenía el derecho de reclamar ante las Cortes la comisión de una infracción constitucional que, con lo dispuesto por el Proyecto sobre responsabilidad de los infractores a la Constitución, estaba en la obligación de efectuar todo lo tendiente a la reposición de las cosas al estado anterior³¹.

Finalmente, en el último numeral del Proyecto, el artículo 33, se dispuso: “Todos los jueces y tribunales procederán con la mayor actividad en las causas de infracción de la Constitución, prefiriéndolas a los demás negocios, y abreviando los términos cuanto sea posible”. Vemos aquí pues, que además de la característica antes de reseñada de la *tutela restitutoria* brindada por las Cortes, los juicios instaurados para verificar las infracciones a la Constitución debían tener otra nota esencial del amparo contemporáneo: la *tutela de urgencia*. El trámite preferente y la reducción de los plazos en este tipo de procesos así lo hacían denotar. Puede concluirse, pues, que no empece tratarse inicialmente de una forma política de defensa de la Constitución, el proveimiento de la responsabilidad por infracciones a la Constitución, reunió por lo menos tres características esenciales del proceso de amparo tal y como hoy es concebido:

- a) La relevancia otorgada a la infracción de bienes constitucionales que, como hemos visto, tenía una mayor importancia que la

31 Esta forma de defensa de la Constitución, en forma de acción popular ante las Cortes, fue incorporada también en nuestro ordenamiento constitucional debido a la influencia de la obra gaditana en nuestro primer constitucionalismo. Así lo ha precisado Daniel Soria Luján quien ha sostenido que “este modelo gaditano fue adoptado por el constitucionalismo inicial. Las fuentes históricas parlamentarias nos informan sobre la incorporación de este sistema. Así, en primer lugar tenemos el discurso preliminar elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente de 1822 (...) en donde se afirmó que el Congreso tenía el deber de examinar las infracciones a la Constitución y que no quede en pura teoría la responsabilidad de los infractores, resaltando la importancia de observar las leyes fundamentales para afianzar el gobierno y conservar y engrandecer la República”. Finalmente, como reseña el mismo autor, en la Carta de 1823 esto quedaría plasmado en el artículo 187 del modo siguiente: “Todo peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el poder ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución, y representar fundadamente las infracciones que notare” (Cfr. SORIA LUJÁN, Daniel: “Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el consejo de Estado (1839-1855)”, en *Pensamiento Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año V, N° 5, Lima, 1998, pp. 355 y ss.).

infracción de las leyes civiles o penales, lo cual denotaba una concepción de supremacía constitucional, si bien embrionaria.

- b) La composición de un medio de defensa ciudadano contra los agravios de naturaleza constitucional que, merced a la intervención de las Cortes, podía concluir en la reposición del agraviado en el ejercicio de sus derechos constitucionales.
- c) La estructuración de una tutela preferente y urgente en la tramitación de los juicios donde se verificaba la comisión de una infracción a la Constitución, lo cual suponía ya la idea de un proceso de especiales características en función de los bienes jurídicos tutelados que, eran los de mayor valor también en la mentalidad de los constituyentes gaditanos.

CAPÍTULO II

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN

LOS INUSITADOS ROLES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES*

Sumario: 1. Preliminar. 2. Perfil tradicional de los Colegios Profesionales. 3. La iniciativa en la formación de las leyes. 3.1. ¿Sobre qué materias? 3.2. Cuidado con el simple protagonismo político. 3.3. El procedimiento en la iniciativa de formación de las leyes. 3.4. Iniciativas legislativas y Demandas sociales. 4. La acción de inconstitucionalidad. 4.1. Alcances de la norma. 4.2. La legitimación de los Colegios Profesionales. 4.3. Normas objeto del control de constitucionalidad. 4.4. La materia objeto de cuestionamiento.

1. PRELIMINAR

Tema de vital importancia y digno de divulgación es el que se vislumbra en los gremios profesionales, tan ensimismados en sus autárquicos problemas internos y acaso, hasta hace poco tiempo, destinados a un rol demasiado discreto, sumado a cierta apatía e inoperancia de los directivos de los colegios profesionales en general.

La actual Constitución, en un hecho sin precedente, les reconoce nuevas potestades, a la par de las que ya tradicionalmente ostenta. Se trata, por tanto, de ir redimensionando las

* Publicado en la *Revista Jurídica*, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad. Año XL, N° 133. Enero-Diciembre de 1995.

funciones y labores específicas que la Carta Fundamental de 1993 le acuerda.

Lo más probable es que si se ejecutara en un futuro, con prudencia y tino, pero también con firmeza y coraje, al margen de la simple propaganda y ataque – típico de algunos grupos de presión– podrán, a la postre, convertirse en importantes baluartes que reflejen la más idónea expresión de lo que es, en rigor, la opinión pública que, como sabemos, es el termómetro del estado de conciencia que predomina en una sociedad con respecto a los problemas, acaso no sólo políticos sino también de interés general. Habrá de esperarse que los colegios profesionales no estén distraendo sus funciones institucionales y, muy por el contrario, se constituyan en la fuerza de la conciencia sobre diversos asuntos que, bien por ser de interés de un ámbito muy específico como son los profesionales agrupados en sus gremios, de hecho atañen también a la sociedad civil.

Dos grandes roles, de por sí inusitados, le competen actualmente a los colegios profesionales: a) de la iniciativa en la formación de las leyes y b) la potestad de ser sujetos legitimados procesalmente para entablar demandas de inconstitucionalidad contra leyes que afecten a algún sector profesional. Desde luego, para que estas nuevas potestades que ahora se reconocen sean utilizadas en forma idónea, es preciso que se afirme su encarnadura en los Decanos de los Colegios Profesionales, en sus Juntas Directivas y, a la larga, en el seno de sus agremiados. La internalización de dichos roles también habrá de pasar previamente por organizar diversos eventos, a fin de examinar, a partir de dichas potestades, el diagnóstico de la legislación que se requiere para cada sector profesional debidamente agrupado en su gremio; asimismo, examinar las eventuales leyes que afecten a la propia constitución.

2. PERFIL TRADICIONAL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Permítasenos aquí, antes de desarrollar los temas objeto del presente artículo, abordar panorámicamente los actuales roles de los colegios profesionales. De ordinario, los gremios profesionales han estado adscritos a un radio de acción que no ha ido más allá de sus esferas tradicionales. Y, aunque el ordenamiento jurídico los ha venido definiendo desde la Constitución de 1979 como “institucio-

nes autónomas con personería de derecho público" (Constitución de 1979: art. 33 y Constitución de 1993: art. 22), los colegios no han pasado de ser más que entidades corporativas integradas por personas naturales que ostentan un título profesional y que ejercen sus funciones en un determinado ámbito territorial (provincia, departamento), teniendo como finalidad la de afirmar la defensa de sus agremiados, el ejercicio digno, honrado y eficiente de la profesión, cuidando de que sus miembros cumplan estrictamente con los deberes y obligaciones que su alto ministerio les impone.

Consustancial a dichos roles, los colegios profesionales han tenido un régimen claramente definido, como ocurre casi en todos los países: a) el gobierno de la matrícula profesional, a fin de que se verifique, entre otros asuntos, el ejercicio ilegal de la profesión; b) la potestad disciplinaria sobre sus miembros en lo que atañe a la falta de ética en el ejercicio de la profesión y que, en la práctica es casi nulo este aspecto o muy rarísimas veces se imponen sanciones a los profesionales por sus propios colegios.

Hasta aquí, y desde luego en forma muy esquemática, las competencias de los gremios profesionales, las mismas que deben mantenerse, pero exigen de sus directivos mayor dinamismo en revitalizar incluso sus roles cotidiano. Sin embargo a éstos, hoy se suman otros, ya no de naturaleza estrictamente gremial, aunque estén vinculados. Se trata, como ya se ha dicho, de las potestades que ahora tienen y que, en algún futuro, habrán de irse ejecutando por parte de cualquier colegio profesional. Veamos pues, cada uno de estos nuevos e inusitados roles que prevé la actual Constitución de 1993.

3. LA INICIATIVA EN LA FORMACION DE LAS LEYES

Permítasenos un breve introito. ¿Qué es la República? Es el gobierno de todos. Y bueno es tenerlo presente pues los gobernantes son los primeros en olvidarlo. Hace algunos años, el meritísimo ius-constitucionalista Germán G. Bidart Campos señalaba agudamente que: "La república no es el feudo ni el botín de quienes gobiernan porque ganaron. República, en el latín antiguo de la época romana, significa la "*res pública*", la "cosa pública", la cosa de todos, la cosa común, de los ganadores y de los perdedores, porque unos y otros

deben, cada cual desde su puesto, hacer algo en común, hacer de la política del bien común, para todos, para el público, para la sociedad” (*Para vivir la Constitución*. Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 78). En rigor, quienes detentan el poder son simplemente gobernantes que legitimizan su acceso al gobierno por el clásico procedimiento de selección o designación que, directa o indirectamente, supone la participación de la sociedad o, específicamente, los electores en el mecanismo de elección. Por tanto, como también refiere el jurista argentino Bidart Campos, “el gobernante emerge de un fragmento de la sociedad”, pero con el título abarcador de toda sociedad” (op. cit., p. 176). Si esto es así, no siempre o quizás raras veces el detentador del poder honra con satisfacer a toda la sociedad civil. En lo que particularmente interesa en esta nota, la producción legislativa muchas veces no marcha al compás de los requerimientos de la sociedad; y más específicamente del sector involucrado en un ámbito profesional que requiere de un determinado stock de normas que resultan de suma importancia para el ejercicio y la protección misma de la profesión. En este caso, la posibilidad de suplir el ocio legislativo, el Congreso puede verse superado, si acaso las entidades de las corporaciones profesionales activen su propia iniciativa en la formación de las leyes que ellos mismos reclaman. Ya no se trata, por ende, de utilizar el mecanismo un poco más complicado de reunir miles de firmas vía la *iniciativa popular*; sino que el gremio profesional (y no necesariamente tenemos que esperar que sea de la capital) lo interponga en el marco de lo que prevé la actual Constitución.

3.1. ¿Sobre qué materias?

Ahora bien, surge la interrogante sobre qué asuntos o materias los colegios profesionales deben plantear los petitorios en el seno del Congreso. De acuerdo al texto constitucional, la respuesta es clara: sobre “*las materias que le son propias*”. Es decir, los gremios de profesionales ya sea de médicos, enfermeras, ingenieros, arquitectos, contadores, nutricionistas, odontólogos, químico farmacéuticos, relacionistas públicos, periodistas, abogados, licenciados en administración, economistas (sólo por citar algunos colegios) podrán formular proyectos de ley sobre aspectos relacionados con su campo. Está demás señalar que el Colegio de Abogados de La Libertad, por ejemplo, se le ocurra

plantear una iniciativa sobre algún asunto que compete a los químicos farmacéuticos.

Lo indudablemente complicado, que seguramente se le habrá de presentar a cada gremio de profesionales, es ver qué materia requiere ser llevada al Congreso para que, en el mejor de los casos, se positivice vía una ley. Desde luego, nadie podrá sensatamente argumentar que los profesionales no requieren de diversas leyes o normas que amplíen sus necesidades vitales, o suplan vacíos o deficiencias en la legislación nacional; alguien podrá argüir que basta con el catálogo de los derechos fundamentales de las personas y, subsumidos en ellos, un diverso *stock* de normas fundamentales que tienen los profesionales, para que con ello el ejercicio individual y corporativo de la profesión esté libre de todo tipo de afectación. Empero, en un país como el nuestro, las cosas no son tan simples debido a la sempiterna vocación de indiferencia y apatía de quienes están en el Poder Político. Por ahora, pues, resulta difícil imaginar las diversas normas *ad hoc* o específicas sobre el vasto mosaico de problemas que ahora encaran los profesionales en la vorágine de la vida cotidiana. Sin embargo, de acuerdo a las contingencias y a la dinámica de la sociedad, se irán cotizando algún tipo de necesidad que torna impostergerable su atención con la demanda de la formulación de tal o cual ley.

3.2. Cuidado con el simple protagonismo político

Pero así como es necesario hacer catequesis en este rol que debe utilizarse, también es necesario alertar que no se trata de ir auspiciando una fiebre de iniciativas legislativas por doquier. No faltarán algunos decanos que, con un inocultable afán de protagonismo político, esgrima este rol por el simple prurito de notoriedad personal. Se trata, en puridad, de que se utilice esta institución de la iniciativa en la formación de las leyes cuando ello lo amerite. El tiempo, sin prisa pero sin pausa, irá vadeando y decantando esta participación de por sí encomiable.

3.3. El procedimiento en la iniciativa de formación de las leyes

El mecanismo de la iniciativa en la formación de las leyes podrá ser bajo dos aspectos: el simple petitorio en el Congreso, expresando la

necesidad de que se dicte tal Ley, con los alcances que ella debe tener, (*iniciativa simple*); o podrá el colegio profesional presentar incluso su propio proyecto de ley, (*iniciativa formulada*). Independientemente de cualesquiera de los dos procedimientos por utilizar, lo más probable es que muchas iniciativas que se formulen en la formación de las leyes, no tengan la receptividad en el seno del Congreso. Con todo, la actitud del Congreso o de sus miembros que lo conforman, deberá ser aquilatada por la opinión pública. No se descarta la hipótesis de que el Congreso en algún momento tenga alguna razón en no acoger tal pedido, pues la dación de una ley puede, como consecuencia de ello, tener efectos imprevistos y negativos en el resto de la sociedad; pero también, por otro lado, puede ocurrir que dicha normatividad que se está requiriendo, resulte inocua en el sentido de no afectar a terceros y, muy por el contrario, supla y llene algún vacío que la legislación positiva no lo regulaba a determinado sector de profesionales.

3.4. Iniciativas legislativas y Demandas sociales

Subyace en las iniciativas que habrán de impulsar los colegios profesionales (como también otros sectores que prevé el Código Político como son: municipios, instituciones públicas autónomas, los ciudadanos, etc.) una suerte de demanda social. En esta misma catequesis de reflexión axiológica-jurídica, el citado constitucionalista latinoamericano Germán J. Bidart Campos precisa que toda demanda es todo lo que se pide, se ambiciona, se pretende, se exige, se quiere conseguir, y para cuya concreción hay que convertir los insumos en productos. Normalmente toda demanda suele transitar por el campo de la petición y de las presiones. La Constitución ha ubicado a las entidades corporativas de las profesiones en instituciones legitimadas para peticionar leyes.

De allí que la quietud rutinaria de los colegios profesionales, tendrá un singular protagonismo legítimo cuando activen el resorte de la iniciativa en la formación de las leyes que habrán de hacer llegar al Congreso. He aquí pues, un buen motivo para desplegar esfuerzos en quienes tienen el liderazgo institucional de los diversos gremios de profesionales.

4. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El otro gran rol que tienen los colegios profesionales es el de interponer directamente demandas de inconstitucionalidad contra determinadas leyes que afecten a su sector. De acuerdo con la actual Constitución (art. 203), están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

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

Como se podrá apreciar, las entidades facultadas para interponer demandas de inconstitucionalidad se ha ampliado, en relación con el art. 299 de la abrogada Constitución de 1979.

De la lectura de este elenco merece subrayar el último inciso que amplía, sin precedentes, la posibilidad de que los colegios profesionales sean sujetos legitimados para activar la acción de inconstitucionalidad.

4.1. Alcances de la norma

La *ratio legis* o razón de ser de la actual norma que faculta a los gremios profesionales a ser sujetos legitimados procesalmente para interponer impugnación en torno a la constitucionalidad de alguna norma ante el Tribunal Constitucional es que, en los hechos, pueda que

el órgano emisor de la norma cuestionada de inconstitucional, afecte no sólo el principio de supremacía de la Ley Fundamental, sino que, como consecuencia de ello, a algún sector profesional, al estar en juego un *stock* de principios y derechos constitucionales que afecten grandemente a alguna corporación de profesionales o en la individualidad de cada uno de ellos. De manera que, en la hipótesis que se aprobara y publicara alguna norma flagrantemente inconstitucional, el gremio profesional afectado podrá *directamente* entablar la correspondiente acción de inconstitucionalidad ante el órgano jurisdiccional competente: el Tribunal Constitucional.

He aquí pues, el segundo gran rol inusitado que merece también su reflexión y divulgación. Bajo esta perspectiva, ya no habrá de esperar que otras entidades — como las que habían en la Constitución de 1979 — cuestionen la norma; será en definitiva el propio gremio de determinado sector profesional el que lo haga.

4.2. La legitimación de los Colegios Profesionales

De ordinario, las personas legitimadas para interponer una acción de inconstitucionalidad, han sido restringidas; pues se trata en los hechos de una norma que, al ser declarada inconstitucional, tiene efectos para todos; esto es, *erga omnes*, de allí que cualquier persona — sea ésta natural o jurídica — no podría plantear un proceso de inconstitucionalidad. La Constitución de 1979 redujo la legitimación procesal a las siguientes entidades: a) El Presidente de la República; b) La Corte Suprema de Justicia; c) El Fiscal de la Nación; d) Sesenta Diputados; e) Veinte Senadores; y f) Cincuenta mil ciudadanos con firma comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. En lo que hubo de la corta experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, dichas entidades jugaron un rol demasiado discreto; las expectativas de la sociedad civil que cifraron esperanzas en que alguna entidad asumiera el cuestionamiento de alguna ley, fue en los hechos nula; y aún la misma ciudadanía no asumió organizadamente la posibilidad de demandar directamente, por el coste de las firmas, que según la opinión pública, eran “demasiadas”.

Si bien la doctrina contemporánea, respecto a quienes deben estar legitimados para demandar la inconstitucionalidad de las le-

yes no es del todo pacífica; hay quienes auspician de que se debe dar oportunidad de una mayor participación a las organizaciones y asociaciones profesionales, de consumidores o usuarios, de sindicatos; en suma, de toda la ciudadanía, en tomo al control de la Constitucionalidad de las leyes. En este aspecto, la Carta Constitucional de 1993 ha ampliado la legitimación; y, en lo que respecta a los colegios profesionales, las posibilidades son muy grandes. Resta aquí señalar que el Decano de un determinado Colegio Profesional; con acuerdo de su Junta Directiva, serán las personas que deberán entablar dicha acción (art. 90, inc. 4 de la LOTC). Lo más probable es que antes de que se active alguna demanda, la Junta Directiva convoque una Asamblea General para acordar llevar dicha acción ante el Tribunal Constitucional; si bien estos aspectos no han sido precisados, estimamos que el peso de una Asamblea General con el acuerdo respectivo, le da mayor corporatividad institucional y que no quede sólo al criterio de quienes circunstancialmente están en la Junta Directiva, incluyendo obviamente a su Decano.

4.3. Normas objeto del control de constitucionalidad

A diferencia de la Constitución de 1979 (art. 298, inc. 1) que precisaba sobre qué tipo de norma podían ser susceptible de declarar su inconstitucionalidad, la actual no es explícita. Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en su numeral 20 señala que el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo, las siguientes normas:

1. Las Leyes;
2. Los decretos legislativos;
3. Los decretos de urgencia;
4. Los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los Artículos 56 y 57 de la Constitución;
5. Los reglamentos del Congreso;
6. Las normas regionales de carácter general; y

7. Las ordenanzas municipales.

Lo más probable es que la enumeración del art. 20 de la LOTC puede ser considerada tasada y concluyente y que no admitirá la posibilidad de incorporar, vía una acción de inconstitucionalidad, a otro tipo de constelaciones normativas. Con todo, baste con el *stock* de dichas normas, para que la asociación profesional pueda legitimizar una demanda. Pero precisemos: no todas las normas podrá ser susceptibles de ser cuestionadas por algún colegio profesional; por lo general serán las leyes y los decretos legislativos; eventualmente los tratados internacionales, las normas regionales y las ordenanzas municipales.

4.4. La materia objeto de cuestionamiento

Independientemente de los vicios de inconstitucionalidad que pueda tener una norma (por la “forma” o por el “fondo”); esto es, vicios sustanciales y vicios formales de inconstitucionalidad; es preciso ver cuando un colegio profesional está legitimado para impugnar la constitucionalidad de una norma. El razonamiento inmediato que surge es que cualquier colegio profesional, aun cuando exista alguna norma que afecte a la Constitución, no podrá entablar la correspondiente acción ante el Tribunal Constitucional si es que dicha norma no regula materia que le sea de particular interés a determinado gremio profesional. Una interpretación contraria podría significar que cualquier colegio puede estar planteando demandas contra cualquier ley; y ello, obviamente no es así. Se trata pues, de que sólo habrá de activarse la acción de inconstitucionalidad en los siguientes casos: a) cuando la norma en cuestión, tenga vicios formales o sustanciales de la Constitución; y b) cuando, aún en la sospecha de que la norma sea inconstitucional, dicha norma debe regular alguna materia que atañe, interese o afecte a un ámbito de profesionales agrupados corporativamente en un Colegio Profesional.

Es más, podríamos advertir que, al margen de la constitucionalidad o no de la norma, el Tribunal Constitucional *prima facie* tendrá que verificar si, interpuesta una acción de inconstitucionalidad, dicha norma tiene o no que ver con alguna materia de la especialidad vinculado al Colegio Profesional o indistintamente al conjunto de profesionales agrupados en su gremio respectivo. No se descarta que pueda

haber alguna norma que sea pasible de “compartir”, por así decirlo, especialidad de diversos sectores; o que también la norma objeto de cuestionamiento, no sea de una “especialidad” rigurosamente vinculada a algún colegio profesional, pero que determinado gremio de profesionales, por razones de principio, interponga la acción.

En fin, será definitivamente el Tribunal Constitucional que, en el marco de ser el “órgano de control de la Constitución” (art. 201) y su intérprete, señale los derroteros, a través de una jurisprudencia creativa y no desalentadora, como la que hemos tenido en el pasado Tribunal de Garantías Constitucionales, si bien que las limitaciones que tuvieron sus antiguos integrantes, partía de la propia configuración, que es también la que, en parte tiene, el actual Tribunal Constitucional.

Con todo, he aquí dos grandes e inusitados roles que habrán de desarrollar los colegios profesionales, sin que ello signifique que sus fines institucionales o gremiales queden de lado, pues en verdad los roles tradicionales son la razón de ser de cada colegio profesional y los que ha incorporado la actual Constitución los que eventualmente asuman cada colegio.

LA REGIONALIZACIÓN EN EL PERÚ: BALANCE Y PERSPECTIVAS*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. VISIÓN PANORÁMICA DE LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL EN EL PERÚ. 3. LA ETAPA INTERMEDIA. 4. LA ETAPA ACTUAL. 5. PERFILES CONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO REGIONAL EN EL PERÚ. 5.1. ¿Cómo están conformadas las regiones? 5.2. La estructura actual de los Gobiernos Regionales. 5.2.1. El Consejo Regional. 5.2.2. El Presidente Regional. 5.2.3. El Consejo de Coordinación Regional. 5.3. Las Competencias de los Gobiernos Regionales. 6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS REGIONES. 7. LAS PERSPECTIVAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN EL PERÚ.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El problema de la demarcación territorial sigue siendo una constante, no sólo en la discusión teórica, como es la que hoy nos congrega en este informe académico; sino ante todo, un problema de cómo a partir de una determinada realidad estatal, se

* Artículo publicado en *Tendenze del decentramento in Europa e América Latina* (Los procesos de descentralización política en Europa y Latinoamérica), a cura di G. RUIZ-RICO RUIZ, L. PEGORARO, A. ANGUITA SUSI, G. PAVANI, Librería Bonomo Editrice e Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lectura Series, Librería Bonomo editrice, Bologna, 2004.

organiza una estructura territorial que presuponga un *buen gobierno*¹. Estamos pues ante la *idealización* de un determinado *modelo o sistema* que en algunos países funcionan bien; y en otros, bajo heterodoxas formulaciones pretenden funcionar, como funcionan en los Estados modélicos y paradigmáticos. En consecuencia estamos ante un problema que la *ingeniería constitucional* de cada país debe ir solucionando².

La organización territorial de los Estados, no sólo es un tema que en la *praxis política*³, se reabre como debate, cada vez que un país en América Latina refunda normativamente su Nación, a través de un *Poder Constituyente*⁴, llamado a elaborar una nueva Constitución; sino que observamos que en el mismo continente europeo, desde hace muchos años se viene desarrollando una sorprendente experiencia -con muchos bemoles por supuesto- a través de la Unión Europea que hoy cuenta no sólo con un *Parlamento*, una *Jurisdicción Constitucional Supranacional*, una *moneda común*, sino también, dentro de poco, con una *Constitución*. Bajo esta perspectiva, podemos afirmar que América Latina, lamentablemente atraviesa por dos grandes problemas; por un lado, aún no existe una vocación en los gobernantes por unificar una estructura política en la región, que le permita consolidar y competir mínimamente dentro de esta *globalización* con Europa y Estados Unidos de Norte América. Y es que en Latinoamérica la relación centralización-descentralización del poder que se desarrolla en el ámbito territorial, muestra una persistente tendencia a la *concentración* que es una forma de reforzar el monopolio del poder político⁵.

Y, por otro lado; mientras a nivel mundial se viene produciendo el fenómeno de uniones supranacionales, como la Unión Europea, por

1 El *desideratum* axiológico de un "buen gobierno" es ámbito de estudio de la Filosofía Política. Vid., al respecto, los aportes de Norberto BOBBIO: *El Filósofo y la Política*. Antología. Estudio Preliminar y Compilación de José FERNÁNDEZ SANTILLAN, 2da. Edic., EFE, México; 2002.

2 SARTORI, Giovanni: *Ingeniería constitucional comparada*, EFE, México; 1994, pp. 211 y ss.

3 SARTORI, Giovanni: *La Política. Lógica y método en las Ciencias Sociales*, 3era. Edic., EFE, México, 2002, pp. 87 y ss.

4 COLOMER VIADEL, Antonio: *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*, Edic. de Cultura Hispánica, Madrid.

5 QUIROGA LAVIE, Humberto: *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, pp. 385 y ss.

ejemplo⁶; en el interior de cada país latinoamericano se mantiene un problema inversamente proporcional: se trata, de que los regímenes permanentemente centralistas y unitarios no han permitido que en el interior de los Estados se afirme y consolide estructuras territoriales que gocen de cierta autonomía que termine o bien con un sistema federal o regional. Este es el caso del Perú.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En virtud a las consideraciones preliminares formulamos aquí una aproximación o tentativa de enunciación del problema y que descriptivamente podríamos señalar que se trata de una compleja realidad problemática que, por un lado, atañe a las voluntades políticas de una casi inexistente clase política gubernamental que pretenda consolidar en una basta perspectiva histórica el permanente problema de la descentralización del país por un lado; y por otro tratase aquí de que los ordenamientos jurídicos como es el caso del Perú apenas ha empezado con un diseño constitucional vía una reforma constitucional fruto de un poder constituyente derivado que surge en el contexto de un régimen de transición; pero que a la fecha apenas y tenemos un diseño constitucional que no se expresa en la realidad y lo que a la fecha existe es un simple cambio de las antiguas circunscripciones departamentales –que aún perviven– y que han pasado estos mismos departamentos en regiones. Y el problema es que aparte de la frustrante voluntad política que no deciden políticamente impulsar una verdadera regionalización; tenemos un diseño constitucional que es acaso una sombra de la concepción regional que le diseñara la antigua constitución de 1979.

Como se podrá apreciar la enunciación del problema reviste diversas aristas y meandros, todos interconectados con la problemática de una promesa republicana incumplida como calificara Basadre en su momento.

6 Lo cual no significa dejar de reconocer complejas manifestaciones de separatismo no sólo en la ex -Europa del Este, sino casos como España e Irlanda.

2. VISIÓN PANORÁMICA DE LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL EN EL PERÚ

La demarcación territorial en el Perú ha venido pasando por diversas etapas que por ahora no es el caso desarrollarlo por razones de tiempo y espacio; pero en una apretadísima síntesis encontramos varias formas evolutivas.

1. Una de las primeras etapas y que en esto, la palabra lo tienen más que los juristas, los historiadores, sería la organización del *Imperio Incaico*. Como se sabe, en los albores del segundo milenio, los incas después de someter por la fuerza y en otras por vías pacíficas a antiguas culturas pre-incas, el Imperio se constituyó por más de dos siglos en cuatro *suyos* o regiones partiendo de la capital, Cuzco llamado "*La capital y ombligo del Estado Inca*"

Estos regiones, fueron Chinchaysuyo (al norte); Collasuyo (al sur); Antisuyo (al este) y Contisuyo (al Oeste).

2. Esta estructura territorial y política, luego habría de sucumbir con la conquista de fuerzas hispano-occidentales. Fue así cómo se configura la Colonia Española y del cual hay ríos de tinta sobre este encuentro de interculturización y con todo lo que ello supuso⁷.

Pero lo cierto es que con la llegada de los conquistadores, se produce una desintegración de la estructura de los cuatro suyos y se reestructura las extensas tierras acorde a los intereses de la Colonia⁸.

Fue así como, consolidada la Colonia española aparecen las *gubernaciones* (Nueva Castilla y Nuevo Toledo) a consecuencia de la Capitulación de Toledo (26 de julio de 1529).

El Virreynato, en este contexto, se consagra como la forma más elevada del dominio español, y es el que tiene más larga duración: 282 años (desde el 20 - 11 - 1542 al 9 de diciembre 1824).

7 GALEANO, Eduardo: *Las venas abiertas de América Latina*, Siglo XXI Edit., México, 1997.

8 KAPLAN, Marcos: *el Estado Latinoamericano*, UNAM, México, 1996, pp. 14 y ss.

Con la muerte de Diego de Almagro y Francisco Pizarro, las *gobernaciones* desaparecen y surgen los *corregimientos* que, en realidad, cohabitaron paralelamente con una organización económico-social religiosa que fueron los REPARTIMIENTOS o ENCOMIENDAS.

Esta división territorial existente en la colonia habría de durar hasta 1782, pues fruto del alzamiento del Cacique TUPAC AMARU, la Corona impone otras organizaciones, a fin de seguir manteniendo sus dominios de ultramar: se crean así las *intendencias*.

Posteriormente, luego de la independencia, el Perú organiza su sistema bajo circunscripciones territoriales denominadas *Departamentos*.

Esta etapa, habría de mantenerse hasta la Constitución de 1979, pues bajo esta Constitución el país debía organizar territorialmente en regiones y que éstas podían incluir, en los hechos, uno o varios Departamentos⁹.

Esta etapa quedó trunca, pese a la experiencia de los gobiernos regionales que se impulsaron bajo el régimen de Alan García (1985 - 1990)¹⁰; en todo caso, la interrupción de la democracia a través del golpe del 5 de abril de 1992, echó por tierra esta experiencia¹¹.

3. LA ETAPA INTERMEDIA

¿Qué es lo que ha pasado luego? la Constitución de 1993 que, como se sabe, fue fruto de un gobierno autoritario, dispuso *nominalmente*, en la expresión de Karl Loewenstein, un gobierno regional que nunca funcionó.

9 LANDA ARROYO, César: "Las normas regionales y el ordenamiento Jurídico nacional", en *Derecho*, Rev. de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 39, 1985, pp. 191-228.

10 PASARA, Luis y PARODI, Jorge (Edit.): *Democracia, Sociedad y Gobierno en el Perú*, CEDYS, Lima, 1988.

11 COMISION ANDINA DE JURISTAS: *Del Golpe de Estado a la nueva Constitución*, CAJ, Lima 1993.

Al menos, así se aprecia en el art. 189 que establece: *“El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada”*

Y luego de prescribir líricamente en el art. 188 que *“la descentralización es un proceso que tiene como objetivo el desarrollo del país”*, el art. 190 establece cómo deben constituirse las regiones, que son *“por iniciativa y mandato de las poblaciones”*.

Y así, desde 1993, hasta el 2002 el país, había contado sólo con las “CETARS”, que fueron los Consejos de Coordinación regionales, pero jamás hubo la intención política de descentralizar el país; todo lo contrario, se configuró un *hiper-centralismo*, pese al mandato constitucional de impulsar una estructura regional.

4. LA ETAPA ACTUAL: Los inicios de una paulatina consolidación de las regiones en el Perú.

Como quiera que la Constitución de 1993 fue objeto de una reforma Constitucional llevada a cabo en el 2002, el legislador ordinario, que devino en un Poder Constituyente Derivado, impulsó una reforma ampliando, adicionando y reformulando el tema de la Región en el Perú.

A la fecha, existen en todo el Perú gobiernos regionales y que, a partir de allí el cuadro resulta ser el siguiente:

- a) Un diseño constitucional orgánico sobre las regiones, a partir de la reforma Constitucional de 2002.
- b) Un marco de leyes que desarrollan los gobiernos regionales; y que se expresa a través del siguiente bloque de leyes (y que bien puede ubicarse en parte como un bloque de Constitucionalidad).
 1. Ley de Bases de la Descentralización
Ley N° 27783 (20 jul.2002).
 2. Ley de demarcación y Organización Territorial
Ley 27793 (25 jul. 2002).

3. Ley General de Transparencia de los Actos de Gobierno, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas, Ley 27806 (3 Agosto 2002).
4. Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867 (18 Nov. 2002) y sus actuales modificatorias: Ley 27902.
5. Finalmente, la actual Ley Orgánica de Municipalidades.

5. PERFILES CONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO REGIONAL EN EL PERÚ

Frente a la lacónica regulación Constitucional que le asignó la constitución de 1993, la reforma actual en el art. 188 establece que “La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país”.

La norma establece que el proceso de descentralización se debe realizar por etapas, en forma progresiva y ordenada.

A nivel de la legislación de desarrollo constitucional, la Ley de Bases de la Descentralización, le atribuye los siguientes principios a la descentralización:

- La permanencia, su dinamismo, su irreversibilidad, su carácter democrático, la integralidad, la subsidiariedad y la gradualidad (art. 4 de la Ley 27783).

5.1. *¿Cómo están conformadas las Regiones?*

A esta interrogante el art. 189 reformado establece que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuya circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local”.

Luego la propia Constitución, rescatando en esto lo que prescribía la Constitución de 1979 establece en el art. 190 reformado que “Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente conformando unidades geoeconómicas sostenibles”.

Igualmente la Constitución establece que “*Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región*”. Sin embargo, ningún departamento expresa esa voluntad a la fecha, lo que no se descarta que a futuro ello ocurra.

5.2. La Estructura actual de los Gobiernos Regionales.

La actual Constitución reformada ha delineado una estructura básica a los gobiernos regionales, a través del siguiente diseño:

- EL Consejo Regional
- EL Presidente Regional
- El Consejo de Coordinación Regional

5.2.1. El Consejo Regional:

De acuerdo con la Constitución y la LOGR el Consejo Regional es el órgano normativo y fiscalizador del Gobierno regional. Esta entidad está integrada por el Presidente Regional, el Vicepresidente Regional y los Consejeros de las provincias de cada región. La Ley le asigna un mínimo de siete (07) y un máximo de (veinticinco) 25 que son elegidos por sufragio directo por un período de 04 años.

5.2.2. El Presidente Regional:

La Presidencia regional constituye el órgano ejecutivo del Gobierno Regional y es elegido por sufragio directo conjuntamente con un Vicepresidente por un período de 4 años, su mandato, al igual que el de los Consejeros Regionales es irrenunciable, pero revocable.

5.2.3. El Consejo de Coordinación Regional:

Es un órgano consultivo y de coordinación, está integrado por los Alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil.

5.3. Las Competencias de los Gobiernos Regionales:

La Constitución y, en mayor amplitud la Ley de Bases de Descentralización establece las competencias de los Gobiernos Regionales que son exclusivas, compartidas y delegadas. Con todo, el art. 192 de la Constitución reformada establece un amplio elenco de lo que aquí podríamos denominar las prerrogativas de una *Garantía Institucional*¹² que hoy tienen los actuales gobiernos regionales que precisamente surge de lo que la propia Constitución peruana le atribuye como ámbitos competenciales.

6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS REGIONES

Si bien hoy cabe hablar de una constelación de normas tanto en la esfera nacional, regional y local; interesa auscultar cómo es la actual estructura del orden jurídico regional en el Perú. Por principios se ha establecido que las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional y no pueden invalidar ni dejar sin efectos normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno. Igualmente se precisa que el ordenamiento jurídico regional se va a regir por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa. Con todo, el actual ordenamiento se expresa en lo siguiente:

A. El Consejo Regional

Le corresponde promulgar normas de carácter general, mediante la aprobación de *Ordenanzas Regionales* sobre asuntos de su propia competencia y sobre materias que son objeto de decisiones sobre asuntos internos del Consejo Regional.

Las Ordenanzas Regionales son normas regionales de carácter general que tienen fuerza de ley en la región. Por tanto la Ordenanza Regional expedida al amparo de las facultades del Consejo Regional (Art. 15 de la LOGR) son normas con plena eficacia y validez en el ámbito de la Región, al igual que una ley nacional, debido a la naturaleza legislativa de la misma. Igualmente, entre una Ordenanza Regional y

12 PAREJO ALFONSO, Luciano: *Constitución, Municipio y Garantía Institucional*, Grijley Edit., Lima, 2000.

otra, ambas tienen el mismo nivel jerárquico, primando el principio de norma específica prima sobre la norma genérica; y ordenanza regional posterior deroga ordenanza regional anterior.

Aparte de las Ordenanzas Regionales, el Consejo Regional también expide Acuerdos del Consejo Regional.

Estos acuerdos expresan la decisión del Consejo Regional sobre asuntos internos del Consejo, o de asuntos de interés público, ciudadano o institucional o declara su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.

B. La Presidencia Regional

Le corresponde emitir normas de carácter general y dictar resoluciones sobre los actos administrativos de los órganos del Ejecutivo Regional. Los “Decretos Regionales”, en tal sentido, son normas generales que se deben circunscribir por ejemplo, a reglamentar las Ordenanzas Regionales que emita el Consejo Regional.

Estas resoluciones regionales, tienen tres niveles, que son: a) La Ejecutiva Regional, emitida por el Presidente Regional; b) la Gerencia General regional, emitida por el Gerente General regional; y c) la Gerencia Regional, emitida por los Gerentes Regionales.

Igualmente sancionan los procedimientos para la Administración Regional y resuelven asuntos de orden general y de interés ciudadano.

Por otro lado la Presidencia Regional expide “Resoluciones Regionales” que son normas que regulan asuntos de carácter administrativo.

7. LAS PERSPECTIVAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN EL PERÚ

No obstante la aparente “buena voluntad” que existe en el actual gobierno¹³ pese a los alarmantes índices de desaprobación que vive el gobierno de Alejandro Toledo; bueno es reconocer la decisión política de impulsar una actual demarcación regional que aún está incipiente.

13 DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Descentralización y buen gobierno*, Lima, 2003.

Por lo pronto, los actuales departamentos se han convertido hoy en “regiones” y, aparte de los futuros problemas de los conflictos de competencia que se habrán de afrontar y que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ya prevé en el art. 46, lo cierto es que, conforme expresa la actual reforma constitucional, las regiones deben crearse sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles (art. 190). Sin embargo, a la fecha no existe ningún paso en esta perspectiva y cada departamento es hoy una insólita región; y el único provecho que podría haberse obtenido, es tratar simplemente de afirmar una pretendida autonomía que pasa ineludiblemente por lo político, económico y administrativo, pero que el Gobierno Central, aún no permite materializar este proyecto constitucional. Con todo, el futuro de la gobernabilidad del país pasa por consolidar las regiones, tal como está prefigurado en la actual reforma constitucional.

DIEZ AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO PERUANO*

Sumario: 1. Balance necesario. 2. La constitucionalidad de un gobierno. 3. La vigencia constitucional. 4. Necesarios correctivos. 5. Las leyes de desarrollo constitucional. 6. La legislación delegada. 7. Decretos presidenciales de urgencia. 8. Correctivos de los decretos presidenciales

I

El 12 de julio de 1979 fue promulgada la Constitución Política del Perú, después de casi un año de debates en la Asamblea Constituyente. Tiene pues, 10 años de haberse promulgado, aunque, en rigor, el 28 de julio del próximo año recién cumpla una década de vigencia. Con todo, desde que se promulgó la Carta Fundamental, ya el Gobierno Militar, pese a ser un régimen de facto, se ciñó a los mandatos que la Constitución establecía, no obstante haber hecho algunas observaciones a determinadas, disposiciones transitorias de la Constitución, pues en el fondo, la transferencia del poder a la “civilidad” no se vio afectada.

* Publicado en dos artículos en el Diario *La Industria* de Trujillo, los días 20 y 21 de julio de 1989.

1. BALANCE NECESARIO

A 10 años de promulgada la Carta Política, por razones no sólo académicas, sino políticas y de civismo democrático, resulta útil hacer un balance de esta década de constitucionalismo peruano, cuyo ciclo termina el 28 de julio de 1990.

Una interrogante básica que resume el balance de estos 10 años es la siguiente: ¿La Constitución ha sido realmente cumplida en estos dos períodos de gobierno? Desde luego, dicha interrogante resulta muy extrema, dado que no todo gobierno se ciñe en forma absoluta a las pretensiones de una Constitución. En todo caso, podría formularse esta otra que es más objetiva: ¿cómo se ha venido desarrollando la Constitución en estos dos poderes constituidos tanto del gobierno de Acción Popular y del APRA? Seamos claros y objetivos: el balance, pese a que no es totalmente desolador, deja mucho que desear.

2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN GOBIERNO

Existe la creencia -y son los gobernantes que más lo esgrimen- de que un gobierno por el sólo hecho de haber sido elegido democráticamente, necesariamente va a ser y terminar su mandato sin mácula de inconstitucionalidad. No, es un error creer así. No todo gobierno, por el hecho de llegar al Poder constitucionalmente, en su trayectoria y conducta va a escoltar siempre dicha constitucionalidad. A despecho de su legalidad de origen, un gobierno puede devenir en inconstitucional por muchas razones. Y, es dentro de este contexto, que ambos periodos de gobierno han tenido una conducta de dudosa y discutible constitucionalidad.

3. LA VIGENCIA CONSTITUCIONAL

Un texto constitucional, para que se aplique en la realidad, para que tenga plenitud, debe contar con dos factores que funcionen bien. Uno es el factor externo que condiciona su vigencia; otro es el factor de orden jurídico interno.

Externamente la Constitución tiene una serie de factores extra constitucionales como son los naturales o físicos, sociales, políticos, económicos, históricos, culturales, etc. Estos factores influyen y muchas veces determinan la aplicación de una constitución material que

no es más que la Constitución real y efectiva distinta y lejana de la “constitución formal”.

El otro factor ya aludido es el interno. Internamente, o sea desde su estructura intra sistemática, una Constitución no siempre es cumplida integralmente. La historia puede dar testimonio que muchas normas no se aplican o se “olvidan” o violentan con más frecuencia que otras. Es dentro de esta perspectiva que la responsabilidad casi total le asiste al gobernante, que es el que decide la vigencia de una Carta Magna.

4. NECESARIOS CORRECTIVOS

Por nuestra parte, nos vamos a permitir -dado el espacio y la naturaleza de los artículos periodísticos- establecer algunos problemas constitucionales que requieren de correctivos por parte de los gobernantes. Es decir pues, se requiere no sólo actos de constrictión y enmienda de parte de los poderes constituidos, sino de una verdadera intención por afirmar una democracia real y actuante dentro de los marcos de una sociedad abierta que proclama la Constitución Política del Perú de 1979. Veamos pues, en orden de prioridad, algunos aspectos:

5. LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL

La Constitución requiere por lo menos de un centenar de leyes que desarrollen sus normas programáticas. De ellas, 62 leyes de desarrollo constitucional han sido promulgadas, pero no todas a partir de la vigencias de la Constitución, sino con anterioridad a ella. Así pues, existen 26 *leyes en consecuencia* que corresponden al docenio militar (1968-80); incluso otras, como la Ley de Nacionalización data de 1940 o la Ley del Reglamento Interno del Congreso que, aún con su reforma, es del siglo pasado. De las 36 leyes restantes, 26 han sido creadas en el régimen de Acción Popular y el actual Gobierno ha producido no más de una docena de leyes en consecuencia. Faltan por lo menos un mínimo de 40 leyes para cerrar el círculo normativo de leyes ordinarias que desarrollen la parte programática de la Constitución.

6. LA LEGISLACIÓN DELEGADA

Uno de los problemas que vienen seriamente afectando la dinámica constitucional es el abuso desnaturalizado de la delegación de facultades que el Parlamento otorga al Ejecutivo. En principio, se debe aclarar que buena cantidad de constituciones prevén esta institución de la legislación delegada porque es útil y provechoso que los sistemas constitucionales modernos deleguen materias técnicas y especializadas al Ejecutivo. Sin embargo, tanto el Gobierno del presidente Belaúnde como el actual de Alan García vienen prefigurando la utilización de la legislación delegada en forma totalmente inconstitucional. Así por ejemplo, por vía de decretos legislativos -que tienen la misma jerarquía que las leyes parlamentarias- se han creado y regulado *leyes orgánicas*, lo cual es totalmente inaudito que el Ejecutivo los regule, pues es una competencia privativa e indelegable del Parlamento. Tan sólo Acción Popular en los 5 años de gobierno produjo 348 decretos legislativos; y, 37 de ellos han regulado leyes orgánicas; en cambio, de las 1,061 leyes producidas por el Parlamento, tan sólo se creó una sola Ley Orgánica: la del Tribunal de Garantías Constitucionales. El actual gobierno, por otro lado, dentro de estos 4 años de gobierno ha producido 154 decretos legislativos; en cambio el Parlamento ha creado 782 leyes. En otras palabras, en estos dos regímenes se observa la tendencia cada vez más creciente de usar en forma desnaturalizada el uso de los decretos legislativos previstos en el art. 188 de la Constitución.

7. DECRETOS PRESIDENCIALES DE URGENCIA

Otro problema que es de mayor gravedad y que constituye una típica *vigencia constitucional* en oposición a lo que prescribe la norma constitucional es el problema de lo que ya la doctrina nacional denomina “decretos presidenciales de urgencia y necesidad” previstos en el inc. 20’ del art. 211 de la Carta Fundamental. Pero, para poder ubicar la problemática de este tipo de normas, nos vamos a permitir hacer un breve introito. Según el art. 1 del Título Preliminar del Código Civil: “La ley se deroga sólo por otra ley”; sin embargo, dicho principio admite dos excepciones. Una de ellas -y que es sólo la que nos interesa por ahora- es que virtualmente una ley puede ser modificada o inclu-

sive derogada por un decreto supremo de naturaleza especial y que, es precisamente, al que está ubicado en el inc. 20° del art. 211 del texto constitucional. En principio, de ordinario el Ejecutivo le asiste producir decretos supremos y resoluciones supremas que están previstos en el inc. 11° del art. 211 de la Carta Magna; pero también le asiste exclusivamente al Presidente de la República “dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso”. Este tipo de normas son distintas de las previstas en el aludido inc. 11° del art. 211. A nivel de la legislación comparada está previsto que este tipo de normas bajo otro nombre, pero que en esencia es lo mismo-puede derogar leyes ordinarias. De nuestra parte estimamos que dichos decretos presidenciales de urgencia y necesidad sí podrían modificar o derogar leyes ordinarias; siempre y cuando concurren determinados elementos constitutivos que justifiquen la dación. La Constitución misma lo prevé: tienen que ser sobre materia económica y financiera debe ser sobre un asunto de interés nacional; y producida dicha norma, debe el Ejecutivo dar cuenta al Congreso Sin embargo, en la realidad, se ha hecho uso de este dispositivo constitucional en forma inconstitucional. El gobierno de Acción Popular utilizó más de 500 decretos presidenciales de urgencia, muchos de los cuales no han tenido ningún tipo de justificación ni versaron sobre materia económica y financiera.

8. CORRECTIVOS A LOS DECRETOS PRESIDENCIALES

El Gobierno de Alan García Pérez no escapa también a este abuso que desnaturaliza la institución; razón por la cual, a 9 años de experiencia, es necesario que se hagan algunos correctivos. Por ejemplo, que dichos decretos no salgan bajo el símil de “decretos supremos”, que se confunden con los decretos supremos previstos en el inc. 11° del art. 211, sino con el nombre, por decirlo así, de “*decretos presidenciales de urgencia*”. Otro correctivo podría ser que estas normas tengan una enumeración distinta a las homólogas normas ya aludidas del mencionado inc. 11° del art. 211, para así identificarlas. Asimismo se debe reglamentar la “dación de cuenta al Congreso”, para que el Parlamento confirme dichas normas, o caso contrario, sean derogadas por abuso desmedido del Ejecutivo.

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN* **

Sumario: Introducción. 1. Ubicando el problema. 2. Ojeada preliminar de las distintas manifestaciones de inconstitucionalidad. 2.1. Inconstitucionalidad material y formal. 2.2. Inconstitucionalidad por acción y por omisión. 2.3. Inconstitucionalidad total y parcial. 2.4. Inconstitucionalidad originaria y sobreviniente. 2.5. Inconstitucionalidad de normas constitucionales.

* Ponencia sustentada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado entre los días 26 al 30 de Agosto de 1991, en la ciudad de Arequipa.

** El tema de la inconstitucionalidad por omisión fue planteado en el Perú por Domingo García Belaunde y a partir de allí se han realizado contadas reflexiones en torno a esta problemática constitucional. Así, Alberto Borea Odría en su obra *“El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy”*, Lima, 1986 da cuenta (187-189 pp.) del *“ocio legislativo”* en que incurre el Parlamento, planteando cuestiones altamente polémicas. Igualmente Juan Carlos Morón Urbina ha escrito un breve artículo titulado *“La omisión legislativa como un caso de inconstitucionalidad”* en la *Revista Jurídica del Perú*, Año XXXIX; N° III-IV; Julio -Diciembre, Lima 1988, pp. 349-356; por otro lado, Edgard Carpio Marcos ha escrito *“La Inconstitucionalidad por omisión legislativa: a propósito de la Jurisdicción constitucional”* en *Rev. El Jurista*, Año 1. N° 1, enero de 1991, pp. 89-104. Igualmente ha sido abordado por Hugo Rodríguez B. en *Los derechos laborales en la dimensión de los derechos humanos*, (Lima, CEAL, 1989). Nosotros igualmente y con anterioridad ya hemos dado cuenta de esta problemática a nivel de un caso concreto en torno a la pluralidad de formas de celebración de matrimonios previsto en la Constitución peruana en nuestro trabajo *Derecho de Familia en la Constitución y el nuevo Código Civil* (Marsol Perú Editores, Trujillo, 1989, pp. 41-54), igualmente en un brevísimo trabajo titulado *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional en el Perú*, INDEJUC, Edit. Libertad, Trujillo, 1991, p. 32. En realidad, el tema en el Perú sigue siendo novedoso y de suyo conflictivo tan igual como ocurre en el derecho comparado.

3. Primer Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en general y las omisiones legislativas en especial. 3.1. Inconstitucionalidad por omisión *latu sensu*. 3.1.1. Inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno. 3.1.2. Inconstitucionalidad por omisión indirecta. 3.1.2.1. Ilegalidad por omisión. 3.1.2.2. Omisiones de actos administrativos. 3.1.2.3. Omisiones de la función jurisdiccional. 3.1.2.4. Inconstitucionalidad por omisión de las reformas constitucionales. 3.2. Inconstitucionalidad por omisión en sentido estricto. 3.2.1. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión. 3.2.2. ¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión? 3.2.3. Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión. 3.2.4. El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional. 3.2.5. La razonabilidad del tiempo para editar la ley. 3.2.6. Variantes de la omisión inconstitucional: la relevante y la parcial. 3.2.7. ¿Existe responsabilidad del legislador por las omisiones que incurre?. 4. Segundo Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado. 4.1. El régimen constitucional de Alemania. 4.2. El régimen constitucional de Portugal. 4.3. El régimen constitucional de Yugoslavia. 4.4. Régimen constitucional de Brasil. 4.5. Régimen constitucional de la Argentina. La Provincia de Río Negro. 5. Tercer Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en el Perú. 5.1. Visión panorámica. 5.2. La Jurisdicción Constitucional en el texto de 1979. 5.3. El debate en el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo. 5.4. Los casos de inconstitucionalidad por omisión: un breve registro en el texto constitucional de 1979. 5.5. Mecanismos de fiscalización de la omisión inconstitucional en el sistema peruano. 5.5.1. Fiscalización indirecta. 5.5.2. La fiscalización directa. 6. Reflexiones finales.

*A Germán J. Bidart Campos:
eminente constitucionalista latinoamericano.*

INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista gramatical, “*omisión*” significa, entre otras cosas, la “falta, por haber dejado de hacer algo necesario en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado”. También alude en otra acepción a la “florencia o descuido de quien está encargado de un asunto” (Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición; Madrid, 2001, p. 1620).

Esta noción semántica del término, en rigor, no está alejada de la que el derecho le asigna, salvando desde luego su uso

en las diferentes vertientes disciplinarias de las ramas jurídicas. En efecto, en el Derecho la *omisión* tiene suma relevancia por las *consecuencias jurídicas* que ella puede generar. Por ejemplo, en el campo del derecho penal, casi todos los delitos pueden ser ejecutados por *comisión como por omisión*. Esto último se configura como los delitos de "*comisión por omisión*", en virtud del cual el autor infringe una hipótesis delictiva porque no realiza la acción legalmente ordenada, es decir que el agente debe hacer algo y no lo cumple. Así, encontrar a un herido o a cualquier otra persona y no prestarle auxilio; o casos como el del padre que observa cómo su hijo, por jugar, cae a un estanque lleno de agua y, sabiendo que corre el peligro de ahogarse, no le presta ayuda¹.

Lo propio ocurre en el campo del Derecho Civil en el que las personas, al asumir determinadas *relaciones jurídicas*, se ven compelidas a realizarlas so pena que sean emplazadas en sede judicial y obligadas a cumplir lo que deben. Esto, particularmente se puede constatar en el derecho de las obligaciones.

La conducta omisiva de las personas no sólo está presente en el *derecho sustantivo* -sea éste civil o penal-, sino también en el *derecho procesal*. Así, cuando se omitiere la actuación de determinados actos procesales, de hecho esto perjudica a una de las partes en conflicto y puede generar la nulidad de todo lo actuado. La jurisprudencia lo confirma cuando sostiene: "*Se incurre en nulidad por omisión, a que se contrae el inciso 13o. del Art. 1085 del Código de Procedimientos Civiles aún tratándose de una actuación de tramitación expeditiva, por cuanto la ley procesal es de orden público y de estricto cumplimiento*" (El Peruano, 5 de noviembre de 1984).

Lo propio se podrá observar en el actual Código Procesal Civil del Perú de 1992 que mantiene un amplísimo elenco de hipótesis omisivas que tienen innegables consecuencias; caso típico de la *rebeldía*: "*Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde*" (art. 458).

Como se podrá apreciar en esta breve exposición, en la esfera del derecho la omisión normalmente se configura como la violación de

1 HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho Penal*, Sesator Edit., Lima.

una norma preceptiva que obliga a determinada persona u órgano a ejecutar algo y, sin embargo, esa acción esperada no se realiza.

Visto en esa perspectiva, en el campo del derecho constitucional y, particularmente sus normas fundamentales, no tienen por qué estar ajenas a las implicancias que genera la conducta omisiva de las entidades obligadas a cumplir algo. En este sentido, recientemente se ha venido decantando y afinando una forma más de manifestación de inconstitucionalidad que se traduce en la omisión de determinados órganos legisferantes a dictar leyes de desarrollo constitucional no editadas, generando una violación a la constitución.

1. UBICANDO EL PROBLEMA

Aunque probablemente los excesos en que pueden incurrir los órganos de poder hayan sido ya objeto de preocupación desde los albores mismos del constitucionalismo² -recuérdese precisamente que éste nació para limitar el Poder Político y para afirmar las libertades fundamentales-, en el constitucionalismo clásico no se conoció esta manifestación de inconstitucionalidad. Fueron otras las preocupaciones de entonces. El tema recién entra en la reflexión académica cuando Kelsen, con esa poderosa capacidad de lucubración, advierte este fenómeno de inconstitucionalidad en que pueden incurrir los órganos legislativos. En efecto, Kelsen, como se sabe, fue uno de los padres que impulsó diversos mecanismos de garantía constitucional. Y no sólo debe atribuírsele a dicho jurista el haber sido el mentor de lo que actualmente es el mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes por un Tribunal Constitucional³, sino que también previó la

2 FIORAVANTI, Mauricio: *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Traduc. de Manuel Martínez Neira; Edit. Trotta, Madrid, 2001; LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Trad. de Alfredo, Gallego, Barcelona, Ariel, 1993; LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid 1986; LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Curso de Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*; Edit. Plus Ultra, Vol II, 3era. Edic., Buenos Aires, 1981. (Nota del 2002).

3 GONZALEZ RIVA, Juan José: *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional*, CEPC, Madrid, 2001 pp. 86 y ss. BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *La Acción de Inconstitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 62; CRUZ VILLALON Pedro: *La Formación del Sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918 - 1939)*, CEC, Madrid 1987, pp. 262 y ss.; ERMACORA, Félix: "El Tribunal Constitucional Austriaco", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, pp. 267 y ss. (Nota del 2002).

omisión en que incurría el órgano de poder cuando la Carta Constitucional mandaba que se cumpla algo y éste evadía dicho compromiso, situándose en lo que actualmente se denomina como el fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Al respecto, Kelsen se preocupó por las normas constitucionales *programáticas* que, para tornarlas efectivas en su cumplimiento, debían previamente ser reglamentadas por el poder constituido. Así, sostuvo:

“La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada”⁴.

Evidentemente, el padre de la escuela vienesa descubrió una forma de manifestación inconstitucional por omisión del obligado a implementarla; empero, en su Teoría Pura del Derecho, en rigor, estableció sólo los grandes lineamientos generales, pero no planteó en forma concreta cómo conjurar este tipo de manifestación inconstitucional. Por otro lado, en su importante ensayo “*La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*” Kelsen comprendía que el objeto del control de la constitucionalidad “son las leyes atacadas de inconstitucionalidad las que forman el principal objeto de la jurisdicción constitucional”⁵.

Parece ser que sus conclusiones en este aspecto han estado centradas en la inconstitucionalidad por acción, y la *omisión inconstitucional* fue en parte fruto de su propio razonamiento, limitado muchas veces por los hechos, pues el genio de Kelsen no legó solución a tan espinoso problema.

En este marco situacional, también se ubica el viejo León Duguit, quien esgrimió la tesis del derecho de resistencia a la opresión cuando planteaba que habría una opresión de parte del gobernante a los gobernados si dictaba leyes que anidaban una injusticia; también si omitía editar normas que la ciudadanía necesitaba. En tales casos, configurába-

4 KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*; Edit. Eudeba, Bs. As., p. 148.

5 KELSEN, Hans: *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Instituto de Investigación Jurídica-UNAM, 1974, p. 493.

se para el jurista galo la posibilidad de levantar una situación de hecho frente a tales casos.

Más recientemente, el maestro Germán Bidart Campos figura latinoamericana harto conocida entre nosotros, ha replanteado el asunto en los marcos estrictamente jurídicos, en los términos siguientes:

1. Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento;
2. Cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido;
3. Cuando la abstención del órgano de poder implica o involucra un daño o gravamen para alguien, ese alguien debe ser sujeto legitimado para impulsar a la justicia constitucional a concretar al órgano renuente en hacer lo que debe;
4. El mecanismo de control tiene que funcionar debidamente, sea para obligar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, sea para que el órgano de la justicia constitucional supla la actividad omitida en beneficio del sujeto agraviado que provoca el control⁶.

Por nuestra parte, antes de abordar esta problemática teórica y práctica, nos vamos a permitir, a fin de comprender esta singular forma de inconstitucionalidad omisiva, mirar el panorama de las diversas formas de inconstitucionalidad para una cabal comprensión de una de ellas: la omisión inconstitucional.

2. OJEADA PRELIMINAR DE LAS DISTINTAS MANIFESTACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En los últimos tiempos, la Teoría Constitucional está realizando esfuerzos por establecer una adecuada clasificación de las diferentes manifestaciones de inconstitucionalidad. En este sentido, los criterios de clasificación tradicional se han venido enriqueciendo por las nuevas

6 BIDART CAMPOS, Germán: *La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*; ED, Buenos Aires, p. 9.

elaboraciones que la realidad impone a los doctrinarios. En esta perspectiva, podríamos en líneas generales quintaesenciar las siguientes clases o tipos de manifestación de inconstitucionalidad.

2.1. Inconstitucionalidad material y formal

Tradicionalmente la doctrina distingue una primera clasificación relacionada a la inconstitucionalidad *material* y *formal*. Esta dicotomía se presenta de acuerdo a la mácula o al defecto, según sea su origen. Así, una inconstitucionalidad material traduce vicios sustantivos respecto al contenido de la ley o acto legislativo, generando con ello un conflicto con los principios constitucionales que encarna una norma. La inconstitucionalidad formal expresa vicios de forma como consecuencia de los defectos en la elaboración del acto legislativo, según sea por la inobservancia de las reglas de orden técnico, procedimental o por la violación de las reglas de competencia. En la ley preñada de inconstitucionalidad material acusa no sólo contradicciones con la norma constitucional, sino que puede surgir por el desvío o el exceso del órgano legislativo; una inconstitucionalidad formal se manifiesta cuando una norma constitucional exige determinados trámites formales para que adquiera fuerza obligatoria una ley, disposición o acto con fuerza de ley, está estableciendo, nada menos que el cauce de una fuente de derecho, esto es, la vía para que pueda nacer una norma jurídica. De allí que la infracción en su tramitación puede hacerse valer en el procedimiento de inconstitucionalidad por la forma. En consecuencia, la inconstitucionalidad formal supone sólo vicios en sus presupuestos de elaboración o formación⁷.

2.2. Inconstitucionalidad por acción y por omisión

Este tipo de inconstitucionalidad reviste una importancia fundamental. La primera es hartamente conocida por los mecanismos que existen en contra de ella.

La inconstitucionalidad por acción es el acto legislativo positivo del legislador o de cualquier otro órgano estatal que menoscaba a la Ley Fundamental. Su violación puede ser por cualesquiera de sus

7 DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Edit. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 69 y ss. (Nota del 2002).

elementos: ora de forma, ora de fondo; es, pues, la llamada inconstitucionalidad positiva y rápida de ser fulminada, según sea el mecanismo de jurisdicción constitucional difuso o concentrado. La inconstitucionalidad por omisión, en cambio, es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer o de practicar un mandamiento expreso por la Constitución en un cierto tiempo razonable, ocasionando con ello perjuicio, expandiendo un efecto dañino a todas las personas que podrían invocar en su favor la norma constitucional aún no reglamentada por el legislador; es la inconstitucionalidad negativa y a la que volveremos luego.

2.3 Inconstitucionalidad total y parcial

Esta clasificación aunque sutil es por todos conocida y no merece mayor explicación. La distinción supone que puede afectar todo un acto o apenas una parte, sea esta una norma o un conjunto de normas. La razón práctica de esta distinción es, en principio, de observación de los actos jurídicos que preside a la interpretación si es conforme o no a la Ley Mayor. Se trata, en consecuencia de si la norma objeto de un examen de constitucionalidad es sólo de alguna parte escrituraria, texto, precepto, artículo, inciso, o acaso de todo el universo de las normas en cuestión.

2.4 Inconstitucionalidad originaria y sobreviniente

En los últimos años se ha planteado esta nueva distinción; aunque es bueno aclarar inmediatamente que, este tipo de inconstitucionalidad depende fundamentalmente del propio sistema jurídico adoptado. En buena cuenta la separación entre la inconstitucional originaria y la sobrevinida concierne, en principio, al diverso momento de edición de las normas constitucionales. Si en la vigencia de cierta norma constitucional se emite un acto (o un comportamiento omisivo) que la viola, será inconstitucionalidad originaria. Si una nueva norma constitucional surge y dispone lo contrario de una ley o de otro acto precedente, será inconstitucionalidad sobreviniente. Hay quienes han planteado que esta situación, más que un asunto de control de constitucionalidad, debe ser considerado, por sus implican-

cias, en el ámbito del derecho intertemporal⁸. Aunque no se deja de tener razón, en la medida que la inconstitucionalidad sobreviviente importa una *derogación* del derecho anterior a ella incompatible.

Se podría considerar dos casos de inconstitucionalidad sobreviviente en el Perú:

- a) Cuando entró en vigencia la Constitución de 1979, asumió la tesis abolicionista en torno a la pena de muerte (art. 235); en consecuencia, la legislación penal que por entonces reprimía con esa pena máxima, devino en inconstitucional;
- b) El D.L. 22126 regulatorio de la Ley de Estabilidad Laboral, igualmente y por sobrevivencia, acusó una grave inconstitucionalidad en varias normas de carácter sustantivas y procesales; las primeras referidas a los requisitos que debía reunir el trabajador para alcanzar el derecho a la estabilidad propia contenidas en el inc. b) del art. 2 y en el art. 28. Las segundas se referían al carácter de *cosa juzgada* de las Resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo recaídas en el litigio sobre reposición previstas en el art. 29. En efecto, el art. 28, concordante con el inc. b) del art. 2 del D.L. 22126 devino en inconstitucional por lo siguiente: establecía un período de pre-estabilidad e imponían tales exigencias que anulaba el derecho a la estabilidad en el trabajo; porque un derecho que el art. 48 de la Constitución le otorgaba en favor del trabajador, lo convertía en un derecho del empleador. El art. 29 establecía que las resoluciones que expedía la AAT tenían autoridad de cosa juzgada y no podían ser impugnadas ante el Poder Judicial. Este precepto, entró en colisión con el art. 237 de la Carta Fundamental, pues la Constitución no reconocía entre los órganos jurisdiccionales de la administración de justicia a ningún funcionario del Poder Ejecutivo; por tanto, dicho precepto era a todas luces inconstitucional⁹.

8 Sobre el tema específico de la aplicación de la norma en el tiempo véase el trabajo de Marcial RUBIO CORREA: "*Para Leer el Código Civil*"; Título Preliminar Vol. III. Lima 1986; 53-78 pp.

9 Sobre este aspecto, véase el breve pero sustantivo artículo del Dr. José MONTENEGRO BACA: "Normas inconstitucionales contenidas en el D.L. 22126"; en *Revista de Derecho y Ciencias Política*, N° 1, Universidad Nacional de Trujillo, 1982, pp. 11-15.

A nivel del derecho comparado, diversos textos fundamentales han incorporado esta manifestación de inconstitucionalidad y le han dado todo un tratamiento. Así, basta con referir los casos de Italia, Portugal, Alemania y Brasil.

Al respecto, la posición del Tribunal Constitucional español ya se ha pronunciado en torno a esta situación. Así, la jurisprudencia española acogiendo tal vez con alguna confusión la tesis doctrinal de la coexistencia de la derogación y la inconstitucional –según se haga frente a, respectivamente, un supuesto de incompatibilidad entre una ley preconstitucional y una norma concreta o principal de la Constitución- y encontrándose frente a la previsión en la *Lex Legum* de un efecto derogatorio de la misma, y al mismo tiempo sin poder perder de vista, dada la experiencia italiana, los riesgos que tanto para la propia depuración del ordenamiento como para la seguridad jurídica pudieran derivarse de la consideración del conflicto entre Constitución y derecho viejo exclusivamente en términos de vigencia, ha optado, por admitir la simultaneidad de la derogación y la inconstitucionalidad sobrevenida, atribuyendo en consecuencia un control compartido sobre la congruencia del antiguo ordenamiento con el nuevo a los jueces y al Tribunal Constitucional¹⁰.

“La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste –se aprecia en la Sentencia 2 de febrero de 1981, cuyas tesis se confirman por lo demás en la de 8 de abril del mismo año -, por lo que ahora interesa en que la Constitución es una Ley Superior –criterio jerárquico- y posterior –criterio temporal- y la coincidencia de este doble criterio da lugar de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y –de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir a su derogación...”.

10 Vid a ARAGON, Manuel: “La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución”, en *REDC*, Nº 1, 1981; J.J SOLOZABAL ECHEVARRÍA: “Inconstitucionalidad sobrevenida”, en *Temas Básicos del Derecho Constitucional*, T.I. (Manuel Aragón, Coordinador), Civitas, Madrid, 2001, pp. 71-72 (Nota del 2002).

Frente a las leyes posconstitucionales corresponde al Tribunal la exclusividad del control de su adecuación a la Constitución, pero respecto a las preconstitucionales, “los jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de Inconstitucionalidad”¹¹.

2.5. Inconstitucionalidad de normas constitucionales

Esta tipología fue desarrollada a inicios de los años cincuenta por el profesor Otto Bachof, cuyo título original del alemán es *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*¹². Aunque puede resultar aparentemente paradójico, se ha planteado esta cuestión de que si determinadas normas que forman parte del mismo texto unitario y no obstante tener o reputárseles a todas la misma fuente de origen, algunas podrían revestir una “*inconstitucionalidad*” en relación al resto de las normas. Este fenómeno, en principio, sólo habría de ocurrir en las constituciones *rígidas* que prevén determinados mecanismos especiales de reforma, a fin de que el Poder Constituyente *derivado* enmienda o reforme las cláusulas establecidas por el Poder Constituyente *Originario*. Hay veces que, en el testamento histórico de sus autores, imponen límites materiales expresos para los futuros reformadores del texto. En consecuencia, nos encontramos frente a cláusulas de naturaleza “*pétreas*” o de garantía de eternidad que limitan el poder de reforma de los congresos constituyentes. Un ejemplo clásico de los límites materiales de revisión, cuya prohibición existe en el derecho comparado, es la imposibilidad de enmienda de las cláusulas que proclaman sempiternamente la *forma republicana de gobierno* (Portugal art. 290 inc. b; Francia art. 89 último párrafo, Italia art. 139; Grecia art. 110 entre otros). Resulta o puede ser comprensible que este tipo de normas pétreas, inmodificables, hayan sido previstos con buena intención del Poder Constituyente Originario, motivados fundamentalmente para perdurar la identidad de

11 Ver el extraordinario trabajo de GUI MORI, Tomás: *Jurisprudencia constitucional (1981-1993)*. Civitas, Madrid, 1997. p. 175 (Nota del 2002).

12 Existe una versión portuguesa traducida por José Manuel M. CARDOSO DA COSTA: *Normas Constitucionais inconstitucionais?*, Librería Almedina, Coimbra, 1994. (nota del 2002).

su sistema, optando para que los que pretenden reformar dichos preceptos se encuentren con un semáforo en rojo. Esto, después de todo sería comprensible; de igual modo, en el marco de un estado normal de derecho. Empero, no debemos olvidar -y el derecho tiene siempre un límite con la realidad- que la experiencia histórica confirma una eficacia relativa a este tipo de cláusulas (v.gr. el art. 142 de la Const. del 33). En este sentido, si se reformara alguna norma pétrea, la enmienda que se incorpora al *totum* del texto devendría en inconstitucional. Otro caso típico, dentro de la inconstitucionalidad de normas constitucionales, sería el de aquel precepto de la Constitución española que permite la sucesión del trono al primogénito varón (art. 157). Esta norma, en rigor, se encuentra en franca discrepancia e incompatibilidad con el principio paritarlo que la misma carta española proclama, pues habría una discriminación por razón de sexo. Con todo, esta manifestación no deja de tener una singular ubicación de complejidad en el marco de las restantes manifestaciones¹³.

Es nuestra intención tan sólo abordar una forma de manifestación de inconstitucionalidad: la de omisión.

3. Primer Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en general y las omisiones legislativas en especial

En principio, la existencia de omisiones jurídicamente relevantes es un fenómeno que se encuentra en diversos sectores del ordenamiento jurídico, como ya se tiene apuntado, y, en particular, del derecho constitucional.

Podría ya vislumbrarse hasta dos tipos de manifestación de inconstitucionalidad por omisión: a) la que podríamos llamar *latu sensu*; y b) la *strictu sensu*.

3.1. Inconstitucionalidad por omisión *latu sensu*

Comprende las diversas formas omisivas con relevancia constitucional en forma directa o indirecta. Ella se expresa, a su vez, y en

13 Al respecto, en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional celebrado en Piura el autor presentó la ponencia: "*Luces y sombras a medio siglo de una propuesta: las normas constitucionales inconstitucionales de Otto Bachof*". (nota del 2002).

forma tentativa, en dos grandes aspectos: i) una forma de inconstitucionalidad omisiva de actos políticos o de gobierno y ii) una inconstitucionalidad por omisión indirecta. Veamos cada una de estas manifestaciones.

3.1.1. Inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno

Esta inconstitucionalidad se configura cuando los órganos de poder son remisos en dar cumplimiento, no precisamente a normas legislativas, sino a otro tipo de mandamientos obligatorios expresamente constitucionales. Distinguimos, así, aquellos actos de gobierno de expresa obligación constitucional de aquellos otros de carácter estrictamente políticos y, por ende discrecionales, puntualizados en la doctrina que, aun cuando el gobernante sea renuente o contumaz en cumplirlo, serían simples cuestiones políticas no judiciales ("*political questions*")¹⁴.

Diversas situaciones concretas pueden generar la inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno. Así, v. gr., puede darse en las siguientes hipótesis: que el Presidente de la República no convoque a elecciones locales o regionales (art. 211 inc. 5o.); e inclusive a elecciones presidenciales y de representantes al Parlamento (art. 211 inc. 5o.); que el Presidente no cumpla, en su mensaje anual a la Nación, con informar sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo (art. 26); que no promulgue las leyes aprobadas por la Asamblea Regional o del Parlamento (art. 211 inc. 9o., 193 y 267); que no cumpla con designar a los diversos titulares de cargos constitucionales: nombramientos de ministros -art. 216- designación del Contralor General -art. 146- nombramiento del Directorio del BCR -art. 151- nombramiento del Superintendente de la Banca y Seguros -art. 155-, nombramiento de embajadores -art. 211 inc. 15o.- ausencia del refrendo ministerial en sus actos presidenciales -art. 213- entre otros.

14 "Las definiciones acerca de lo que ha de entenderse por cuestión política vagan siempre en torno a un círculo vicioso: son cuestiones políticas las que el poder judicial no puede controlar; y el poder judicial porque son políticas". Germán J. Bidart Campos: *Derecho Constitucional*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 799.

Como se podrá apreciar, existe una diversa gama de inconstitucionalidad por omisión de este tipo de actos gubernamentales que no son de naturaleza “discrecional”, sino *obligatorio*; por lo tanto, frente a esta diversidad de situaciones, habrán de ser diversos los efectos jurídicos que le han de corresponder: desde una simple responsabilidad política hasta una responsabilidad penal de los titulares de los órganos políticos. Este tipo de inconstitucionalidad, obviamente, es distinta a las omisiones en que incurre el gobernante frente al no cumplimiento de normas de orden estrictamente “declarativas”. En este sentido, si existe una actitud renuente del gobernante en no complementar ciertas exigencias puramente políticas, en rigor no cabría ningún mecanismo jurisdiccional, por ser cuestiones políticas no justiciables¹⁵.

3.1.2. Inconstitucionalidad por omisión indirecta

Sólo por razones utilitarias y de explicación, optamos por utilizar tal expresión, aunque, en verdad ella, no deja de manifestar una cierta violación al comando normativo de la Carta Fundamental, pero no en forma directa, producto de una ley -que por acción o por omisión- la injuria frontalmente, sino que, en el presente caso, diversas situaciones omisivas vienen, en última instancia, a herir a la Ley Fundamental. Este tipo indirecto de omisión inconstitucional se expresa en los siguientes rubros: i) ilegalidad por omisión; ii) omisiones de actos administrativos; y iii) omisiones de actos de la función jurisdiccional. Analicemos cada una.

3.1.2.1 Ilegalidad por omisión

Esta inconstitucionalidad se genera cuando el órgano pertinente no crea la reglamentación de la cual depende la eficacia plena de ciertas leyes. En este caso, nos encontramos ante la posibilidad de que una ley no podría ser exigible, hasta en tanto no se dicte su respectivo reglamento. Frente a tales casos, si la omisión anida un daño para alguien, esa persona debe estar legitimada procesalmente para impulsar los circuitos de la jurisdicción constitucional, a fin de hacer prevalecer su derecho que se ve

15 Una apreciación peruana sobre esta temática puede verse en LANDA ARROYO, César: “Justicia Constitucional y political questions”; en *Pensamiento Constitucional*, N° 7, año VII, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2000. (Nota del 2002).

menoscabado por la contumaz actitud del órgano ejecutivo. Diversas hipótesis podrían configurar esta situación: Por ejemplo, de la actual ausencia de los mecanismos de revisión en los procedimientos administrativos que surgen en la administración de los gobiernos locales y regionales; o la falta de reglamentación de la ley que constitucionalmente garantiza el derecho a la sepultura gratuita de los indigentes (Ley N° 23512). Existe igualmente una ausencia en la reglamentación de la Ley Gral. de Cooperativas; lo propio ocurre con la antigua Ley de Pensión 20530 que no tiene reglamento, entre otros. De primera intención, la solución parece ser que, frente a tales problemas, la propia ley sea exigible en ausencia de reglamento. Sobre este asunto, Brasil, como veremos luego, prevé un mecanismo para conjurar la violación de derechos fundamentales, por falta de reglamentación, a través del *mandato de injunção*.

1.1.1.2. Omisiones de actos administrativos

Existen las omisiones de los actos administrativos o de cualquier acto de la administración pública, el que se puede traducir en diversas hipótesis, tales como el no cumplimiento administrativo de ejecución de leyes o reglamentos; típico caso de aquella persona que solicita su pasaporte y la autoridad administrativa encargada, arbitrariamente, omite otorgárselo. Aquí, evidentemente hay una violación constitucional por omisión de un acto garantizado por ley, pero que administrativamente no se cumple; o aquellos casos de los ciudadanos que, en sede administrativa, plantean un derecho de petición y simplemente el ente administrativo no responde, configurándose el silencio en una denegación del petitorio, aun cuando, en parte, la Ley de Simplificación Administrativa ha suplido esta situación y ha incorporado la novedosa figura del *silencio administrativo positivo*. Empero, a nivel del comando normativo constitucional (art. 2 inc. 18o.), se establece como principio que si transcurre el plazo legal y si no tiene respuesta el interesado "puede proceder como si la petición hubiese sido denegada". Puede también darse en aquellos casos en que la autoridad administrativa no cumple -actos bastantes frecuentes- con la ejecución de sentencias de los tribunales, aun cuando para ello tendría que activarse un proceso penal por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad judicial, para solucionar esta dañina omisión administrativa.

3.1.2.3. Omisiones de la función jurisdiccional

También configura inconstitucionalidad indirecta la omisión de la función jurisdiccional que puede traducirse en la denegación de la justicia. Los jueces como se sabe, no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley (art. 233, 5o. de la Constitución y art. VII del T.P. del CC.). De allí que por expreso mandato de la Constitución, frente a tales lagunas o deficiencias del sistema jurídico, los magistrados deben aplicar los *principios generales del derecho*. Con todo, se observa una actitud criticable de la magistratura, pues, cuando no existe una norma o ante la ausencia de norma aplicable -como es el caso de la ausente reglamentación al art. 241 de la Constitución sobre casación- sus fallos han significado una denegación de la administración de justicia. Es verdad que el art. VII del T.P. consagra el *IURA NOVIT CURIA* en el que: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma Jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”. Pero, frente a la ausencia de norma atribuible al legislador, existe una alta cuota de responsabilidad compartida en la magistratura, pues al lado de un Poder Legislativo que no honra a la Constitución con dictar normas (que exige la propia *Lex Legum*), el Poder Judicial, a través de sus magistrados, optan por la salida más simple, expresada, entre otros, en el siguiente temperamento jurisprudencial:

“Aparte del principio declarativo contenido en el art. 241 de la Constitución Política del Estado, no existe disposición alguna que reglamente el recurso de casación como el formulado en el presente caso; en consecuencia y no obstante lo expuesto en virtud del mandato constitucional, se declara inadmisibile el recurso de casación” (El Peruano 3 de Octubre de 1983). Igual situación se reitera en esta Ejecutoría:

“No existiendo ley que norme el procedimiento de casación a que se refiere el artículo 241 de la Carta Magna, recurso que hubiera, sido el único para enervar o impugnar lo resuelto en ese proceso, no es procedente socapa de amparo ir en contra de expresas disposiciones constitucionales (“El Peruano”, 30 de abril de 1984)”.

Esta situación, creemos es harto criticable y, en rigor constituye una forma de inconstitucionalidad por omisión de la función juris-

dicional. Frente a tales situaciones, la solución estriba en que debería integrarse el sistema jurídico frente a la *laguna* o ausencia de norma, como enseña Germán Bidart Campos, optando la magistratura por echar mano a la *autointegración* (constitucionalmente garantizado en la aplicación de los *principios generales del derecho*); o a la *heterointegración* (acudiendo al valor Justicia). En tales casos, acorde a nuestro sistema dual o paralelo de jurisdicción constitucional, la solución tendría que reputarse sólo entre las partes en litigio; con efectos concretos; en los demás casos, se tendría que proceder interponiendo la acción pertinente -se nos ocurre *prima facie*- el amparo.

3.1.2.4. Inconstitucionalidad por omisión de las reformas constitucionales

Cabría admitir la posibilidad de este tipo de inconstitucionalidad y que se configura en casos de las omisiones de reformas constitucionales. Existen algunos textos que, por expreso mandato del Poder Constituyente Originario, establecen que, pasado un determinado tiempo, caso de Portugal, v. gr. la Asamblea Legislativa, vía Congreso Constituyente, tiene la obligación de reformar determinadas cláusulas constitucionales. Esta inconstitucionalidad deviene, en algunos casos, cuando simplemente no se cumple con la reforma exigida en el término estipulado. No obstante, este fenómeno es muy excepcional y sólo opera o ha operado en contadas leyes fundamentales.

3.2. Inconstitucionalidad por omisión en sentido estricto

Este es el tema que, amén de novedoso y polémico, se configura técnicamente como la inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo que incumple con desarrollar determinadas cláusulas constitucionales a fin de tornarlas operativas.

De primera intención, merece puntualizar que el fenómeno de la omisión legislativa está vinculado a la *estructura* y a la *naturaleza* de determinadas normas constitucionales. Es decir, no todo incumplimiento total de las cláusulas constitucionales generan la omisión inconstitucional en sentido estricto. Dentro de las clases de normas

constitucionales¹⁶, en sentido estricto las únicas que generarían la inconstitucionalidad por omisión serían las normas de carácter *programático* que de ordinario requieren de una debida legislación para que puedan aplicarse.

Dentro de este tipo de normas *programáticas*, cabe distinguir, a su vez, como lo ha destacado el Dr. Néstor Pedro Sagüés¹⁷ aquellas de *instrumentación simple*, en la que basta con la sola edición de la ley complementaria para que adquiera vigor sin ningún otro tipo de condicionamiento, tales como la ley que podría desarrollar la excepción a la inviolabilidad del secreto de la correspondencia y comunicación (art. 2 inc. 8o.); la norma que proclama la exigencia de una ley que desarrolle el derecho de petición (art. 2 inc. 18o.), entre otros; y las normas de *instrumentación compleja*, en la que, aparte de editarse la ley, ella a su vez requiere de todo un marco extrajurídico para que, en definitiva, se cumpla realmente dicha norma programática, v. gr., aquellas normas que proclaman la dación de leyes como la del acceso a la seguridad social (art. 12), de creación del Banco de los Trabajadores (art. 53); del seguro agrario (art. 158 inc. 4o.), entre otros.

En determinados regímenes se permite que, ante la simple omisión de cláusulas programáticas de instrumentación simple, ante la inacción legislativa se podría hallar solución a través del *proceso constitucional del amparo* o de otra vía, como ocurre en Brasil con el *mandato de injunção*, siempre y cuando la *mora* del legislador suponga una lesión a un derecho dimanado de la Constitución. En este caso, el órgano jurisdiccional no asume función propiamente legislativa, sino que integra dicha laguna para el caso concreto.

Tratándose de las normas programáticas de instrumentación compleja, como se podrá advertir, resulta sumamente difícil para el Poder Judicial cubrir la laguna inconstitucional que genera el retardo legislativo.

16 Sobre la clasificación de las normas, pueden verse los trabajos de BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Edit. Tecnos, Madrid, 1973, pp. 267 y ss.; LUCAS VERDU, Pablo: *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, pp. 430 y ss.; QUIROGA LAVIE, Humberto: "Sobre la interpretación constitucional", en *Rev. del Colegio de Abogados de la Plata*, N° 31; julio-diciembre 1973; KORZENIAK, José: "Clasificación de normas constitucionales", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Vol. III (Apéndice), Buenos Aires, pp. 148 y ss.

17 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, Vol. 3; 2da. Edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, pp. 100-102.

Una de las formas como, las cláusulas programáticas de instrumentación compleja se ven imposibilitadas de ser desarrolladas, son a través de lo que Enrique Alonso García denomina como los *derechos prestacionales* y que el decir del citado ius-laboralista siguen constituyendo en “el punto donde se suman todas las dificultades que el ejercicio de la justicia constitucional plantea”¹⁸. En este supuesto, pretender tornar operativas y aplicables las normas de esa naturaleza -que normalmente requieren de toda una implementación material- en realidad le es imposible al órgano jurisdiccional. Queda en todo caso, la solución pragmática que la constitución provincial de Río Negro en Argentina le ha deparado: otorgar, vía una sentencia, una indemnización para resarcir el daño que ocasionó la inacción del legislador o del órgano responsable.

3.2.1. Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión

La verificación de la omisión legislativa inconstitucional presupone el deber de legislar. En consecuencia, no interesa que esa omisión pueda ser surgida o sustituida por vía judicial o que dicha exigencia constitucional del legislador sea insuplible. Lo que interesa, como principio rector, es que exista una obligación de legislar sea a través de un acto legislativo formal, ley, decreto legislativo, etc. Pero, aparte de este principio rector, es necesario que concurren otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional. Tales serían:

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

En consecuencia, no cabe una constatación abstracta o una apreciación global de las normas que aún no se encuentren debidamente reglamentadas. Y es que, así como la inconstitucionalidad por acción se manifiesta a través de leyes o normas específicas contrarias

18 La expresión “welfare rights” alude a los derechos típicos de la seguridad social por antonomasia; pero también comprende a ciertos derechos sociales como son típicamente los servicios públicos (agua, gas, electricidad), los de vivienda, el derecho al trabajo y el derecho a la educación. Vid a GARCIA ALONSO, Enrique: “Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del “Welfare State en Norteamérica”, en *REDC*, Año 4, N° 11, Mayo-Agosto, 1984, pp. 139-197.

al comando constitucional, lo propio ocurre con la omisión: se trata de verificar una norma concreta, específica, particular; esto es, declarando que tal o cual norma de la *Lex Legum* ha sido violada y no al conjunto normativo genérico.

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

En efecto, si bien un texto constitucional debe ser mirado como una “unidad”, en el supuesto de que todas sus normas tienen idéntico grado de validez; sin embargo, en la práctica ocurre que unas normas tienen más eficacia práctica que otras. Y si bien hay cierto sector en la doctrina que no admite esta distinción entre normas de naturaleza operativa, (o autoaplicables), de aquellas programáticas que requieren de reglamentación legal) ⁽¹⁹⁾, en la dinámica constitucional se puede evidenciar esta real distinción entre dichas normas. Así, la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en la que la inercia del legislador, no da encarnadura a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.

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

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

19 E. PINA, Rolando: *Cláusulas constitucionales y programáticas*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1973.

Ahora, toquemos puerto e interroguémonos: ¿qué pasa cuando el órgano competente declara una inconstitucionalidad por omisión? Sobre el particular, el maestro Germán Bidart Campos, en forma aguda plantea varias interrogantes cruciales: ¿Qué viene después? ¿Asume el tribunal como legislador y dicta la reglamentación omitida? ¿emplaza al órgano remiso a dictarla en plazo que la misma sentencia le señala? ¿se limita a integrar el orden normativo lagunoso para el caso que tiene que fallar?

De plano debe descartarse la posibilidad de que el órgano jurisdiccional se ponga en función legislativa, salvo que el propio texto lo permita; pero, aún así, esto plantea un grueso problema de la división de poderes.

En el segundo caso, es el que mayores posibilidades de implementación tiene: el órgano jurisdiccional conmina a que el órgano legislativo supla el vacío y rellene de contenido reglamentario la norma programática. No obstante, queda el margen de incertidumbre si el obligado órgano remiso no edita la norma exigida por la Constitución.

En el tercer caso, la solución podría consistir, como lo ha planteado el Dr. Bidart Campos, en lo siguiente: que el órgano de la jurisdicción constitucional alternativamente tenga las siguientes opciones: a) declare en principio la omisión inconstitucional; b) declarado que fuera, señale que dicha omisión genera una laguna en el orden jurídico; y e) integre el orden normativo lagunoso, ya sea optando por aplicar los principios generales del derecho (*autointegración*) o aplicando el valor de la justicia para el caso concreto (*heterointegración*)²⁰.

Está demás señalar que el órgano competente para la declaratoria de la inconstitucionalidad no debe ser un órgano de naturaleza política, como lo fuera en Portugal el *Consejo de la Revolución*, sino un órgano estrictamente jurisdiccional: de carácter difuso como el modelo americano, o concentrado al puro estilo europeo.

El profesor uruguayo José Korzeniak²¹, al respecto señala que en el Derecho Constitucional uruguayo se ha utilizado un original dispositivo para suplir los excesos programáticos del texto fundamental

20 BIDART CAMPOS, Germán: op. cit., p. 15.

21 KORZENIAK, José: "Clasificación de normas constitucionales", op. cit., p. 167.

y que permite la solución que plantea el maestro bonaerense Bidart Campos. Así, se prescribe:

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

La originalidad de este precepto no radica tanto en su contenido que ya ha sido esgrimido en la doctrina, sino su inclusión misma en el texto constitucional con el fin de dinamizar la aplicación de otros preceptos de la Carta Fundamental.

3.2.2. ¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión?

Cabe aquí reflexionar si en todas las constituciones vigentes se puedan generar fenómenos omisivos inconstitucionales, o si sólo esto ocurriría para determinados textos políticos. Evidentemente que cuando nace una Constitución, por razones incluso de orden *temporal*, ella va a irse implementando a través de la legislación ordinaria que, para el efecto, el poder o los sucesivos poderes constituidos desarrollarán. Sin embargo, ¿qué pasa con aquellas constituciones sumamente antiguas? ¿Se habrá colmado con dictarse todas las leyes que ella requiere en el tiempo que ella tiene?. Evidentemente este asunto no se puede responder en forma seria y tajante. Como lo ha señalado Domingo García Belaunde, de que toda constitución es hija de su tiempo y de su época, ella en realidad va a tener que irse interpretando y reacomodando a los nuevos tiempos; en consecuencia, se torna necesario una interpretación de acuerdo con el escenario histórico del momento (interpretación “dinámica”) y no de lo que quiso tan sólo el testamento histórico del Poder Constituyente (interpretación “estática”). Unido a este aspecto, cabe formularse otra interrogante: ¿sólo las constituciones *ideológico-programáticas* pueden generar este fenómeno omisivo en sus legisladores; o bien ella se puede presentar en otras constituciones,

como las de tipo principistas o declarativas. Es sabido que estas últimas sólo establecen los grandes lineamientos para que el legislador ordinario vaya desarrollando según los cauces que imponen las necesidades y según la discrecionalidad del gobernante.

Aquí, en principio, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no se presentaría en forma clara y evidente en relación con las constituciones programáticas que acusan un abundante reglamentismo. Con todo, si bien cualquier omisión del legislador en no dictar una ley que no se encuentre programáticamente respaldada en un precepto constitucional, no cabría la configuración de la omisión inconstitucional.

No obstante lo expuesto, es necesario ya ir afirmando la idea de que cualquier omisión del órgano estatal que signifique restar, restringir o menoscabar derechos fundamentales podría significar una concreta manifestación omisiva. Y ella se puede presentar para cualquier constitución, inclusive la norteamericana (la primera y la supérstite en el mundo); es más, en muchas constituciones se incorporan en el ordenamiento nacional, los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos ⁽²²⁾. Así, puede el Estado incurrir en expresa omisión de orden constitucional al no desarrollar políticas legislativas que rellenen de contenido a los diversos tratados internacionales del que forma parte. Es probable que en los países altamente industrializados, un problema patente en este aspecto, podría ser la falta de política legislativa para afirmar los derechos humanos de la "tercera generación". Con todo, estimamos que el tema amerita mayor reflexión en este aspecto; y la realidad irá aclarando este panorama.

3.2.3. Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión

De ordinario, la *jurisdicción constitucional orgánica* cuida tradicionalmente de los actos positivos del órgano legislativo: si ella acusa un vicio de inconstitucionalidad, se activa el mecanismo que

22 Como la constitución peruana que expresa en el art. 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

según el sistema o modelo (americano o europeo) puede ser de una inaplicabilidad de la norma inconstitucional o una declaratoria de inconstitucionalidad derogando la norma atentatoria. Sin embargo, progresivamente se viene afirmando el control jurisdiccional para los casos por omisión. Importa aquí, verificar algunas diferencias entre ambas manifestaciones de inconstitucionalidad.

En principio, resulta erróneo pretender asimilar la inconstitucionalidad en vía de acción con la de omisión; pues frente a la primera, una declaratoria de inconstitucionalidad por acción se traduce en una sentencia con consecuencias concretas; en cambio, en la segunda, la simple sentencia que declara una inconstitucionalidad omisiva no tiene efectos prácticos ni altera el sistema jurídico. Y si bien puede constituir una omisión relevante, ella no crea una *obligación jurídica* al órgano legislativo responsable; apenas si puede ella traducirse en una recomendación a que se dicte en un plazo razonable. En consecuencia, existen evidentes diferencias: mientras en una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley ella conlleva para los sistemas “concentrados” o europeos una nulidad, en la declaratoria de la omisión inconstitucional no podría declararse “nulo” una omisión legislativa. El absurdo es evidente, pues la resolución que dicte el órgano fiscalizador tan sólo se limitaría a constatar la omisión.

Comentando el sistema lusitano, el profesor Jorge Miranda apunta: “La verificación de la existencia de la inconstitucionalidad por omisión no altera el orden jurídico, sino que se circunscribe a hechos susceptibles de llevar a los órganos legislativos a transformar su comportamiento de negativo en positivo”²³.

El mismo profesor portugués, en forma aguda observa que: “La única diferencia entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión es en cuanto a que la primera consiste en la infracción de una disposición como de un principio; esto es, el acto legislativo positivo puede violar la regla procesal (como sería la inconstitucionalidad por la forma) o reglas sustantivas (inconstitucionalidad por el fondo); en cambio en la inconstitucionalidad

23 MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, Oficinas Gráficas Da “Coimbra Editora, Limitada”, Tomo II, (hay una 3era. Edic. reimpresión de 1996).

lidad por omisión ella se expresa tan sólo en la infracción de un precepto, de una norma y nada mas”²⁴.

En la actualidad cabe también señalar que, con las innovaciones introducidas por Brasil -vía el *mandato de injunção* y la novísima constitución rionegrina de Argentina, en los casos de un procedimiento de inconstitucionalidad por omisión como ya se tiene dicho, el órgano jurisdiccional puede decidir el reparo de la omisión dañina, incorporando una integración o supliendo el daño con una reparación económica.

3.2.4. El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional

Como quiera que en la inconstitucionalidad por omisión implica una cuestión constitucional tan igual como las otras, indudablemente entra en los predios del *derecho procesal constitucional*; y, específicamente, de la *jurisdicción constitucional*. Por jurisdicción constitucional se entiende todo procedimiento constitucional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución. Al respecto, la doctrina distingue fundamentalmente dos grandes modelos o sistemas que, por razones utilitarias, se les denomina “*sistema americano*” y modelo o “*sistema austriaco*”.

Si el ejercicio de la jurisdicción constitucional importa el pronunciamiento sobre asuntos o cuestiones constitucionales, ambos sistemas no deben desconocer el pronunciamiento jurisdiccional en torno a la inconstitucionalidad por omisión. Veamos en apretada síntesis ambos modelos.

- a) ***El sistema norteamericano.***- Mediante este sistema se atribuye el control de constitucionalidad de las leyes al Poder Judicial. En consecuencia, este órgano jurisdiccional se encuentra premunido para pronunciarse sobre controversias constitucionales. Se practica en Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, en parte el Perú²⁵, Paraguay, Uruguay y Venezuela. A nivel europeo, el único país es Irlanda.

24 MIRANDA, Jorge, Op. cit.

25 Vid. al respecto a: GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, en AA.VV.; Quiroga León, Aníbal: “Una aproximación a la Justicia

De todo este mercado constitucional, la fiscalización del control de la inconstitucionalidad por omisión se halla previsto en forma taxativa en la Constitución de Brasil de 1988, la novísima constitución de la provincia federal de Río Negro de Argentina y, en parte, por el sistema germano.

De acuerdo con las características típicas del sistema norteamericano, el control de las omisiones inconstitucionales es de carácter especial, toda vez que tiene un efecto limitado a la decisión del caso concreto (efectos interpartes); pero a su vez existen ciertas particularidades propias de la jurisdicción constitucional de cada país. Así, por ejemplo, Brasil ha introducido dos tipos de procesos, la primera que es la inconstitucionalidad por omisión propiamente dicha, y cuya legitimidad procesal está acordada a determinadas personas. La resolución del Supremo Tribunal Federal se limita a instruir al órgano legislativo para que adopte las medidas pertinentes. Este constituye una suerte de *control abstracto*. Y el segundo proceso constitucional es el *mandato de injunção* que se concede a cualquier persona, siempre que, a falta de norma reglamentaria afecte un derecho constitucional. En el caso de la provincia patagónica de Río Negro, en Argentina, se acuerda a cualquier persona perjudicada una reparación por parte del Estado.

- b) *El sistema austriaco.*- Por este sistema se atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes y de las demás controversias constitucionales, ya no a un Poder Judicial, sino a un órgano especial denominado Corte o Tribunal Constitucional. De acuerdo con la característica típica de este sistema "concentrado", el fallo sobre asuntos constitucionales tiene efectos generales o *erga omnes*. Existe este sistema en Alemania Federal, Austria, Chipre, España, Francia (en parte), Grecia, Italia, Liechtenstein, Noruega, Portugal -con su reciente refor-

Constitucional: el Modelo Peruano", en sobre la Jurisdicción Constitucional" PUCP, Lima, 1990 y ETO CRUZ, Gerardo: *Breve introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Edic. Derecho y Sociedad, Trujillo, 1992.

ma-, Suiza, Turquía, Yugoslavia; y se prevé en Brasil, Ecuador, Chile, Perú y Guatemala²⁶.

Actualmente es Portugal y, en parte en la letra de la aún supérstite constitución socialista de Yugoslavia, las únicas constituciones, dentro del sistema “concentrado” o kelseniano que prevén esta acción de inconstitucionalidad por omisión²⁷.

Sin embargo, en la práctica, el Tribunal Constitucional de España ya ha declarado a través de una resolución, el fenómeno de la inconstitucionalidad omisiva, y es probable que aun cuando positivamente no se regule en los textos constitucionales esta situación, vaya tomando cuerpo dentro de las atribuciones que tendrían las actuales Cortes o Tribunales Constitucionales.

3.2.5. La razonabilidad del tiempo para editar la ley

Aspecto sumamente complejo en la doctrina es el tiempo que tiene el legislador para que en un *plazo razonable* edite la norma de desarrollo constitucional.

Ubiquémosno en el asunto: ¿qué pasa cuando el Poder Constituyente deja sentado todo un programa a cumplirse vía la legislación ordinaria que han de desarrollar los poderes constituidos? El problema de ver hasta cuándo el órgano legislativo no honra con el encargo que le fué impuesto, tiene cierta dosis de subjetividad y puede resultar en sí arbitraria. Se podría señalar que según la naturaleza material que encierra toda prescripción constitucional serviría para auscultar qué normas resultan ser constitucionalmente más inmediatas que otras para que pueda funcionar mínimamente el engranaje de un sistema jurídico que debe operar con cierto *stock* de normas sin las cuales la Carta Política, en terminología de Karl Loewenstein, devendría en *semántica*.

26 Recientemente se acaban de publicar dos estupendos trabajos desde distintas orillas, el de José Julio FERANDEZ RODRÍGUEZ: *La Justicia Constitucional europea ante el siglo XXI*, (Edit. Tecnos Madrid, 2002; y el de Eduardo FERRER MAC-GREGOR: *Los tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Colección Fundap, México, 2002. (Nota de 2002).

27 En la actualidad se han incorporado no solamente en Portugal Brasil, Argentina, Costa Rica; sino también en Hungría, Angola, Venezuela y la reciente del estado de Veracruz en México. (Nota del 2002).

En la legislación comparada no existe un plazo expreso y más bien se ha planteado que la eficacia plena de las normas debe ser de hecho reconocida en la hipótesis de que, transcurrido el plazo necesario a la promulgación de dichas leyes, el legislador no las ha creado.

Evidentemente que la ausencia de la norma reglamentaria de la Constitución no debe estar separada del contexto histórico. Así, bajo el primer poder constituido que sigue después de haberse dado una flamante Constitución, se espera que éste impulse una legislación de desarrollo constitucional. Lo propio ocurriría con los sucesivos gobiernos; empero, en este compás de espera puede quedar *ad calendas griegas* la implementación legal, según la discrecionalidad que tenga cada gobernante.

El eminente constitucionalista Germán Bidart Campos refiere un caso que podríamos llamar piloto para ilustración del tiempo en la mora legislativa. La Constitución de Argentina de 1853-1860 prevé que el Congreso tiene competencia para implantar el juicio por jurados (art. 24: "... el congreso promoverá ... el establecimiento del juicio por jurados"); igualmente, el art. 67 inc. 11 prescribe: "... corresponde al congreso... dictar las (leyes) que requiera el establecimiento del juicio por jurados"; el numeral 102, a su vez, norma: "Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados, luego que se establezca en la república esta institución". No obstante que la Constitución argentina prevé hasta por tres veces el juicio por jurado; a más de un siglo de vigor, el Congreso jamás dictó norma alguna que impulsara el sistema de jurados. Hace mucho tiempo, según informa el profesor Bidart, llegó a la Corte Suprema una apelación en la cual en un proceso se alegaba la falta de jurisdicción del tribunal interviniente porque "el acusado interpretaba que sólo podía serlo ante un jurado, el que por obvias razones era inexistente. La Corte Suprema rechazó el alegato por estimar que el deber impuesto al Congreso para implantar el jurado no imponía al Congreso una obligación inmediata de índole legislativa". A renglón seguido, anota Bidart Campos: "Seguramente se tuvo en cuenta que el art. 102 estipula que los juicios criminales se concluirán por jurados luego que se establezca en la república esta institución". De todos modos, queda planteado el interrogante de cuánto tiempo

tiene el congreso para cumplir debidamente una omisión infractora de la Constitución²⁸.

Por nuestra parte, en forma modesta estimamos que si en la *dinámica constitucional* se evidencia la falta de una ley que los gobernantes han sido renuentes en implementarla, debería irse pensando en que el plazo razonable para producirse dicha ley debe ser por el lapso que dura una legislatura ordinaria; tiempo suficiente para que, detectada una omisión de relevancia constitucional, el órgano fiscalizador deba declararlo así y señale el plazo razonable que tendría el legislador para crear dicha ley. Está demás advertir que este sistema tan sólo sería para normas constitucionales específicas y no para el conjunto normativo abstracto.

Queda, por último, analizar si acaso el órgano jurisdiccional que dicta una sentencia de inconstitucionalidad omisiva con el eventual añadido de conminar o más cortesmente "*recomendar*" que el legislador dicte la ley omisiva, ¿no estaría usurpando la función legisferante del Parlamento?. Acordes con la concepción demoliberal que subyace en todo Estado de Derecho, cada órgano tiene funciones específicas., por lo que no cabe ningún tipo de usurpación de funciones. Esta posición, sin embargo, la estimamos que no es del todo sólida ni pertinente, pues dentro de la estructura de un estado constitucional, caben los frenos y contrapesos y la *fiscalización intra-órganos*. Así, el que el órgano jurisdiccional -bien provenga del Poder Judicial o de un Tribunal Constitucional- recomiende al legislativo editar la norma, en nada menoscaba las autonomías funcionales que cada órgano detenta.

En resumen, estimamos que el plazo otorgado al órgano legislativo debería ser de una legislatura ordinaria. Recuérdese que, en parangón con una reforma constitucional, ésta (para el caso peruano) debe ser aprobada en una primera legislatura ordinaria y ratificada en la siguiente legislatura ordinaria; de manera que no vemos por qué, en una legislatura, se elabore la ley exigible por el texto constitucional.

28 BIDART CAMPOS: "La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", op. cit. p. 12.

3.2.6. Variantes de la omisión inconstitucional: la relevante y la parcial

La doctrina portuguesa distingue dos variantes de omisión inconstitucional: la denominada “*omisión relevante*” y la “*omisión parcial*”. Veamos, en líneas generales, en qué consiste cada una de ellas.

- i) ***La omisión relevante.*** Esta omisión se configura cuando no existe todavía una ley o norma que desarrolle el precepto programático de la Constitución; sin embargo, se tiene conocimiento que en sede legislativa ya existe una iniciativa y todo un procedimiento en la cámara legislativa para editar la ley. Frente a esta situación, y aun cuando se haya presentado un proyecto de ley que desarrolle un mandato constitucional, en rigor, para el sistema jurídico, en nada altera la situación omisiva preexistente. En este sentido, el órgano jurisdiccional puede pronunciarse en la constatación de este silencio del legislador, independientemente que dicha iniciativa al final se cristalice en la dación de la ley requerible. *Contrario sensu*, si el juzgador conoce que se ha producido un acto positivo que aspira a honrar a la Constitución -específicamente al precepto programático- y existe un resultado específico como es la promulgación y publicación de una ley, evidentemente en este caso no da lugar a declarar la omisión por haberse conjurado con el acto positivo del legislador.
- ii) ***La omisión parcial.*** Existe dentro de la omisión inconstitucional la variante denominada “*omisión parcial*”, que en el fondo se traduce en una inconstitucionalidad por acción a través de un conjunto normativo que da un tratamiento favorable a ciertas personas o categorías de personas o instituciones, y desfavorece a otro tanto. A esta situación, la doctrina (fundamentalmente la alemana) le ha denominado “*exclusión de beneficios incompatibles con el principio de igualdad*”. En la práctica, esta omisión parcial se manifiesta cuando se da un tratamiento más favorable o desfavorable a personas o instituciones, estando todas en situación idéntica o semejante. Y si esto es así, debería la ley también contemplar del mismo modo a ambos grupos. Pestolosa alecciona un ejemplo sobre el particular, haciendo abstracción de todo: “Una disposición contenida en la

norma A, que por si sola se presenta neutra, se puede transformar en una discriminación, si a otro grupo otorga situación más favorable, o menos restrictiva mediante la edición de la norma B. No puede haber relevancia para la decisión del Tribunal Constitucional el hecho de la afrenta al principio de igualdad que surge de una norma o de un complejo de normas esto es, si resulta una interpretación aislada o sistemática. A de darse tratamiento idéntico a los dos grupos. Es posible que la lesión suceda de la exclusión de eventual beneficio, pero y sobre todo, de otorgar ventajas a terceros. La impugnación no apunta a la extensión del beneficio, sino a su propia supresión (...) la, inconstitucionalidad reside en esos casos en la propia ventaja otorgada a otro”²⁹.

Como se podrá apreciar, la inconstitucionalidad por omisión parcial importa otorgar el reconocimiento de determinados derechos -vía legislación ordinaria- a determinados segmentos eventualmente privilegiados, violándose así el principio paritario, pues omite a través de dicha ley, normar el otro segmento discriminado. Un caso piloto en el Perú sería lo que dispone la Ley Universitaria N° 23733 que, en el art. 53 se prescribe:

“Las remuneraciones de los profesores de las Universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales”.

Ocurre, sin embargo, que en la práctica se discrimina a los profesores universitarios; no se cumple con homologar en forma paritaria, violándose inclusive el art. 60 de la Constitución que dispone un sistema único de homologación de servidores del Estado.

3.2.7. ¿Existe responsabilidad del legislador por las omisiones que incurre?

Existe un punto muy controvertido en la doctrina respecto a si el órgano legislativo debe o no ser responsable por la mora en que incurre en el dictado de las leyes que rellenen de eficacia real a los mandamien-

29 Citado por FERREIRA MÉNDEZ, Gilmar: *Controle de Constitucionalidad*. Edit. Saraiva, Sao Paulo, Brasil, 1990, p. 62.

tos constitucionales. Al respecto, el profesor Korzeniak ha reflexionado lo que transcribimos *in extenso*:

“Se pregunta cuál es la responsabilidad del Legislador, cuando la norma programática ha ordenado que se legisle sobre alguna materia y la legislación no es dictada. Como no es nada frecuente que la Constitución fije algún término para que la actuación legislativa se produzca, es imposible determinar jurídicamente en qué momento se habría producido el “*incumplimiento*” del Legislador. Por, otra parte, aunque ese término estuviese establecido, debe aceptarse que no se produce en la hipótesis responsabilidad alguna de tipo jurídico. La dinámica de los cuerpos legislativos es esencialmente política; por ello, las leyes se proponen o no, se aprueban o no, según resulte de factores de impulso de ese carácter. El Derecho obra en este campo a modo de límite, pero no como factor dinamizante. Por consecuencia, a lo sumo podría pensarse en la existencia de una “responsabilidad política”. Pero, en todo caso, ella sería del cuerpo legislativo (responsabilidad “orgánica”) y no de los legisladores individualmente, por lo que en definitiva no existen dispositivos jurídicos que permitan hacerla efectiva. Tal vez en algún caso, -más bien rebuscado- pudiese encontrarse la *chance* de pertenencia de una “*censura política*” o hasta de un “*Juicio Político*”, sería la hipótesis en que la ley ordenada por la norma programática fuese de iniciativa privada o exclusiva del Poder Ejecutivo. Podría sostenerse la pertenencia de algunos de esos institutos por la omisión en elaborar y presentar el proyecto”³⁰.

Está claro que el autor citado, si bien no quiere reconocer responsabilidad alguna, de tipo jurídico, si concluye en que puede existir, como de hecho existe, una *responsabilidad política* del Parlamento; pues si bien el cuerpo electoral es representado a través de esta institución, fundamentalmente para legislar y fiscalizar, la falta de legislación genera una responsabilidad. Sin embargo, el problema se plantea en toda su crudeza para la disciplina del derecho constitucional, encargado de dar las soluciones a tan espinosos problemas: si hay o si se conviene en que habría una responsabilidad política del Organismo Legislativo ¿a través de qué mecanismos se posibilitaría dicha responsabilidad? Aunque parezca insólito, en el derecho constitucional aún no se ha

30 KORZENIAK, José: “Clasificación de normas constitucionales”, en *Enciclopedia Jurídica Oneba*, Vol. III (APENDICE); Bs. p. 166.

internalizado a través de las normas y de los hombres la idea de lo que es una *obligación*.

En efecto, en la práctica se observa que la *obligación constitucional* es distinta a la obligación del derecho civil. En las constituciones todavía no se acostumbra a tomar cuerpo y solidez de lo que es una obligación constitucional; y por ella, tentativamente se podría señalar que constituye el deber jurídico normativamente establecido en la Constitución para que, tanto los de *detentadores* del poder como los *destinatarios* del mismo, realicen positivamente lo que el texto prevé y ordena y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputable como consecuencia una determinada sanción.

Respecto a qué mecanismos deben impulsarse para hacer efectiva la responsabilidad política por las omisiones del legislador, aunque parezca sorprendente, aún no se ha avanzado mucho; y esto es consecuencia de que aún no existe una concepción en el campo del derecho constitucional en torno a las obligaciones de los gobernantes. Así, mientras en el derecho civil las obligaciones se levantan bajo el andamiaje histórico del derecho romano, que ha previsto casi todo; en el derecho constitucional, resulta sorprendente que aún se estén buscando las soluciones a estos problemas, como el caso que nos ocupa.

Lo que sí es una verdad irrefutable, y en esto el derecho constitucional viene haciendo una catequesis, es en afirmar contundentemente que el Estado tiene una serie de obligaciones³¹ frente a la sociedad; en particular en el campo de los derechos que, en terminología de la ONU, son los de orden económico, sociales y culturales. De allí que las cláusulas programáticas -como mandamientos para el gobernante- para que puedan realizarse, requieren de toda una política estatal

31 Al respecto, el profesor BIDART CAMPOS expresa: "Ningún órgano de poder debe violar la Constitución; todo órgano de poder debe cumplirla y respetarla; lo que, dicho de otro modo, arroja la obligación de no hacer lo que la Constitución prohíbe, y de hacer lo que ella manda. La Constitución grava al poder mismo con obligaciones que bien merecen denominarse obligaciones constitucionales -así como las hay propias del derecho civil, o del comercial. La Supremacía de la Constitución es un marco, es un techo que entre otras muchas cosas, sirve para limitar el poder que ella organiza y para encarrilar su funcionamiento sin admisión de evasiones transgresoras" en BIDART CAMPOS, Germán: Diseño del poder en la Constitución Argentina de 1853-60, en *IUS ET PRAXIS*, N° 7, Universidad de Lima, Julio 1986, p. 50.

que cubra los elementales derechos a la salud, alimentación, vivienda, trabajo, educación, recreación, cultura, etc.

Por otro lado, es necesario ir repensando en impulsar frente a las obligaciones del Estado una responsabilidad similar a la *extracontractual* buscando un antídoto más eficaz contra la omisión: la *reclamación directa, del ciudadano contra el Estado*³². Si bien la tendencia contemporánea es que el Estado es responsable por sus actos³³, es necesario ir avanzando en que también por sus omisiones, particularmente cuando causan perjuicio concreto a las personas en materia de derechos constitucionales, el perjudicado podría tener llano el camino para activar un proceso. Sobre este aspecto, como ya se tiene dicho, la provincia federal de Río Negro (en Argentina) y en Brasil, son las constituciones de avanzada en la actualidad.

4. Segundo Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado

Aunque este fenómeno se presenta en la mayoría de cartas fundamentales, son pocos, sin embargo, los sistemas comparados que ofrecen un tratamiento más o menos orgánico. Con todo, se puede encontrar ya algunos sistemas de control de inconstitucionalidad por

32 La Doctrina de la inmunidad soberana del Estado en materia de *responsabilidad contractual o extracontractual* se encuentra en franco retroceso el mundo. Aun en los Estados Unidos donde la inmunidad del Estado era doctrina fundamental del *Common Law* se dio una Ley denominada Federal Tort Claims Act en la que se establece expresamente que el Estado es responsable extra contractualmente en la misma forma y con el mismo alcance que las personas privadas. En un caso ventilado ante la Corte Suprema del Estado de Nuevo México, el Vocal informante Montoya manifiesta que "La justificación original de la doctrina de la inmunidad soberana era el arcaico punto de vista de que el soberano no puede causar daño alguno. Decididamente no es necesario que la Corte pierda su tiempo en refutar ese principio feudal". Y, el mismo Montoya citando una ejecutoria anterior de la misma Corte, apunta que "es verdaderamente increíble que en esta época moderna de una comparativa ilustración sociológica, y en una república, el absolutismo medieval que se encuentra implícito en la máxima el Rey no puede causar daño alguno (no puede estar equivocado ni ser injusto); deba exonerar a las diversas ramas del Gobierno de la correspondiente responsabilidad por los perjuicios que causen..." DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: "La Responsabilidad Extracontractual del Estado", en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta G.*, Cult. Cuzco, 1986, p. 174. Una mayor ampliación sobre el tema, puede verse del mismo autor: *La Responsabilidad Extracontractual*: 2 Tomos; Vol. IV especialmente el T. 2 Biblioteca. *Para leer el Código Civil*, PUCP, Lima, 1988.

33 DE TRAZEGNIES GRANDA: *La Responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 243.

omisión. No hay, en principio, una receta ni un criterio uniforme ni preferido. Incluso, aunque existen ya ciertos tipos empíricos de fiscalización o evaluación del fenómeno omisivo de inconstitucionalidad, aún no se ha consolidado alternativas de solución; y lo que existe a nivel de las constituciones, deriva de las particulares características propias de su jurisdicción constitucional.

4.1. El régimen constitucional de Alemania

En el derecho alemán se ha consagrado la tesis de que cuando el Poder Constituyente obliga al poder constituido la dación de determinadas leyes, y si dentro de un plazo razonable o del estipulado por la propia Constitución el legislador no desarrolla dichos mandatos, en rigor, su mora supone una violación al precepto jurídico constitucional. La Corte Suprema puede ajustar la solución del caso al precepto jurídico constitucional no desarrollado por el legislador ordinario, sin perjuicio de que éste ejerza sus atribuciones constitucionales en el futuro. Por otro lado, la doctrina alemana ha consolidado la identificación de la llamada *arbitraria exclusión de beneficios*, caracterizada por el enjuiciamiento axiológico de determinados derechos constitucionales frente a otros, dando así prevalencia y nivel de jerarquía entre intereses distintos. En esta perspectiva, se seleccionan determinados intereses a fin de dar preeminencia a unos sobre otros, tratando de armonizar *in globo* los derechos fundamentales y adjudicando un mayor grado de vigencia a unos sobre otros. Esta situación permite el reconocimiento de determinados segmentos eventualmente discriminados frente a la falta de un desarrollo legislativo proclamado por la Constitución.

Interesa señalar que la *Ley Fundamental del Boom*, aunque en forma expresa no ha regulado el fenómeno de la inconstitucionalidad omisiva, ha sido la jurisprudencia germana causa de una interesante tendencia que puede resumirse, siguiendo a Rolando E. Pina, ⁽³⁴⁾ en lo siguiente:

1. La Corte ha individualizado los valores a los que se vinculaban los intereses explicitados por las normas constitucionales; y los ha unificado en el nivel superior de la escala jerárquica de valores, como principios básicos del orden jurídico. Esto es, ha asimilado la llamada “arbitraria exclusión de beneficios”,

34 E. PINA, Rolando: *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*; Edit. Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 70-72.

caracterizada por establecer una discriminación fundada entre individuos o grupos y, además reconociendo determinados derechos a segmentos eventualmente encontrados.

2. Si el Poder Legislativo no dicta las leyes que adecúen la legislación general a la cláusula constitucional; y si la cláusula no tiene término perentorio que rijan la labor legislativa, cuando el Poder Legislativo demore más tiempo del que prudentemente puede necesitar para redactar la ley correspondiente, esa demora, dentro de las características del caso judicial, puede considerarse inconstitucional.
3. Para algunos casos, 20 años de demora hace inconstitucional el retardo legislativo y debe solucionarse el caso del modo más favorable para la vigencia.
4. La Corte Suprema no sustituye la voluntad del Poder Legislativo porque resuelve la cuestión dentro de las particularidades del caso y expresamente señala que, a pesar de su fallo, nada obsta a que el legislador dentro del marco constitucional aplique la cláusula dictando la ley.
5. Queda reservado a la Corte Suprema resolver sobre si el legislador omitió ejercer sus funciones de acuerdo con su deber legal, ya que la vigencia de la constitución no puede depender de que al legislador le guste o no cláusula constitucional, o depender de que se le ocurra o no aplicar esa cláusula dictando la ley respectiva.
6. Definiendo el contenido de la cláusula constitucional explica cómo las características del caso violan las relaciones de interés que ella explicita, así como afecta la vigencia de los valores que conceden legitimidad a tales intereses.
7. Pondera minuciosamente los efectos de la operatividad de la cláusula constitucional.
8. Ratifica como valor superior la dignidad humana, estando el orden social al servicio de su realización, siempre con arreglo a las particularidades del caso y sin caer en declaraciones abstractas.

4.2. El régimen constitucional de Portugal

La Constitución portuguesa es el primer elemento inédito en haber consagrado el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión en su texto de 1976.

Cabe puntualizar que, tal como estuvo prefigurado, existió una suerte de fiscalización política a la inconstitucionalidad por omisión, cuyas características, *grosso modo*, fueron las siguientes:

- a) Se otorgó competencias al “Consejo de la Revolución” –que tenía funciones de Consejo del Presidente de la República- para ser el “garante de la observancia de la Constitución” (art. 142).
- b) Se le confirió al Consejo de la Revolución el de velar por la adopción de las medidas necesarias en el cumplimiento de las normas constitucionales para lo cual podría formular recomendaciones (art. 146 inc. b).
- c) En caso de que la Ley Fundamental resultara incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicable las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución recomendaba a los órganos legislativos competentes que las dictara en un plazo razonable (art. 279).

Frente a esta situación, la Constitución lusitana ha sufrido reformas. Así, los mecanismos de control de la inconstitucionalidad por omisión ya no es de competencia actual del Consejo de la Revolución, que ha desaparecido, sino de otras entidades.

Actualmente, el art. 283 regula que:

- a) A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia, o con fundamento en la violación de derechos de las regiones autónomas de los presidentes de las asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales.
- b) Cuando el Tribunal Constitucional verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de esto al órgano legislativo competente.

En el marco de la reforma introducida, actualmente cabe encontrar, como muy bien ha apuntado Jorge Miranda³⁵, cuatro diferencias básicas entre el régimen de fiscalización de la Constitución de 1976 y las reformas de 1982. Así tenemos:

- i) En la Constitución de 1976, la fiscalización le correspondía al Consejo de la Revolución de oficio, como garantía del cumplimiento de la Constitución (art. 146 inc. b y 279); en la actual, carece de iniciativa y se le otorga a otros órganos dicha iniciativa (art. 283 inc. 1).
- ii) En la Constitución de 1976, el Consejo de la Revolución presidía a la Comisión Constitucional (art. 284, línea b); en la actual, es el Tribunal Constitucional el que aprecia por sí solo.
- iii) En la Constitución de 1976, verificada la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dirigía una recomendación a los órganos legislativos (art. 279); en la actual, el Tribunal Constitucional se limita a informar de este fenómeno de inconstitucionalidad al órgano competente (art. 283 inc. 2).
- iv) En la Constitución de 1976, el Consejo de la Revolución no era obligado a formular la recomendación (podía formularla); y no solamente a través de ella era verificada la inconstitucionalidad por omisión. Podía, así, a pesar del proceso, no ser declarada; en la actualidad, verificada la existencia de la inconstitucionalidad, el Tribunal debe dar conocimiento de ella al órgano legislativo, además de que su decisión es publicada en el Diario de la República (art. 122; inc. 1º línea 15).

Como se podrá apreciar, el Tribunal Constitucional de Portugal tiene atribuciones restringidas en lo que atañe a la omisión inconstitucional de la ley, estando sólo facultado a verificar la existencia de la inconstitucionalidad y dar conocimiento al órgano legislativo competente. En este sentido, como anota cierto sector que ha criticado la actual situación, el sistema portugués no da cabida a ampliar o construir jurisprudencialmente fallos que permitan prestar una eficacia plena a las normas constitucionales programáticas. No obstante, se ha dado un

35 MIRANDA, Jorge: *Manual de Direito Constitucional*, Oficinas Gráficas Da "Coimbra Editora Limitada", Portugal, 1988, Tomo II, p. 401.

interesante paso positivo de un control de fiscalización política a una fiscalización esencialmente jurisdiccional.

4.3. El régimen constitucional de Yugoslavia

Aun cuando en la realidad se vienen impulsando una serie de cambios y reformas en los regímenes socialistas, sumado a los problemas de separatismo que ha generado una guerra en el interior de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (CRSFY), merece rescatar la Carta Fundamental de Yugoslavia que fuera promulgada en febrero de 1974. En lo que atañe al tema, igualmente se prevé en el art. 377 lo siguiente:

“Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY”³⁶.

Se podrá apreciar que este sistema, similar a la Constitución de Portugal, asigna un control de fiscalización al Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya competencia jurisdiccional se enmarca en constatar la omisión en el dictado de la norma requerible por la Carta Política, el que sigue, secuencialmente a dicho paso, el de informar a la Asamblea Legislativa. Aunque hasta allí alcanza el sentido de la norma, no deja de verificarse la existencia de un control abstracto de la omisión inconstitucional y, aunque no se ha perfilado en forma expresa, el sentido de la norma apunta a que el TGC “recomiende” al órgano legisferante la dación en un plazo razonable.

4.4. Régimen constitucional de Brasil

La Constitución de Brasil de 1988³⁷ ha consagrado, con perfiles ciertamente singulares, la garantía de fiscalización al fenómeno de la

36 DARANAS, Mariano: *Las constituciones Europeas*; Vol. II; Edit. Nacional; Madrid, 1979, p. 2272.

37 Sobre el régimen de Brasil. Véase el formidablemente trabajo de FERREIRA MENDEZ, Gilmar: “*Controle de Constitucionalidade*” Sao Paulo, Edit. SARAI-VA, 1990.

omisión inconstitucional. En rigor, cabe destacar hasta dos mecanismos de control. Al primero, bajo la modalidad abstracta de control de la omisión y que se expresa a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión; y el segundo específica, concreta y se expresa a través del *mandato de injunção*. Veamos cada una de ellas:

a) *La acción de inconstitucionalidad por omisión de normas abstractas* regulado en el art. 103 de la Carta brasilera, le otorga competencia para conocer dicha acción al Supremo Tribunal Federal que, en realidad, habrá de funcionar como una auténtica Corte Constitucional. Las personas legitimadas procesalmente para interponer la acción de inconstitucionalidad por omisión son: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador de Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de Abogados del Brasil, Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional, y la Confederación Sindical o entidad de clase de ámbito nacional. Este tipo de inconstitucionalidad que accionan dichas entidades pueden llevar a concluir, inevitablemente, en una declaración de inconstitucionalidad de todo el complejo normativo. En este caso, pues, nos encontramos ante un control abstracto de las normas constitucionales que no se tornan operativas vía la legislación ordinaria. De acuerdo al art. 103, inc. II, se prescribe que, “declarada la inconstitucionalidad por omisión de la medida para volver efectiva la norma constitucional será dada en conocimiento al Poder Competente para la adopción de las providencias necesarias y, tratándose del Organó Administrativo, para hacerlo en 30 días”. Aunque todavía no se pueden hacer proyecciones sobre la evolución de la técnica adoptada por Brasil, en realidad constituye un avance, pues resulta ser una de las últimas constituciones del mundo³⁸. Y se podrá observar que ya no sólo se trata de verificar solamente la omisión inconstitucional sino que, una vez declarada jurisdiccionalmente, se hace efectivo lo dispuesto por el art. 103 inc. II; esto es, que el órgano legislativo pertinente debe adoptarlas “providencias necesarias”. Si se trata de una inconstitucionalidad omisiva indirecta, en el cual el órgano administrativo ha incurrido en la falta, se establece taxativamente un plazo razonable de 30 días para hacerlo.

38 Sobre el particular véase el trabajo de Domingo García Belaunde, *Procesos Constitucionales en la Constitución brasileña de 1988*, Lecturas sobre temas constitucionales CAJ., Lima, 1990, pp. 91-105.

b) En lo que atañe al *mandato de injunção*, éste constituye el mecanismo de control de la inconstitucionalidad por omisión parcial, cuya institución procesal se concede, “siempre que a falta de norma reglamentaria vuelva inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía” (art. 5, parágrafo LXXI). La Ley Fundamental brasilera reconoce la competencia del Supremo Tribunal Federal para juzgar originariamente el *mandato de injunção*. Su art. 102 prescribe:

“Es competencia del Supremo Tribunal Federal, principalmente, la garantía de la Constitución, correspondiéndole:

q) “Los mandados de injunção cuando la elaboración de la norma reglamentaria estuviese atribuida al Presidente de la República, al Congreso Nacional, a la Cámara de Diputados, al Senador Federal, a las mesas de una de esas Cámaras Legislativas, el Tribunal de Cuentas de la Unión a uno de los Tribunales Superiores, o el propio Supremo Tribunal Federal”.

Prefigurado así, el *mandato de injunção* se destina a la defensa de los derechos constitucionales asegurados para las personas. En esta perspectiva, cabe interponer la acción en aquellas hipótesis en que sea posible reconocer que lo demandado tiene un interés jurídico lícito de ser preservado, vía la impugnación de la omisión parcial o indirecta. La Constitución Federal de Brasil se perfila, en forma relativamente original³⁹, como un modelo de control de la inconstitucionalidad por omisión en sentido amplio, frente a la inercia parcial de norma reglamentadora de los derechos públicos subjetivos. En este sentido, para ser viable el *mandato de injunção*, es necesario que se caracterice en forma concreta el deber de legislar; y, por otro lado, la posibilidad de lesión al derecho de eventual súplica. Aunque guarda evidente vinculación con el mandato de seguridad, éste último se activa cuando existe violación a un derecho constitucional en vía de acción, igual que la acción de amparo; empero, en el *mandato de injunção*, supone activarle frente a una omisión que ocasiona un perjuicio personal directo y concreto. La sentencia o fallo de la inconstitucionalidad parcial dictada en virtud del *mandato de injunção* preservaría la reglamentación inexistente, imponiéndole

39 FERREIRA MENDEZ, Gilmar: op. cit.

al legislador el deber de proceder a la supresión de inconstitucionalidad en el plazo razonable de 30 días, en caso que provenga del "Órgano Administrativo".

4.5. Régimen constitucional de la Argentina. La Provincia de Río Negro

En Argentina, dentro del marco de su sistema federal, la inconstitucionalidad por omisión ha sido introducida por la provincia patagónica de Río Negro a fin de buscar una vía de control más expeditiva para remediar la inconstitucionalidad sobre lo omitido. En efecto, el 3 de junio de 1988 la provincia de Río Negro sancionó su nueva Constitución y ha recepcionado en forma muy particular el tema que nos ocupa. En la sección dedicada al Poder Judicial, y dentro del capítulo II relativo al Superior Tribunal de Justicia, el art. 207 se refiere a la "competencia"; y en el párrafo 29, inc. d) contempla un supuesto de jurisdicción originaria y exclusiva, que versa sobre la omisión inconstitucional. La norma prescribe que compete al Superior Tribunal en su instancia originaria conocer en las acciones por incumplimiento -esto es, "omisión" para nuestros efectos- en el dictado de una norma que impone un deber concreto a cargo del Estado provincial o de los municipios provinciales. Señala la norma que está legitimado para plantear una demanda de este tipo todo aquel que se sienta afectado en su derecho individual o colectivo.

El profesor argentino Bidart Campos, al analizar la norma citada, advierte lo siguiente: "a) cuando un órgano del Estado provincial o de un municipio de la provincia omite emitir una norma, y con esa omisión incumple un deber concreto; b) queda abierto el acceso al Superior Tribunal mediante demanda judicial; c) a favor de todo aquél que cree perjudicado un derecho personal o colectivo"⁴⁰. De acuerdo con la Constitución, se ha señalado que el Superior Tribunal fija el plazo para que la omisión se subsane, lo que significa que notifica al órgano contumaz a editar la norma exigible. El ilustre constitucionalista Bidart Campos, auscultando el texto rionegrino, señala que la misma prevé dos hipótesis: "a) si ese órgano no cumple con el dictado de la norma, el Superior Tribunal "integra" el orden norma-

40 BIDART CAMPOS, Germán: "Las omisiones constitucionales en la novísima constitución de la Provincia de Río Negro" (sobretiro) Buenos Aires, 1991, p. 949.

tivo resolviendo el caso con alcance limitado a él, o sea, no sustituye al órgano que ha incumplido el mandato de dictar la norma ausente, sino que suple solamente para el caso la carencia de norma mediante el operativo de la integración (y obsérvase que el texto constitucional emplea (terminología por Werner Goldschmidt), es decir, dicha sentencia en la que mediante norma individual colma la laguna normativa existente; b) si la integración no es posible, el Superior Tribunal pone a cargo del Estado el pago de una indemnización cuyo monto debe resarcir el perjuicio soportado por quien lo acredita, es decir, por la víctima de la omisión⁴¹.

Como se podrá apreciar, el texto constitucional de la provincia de Río Negro se convierte ahora en obligada referencia por lo innovador, en el concierto de lo que a derecho constitucional positivo se refiere en el asunto que nos ocupa. El propio jurista argentino Bidart Campos no puede ocultar su elogio y complacencia, pues lo califica como “audaz” y “el valor docente que normológicamente reconocemos al mecanismo reparador de las omisiones inconstitucionales nos obliga a hacer un elogio de este novedosísimo texto, convocado a permanente cita futura en el derecho argentino”⁴²; y nosotros añadimos: del derecho constitucional comparado.

Una última concordancia del precepto 207, arriba glosado, es el que refiere el art. 14 de la Constitución de Río Negro, relacionado a la operatividad de los derechos y garantías enumerados o implícitos en la Constitución provincial, los que tienen plena operatividad, sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación. Igualmente establece que el Estado asegura la efectividad de aquellos derechos y garantías operativos, primordialmente vitales del hombre. Finaliza dicho precepto con proclamar que el Estado tiende a eliminar los obstáculos sociales, políticos, culturales y económicos, permitiendo igualdad de posibilidades. Este precepto, en rigor guarda un nexo con el dispositivo 207, por cuanto, en la hipótesis de que las normas que proclama el art. 14 no acusara una reglamentación debida, allí se patentiza el art. 207 a fin de que el Superior Tribunal afirme la operatividad de dichas normas a través de los resultados jurisdiccionales de una sentencia que acoja la pretensión del accionante.

41 BIDART CAMPOS, Germán: *Idem* *Ibid.*

42 *Loc. cit.*

5. TERCER BLOQUE: LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL PERÚ

5.1. Visión panorámica

Como ha señalado el decano de los constitucionalistas peruanos José Pareja Paz Soldán, “La República del Perú ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones”⁴³ y las once Cartas que tiene en su inquieto repertorio republicano, todas -unas con mayor énfasis que otras- han estado preñadas de normas programáticas. Ningún texto político, incluida la vigente, como se verá luego, ha destinado *ex profeso* un mecanismo que garantice la obligación de dictarse la normatividad exigida por el *Poder Constituyente*.

En lo que va del presente siglo, recordemos tan sólo las tres cartas (la de 1920, la de 1933 y la actual de 1979) registran experiencias concretas que muchas de sus normas jamás se aplicaron por falta de leyes de desarrollo constitucional. La Carta de 1920 exigía una legislación sobre seguridad industrial (art. 47), que no se cumplió bajo dicho marco; lo propio una legislación sobre monopolios (art. 50); un Congreso Regional (art. 102 inc. 3° y 140); la existencia de un Consejo de Estado (art. 134), instituciones que no llegaron a tener encarnadura por falta de legislación *infraconstitucional*.

La Constitución de 1933, igualmente, exigía una ley sobre delitos monopólicos y de acaparamiento (art. 16); el Senado Funcional (art. 94 y IV disposición transitoria); la garantía de la Acción Popular (art. 133, que después de 30 años habría recién de reglamentarse por, curiosamente, un gobierno militar en los años 1962-63); el Consejo de Economía Nacional (art. 182); el Consejo Departamental (art. 184-194).

Lo mismo podría decirse de las demás constituciones del siglo pasado y, aunque existían mecanismos indirectos, por ejemplo el derecho de petición que fue normado por todas las constituciones⁴⁴, todas, sin embargo, estuvieron signadas bajo un sistema de control político

43 PAREJA PAZ SOLDAN, José: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3era. Edic., Edic. Justo, Lima, 1984, p. 6.

44 Constitución de 1823: art. 193 inc. 5, Const. de 1828: art. 169; Const. de 1834: art. 164; Const. de 1839: art. 171; Const. de 1856: art. 29; Const. de 1860: art. 30; Const. de 1867: art. 28; Const. de 1920: art. 30; Const. de 1933: art. 60.

de jurisdicción constitucional. Así, la primera constitución de 1823 prescribía lo siguiente:

Art. 90 (inc. 1°) “Las atribuciones del Senado son: velar sobre la observancia de la Constitución”.

Art. 186: “El primer cuidado del Congreso, luego después de la apertura de sus sesiones, será examinar las infracciones de la Constitución que no se hubieren remediado, a fin de decretar lo necesario para que se haga efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Art. 187: “Todo peruano debe reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo, o ante el Senado la observancia de la Constitución y presentar fundadamente las infracciones que notare”.

A partir de dicha matriz normativa se estableció el arquetipo para las demás constituciones: Constitución de 1826: art. 51 inc. 1° y 2°; Constitución de 1828: arts. 94 inc. 1° 173 y 174; Constitución de 1834: arts. 101 inc. 3°. 165, 178; Constitución de 1839: arts. 103 inc. 1° y 177; Constitución de 1856: arts. 10, 54, 61; Constitución de 1860: art. 59 inc. 4°, 107 y 185; Constitución de 1867: art. 59 inc. 4°; Constitución de 1920: art. 16, 83 inc. 4°; Constitución de 1933: art. 26, 123 inc. 4.

La Constitución de 1933 prescribía lo siguiente:

Art. 26.- “Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución”.

Art. 123.- “Son atribuciones del Congreso (inc. 4°) examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”.

Pese a todas las disposiciones que afirmaban un control político, en realidad no existió verdaderos mecanismos de una Jurisdicción constitucional capaces de suplir la inercia legislativa.

5.2. La Jurisdicción Constitucional en el texto de 1979

La Jurisdicción Constitucional en el Perú se ha vertebrado, a partir de su vigente Carta Política de 1979, a través de un sistema dual o paralelo, en virtud de que coexisten en forma armónica un Poder Judicial (modelo Americano) con atribuciones para conocer conflictos

constitucionales a través de las acciones de garantía del habeas corpus, amparo y acción popular y un Tribunal de Garantías Constitucionales (Sistema Europeo) competente para conocer las acciones de inconstitucionalidad de normas que contravienen la Ley Mayor, sea por la forma o por el fondo, además de la facultad de casación de las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y de amparo, una vez que se haya agotado la vía judicial.

Un análisis sistemático del texto político permite afirmar que en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no se pretendió crear, ni ha quedado registrado, un mecanismo *ex profeso* para viabilizar el remedio que cura el ocio legislativo, salvo lo que tradicionalmente existe dentro del marco de la iniciativa legislativa del Presidente de la República (art. 211 inc. 9°), de la Corte Suprema (art. 239) y los Gobiernos Regionales, incluida obviamente la iniciativa inherente de los Senadores y diputados (art. 190); preceptos éstos que estuvieron presente en los pocos anteproyectos de las Comisiones Partidarias en la Asamblea Constituyente (APRA: art. 135, PPC: art. 68, PDC: Título 11; PCP: art. 166 y la iniciativa popular en el art. 167, UDP: art. 30 y PSR: art. 197).

Existe, tal como está registrado en la documentación del Acto Constituyente de 1978-79, un singular proyecto que pretendió parciales mecanismos frente al fenómeno de la omisión inconstitucional. Y éste fue el proyecto del Partido Socialista Revolucionario (PSR), que en el art. 215 estableció:

“Son atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales:

7. Apremiar a los órganos o autoridades del Estado que se hallen tramitando recursos interpuestos en base al derecho de petición consagrado en el art. 73⁴⁵ de la presente Constitución, para que adecúen

45 Art. 73.- “Todos los ciudadanos podrán presentar, individual o colectivamente, a los órganos del Estado o a cualquier autoridad, peticiones, exposiciones, reclamaciones o quejas para la defensa de sus derechos, de la Constitución, de las leyes o del interés general. El órgano o autoridad que recibiera estos recursos deberá tramitarlos y resolverlos de acuerdo a los principios procesales de simplicidad, celeridad y eficacia, pudiendo el peticionario exigir su cumplimiento, y el Tribunal de Garantías Constitucionales apremiarlo para que los cumpla a instancia de parte interesada”.

su procedimiento a los principios establecidos en dicho artículo, a instancia de la parte interesada.

8. Velar, de oficio, por el cumplimiento pleno de los derechos constitucionales establecidos en la presente Constitución función para cuyo cumplimiento, la Constitución le otorga la más alta autoridad en la República, cuanto en materia de investigación como de resolución”⁴⁶.

Sin embargo, dicho proyecto no fue considerado, tan igual que las originales propuestas de Javier Valle Riestra, el mentor del TGC. A duras penas llegó a redactarse el vigente, pese a que en la mentalidad del legislador constituyente se tuvo muy en cuenta el mediocre rol de una magistratura timorata; salvando, por supuesto, las muy honrosas excepciones que, engarzadas en el Poder Judicial, mostraron timidez a un Poder Ejecutivo dictatorial y avasallante. Es probable que el escaso o nulo rol histórico de un Poder Judicial obsecuente ante el Poder Político haya sido la razón de fondo para que se incorpore un órgano jurisdiccional distinto al Poder Judicial, el que estuvo anclado a un antecedente inmediato: el anteproyecto de Constitución de España de 1978. Con todo, y tal como está actualmente regulado el sistema de jurisdicción constitucional en el Perú, cabe señalar que el tema de la inconstitucionalidad por omisión, en rigor, no fue incluido en los debates de la Asamblea Constituyente, pese a la singular propuesta del PSR.

5.3. El debate en el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo

A nivel de la legislación ordinaria, el tema de la omisión inconstitucional fue previsto cuando se debatió en la Comisión que elaboró la Ley de Habeas Corpus y Amparo. Lo ha registrado Alberto Borea Odría: “La mayoría de la Comisión aprobó un artículo, que en el proyecto llevaba el número 26, en que se señalaba que “No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado”⁴⁷. La exposición de motivos fundamentó dicho precepto esgrimiendo lo siguiente:

46 RUBIO-BERNALES: *Constitución: Fuentes e Interpretación*, Mesa Redonda Edit., Lima, 1988, p. 342.

47 BOREA ODRÍA, Alberto: *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, p. 187.

“... el artículo 26 establece la no procedencia del Amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal y mientras ésta no se dicte. Es decir, la Comisión, ha hecho suya la distinción entre normas operativas de propio cumplimiento (ejemplo, la libertad de tránsito) de aquellas programáticas que tienen reserva de la ley, esto es, que para que surtan sus efectos debe ser reglamentadas (así por ejemplo, el mandato contenido en el art. 11 de la Constitución del Estado). La Comisión es conciente que el tema está erizado de dificultades, pero, se ha inclinado, con la excepción que se presenta por separado, en este criterio realista, pues de lo contrario, se tendría que obligar a los jueces a que en sus resoluciones emitan órdenes que por sus alcances no serían actos jurisdiccionales, sino legislativos”⁴⁸.

Frente a este temperamento, Borea Odría emitió un voto singular proponiendo la procedencia de la Acción de Amparo en aquellos casos en los cuales sea necesario la previa reglamentación legal. El voto en minoría textualmente fue como sigue:

“Como lo señala el proyecto en la Exposición de Motivos, muchos han sido los puntos en los cuales los miembros de la Comisión hemos armonizado criterios no obstante haber, en trabajos previos sostenido algunos puntos en discordia con lo que ha sido aprobado finalmente en el texto. En todos ellos imperó la necesidad de presentar un solo proyecto para agilizar el trabajo sin alterar la sustancia del mismo. No obstante, he creído fundamental formular un solo voto singular respecto a la procedencia de las acciones de garantía cuando no se ha reglamentado una cláusula constitucional que crea un derecho”.

“La doctrina, cierto es, ha distinguido entre las llamadas normas operativas y no operativas en el texto de una Constitución, así lo ha señalado por ejemplo el profesor argentino Jorge Reinaldo Vanossi. Se ha querido concluir de esto que las llamadas cláusulas no operativas no crean inmediatamente un derecho, sino que su aplicación y en consecuencia su proyección en la vida jurídica, sólo se da en la medida en que el ente

48 Véase la exposición de motivos en el libro de Alberto Borea Odría; op. cit., p. 349.

legislativo lo reglamenta. Esto es, en efecto una cláusula no operativa, pero hay muchos derechos constitucionales en los que en el propio texto no se exige una reglamentación posterior y que sin embargo una prolongada actividad legislativa los podría hacer devenir en ilusorio”.

“Aquí a mi entender hay un conflicto entre el Poder Constituyente y las atribuciones del Poder constituido. El ocio legislativo es, creo yo, una manera de violar la Constitución por omisión. Si la ley no reglamenta el derecho no puede dejarse al ciudadano sin su protección”.

“Es un principio general del derecho que ha sido incorporado con categoría constitucional el que los jueces no pueden ni deben dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. La ausencia de reglamentación crea un vacío. Los vacíos no pueden entenderse como tales en el sistema jurídico, el que es suficiente en sí para resolver los conflictos que se presentan. En esta medida, los tribunales deben de llenar este ocio legislativo con una resolución aplicable al caso concreto, resolución supletoria de la voluntad legislativa, transitoria y derogable en el momento en que el órgano de poder del Estado encargado de la formulación de la norma, dicte la medida de carácter general”.

“Quiero poner un ejemplo para explicar claramente la idea de este voto singular. Si por ejemplo, la Constitución ordena la formulación de un salario mínimo vital y su regulación cada año. Si han pasado dos o tres años y no se ha reajustado los mismos, cualquier sindicato podría recurrir a la Corte para que se fijen estos salarios mínimos. La Corte Juzgará y fallará siendo su resolución aplicable a este caso concreto del reclamante y sólo hasta la dación del instrumento legal aprobado por el poder legislador. Así no se viola el principio constitucional lesionado por la holganza legislativa ni se agrede el principio de la separación de poderes. En este sentido ha opinado por ejemplo, en reciente artículo, el profesor Germán Bidart Campos, posiblemente el mejor profesor de Derecho Constitucional Latinoamericano”.

“Un Estado de Derecho debe de poder solucionar los casos en los cuales uno de los poderes no cumple con su función, lo contrario sería como lo dijo Hamilton en El Federalista, hace ya doscientos años, aceptar una dictadura congresional”.

“En consecuencia, el texto del artículo deberá, quedar para mí de la siguiente manera: Artículo 26.- No dan lugar a la acción de garantía la violación de derechos en los que la oportunidad de la reglamentación legal se deja al libre arbitrio del legislador”⁴⁹.

A criterio del constitucionalista y destacado político Alberto Borea Odría, y siguiendo el derrotero abierto por el maestro Bidart Campos y reforzando su posición, ha sostenido:

“Si ha pasado un tiempo razonable y el legislador no ha cumplido con pronunciarse sobre el tema que la Constitución ordena, cabe la interposición de la acción de amparo y la suplencia de la inactividad legislativa por medio de una resolución judicial aplicada solamente al caso concreto del reclamante y con vigencia tan sólo hasta que el Poder Legislativo cumpla con emitir la norma”⁵⁰.

Cuando la Comisión terminó el proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, éste fue aprobado por el Consejo de Ministros y posteriormente remitido al Parlamento⁵¹. En el Congreso, la Comisión de Constitución revisó el proyecto e hizo diversos retoques. Suprimiendo el art. 26 del proyecto original y quedó el art. 25 que establece:

“No dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la Sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución”⁵².

49 BOREA ODRÍA, Alberto: op. cit., p. 353-354.

50 Loc cit. p. 188.

51 Véase el Prólogo que hace Domingo GARCÍA BELAUNDE al libro ya citado de Alberto Borea Odría (7-12 pp.) o en su obra *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Vol 1, Lima, 1989.

52 Constitución Política del Perú: Sexta disposición general y transitoria: “Las disposiciones constitucionales, que irrogan nuevos gastos e inversiones, se aplican progresivamente. La Ley Anual de Presupuesto contempla el cumplimiento gradual de esta disposición”.

Esto es, oficialmente se prohíbe en forma implícita ejercitar la acción de amparo precisamente para aquellos derechos humanos de orden económico, social y cultural que significan un egreso crematístico al Estado.

Como se podrá apreciar, en el interior de la Comisión que elaboró el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo existían, particularmente para el caso que nos ocupa, una posición en mayoría⁵³ que no comparte el criterio de impulsar el amparo contra las omisiones legislativas; sin embargo, hubo una solitaria pero audaz posición en minoría de Borea Odría por hacer viable el amparo, aunque en forma restringida para la omisión inconstitucional.

No obstante, a nivel de la propia Ley de Habeas Corpus y Amparo 23506, existe una norma que bien podría significar una válvula de escape inusitada, vía las llaves hermenéuticas de una jurisprudencia audaz y creativa: hacer viable el amparo contra las omisiones normativas, a tenor del art. 2 que *in verbis* dispone:

“Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio”⁵⁴.

Por otro lado, y sumado a una interpretación sistemática del texto fundamental, bien podría entenderse que la propia Constitución enfatiza expresamente la tendencia progresiva a materializar las normas programáticas; por lo que el amparo, a criterio nuestro, se abre camino para conjurar el daño irrogado por una omisión normativa

53 Como anota Domingo García: “Lo importante de este proyecto es que fue aprobado por consenso, y aún sin estar sus miembros de acuerdo en todas y cada una de las cláusulas, fue firmado por todos ellos, quienes de esta manera evitaron la presentación -tan frecuente en nuestro medio- de proyecto en minoría y proyecto en mayoría. Fue inevitable el voto singular que presentó Borea a la Comisión (sobre un punto muy concreto) y que como tal aparece publicado en forma aparte, en el diario oficial El Peruano. Naturalmente se trata de un punto de vista interesante y con acogida en cierto sector de la doctrina, pero que a los demás miembros de la Comisión no nos pareció convincente” (Vid. el Prólogo; op. cit., p. 9).

54 Al respecto, existe una pionera demanda que planteara precisamente Borea Odría en torno al ocio legislativo. Se trató de una acción de amparo contra el Gobierno a fin de que cumpla con proporcionar acceso gratuito al PPC a todos los medios de comunicación social de propiedad del Estado. Vid “*Vox Populi*”, op. cit., pp. 207-234.

que queda a capricho del órgano responsable. El tiempo irá aclarando este panorama, aun cuando debe irse afirmando con vehemencia la justiciabilidad de las omisiones inconstitucionales vía el amparo.

5.4. Los casos de inconstitucionalidad por omisión: un breve registro en el texto constitucional de 1979

En la actualidad resulta ya factible, a más de 10 años de vigencia constitucional (1980-90), auscultar los preceptos constitucionales estrictamente programáticos que no tienen ninguna vigencia real por la carencia de legislación ordinaria, debido a la conducta renuente y omisiva del gobierno, en especial del órgano legislativo.

Sin embargo, es preciso aclarar -desde una perspectiva de la sociología política-, no se trata de que el Parlamento haya tenido poca iniciativa en la legislación que le corresponde por expreso mandato constitucional (art. 190), sino que ella ha sido bizantina. En efecto, irónicamente, durante los primeros 10 años se llegaron a presentar “más de 8,000 proyectos de ley. La mayoría de estos proyectos puede calificarse claramente como intrascendentes para el funcionamiento del Estado y, muchos de ellos sólo han logrado entorpecer las relaciones entre la sociedad y el Estado”⁵⁵.

De esta ubérrima iniciativa legislativa, sólo llegaron a cristalizarse en los diez años un total de 2,049 leyes, más 612 decretos legislativos del Ejecutivo. En el régimen de Belaunde Terry (1980-85) se elaboraron 1,060 leyes y 348 decretos legislativos. En el gobierno de Alan García, por su parte, se crearon 989 leyes y 264 decretos legislativos.

“... en la práctica y en ambos regímenes gubernamentales sólo se ha llegado a cubrir 38 leyes de estricto desarrollo constitucional. Si se cuantificara la autoría de cada gobierno, tenemos el siguiente resultado: el gobierno de Acción Popular desarrolló 23 leyes y el Apra 15. Las leyes del período 1980-1985 son: 23340, 23374, 23384, 23385, 23407, 23506, 23733, 23853, 23856, 23878, 24029, 24067; decretos legislativos 25, 52, 85, 109, 125, 197, 259, 264, 276, 295, 330. El régimen de 1990-95 ha creado las si-

55 FERNÁNDEZ-MALDONADO C., Guillermo, MELO-VEGA C., Jorge: “La propuesta de reforma Constitucional”, en *La Constitución Diez Años Después*, Lima, 1984.

guientes leyes: 23733, 25054, 24514, 24656, 24680, 24786, 24882, 24948, 24968, 24973; Reglamento de la Cámara de Diputados, Reglamento de la Cámara de Senadores; decretos legislativos 371, 440 y 612.

Aparte de estas 38 leyes producidas en los dos períodos de gobierno, existen 25 leyes que desarrollan diversas normas programáticas y que corresponden a la producción legislativa anterior a la vigencia de la Constitución y son las siguientes: Ley de 28 de setiembre de 1868, ley 2851, 4145, 7159, 9148, 11377, 13714; R. Leg. 13283, 14207, 14250, 14816 17262, 17716, 19039, 19338, 21156, 22653, 22345, 23118, 23184, 23201, 23214; DS: N° 295-68-HC; DS 781 de 1.8.47 y CC. de PP.CC.

En la actualidad existen 64 leyes que desarrollan la parte programática de la Constitución, faltando 42 leyes para cerrar el círculo normativo de leyes ordinarias con relevancia estrictamente constitucional en tanto desarrollan las normas programáticas. Pero aparte de estar 42 leyes que faltan, las 25 que fueron producidas con anterioridad a la actual Carta Fundamental deben ser objeto de actualización vía modificación o reforma; o, en el mejor de los casos de abrogación y creación de nuevas leyes. Visto así las cosas y en perspectiva, resulta que el Parlamento se encuentra atrazado en la implementación legislativa de leyes que prescribe la Constitución, a despecho de más de los dos millares de leyes producidas y cuyo balance cualitativamente resulta en realidad muy pobre⁵⁶.

Un breve registro de los casos que han devenido en inconstitucionalidad por omisión en el texto constitucional, arroja el siguiente resultado:

1. Ley del derecho de rectificación previsto en el art. 2 inc. 5° sin que se haya reglamentado⁵⁷.

56 ETO CRUZ, Gerardo: *Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1991, pp. 30-31.

57 Sobre este aspecto, puede verse un trabajo específico de PERLA AMAYA, José: "El derecho de rectificación: defensa constitucional sin regulación civil", en Revista *Ius et Praxis*, N° 5, Universidad de Lima, 1985.

2. Ley de excepción a la inviolabilidad de domicilio: normado en el art. 2 inc. 7⁵⁸.
3. Ley de garantía de la inviolabilidad del secreto en correspondencia y en comunicación: prescrito en el art. 2 inc. 8°.
4. Ley que reglamente el derecho de petición: consagrado en el art. 2 inc. 18° y del cual existe el anteproyecto de reglamento del Poder Ejecutivo, sin que se haya aprobado⁵⁹.
5. Ley de acceso progresivo a la seguridad social: normado en el art. 12⁶⁰.
6. Ley de utilización del suelo urbano de acuerdo al bien común: regulado en el art. 18⁶¹.
7. Ley de creación de la educación extra-escolar: prescrito en el numeral 27⁶².
8. Ley que regula la obligación de las empresas al sostenimiento de centros educacionales, industriales, agrícolas o mineros: previsto en el art. 29⁶³.

58 Al respecto pueden consultarse los comentarios orgánicos de la Constitución de José PAREJA Y PAZ SOLDÁN: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*; 3era. Edic.; Enrique CHIRINOS SOTO: *La Constitución al alcance de todos*, Lima, 1979; Marcial RUBIO CORREA y Enrique BERNALES BALLESTEROS: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Mesa Redonda Edit., Lima, 1985;; Alberto RUIZ ELDREDGE: *La Constitución comentada*, Lima, 1980.

59 Vid. Alfredo QUISPE CORREA: "El Derecho de Petición", en *Suplemento Dominical de El Comercio*; Ortecho Villena, Víctor Julio: *Derechos y Garantías Constitucionales*, Marsol Edit., Trujillo, 1985.

60 Vid. NIEVES MUJICA, Javier: "La Seguridad Social en la Constitución" en *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de Aplicación legal*, Lima 1987, C.H. Cuzco Edit., pp. 169-207.

61 Al respecto, aún no se ha abordado el tema de la utilización del suelo urbano en la doctrina nacional ni tampoco se registra una propuesta de iniciativa legislativa. Un trabajo relacionado con el asunto puede verse en: Cardena Quirós, Carlos: "El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional", en *Ius et Praxis*, U. de Lima, N° 11, 1988, pp. 123-133.

62 Existe una diversidad de trabajos sobre la educación y la cultura desde distintos enfoques. Un trabajo global es el de Juan Ansion: *Anhelos y sinsabores. Dos décadas de política cultural del Estado peruano*, Edit. Gredes, 1986, Lima.

63 Vid.: Chirinos Soto: op. cit., p. 61; Ortecho Villena: op. cit., p. 140, Pareja Paz: op. cit., p. 484; Rubio-Bernales: op. cit., p. 188.

9. Ley que regula los centros de educación privada: contenido en el art. 30⁶⁴.
10. Ley de creación de los Colegios Profesionales: normado en el numeral 33.
11. Ley que regula los medios de comunicación privada: previsto en el art. 37⁶⁵.
12. Ley sobre remuneraciones: normado en el numeral 42⁶⁶.
13. Ley del sistema de asignación familiar, normado en el art. 43⁶⁷.
14. Ley sobre el régimen de trabajo: art. 43⁶⁸.
15. Ley de creación del Banco de los Trabajadores: art. 53⁶⁹.
16. Ley de huelga: art. 55⁷⁰.
17. Ley del sistema único de remuneración del Estado: art. 60.
18. Ley de los partidos políticos: art. 68⁷¹.

64 Vid. ANSION, Juan: op. cit.

65 Vid. PERLA ANAYA, Juan: *Derecho y Comunicación*, Universidad de Lima, 1987.

66 Vid. ALVAREZ RAMÍREZ DE PIÉROLA, Fernando: "Compensación y tiempo de servicio", en *Derecho*, PUCP, N° 39, Lima, 1985, pp. 7-86.

67 Vid. PASCO COSMÓPOLIS, Mario: "El tema del trabajo y la nueva Constitución", en *La Nueva Constitución y su aplicación CIC*, Lima 1980.

68 Existe una ubérrima producción sobre el derecho constitucional del trabajo; así parcialmente puede verse lo siguiente: *Trabajo y Constitución*, Cult. Cuzco Edit., Lima, 1989. Vid, de otro lado los trabajos de PASCO C., Mario: "La Falta grave", en *Derecho*, PUCP, N° 39, 1985; "El salario: su protección y garantías" en *Derecho*, PUCP, N° 40, 1986; ZEGARRA G., Federico: "La estabilidad laboral" en *Derecho*, N° 40; Zavala Costa, Jaime: "Relaciones laborales y negociaciones colectivas"; en *Ius et Praxis*, N° 12, 1988; RODRÍGUEZ B., Hugo: *Los derechos laborales en la dimensión de los Derechos Humanos*, CEAL, Lima 1989.

69 Vid. PASCO C., Marlo: *El tema del Trabajo y la nueva Constitución, en la nueva Constitución y su aplicación legal*; Edit. CIC, Lima, 1980.

70 Al respecto, puede verse: SANTISTEVAN, Jorge: *La huelga en el Perú: Historia y Derecho*; CEDYS, Lima 1980; y GONZÁLEZ NIEVEZ, Orlando: *Aspectos Jurídicos de la Huelga*, Trujillo, Edit. Libertad 1991.

71 Al respecto puede verse: "Ley de Partidos Políticos" en *Constitución y Democracia* de Jorge Power Mancheco-Muñoz, Lima, 1989; BOREA ODRÍA, Alberto: *Vox Pópuli*, Lima 1988; Chirinos Soto, Enrique: *La nueva Constitución y los Partidos*; Centro de Documentación Andina; Lima 1984.

19. Ley que señala la forma de publicación y los medios de difusión oficial de las normas legales: art. 87.
20. Ley que regula las condiciones de utilización de los recursos naturales: art. 118⁷².
21. Ley de participación de los municipios provinciales en la renta que produce la explotación de recursos naturales: art. 121.
22. Ley de derechos del inventor: art. 129.
23. Ley de organización, funcionamiento, control y evaluación de las empresas del Estado: art. 144.
24. Ley del sistema monetario de la república: art. 148.
25. Ley del seguro agrario: art. 158 inc. 4°.
26. Ley de la pequeña y mediana propiedad rural: art. 159 inc. 29.
27. Ley de desarrollo de la Amazonía: art. 159 inc. 4⁷³.
28. Ley de la representación regional de los senadores: art. 165.
29. Ley de representación y distribución de los diputados: art. 167.
30. Ley de excepción a los senadores y diputados para celebrar contratos con la administración pública: art. 174 inc. 3°.
31. Ley que prohíbe que abogados sean magistrados suplentes: art. 233 inc. 4⁷⁴.
32. Ley que regula la entrega al municipio del impuesto predial empresarial: art. 257 inc. 1°.

72 Existe una sólida producción académica peruana sobre una parte de este tópico relacionado con la zona marítima peruana, la soberanía y la jurisdicción nacional; puede verse lo relacionado directamente al tema en: SOBERÓN GARRIGO, Ricardo: "Protección jurídica de la naturaleza y los recursos naturales"; en *Ius et Praxis*, N° 10, 1987, así como a Jorge CAILLAUX Z.: "Reflexiones a propósito del Derecho Ambiental" en *Themis*, N° 12, 1988.

73 Vid: BALLÓN, Francisco *La Amazonía en la Norma Oficial Peruana 1821-1990*, CIPA, Lima 1991.

74 GARCÍA TOMA, Víctor: *Constitución y Defensa Judicial*, Concytec, Lima 1990; específicamente p. 180.

33. Ley de impuesto a la extracción de materiales de construcción: art. 257 inc. 6°.
34. Ley del fondo de compensación regional: art. 263⁷⁵.
35. Ley sobre la estructura y funciones del Consejo Nacional de Defensa: art. 271⁷⁶.
36. Ley de equipamiento de las FF.AA. y PNP: art. 279.
37. Ley de ascensos de las FF.AA. y PNP. art. 281.
38. Ley que regula los grados, honores, remuneraciones y sus equivalentes en las FF.AA. y la PNP: art. 282.
39. Ley del Jurado Nacional de Elecciones: art. 287. Aunque, en rigor, se prevé en la Ley 14250, es necesario una ley básica sobre el particular como lo establece la propia Constitución⁷⁷.
40. Ley del registro de partidos políticos: art. 294; esta ley puede incluso estar subsumida en la Ley de Partidos Políticos ya aludida.

75 Aunque parcialmente se prevé en la Ley de Bases de la Regionalización, es necesario una ley ad hoc sobre la materia. Pueden verse los siguientes trabajos: AA. VV. *¿Cómo hacer Gobierno Regional?*, Intercampus Lima 1980; LANDA A. César: *Régimen Jurídico del Gobierno Regional*; en *Lecturas sobre temas constitucionales*, CAJ, Lima, N° 4, 1990.

76 Existen algunos trabajos que indirectamente aluden al tema de la defensa nacional como RUBIO CORREA, Marcial: *Ministerio de Defensa Antecedentes y Retos*; APEP, Lima 1987, p. 31. MERCADO JARRÍN, Edgardo: "Defensa Nacional", en *Derecho*, PUCP, Lima, N° 35, 1981, pp. 131-141. QUISPE CORREA, Alfredo: "El Proyecto-Nacional, la Defensa Nacional y la Constitución"; en *Defensa Nacional*, CAEM, Año 2 N° 2 1982; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "Defensa Nacional y Constitución", en *Defensa Nacional*, CAEM, N° 2, 1982.

77 Los problemas del sistema electoral en el Perú en el que se encuentra inmerso el JNE, han sido abordados por GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Una Democracia en transición; Las elecciones peruanas de 1985*, Okura Edit. S.A., Lima, 1986; "Sistemas Electoral y Representación política en el Perú actual", en *Derecho*, PUCP, N° 41, 1987; Eguiguren Praeli, Francisco: *Las Elecciones Presidenciales en la Constitución de 1979. Alcances y controversias en el sistema electoral vigente*, *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 4, CAJ, Lima, 1990 pp. 77-103; Ramírez Ramón: *Legislación Electoral y Partidos Políticos*.

5.5. Mecanismos de fiscalización de la omisión inconstitucional en el sistema peruano

Frente a la ausencia de un control que solucione la inercia del legislador, se debe auspiciar determinadas reformas constitucionales a fin de impulsar dos tipos de mecanismos de fiscalización: una en forma *indirecta*, y otra *directa*.

5.5.1. Fiscalización indirecta

a) A través del *derecho de petición*: éste debe irse redimensionando a fin de que se pueda plantear petitorios en sede legislativa, solicitando a los legisladores el desarrollo de tal o cual norma programática aún incumplida⁷⁸. Si bien el art. 2 inc. 18° no permite en forma expresa ejercer el derecho de petición a los órganos legislativos, tampoco lo prohíbe. Este precepto, por lo demás, guarda vinculación y sustento con otros, como el inc. 16° del mismo numeral 2, que establece el derecho de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación; también el art. 64 prescribe el derecho de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos y el art. 74 que establece el deber de “respetar, cumplir y defender la Constitución”, junto con el art. 75 que norma el deber del ciudadano de “participar en el quehacer nacional”, entre otros.

b) A través de la *iniciativa popular en las leyes*: sería requisito indispensable la reforma constitucional a fin de institucionalizar este mecanismo. Con la iniciativa popular en las leyes, nos encontraríamos frente a un control que, aunque dimana de un cuerpo electoral, cabría la posibilidad de reputar a este mecanismo como a una suerte de control político o de ejercicio de una *democracia semidirecta* de la ciudadanía. Sucede en sistemas clásicos como Suiza, en algunos estados federales de EE.UU, Alemania Federal, Italia, España y, a nivel latinoamericano, en Uruguay y Brasil⁷⁹.

78 En Chile con la nueva Constitución (1980) y restablecida la democracia, se han dictado leyes que derivaban de la exigencia constitucional, precisamente a través del derecho de petición, el que obviamente, tuvo receptividad en los legisladores.

79 Esta propuesta, por lo demás, ha sido en forma orgánica desarrollada por Francisco Miró Quezada Rada (Cf.: *Derecho Constitucional y Democracia Semidirecta*, Lima, 1991) el que plantea con solvencia la necesidad de impulsar una

Esta fiscalización indirecta no deja de ser relativa y de efectos limitados, pues es una forma indirecta de presionar en las fases del proceso legislativo y nada más. Puede, por la propia práctica parlamentaria demasiado politizada, quedar encarpetadas tanto las iniciativas populares en las leyes como las peticiones.

No obstante, como Informa el tratadista Xifras Heras, “cuando el poder del Estado crea la ley, no suele obrar por propio impulso, pues lo normal es que la iniciativa legislativa vaya precedida de una polémica o pugna entre fuerzas sociales acerca de las cuales el poder actúa como árbitro”⁸⁰.

Explicando con más detenimiento este aspecto, Jorge Xifras Heras señala:

“Todas las fuerzas sociales, sea cual sea su origen y su fin, pueden dar lugar, si cuentan con la energía suficiente para ello, a una acción legislativa. Tales fuerzas (...) se hallan encuadradas en las cuatro fuentes de inspiración legislativa que distingue Burdeau: la Opinión pública, los intereses sociales, los programas de los partidos y los propósitos del gobierno.

- a) La opinión pública es la fuerza, social que expresa el estado de conciencia que predomina en una sociedad con respecto a los problemas políticos de interés general. Pero la opinión pública es una fuerza difusa que necesita ser canalizada a través de los grupos y de los partidos que, sin absorberla completamente, la dotan de los recursos necesarios para actuar con eficacia.
- b) Los intereses que operan en la sociedad, organizados en grupos de influencia, dan origen a poderosas instituciones, algunas de las cuales tienen un campo vastísimo.
- c) Los programas de los partidos, que reflejan la ideología que los informa, contienen eficaces móviles para poner en marcha el proceso legislativo, especialmente en los temas más concretos y reales.

reforma constitucional a fin de incorporar los mecanismos de una democracia semidirecta en el Perú.

80 XIFRAS HERAS, Jorge: *Curso de Derecho Constitucional: El Estado Moderno*, T.II, Bosch Edit., Barcelona, 1962, p. 239,

d) Finalmente, los propósitos del Gobierno, constituyen la fuente de inspiración directa, alimentada por las anteriores, y dirigida, a armonizar los intereses en lucha⁸¹.

En consecuencia, esperar del gobierno *motu proprio* la dación de tal o cual ley, resulta en realidad demasiado ingenuo. La mayoría de leyes que han beneficiado al grueso sector poblacional siempre han estado precedidas de movimientos sociales y reivindicativos; y cuando la población no ha encontrado la receptividad de la autoridad estatal, se ha buscado nuevas alternativas, muchas que han significado como señala agudamente Matos Mar un “*desborde popular*”⁸² identificado con el perfil del Perú de los últimos tiempos: la informalidad como nota característica, asunto analizado y descrito por el descollante analista Hernando de Soto⁸³.

5.5.2. La fiscalización directa

Ha de constituir el mecanismo verdaderamente jurisdiccional que, previa su incorporación en el sistema jurídico peruano, se convierta en el remedio procesal más o menos idóneo de la ciudadanía para resarcir el daño que ocasiona la deuda del legislador, tan cara-mente exigida por la Ley Fundamental.

Acorde con nuestro sistema dual o paralelo, nuestra jurisdicción constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión debe estar encargada por partida doble, tanto al Poder Judicial como al Tribunal de Garantías Constitucionales. Para tal efecto, podría irse estimando las reformas siguientes:

a) En el caso del Poder Judicial, tendría éste atribuciones de control jurisdiccional; pero no para declarar la inconstitucionalidad por omisión, sino para suplir la inercia del legislador en *casos concretos* y sólo para *cláusulas constitucionales programáticas de instrumentación simple*, como plantea el distinguido maestro Néstor Pedro Sagüés. La sentencia del Poder Judicial ha de tener, siguiendo la regia tradición norteamericana, *efectos inte rpartes*; pudiendo llegarse, según sea el

81 Idem. *ibid.*, p. 240.

82 MATOS MAR, José: *Desborde Popular y Crisis del Estado*, IEP, Lima.

83 Hernando DE SOTO: *El otro sendero*, Instituto Libertad y Democracia, Lima.

caso y tomando como paradigma la avanzadísima tesis de la Constitución rionegrina de Argentina, de resarcir el daño ocasionado por la falta de ley a través de una indemnización económica. Así, v. gr., si una familia indigente plantea demanda al Estado por no dictar el reglamento que prevé el derecho a la sepultura gratuita a los muertos, la magistratura ordinaria, en el marco de una heroica jurisprudencia, puede ir supliendo esta falta de ley otorgando sencillamente una reparación económica contra el Estado y en favor de dichos deudos. Este planteamiento, por lo demás, tendría como fuente repetimos, tanto la constitución provincial de Río Negro como el mecanismo del *mandato de injunção* de la Carta Fundamental de Brasil.

Si bien puede ya vislumbrarse ciertas luces para aquellas *normas programáticas de instrumentación simple* no cumplidas, la situación sigue siendo difícil para las *cláusulas programáticas de instrumentación compleja*. En efecto, ¿cómo la magistratura ordinaria podría solucionar una demanda de un grupo de laborantes que solicitan el beneficio crediticio del Banco de los Trabajadores si ésto no existe? ¿o de un sector de la población amazónica que plantea una acción, en sede Judicial, por la ausencia de la Ley de desarrollo de la Amazonía? Estos y otros casos más perfilan lo espinoso de la omisión de leyes derivadas de normas de instrumentación compleja. En tales casos, si el Poder Judicial no pudiera dar una solución -pues la inercia del legislador sería insuplible- la catequesis propuesta por el maestro Bidart Campos resulta viable: no obstante lo difícil, el Poder Judicial debe apelar a los principios generales del derecho; o, en su defecto, apelar al valor de la justicia para solucionar los daños que genera la reprochable inactividad del legislador.

De otro lado, podría irse estimando que, cuando el Poder Judicial se halle en tales casos (esto es, que no pueda suplir el vacío legislativo ni apelar al valor de la justicia para dar salida jurisdiccional al asunto), debería establecerse una fórmula normativa a fin de que la resolución sea puesta en conocimiento al Tribunal de Garantías Constitucionales y éste declare, a petición de parte, la inconstitucionalidad por omisión.

b) En el caso de las atribuciones del TGC, se debe proclamar su reforma para que ejerza la fiscalización de la mora legislativa. Este control se iniciaría a través de dos conocimientos: 1) cuando, vía reso-

lución de la Suprema Corte, se le comunica al TGC la existencia de una omisión normativa inconstitucional derivada de normas programáticas de instrumentación compleja; y 2) a través de una denominada “acción de inconstitucionalidad por omisión”, para cuyo caso las personas legitimadas procesalmente serían: a) el Presidente de la República, b) el Fiscal de la Nación, c) la Corte Suprema de Justicia, d) los Gobiernos Locales, e) Los Gobiernos Regionales, f) La Federación de Colegio de Abogados del Perú, g) partidos Políticos con representación parlamentaria y h) las Centrales de Trabajadores.

Según sea que el TGC conozca un asunto de inconstitucionalidad omisiva por parte de la comunicación que formula el Poder Judicial o a través de la acción de inconstitucionalidad, en uno o en otro caso debe llevar inevitablemente a la certeza de una *declaración de la inconstitucionalidad por omisión*; a su vez debe comunicarse al órgano legislativo competente para que en un *plazo razonable* o, en su defecto, en el plazo de una *legislatura ordinaria*, enmiende el vacío legislativo a través de la dación de la ley infraconstitucional.

En caso de que el legislativo no dictara en el plazo señalado por la sentencia del TGC, se debería tácitamente entender que dicho incumplimiento supone una *delegación de facultades* al órgano ejecutivo por un plazo que podría ser de 180 días (aún cuando todo plazo es, como se sabe, arbitrario); y correspondería al Ejecutivo, mediante decreto legislativo (art. 180), dictar la norma legislativa infraconstitucional. Sin embargo, surge aquí otro problema: ¿qué pasa si el órgano Ejecutivo tampoco decide cumplir lo que la Constitución le obliga? En este caso, el ministro responsable (por razón de la materia) debería renunciar en forma inmediata: Por ejemplo, si la ley exigida por la Constitución versa sobre asunto agrario, económico, laboral, etc., la cartera ministerial homóloga a dicha materia sería la responsable; y en caso de la mora en dictarlo, la renuncia del ministro del ramo respectivo sería la sanción mínima.

6. REFLEXIONES FINALES

El control de la inconstitucionalidad por omisión resulta ser uno de los más complejos fenómenos dentro de las distintas manifestaciones de inconstitucionalidad que existe en el derecho constitucional,

más aún si la *mora* deriva de preceptos constitucionales que aluden a derechos sociales y económicos difíciles de implementar.

El problema, en realidad, tampoco es nuevo, en parte, ya en el derecho anglo-sajón existía el *mandamus* o el mandamiento que constituía una orden u obligación de ejecutar algo o dejar de hacer algo. Sin embargo, en la actualidad, al Derecho Constitucional se le presenta el asunto con toda su crudeza y no debe acusar una indigencia frente a los retos de solución a tan espinosos *problemas*. El problema sobre este fenómeno puede resumirse, como ya lo ha destacado el profesor Bidart Campos, en la escasa internalización de lo que son las *obligaciones constitucionales*. En efecto, es distinta la obligación del derecho civil que la del constitucional. A nivel constitucional, los detentadores del poder, como también los destinatarios o gobernados, no estamos acostumbrados a lo que es una obligación constitucional; de allí que pueda, como ya se tiene dicho, resultar sorprendente tratar de buscar soluciones. Si bien hasta ahora, y apelando al derecho comparado no se ha avanzado mucho (sólo las constituciones de Portugal, Brasil y la provincia de Río Negro en Argentina han dado soluciones parciales), el tema aún queda en pie y es probable que a lo mejor no existe una solución completa. Con todo, la inconstitucionalidad omisiva debe irse solucionando con ingenio y creatividad, empezando por “reivindicar con ahínco el principio de que tanto se vulnera la constitución cuando no se hace lo que ella manda como cuando se hace lo que ella veda”⁸⁴.

84 BIDART CAMPOS, Germán: “La Justicia Constitucional y la Inconstitucionalidad por Omisión”, op. cit., p. 13.

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ojeada panorámica a la constitución de 1979. 2.1. Relación de Proyectos de Ley de Reforma Constitucional presentados en el Congreso de la República durante los dos periodos constitucionales de 1980-1985 y 1985-1990. 3. Estructura constitucional. 4. Las bondades del texto constitucional de 1993. 4.1. De la Persona y de la Sociedad. 4.2. Del Estado y la Nación. 4.3. Del Régimen Económico. 4.4. De la Estructura del Estado. 4.5. Garantías Constitucionales. 5. Los defectos del texto constitucional de 1993. 5.1. De la Persona y de la Sociedad. 5.2. Del Estado y la Nación. 5.3. Del Régimen Económico. 5.4. De la Estructura del Estado. 5.5. De las Garantías Constitucionales. 6. Visión global de la constitución en torno a sus “defectos”

* Publicado por la editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, en colaboración con el prof. Dr. José F. Palomino Manchego.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las características propias de nuestro *constitucionalismo histórico*¹ es que las constituciones políticas se han gestado bajo la visión taumatúrgica² que ellas podrían en sí solucionar los grandes problemas nacionales³, cuando en rigor, el trasfondo de cada Constitución ha sido fruto y resultado de singulares crisis políticas que cambiaban los rumbos de la nación, al vaivén de los intermitentes caudillos que hemos tenido⁴, incluso hasta el presente siglo. Quebrada la institucionalidad jurídico-política preexistente, había la necesidad de que los nuevos regímenes se legitimaran bajo la ficción jurídico-política que implica una nueva Constitución⁵. Así las cosas, y recordando la visión de don Manuel Vicente Villarán⁶, el Perú ha venido haciendo y deshaciendo constituciones. Lo propio afirmaríamos José Pareja Paz-Soldán, de que cada 12 a 15 años el Perú cambiaba de Constitución⁷, futurología constitucional confirmada en estos últimos años.

1 GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú*, Edic. Oficial, Lima, 1993, pp. 9-18.

2 GARCIA BELAUNDE, Domingo: "Procesos Constitucionales en América Latina", en *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*, (César Landa y Julio Faúndez Edit.), PUCP, Maestría en Derecho Constitucional, Lima 1996, pp. 25-34.

3 COLOMER VIADEL, Antonio: "Rasgos del constitucionalismo iberoamericano", en *Ius et Praxis*, Rev. de la Universidad de Lima, N° 17, 1991; pp. 77 y ss. Del mismo autor: *Introducción al constitucionalismo Iberoamericano*. Edic. Cultural Hispánica, Madrid, 1990.

4 BASADRE, Jorge: *Historia de la República del Perú*, Edit. Universitaria, Lima, 1968; CHIRINOS SOTO, Enrique: *El Septenato*, Lima.

5 ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: "Gobierno de Hecho. Doctrina de Facto y de la Revolución", en *Revista Jurídica*, N° 119. Organó Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, Trujillo, 1974. Vid. igualmente a DE BELAUNDE, Javier: "Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales", en *Rev. Derecho*, N° 32, PUCP, Lima, 1974, pp. 93-124. DURAN ABARCA, Washington: *Consideraciones en torno a la Constitución y los gobiernos de facto*, Edit. Atlántida, Lima, 1970. GARCIA BELAUNDE, Domingo: "Los Gobiernos de Facto", en *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, T. I, Eddili, Lima, 1989, pp. 13-20.

6 VICENTE VILLARAN, Manuel: *Lecciones de Derecho Constitucional*, PUCP, Lima, 1998 (Revisión, Prólogo y Notas por Domingo García Belaunde), véase básicamente las lecciones sobre "Reseña histórica de las constituciones del Perú", pp. 483-572.

7 PAREJA PAZ-SOLDAN. José: *Historia de las Constituciones Nacionales*, Graf Zenit, Lima, 1994. Del mismo autor: *Las Constituciones del Perú. Exposición. Crítica*

La Constitución de 1993 no escapa a esta tendencia histórica, muy propia de los regímenes latinoamericanos⁸. Desde luego, la nueva Constitución ostenta perfiles muy singulares en las que se crea: una crisis global de los tradicionales partidos políticos⁹, cierto rechazo de la ciudadanía a la clase política¹⁰; y, sobre todo, una aceptación de que era

y *Textos*, Cultural Hispánica, Madrid, 1954 (Prólogo de Manuel Fraga Iribarne), igualmente su: *Derecho Constitucional Peruano*, Studium, Lima, 1973.

- 8 LANDA, César: "La vigencia de la Constitución en América Latina", en *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*, op. cit, pp. 13-23. COLOMER VIADEL, Antonio: "Rasgos del Constitucionalismo iberoamericano", op. cit. QUIROGA LAVIE, Humberto: *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, pp. 17-19.
- 9 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: "Crisis y Partidos Políticos", en *Del Golpe de Estado a la nueva Constitución*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, pp. 75-79. Del mismo autor: "Partidos, Democracia y Autoritarismo en el Perú", en *Sociedad, Partidos y Estado en el Perú*, I Congreso de Ciencia Política, U. de Lima, Alfredo Alpiste Edit., 1995, pp. 117-190. FRANCO CORTES, Carlos: "Del Impasse de la Democracia", en *Sociedad, Partidos Políticos y Estado en el Perú*, op. cit., pp. 117-126.
- 10 "El autogolpe del presidente del Perú Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992 marca un cambio histórico. La democracia formal es reemplazada por otra que el golpista llama real. Después de sólo once años de democracia, el pueblo peruano, apoyando mayoritariamente al presidente golpista, expresa su desilusión con la Constitución democrática de 1979 y este acontecimiento supone un verdadero eslabón en la corta historia de las *nuevas democracias* y un desafío para la ciencia política, que no sólo tiene que definir los cambios en el Este, sino que tiene que revisar sus propias teorías sobre las *nuevas democracias*. Para marcar la diferencia entre los tiempos de las *nuevas democracias* y los nuevos tiempos de las *democracias inciertas* podemos recurrir a la comparación del papel que han desempeñado las Fuerzas Armadas en diversos casos de transformación democrática. Al principio de la época de las *nuevas democracias* la fe en la democracia y su futuro era tan obvia e indiscutible que impedía recelar de la toma del poder por parte de los militares. Las libertades que ofrecía la dictadura militar portuguesa que siguió a la Revolución de los Claveles de 1974 eran mayores que las que deban los gobiernos civiles de Turquía en la segunda mitad de la década de los ochenta tras apartar a los militares del poder. Si hay una fecha que marque el inicio de los tiempos de las *democracias inciertas* ésta es 1992, cuando sólo la intervención directa de los militares argelinos en la política, la suspensión de los derechos políticos resulta ser el único método para proteger las semillas del proceso de transformación democrática. La confirmación de la validez de esta fecha la encontramos en la ambigua actuación de los militares rusos. Las dos décadas transcurridas entre la revolución de los Claveles y la revolución rusa de los noventa han servido para que la opinión pública dejara de asociar los tanques del presidente Yeltsin disparando contra el edificio del Parlamento pos-soviético en octubre de 1993 con las imágenes del bombardeo del palacio de la Moneda en Santiago de Chile por la aviación del general Pinochet en septiembre de 1973". TARNAWSKI GESLOWS-

preferible la violación a cierta institucionalidad democrática en aras a una posibilidad de desarrollo económico¹¹. Este fenómeno incluso se reflejó en el procedimiento que existió en la aprobación del referéndum constitucional¹², pues en la práctica, la ciudadanía fue consultada si bien formalmente por la nueva normatividad constitucional, la que desde luego era desconocida por la inmensa mayoría; empero ésta aprobó al régimen que se instauraba a partir del 5 de abril¹³; podría por tanto aseverarse que históricamente lo que existió en 1993 fue un *referéndum plebiscitario*, es decir, el pueblo, con cierto margen de apoyo, aprobaba no a una *nueva* Constitución, sino al gobierno del Presidente Fujimori que, por aquel entonces, afirmaba una incuestionable popularidad.

En líneas generales y en un apretadísimo cotejo entre la abrogada Constitución de 1979 y la actual, se desprende que mientras aquélla fue la expresión de una *transacción política*¹⁴ y

KA, Eduard: "El Tiempo de las Democracias inciertas" en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)* N° 86, Octubre-Diciembre, 1994, pp. 158-159.

- 11 Esto es lo que se evidencia bajo el actual gobierno, que ha inaugurado una apertura a las grandes inversiones extranjeras.
- 12 GARCIA BELAUNDE, Domingo: "El Referéndum Constitucional" en *Boletín electoral latinoamericano*, N° X, San José, Julio-Diciembre 1993, y en *La Constitución en el Péndulo*, Arequipa, 1991, pp. 185-191. RUBIO CORREA, Marcial: "El Referéndum: Un tema pendiente", en *lus et Praxis*. Instituto de Estudios Peruanos: "Elecciones plebiscitarias e inestabilidad política", en *Argumentos*, Boletín de coyuntura política y económica, año 1, N° 2, Lima, 1992. ABAD YUPANQUI, Samuel y GARCÉS PERALTA, Carolina: "El gobierno de Fujimori: antes y después del golpe", en *Del Golpe de Estado a la nueva Constitución*, op. cit., pp. 173-190.
- 13 A nuestro criterio, a partir del 5 de abril, y siguiendo aquí al politólogo Eduard Tarnawski Geslowska, se inaugura una *democracia incierta*. Veamos *in extensu* el pensamiento de este cientista político: "Mi tesis es que las democracias del Este son inciertas no únicamente porque no cuentan con soportes económicos y sociales sólidos, sino porque la teoría política contemporánea todavía no ha dictado su veredicto sobre el tema y ella misma es la primera víctima de la confusión. La incertidumbre sobre la teoría de la democracia afecta a todas las democracias contemporáneas, independientemente de si son grandes, históricas, estables, viejas y jóvenes. Hoy en día ninguna de ellas puede contar con aquella firmeza de los argumentos que la alababan hace pocos años. Por consiguiente, se puede decir que no sólo las democracias en el Este, sino en general todas las democracias son inciertas en tanto en cuanto la política lo es". *El tiempo de las democracias inciertas*, op. cit., p. 154.
- 14 "Toda Constitución es una transacción, en el sentido que ella —sus significados jurídicos— receptionan una pluralidad de motivaciones, la influencia de varios

que reflejó una ideología socialdemócrata, la actual acusa una apertura ideológica liberal que se manifiesta en un *liberalismo ortodoxo* en lo económico¹⁵, sin que se haya podido evidenciar esfuerzos en conciliar con otras aperturas en el ámbito social. Muestra de ello son, por ejemplo, las limitaciones a un sector de derechos económicos, sociales y culturales.

Las reflexiones que a continuación iniciamos, pretenden realizar una rápida visión y de conjunto del texto constitucional de 1993. No existe una pretensión académica más que presentar un brochazo panorámico de las “*bondades*” y los “*defectos*” que ella contiene. Constituye, por tanto, una *lectura de síntesis*, pero no un resumen, del derecho constitucional patrio. Alude a la dogmática constitucional, pero no desarrolla sus preceptos. Igualmente analizamos brevemente diversos aspectos de la “*parte orgánica*”, mas no nos detenemos a la exhaustividad de la misma. Nuestro enfoque, dígame de paso, se ubica en el marco estrictamente normativo; y las apreciaciones valorativas (para calificar qué de positivo o negativo tiene la *Lex Legum*) se hace sobre la base del cotejo, con la sustituida Carta Política de 1979. Será quizás, para más adelante, que la visión fáctica y el análisis de la *dinámica constitucional*, dentro del ochenio de vigencia constitucional la que tendrá que formularse, bajo los marcos de la actual realidad.

2. OJEADA PANORÁMICA A LA CONSTITUCIÓN DE 1979

La Constitución de 1979, promulgada el 12 de julio y que entra en vigor el 28 de julio de 1980, fue un texto que definitivamente se inscribía en las modernas tendencias del constitucionalismo contemporáneo¹⁶. Desde luego, el texto formalmente encerraba diversas limi-

factores, sean ellos económicos, sociales, políticos, históricos”. ROMERO, César Enrique: *Introducción al Derecho Constitucional*, 2da. Edic., Víctor P. de Zavalia Edit., Buenos Aires, 1972, p. 72.

15 Esto se evidencia no sólo en la propia Constitución económica, sino en la legislación infraconstitucional del gobierno de Fujimori.

16 Vid la primera edición de: *El Constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX. Las Constituciones Latinoamericanas*, (2 Vol), (1era. Edic., en referencia a la Constitución de 1979: 1988), 2da. Edic., con referencia a la Constitución de 1993, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1994, con estudio introductorio de Humberto Quiroga Lavié.

taciones que, a la postre, podían haber sido superadas mediante el procedimiento normal de la reforma constitucional. De no haber mediado el autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992 y de haberse auspiciado las reformas que la realidad aconsejaba, aún se hubiera mantenido la Carta de 1979. Todo esto hubiera operado bajo los marcos de una adecuada reforma Constitucional. De ahí que resulta importante tener en cuenta la presencia de un Poder Constituyente Derivado, pues éste cumple importantes funciones.

Tres son los aspectos en que opera la reforma en la moderna organización constitucional democrática, aclara Pedro de Vega¹⁷. En primer lugar, como instrumento de adecuación entre la realidad jurídica y la realidad política. En segundo término, como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado. Y, por último, como institución básica de garantía. Veamos *in extensu* las acertadas reflexiones del jurista español:

“1. Es incuestionable, en primer lugar, que la realidad política que la Constitución debe regular es una realidad en permanente devenir. También es evidente que la normativa constitucional, como cualquier otro complejo normativo, aparece como una estructura en la que se cristalizan en imperativos atemporales, fijos y permanentes, una serie de relaciones que, en su dimensión histórica y práctica, son esencialmente cambiantes y variables. La necesidad de adecuar la realidad política a la realidad jurídica se presentará de este modo como la primera exigencia del sistema constitucional. Es a esta exigencia a la que responde la reforma constitucional. No apelar a la revisión, cuando los requerimientos y urgencias de la realidad lo imponen, significaría establecer un distanciamiento suicida entre la normativa constitucional, que iría por un lado, y la vida política efectiva, que caminaría por el otro.

2. En segundo término, hay que advertir inmediatamente, que esa adecuación de las normas constitucionales a la realidad, operada a través de la reforma, se produce sin quebrantamiento de la continuidad jurídica. Porque el poder de revisión es un poder constituido que obtiene su legitimidad en el propio ordenamien-

17 DE VEGA, Pedro: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, 3era. Reimpresión, Tecnos, Madrid, 1995, p. 67.

to, la operación de reforma es una operación esencialmente jurídica.

Reformar la Constitución no significa destruirla, sino, simplemente, acoplarla a la realidad histórica, sin que pierda su identidad como estructura conformadora del Estado. La destrucción de la Constitución es tarea que no corresponde al poder de revisión, sino al poder constituyente.

3. Por último, si frente al poder constituyente, el poder de reforma aparece como mecanismo de articulación de la continuidad jurídica del Estado, frente al resto de los poderes constituidos se presenta como la institución básica de garantía¹⁸.

La Constitución de 1979, fue fruto de un verdadero *Poder Constituyente Originario*, pues nacía de un *gobierno de facto*¹⁹. Lamentablemente, las diversas reformas que en los períodos gubernamentales 1980-85 y 1985-90 se propusieron no prosperaron.

Si bien es verdad que en los doce años de vigencia de la Carta de 1979 se plantearon aproximadamente 85 proyectos de diversas re-

18 DE VEGA. Pedro: op. cit., pp 68-69-70.

19 Como es sabido, se distingue un *Poder Constituyente Originario* y un *Poder Constituyente Derivado*. El primero tiene como función exclusiva la de elaborar una Constitución, no puede tener otras atribuciones propias de un poder constituido, normalmente se institucionaliza en una Asamblea Constituyente. En cambio, el Poder Constituyente Derivado, deriva precisamente su legitimidad bajo los mecanismos de la propia reforma constitucional que ella prevé. En esta perspectiva, somos de la opinión de que nunca una Constitución es convocada por un gobierno *de jure*, sino por un gobierno *de facto*; pues el gobierno *de jure* se expresa en un Poder Constituyente Derivado y no en un Poder Constituyente Originario. Esta nace a fojas ceros, sin normatividad que lo ligue al ordenamiento que ella cambia. Sobre el particular puede verse a: SCHMITT. Carl: *Teoría de la Constitución*, (Presentación de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García-Pelayo y versión española de Francisco Ayala), Alianza Edit., Madrid, pp. 93-114. HELLER, Herman: *Teoría del Estado*, 7ma. Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, pp. 296-297. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos: *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1943, p. 91. Idem: *El Poder Constituyente*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 257. LINARES QUINTANA, Segundo: *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*; Vol. I., Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1985, p. 116. BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional*, T. I, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1963, pp. 157 y ss. SÁNCHEZ AGESTA, Luis: *Lecciones de Derecho Político*, Granada, 1947, p. 343 y ss. RECASENS SICCHES, Luis: *El Poder Constituyente*, Madrid, 1931, p. 72.

formas constitucionales, muchas de ellas técnicamente necesarias²⁰; lo cierto fue que, tanto en el régimen de Belaunde Terry como en el de Alan García, no hubo la intención política para realizarlo. Por cierto, en ambos gobiernos se contaba con una mayoría en el Parlamento; empero ello no ocurrió. En el período de 1990-95, quizá por la falta de mayoría parlamentaria del gobierno de Fujimori, los congresistas si bien les correspondía realizar una labor legislativa y fiscalizadora y, como resultará comprensible, dentro de una “oposición política” bajo los marcos de un pluralismo político, y dentro de los frenos y contrapesos subyacentes en todo sistema democrático-constitucional; en los hechos hubo una gran irresponsabilidad en la élite política peruana, cuya conducta como marco etiológico desencadenó en una grave crisis política que, a la postre, sería “solucionado” vía el camino que ya todos conocemos: la inauguración de un nuevo gobierno de facto, pero esta vez a través de un autogolpe de Estado, perpetrado por Alberto Fujimori²¹.

La Constitución de 1979, debió históricamente mantenerse; para ello era necesario que el poder de reforma que tiene el Parlamento, en cualquier momento, auspiciara y ejecutara las reformas que la dinámica política le imponían²². Ello, como bien se sabe, no ocurrió. En esta perspectiva, las cuotas de responsabilidad de lo que actualmente se vive les asiste a todos los partidos políticos de los años 90.

20 Guillermo Fernández-Maldonado Castro y Jorge Melo Vega Castro, en su trabajo: “Las propuestas de Reforma Constitucional”, nos presenta el iter secuencial de la relación de proyectos de la Ley de Reforma Constitucional presentados durante los dos períodos de gobierno de Belaunde Terry y Alan García.

21 GONZALES MANRIQUE, Luis Esteban: *La encrucijada peruana de Alan García a Fujimori*, (2 Vol.), CEDAL, Madrid, 1993.

22 “Es verdad que a los proyectos de reforma a la Constitución de 1979, como precisa y aclara García Belaunde, tenían un claro matiz presentista y coyuntural (...). Es decir, lo que existe en cada caso de propuesta de reforma, es una afán (...) político concreto y muy especial, que sólo persigue resolver un problema en forma aislada, sin fijarse para nada en el resto; y a veces un afán de notoriedad”. “¿Reforma Constitucional?”, en *La Constitución, Diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p. 255.

En líneas generales; y tomando aquí en forma libre las reflexiones de Domingo García Belaunde²³, los principales rasgos característicos de la Constitución de 1979 fueron los siguientes:

- a. Fue un texto consensuado; es decir, fruto de diversas posiciones político-partidarias que reflejaron una composición plural²⁴. De ahí que se hizo diversas concesiones entre los constituyentes. Si bien los socios mayores en la Asamblea Constituyente fueron el Partido Aprista y el Partido Popular Cristiano; un espectro político muy importante proveniente de la izquierda marxista peruana aportaba una importante cuota, que de alguna manera se habría de reflejar en las normas constitucionales.
- b. Consagró un pluralismo, tanto en el orden económico (arts. 110, 112, 113) como en el político (art. 68). En efecto, admitió diversas modalidades de propiedad²⁵. Afirmó una economía social de mercado (art. 113); por otro lado, ratificó cierto intervencionismo estatal proveniente del docenio militar (arts. 111, 113, 114), sin que ello implique un divorcio con la iniciativa privada (art. 113). En lo político, otorgó un *status* a los partidos políticos, sin discriminación alguna (arts. 69, 70 y 71).

23 GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Esquema de la Constitución Peruana*, Edit. Justo Valenzuela, Lima, 1992.

24 "... fueron 100 representantes a la Asamblea Constituyente que salieron de cante-
ras disímiles y con diversas orientaciones político-partidarias. Y, aunque no todos
tuvieron una ideología bien definida, es innegable que dichos actores políticos
de una u otra manera incorporaron sus pretensiones ideológicas en las normas
constitucionales, fundamentalmente en la parte dogmática. Fruto de ello, tene-
mos como resultado un texto constitucional de concepción ideológica *heterodoxa*.
En su texto se encuentran normas que no han sido puestas en discusión por sus
alcances universales y hasta humanistas: hay otros preceptos que definen y rati-
fican instituciones ya superadas; pero también es innegable, existen normas que
reflejan toda una suerte de progresismo tendiente a armonizar ciertos avances
estructurales dentro de un ordenamiento jurídico que, por definición, sigue an-
clado a una visión neoliberal. Existen, pues, principios que por su ambigüedad
pueden desembocar en contradicciones al proyectarse en la producción legislati-
va ordinaria...". ETO CRUZ, Gerardo: *Los Principios constitucionales y las Leyes de
desarrollo constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1991, p. 17.

25 Así, el Art. 112 establecía "La economía nacional se sustenta en la coexistencia de-
mocrática de diversas formas de propiedad y de empresa". El Art. 124 "El Estado
promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades".

- c. Consagró un respeto y afirmación a los derechos humanos (arts. 4, 80, 105); hecho éste sin precedentes en las anteriores constituciones y, sobre todo, al menos normativamente, se consagró una estupenda normatividad que se ubicaba entre las mejores cartas políticas de Latinoamérica²⁶. Por otro lado, los Derechos Fundamentales no se agotaban con su sola positivización; sino que el constituyente afirmó la cláusula de los derechos fundamentales innominados prescrito en el art. 4, consagrando así diversos *derechos implícitos*; esto es, aquellos derechos constitucionales que, aunque no estén legislados, podrían ser incorporados vía interpretación a través de la cláusula extensiva prescrita en el art. 4. Aparte de ello, y a través de una norma específica (art. 105), consagró la internacionalización de los derechos humanos, otorgando rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, aspecto éste que fuera pionero en la comparativa constitucional moderna²⁷ y que hoy los han suscrito diversos textos constitucionales, habiendo el Perú irónicamente retrocedido con la actual Carta Política de 1993, que lo ha suprimido²⁸.
- d. Reflejó toda una impronta antimilitar. Este hecho se desprende de una visión en conjunto del texto constitucional de 1979 (arts. 64, 81, 82, 141, 204, 278, 307). Esto, por lo demás, se explica en la medida que la Asamblea Constituyente de 1978-79 afirmó una postura en contra del docenio militar que apenas terminaba²⁹.
- e. La Constitución reflejó una tendencia reglamentarista; es decir, hubo el prurito en los constituyentes de que el texto debía prever todo los hechos posibles, en parte explicable por cierto, en

26 Vid. supra nota 16.

27 BIDART CAMPOS, Germún: *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, pp. 415-430.

28 Con todo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria permite dar una línea interpretativa en la constitucionalización de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

29 SAENZ DAVALOS Luis: "Jurisdicción Común vs. Jurisdicción Militar (Reflexiones sobre la controversia funcional)", en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Vol. 5, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990, pp. 66-69. RUBIO C., Marcial: "Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú 1979-1988", en *La Constitución diez años después*, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, pp. 224-260.

su contexto histórico; pues se trataba de dejar sin ningún vacío o laguna alguna situación que violara las aspiraciones democráticas³⁰.

- f. Se perfeccionó la protección procesal de los derechos humanos, con la incorporación de diversas garantías constitucionales (hábeas corpus, amparo, acción popular y acción de inconstitucionalidad)³¹.
- g. Afirmó explícitamente que el Perú es un Estado Social y Democrático de Derecho.
- h. Afán descentralista: por vez primera, aunque con diversos imperfeccionamientos, se normaba un interesante proyecto de modelo regional; situación que a la postre no cuajó y es una de las promesas incumplidas por el centralismo gubernamental de todos los períodos de gobierno³².
- i. Configuración de nuevos órganos constitucionales. En efecto, superando la clásica visión triárquica del Poder Político, se incorporan “otros” órganos constitucionales más: Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones y Contraloría General de la República³³.

30 Vid. BACACORZO, Gustavo: *Constitución Política del Perú*, (Ver su Introducción; pp. i-xi). Edit. Universo, Lima 1981.

31 Ver la bibliografía de aquella época en ETO CRUZ, Gerardo: *Introducción bibliográfica a los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales*, Lecturas sobre Temas Constitucionales, Vol 5, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990, pp. 109-148.

32 LANDA ARROYO, César: “Las normas regionales y el ordenamiento jurídico nacional”, en *Rev. Derecho*, N° 39, PUCP, Lima, 1985, pp. 191-228; *Régimen jurídico del gobierno regional* en Lecturas sobre temas constitucionales; N° 4, CAJ, 1990; “Balance Constitucional de la Regionalización”; en *Rev. Derecho*, N° 43-44 PUCP, Lima, 1990, p. 215.

33 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Perfil del Parlamento Peruano”, en *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Cult. Cuzco Edit., Lima, 1986, pp. 280-287. Del mismo autor: *Esquema de la Constitución Peruana*, Edit. Justo Valenzuela, Lima, 1992, pp. 50-51 y su ensayo: “El Sistema Constitucional Peruano”, en *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 702-703.

- j. Mantiene en sus normas un “maximalismo programático” como lo ha acuñado Colomer Viadel³⁴; es decir, la Constitución contiene una generosa cantidad de normas programáticas que pretenden realizar una función de mito político para crear una esperanza de mejoría. Es decir, como si se quisiera compensar las insuficiencias y las injusticias de las estructuras sociales, se crean grandes “promesas constitucionales” que pretenden garantizar futuras sociedades de bienestar general.

En líneas generales, estas son las grandes notas características de la abrogada Carta Fundamental³⁵. En rigor, cabría sostener que este texto, por su formidable concepción, independientemente de que requería de un compás de tiempo para que vaya afirmando un *sentimiento constitucional*³⁶, fue traicionada por el régimen del 5 de abril de 1992³⁷.

Si se formulara la interrogante en perspectiva histórica si, en rigor, era necesaria una nueva Carta Fundamental o simplemente reformar la de 1979, la respuesta parece obvia: sólo se requería reformas parciales³⁸. En efecto, a doce años de vigencia, se imponía una impostergable reforma a sus cláusulas, porque acaso así lo

34 COLOMER VIADEL, Antonio: *Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia (Especial referencia a los países de América Latina)*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol, 2da época, N 9/10; 1994, pp. 19-31-35.

35 Los comentarios orgánicos a la Constitución de 1979 son básicamente los de: CHIRINOS SOTO, Enrique: *La nueva Constitución al alcance de todos*, Edit. Andina, Lima, 1979. GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana* (2 Vol.). Eddili, op. cit. PAREJA PAZ SOLDAN, José: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, Edit. Humbolt, Lima, 1980. RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *Perú: Constitución y Sociedad Política*, Desco, Lima, 1981. RUBIO CORREA, Marcial: *Para conocer la Constitución Peruana*, Mesa Redonda, Lima, 1983. RUIZ ELDREDGE, Alberto: *La Constitución Comentada de 1979*, Edit. Atlántida, Lima, 1979. TAMBINI DEL VALLE, Moisés: *Las Constitución del Perú. La Constitución de 1979*, Edit Atlántida, Lima, 1981.

36 LUCAS VERDU. Pablo: *El Sentimiento Constitucional*, Reus, Madrid, 1985. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, 2da. Edic., Edit. Ariel, Barcelona, 1982.

37 GARCIA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro: *La Constitución Traicionada*. Seglusa Editores, Lima, 1993. AA.VV.: *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución*, Comisión Andina de Juristas, op. cit.

38 GARCIA BELAUNDE, Domingo: *¿Reforma Constitucional?* op. cit.

aconsejaba la *dinámica constitucional*; empero, los defectos que afloraban en la abrogada Carta Política de 1979 no justificaba la elaboración de un nuevo texto; de ahí que, muy lúcidamente, Domingo García Belaunde ha señalado:

“Salvo algunas reformas, varias de ellas con nombre propio, no había nada nuevo bajo el Sol. Por eso, en algún momento se pensó que no valía la pena hacer una nueva Constitución, sino tan sólo reformar la antigua. Pero los “juristas” del régimen advirtieron desde un principio que dejar vigente la Carta de 1979, aun con importantes reformas, era un peligro. El artículo 307 sancionaba drásticamente a todos los golpistas, y esto constituía una espada de Damocles que podía usarse en el futuro contra los actuales gobernantes. Al final, en medio de gallos y media noche, el oficialismo instalado en el Congreso Constituyente, los primeros días de enero de 1993, gozando de una amplia mayoría, decidió hacer una nueva Constitución”³⁹.

Ahora bien, si se observa en líneas generales el texto de 1993, se podrá apreciar que ella ha asimilado el grueso articulado de la Carta de 1979. “La influencia es de tal calibre — apunta el jurista español Francisco Fernández Segado — que un amplísimo número de artículos están transcritos miméticamente del Código Constitucional anterior, quedando limitados los cambios a una serie de materias puntuales, aunque, desde luego, de notable relevancia”. Y anota a renglón seguido con una incuestionable objetividad: “Quiere ello decirnos, en rigor, que no estamos ante una nueva Constitución, sino más bien ante una reforma de la precedente, que persigue acomodarla a la peculiar filosofía socio-económica y política de la mayoría dominante en el Congreso Constituyente Democrático, que es tanto como decir a la particular concepción de gobierno del Presidente Fujimori”⁴⁰.

39 GARCÍA BELAUNDE. Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La Constitución peruana de 1993*, Edit. Grijley, Lima, 1994, pp- 19-20.

40 FERNANDEZ SEGADO. Francisco y GARCIA BELAUNDE. Domingo: op. cit. p. 39-40.

2.1 Relación de Proyectos de Ley de Reforma Constitucional presentados en el Congreso de la República durante los dos periodos constitucionales de 1980 - 1985 y 1985 - 1990⁴¹.

CÁMARA DE SENADORES

1. N° de Proy. : 0573/81-S
Fecha : 04/08/81
Sumilla : Adicionando un segundo párrafo al artículo y se dispone que el trámite de las proposiciones y proyectos, se inicia en la Cámara de Diputados.
Art. Modif. : 190
Autor : R. Cáceres
Estado : Dictamen negativo
2. N° de Proy. : 057/81-S
Fecha : 06/08/81
Sumilla : Modificando el artículo 188, incorporando una serie de requisitos para otorgar atribuciones legislativas al Poder Ejecutivo y la obligación de la ratificación por el Congreso para la vigencia de los Decretos Legislativos.
Art. Modif. : 188
Autor : E. Bernales
Estado : Sin dictamen
3. N° de Proy. : 0616/81-S
Fecha : 10/09/81
Sumilla : Modificando el artículo 188, otorgando sólo en circunstancias extraordinarias la

41 Vid. supra cita número 20.

delegación de facultades al Poder Ejecutivo

Art. Modif. : 188

Autor : R. Cáceres

Estado : Sin dictamen

4. N° de Proy. : 1404/82-S

Fecha : 18/05/83

Sumilla : Reformando el artículo 157, permitiendo los contratos de arrendamiento de tierras agrícolas entre personas naturales o jurídicas.

Art. Modif. : 157

Autor : O. Balarezo

Estado : Dictamen negativo

5. N° de Proy. : 2180/84-S

Fecha : 14/11/84

Sumilla : Modificando el artículo 306, sobre reforma constitucional, sumando a la aprobación en dos legislaturas el requisito de la ratificación popular.

Art. Modif. : 306

Autor : E. Bernales

Estado : Dictamen negativo

6. N° de Proy. : 2300/84-S

Fecha : 12/12/84

Sumilla : Proponiendo la creación del defensor del pueblo parlamentario, modificando los artículos 250 y 186 de la Constitución.

Art. Modif. : 185, 250

Autor : E. Bernales

Estado	:	Dictamen negativo
7. N° de Proy.	:	0008/85-S
Fecha	:	06/08/85
Sumilla	:	Añadiendo un inciso al artículo 186 Const. por el que se dispone elegir en sesión de Congreso al Defensor del pueblo.
Art. Modif.	:	186, 250
Estado	:	Dictamen favorable
8. N° de Proy.	:	0079/85-S
Fecha	:	04/09/85
Sumilla	:	Modificando títulos y capit. Const. a fin de hacer viable la federalización del país y el cambio de la capital a la ciudad del Cusco
Art. Modif.	:	14, 16, 24, 79, 84, 87, 118, 138, 139, 140, 148, 149, 172, 179, 190, 211, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 295, 298, 299, 4ta. Transitoria.
Autor	:	M. Ulloa
Estado	:	Dictamen negativo
9. N° de Proy.	:	0113/85-S
Fecha	:	18/09/85
Sumilla	:	Modificando el artículo 148 Const. y se establece que el Poder Legislativo fijará el valor y las características del signo monetario.
Art. Modif.	:	148
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
10. N° de Proy.	:	0210/85-S
Fecha	:	16/10/85

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sumilla	:	Sustituyendo el texto del artículo 165 de la Constitución y se establece que el Senado es elegido en distrito nacional único.
Art. Modif.	:	165
Autor	:	B.Arroyo
Estado	:	Dictamen negativo
11. N° de Proy.	:	599/85-S
Fecha	:	15/04/86
Sumilla	:	Modificando los artículos 166, 167 y 205 de la Constitución, y se establece en cuatro años el período parlamentario y presidencial, respectivamente.
Art. Modif.	:	166, 167 y 205
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
12. N° de Proy.	:	600/85-S
Fecha	:	15/04/86
Sumilla	:	Adicionando un segundo párrafo al artículo 190 de la Constitución, y se dispone que el trámite de las proposiciones y proyectos, se inicia en la Cámara de Diputados.
Art. Modif.	:	190
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
13. N° de Proy.	:	603/85-S
Fecha	:	15/04/86
Sumilla	:	Modificando el primer párrafo del artículo 298 de la

Constitución, y se declara a petición de parte, la constitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, resoluciones legislativas, decretos supremos, y otros, que contravengan la Constitución

- Art. Modif. : 298
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Dictamen negativo
14. N° de Proy. : 610/85-S
- Fecha : 17/04/86
- Sumilla : Adicionando un párrafo al artículo 87 de la Constitución y se dispone que en caso de observarse contradicción y oposición entre dos o más disposiciones constitucionales, prima aquélla que consagra derechos humanos reconocidos
- Art. Modif. : 87
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Dictamen negativo
15. N° de Proy. : 612/85-S
- Fecha : 17/04/86
- Sumilla : Adicionando un párrafo al artículo 306 de la Constitución Política, cuando se trata de reformas constitucionales que sean aprobadas por unanimidad
- <<<Sumilla : Modificando el artículo 199 de la Constitución, y se establece la intervención del Poder Legislativo en cuanto a la creación o aumento de los gastos públicos
- Art. Modif. : 199
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Dictamen negativo
17. N° de Proy. : 763/85-S

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Fecha : 30/05/86
Sumilla : Modificando el párrafo primero del Artículo 188 de la

Constitución, y se establece que sólo en circunstancia extraordinarias o para asuntos altamente especializados, el Congreso puede delegar al Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos legislativos

Art. Modif. : 188
Autor : R. Cáceres
Estado : Dictamen negativo

18. N° de Proy. : 1016/86-S

Fecha : 18/11/86

Sumilla : Modificación del artículo 258 de la Constitución; y se establece que la capital de la República tiene Régimen Especial en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Art. Modif. : 258
Autor : R. Cáceres
Estado : Dictamen negativo

19. N° de Proy. : 1054/86-S

Fecha : 18/11/86

Sumilla : Adicionando un párrafo al artículo 205 de la Constitución; referente a la reelección presidencial.

Art. Modif. : 205
Autor : B. Arroyo
Estado : Dictamen negativo

20. N° de Proy. : 1085/86-S

Fecha : 09/12/86

Sumilla : Modificando el artículo 205 de la Constitución, y se establece que el mandato Pre-

sidencial es de 5 años y que para la reelección debe haber transcurrido dos períodos presidenciales.

- Art. Modif. : 205
- Autor : R. Breña
- Estado : Dictamen negativo
21. N° de Proy. : 1158/86-S
- Fecha : 07/04/87
- Sumilla : Reformando el artículo 16 de la Constitución, referente a la política nacional de salud
- Art. Modif. : 16
- Autor : Torres Vallejo
- Estado : Dictamen negativo
22. N° de Proy. : 1205/86-S
- Fecha : 14/04/87
- Sumilla : Modificando el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución; referente a las atribuciones y obligaciones del Presidente.
- Art. Modif. : Inciso 20 del artículo 211
- Autor : E. Bernales
- Estado : Sin dictamen
23. N° de Proy. : 1237/86-S
- Fecha : 29/04/87
- Sumilla : el artículo 31 de la Constitución, en sus párrafos tercero y cuarto; y se establece que las universidades están constituidas por sus profesores, graduados y estudiantes, asimismo sus trabajadores no docentes y los egresados no graduados.

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Art. Modif.	:	31
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
24. N° de Proy.	:	1246/86-S
Fecha	:	05/05/87
Sumilla	:	Modificando el inciso 1 del artículo 298 de la Constitución y se declara a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, Decretos Legislativos, Decretos Supremos de Urgencia, dictados en aplicación de lo dispuesto por el inciso 20 del artículo 211.
Art. Modif.	:	Inciso 1 del Art. 298
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
25. N° de Proy.	:	1275/86-S
Fecha	:	19/05/87
Sumilla	:	Reformando los artículos 166 y 167 de la Constitución, y se establece el número de Senadores y Diputados.
Art. Modif.	:	166 y 167
Autor	:	Torres Vallejo
Estado	:	Sin dictamen
26. N° de Proy.	:	1370/87-S
Fecha	:	06/08/86
Sumilla	:	Modificando los artículos 264, 265 y 268 de la Constitución, relativos a los Gobiernos Regionales.
Art. Modif.	:	264, 265 y 268
Autor	:	R. Cáceres

Estado	:	Dictamen negativo
27. N° de Proy.	:	1402/87-S
Fecha	:	12/08/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 92 de la Constitución, relativo a la no pérdida de la nacionalidad peruana frente a su voluntad de optar otra Latinoamericana.
Art. Modif.	:	92
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
28. N° de Proy.	:	1425/87-S
Fecha	:	31/08/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 154 de la Constitución, y se establece que el ahorro privado tendrá un valor constante en el tiempo, mediante su respaldo en oro o divisas.
Art. Modif.	:	154
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
29. N° de Proy.	:	1427/87-S
Fecha	:	10/09/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 148 de la Constitución, y se establece que el Poder Legislativo fijará el valor y características del signo monetario.
Art. Modif.	:	148
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
30. N° de Proy.	:	1435/87-S
Fecha	:	10/09/87

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sumilla	:	Modificando el artículo 299 de la Constitución, en el sentido de ampliar el número de los facultados para interponer acción de inconstitucionalidad
Art. Modif.	:	299
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
31. N° de Proy.	:	1441/87-S
Fecha	:	14/09/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 301 de la Constitución, y se establece la posibilidad de que el Tribunal de Garantías Constitucionales declare inconstitucionales las normas de carácter regional o de una ordenanza municipal, planteándose el procedimiento a seguir en estos casos.
Art. Modif.	:	301
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Dictamen negativo
32. N° de Proy.	:	1592/87-S
Fecha	:	07/12/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 165 de la Constitución Política, y se establece que el Senado es elegido en Distrito Electoral Nacional único.
Art. Modif.	:	165
Autor	:	E. Ampuero
Estado	:	Aprobado en el Senado.
33. N° de Proy.	:	1601/87-S
Fecha	:	09/12/86

- Sumilla : Modificando diversos artículos de la Constitución, relacionado con el cambio de denominación de "Fuerzas Policiales" por el de "Policía Nacional", y otros aspectos conexos a dichas instituciones.
- Art. Modif. : 2 (inc. 18)22,61, 67, 172 (inc. 4), 182,204 (inc. 4), 211 (inc 17), 273, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 293.
- Autor : Poder Ejecutivo
- Estado : Ley 24949
34. N° de Proy. : 1647/87-S
- Fecha : 05/04/88
- Sumilla : Modificando el artículo 211 de la Constitución del Estado; y se establece que el Presidente de la República debe residir en el territorio nacional hasta un año después de haber entregado su cargo. Dicha obligación puede hacerse extensiva a otros altos funcionarios del Estado.
- Art. Modif. : 211
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
35. N° de Proy. : 1670/87-S
- Fecha : 06/04/88
- Sumilla : Modificando el primer párrafo del Artículo 65 de la Constitución Política del Estado, y se establece que la ciudadanía se adquiere al cumplir los 16 años de edad.
- Art. Modif. : 65
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Dictamen negativo

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

36. N° de Proy. : 1732/87-S
Fecha : 14/04/88
Sumilla : Modificando los dos párrafos finales del artículo 251 de la Constitución del Estado, y se establece que los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial.
Art. Modif. : 251
Autor : R. Cáceres
Estado : Dictamen negativo
37. N° de Proy. : 11845/87-S
Fecha : 31/05/88
Sumilla : Adicionando un párrafo al artículo 216 de la Constitución, y se establece que el Presidente del Consejo de Ministros suscribe todos los Decretos Supremos en Consejo de Ministros.
Art. Modif. : 216
Autor : R. Cáceres
Estado : Dictamen favorable
38. N° de Proy. : 1863/88-S
Fecha : 10/08/88
Sumilla : Modificando el primer párrafo del párrafo segundo del artículo 2 de la Constitución Política del Perú; referente a los derechos de la persona e incorporando la igualdad ante la ley sin que exista discriminación regional.
Art. Modif. : 02
Autor : R. Cáceres
Estado : Dictamen favorable

39. N° de Proy. : 1916/88-S
- Fecha : 06/09/88
- Sumilla : Modificando el artículo 242, en lo relativo a las garantías que brinda el Estado a los Magistrados Judiciales; y se establece su permanencia en el servicio hasta los 60 años, previa ratificación en sus cargos en el tercer año de mandato de cada Gobierno Constitucional.
- Art. Modif. : 242
- Autor : Torres Vallejo
- Estado : Sin dictamen
40. N° de Proy. : 1926/88-S
- Fecha : 07/09/88
- Sumilla : Adicionando un párrafo al artículo 174, y se establece que los Senadores y Diputados no pueden ejercer actividad lucrativa, ni intervenir en la dirección gestión de empresa ni asociación privada
- Art. Modif. : 174
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
41. N° de Proy. : 1953/88-S
- Fecha : 20/09/88
- Sumilla : Modificando el artículo 151, en lo referente a la designación de los miembros del Directorio del Banco Central de Reserva del Perú.
- Art. Modif. : 151
- Autor : R. Cáceres

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Estado	:	Sin dictamen
42. N° de Proy.	:	1961/88-S
Fecha	:	21/09/88
Sumilla	:	Modificando el artículo 69, en lo referente a los derechos políticos, y se establece que el registro de partidos y alianzas continúa vigente en tanto tenga representación legislativa lograda por vía electoral.
Art. Modif.	:	69
Autor	:	R. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
43. N° de Proy.	:	2021/81-S
Fecha	:	05/10/88
Sumilla	:	Modificando el segundo párrafo del artículo 14, en lo referente a la Seguridad Social, Salud y Bienestar y se establece que la institución es gobernada por representantes de los trabajadores y la preside el elegido entre los representantes de la organización sindical, el Estado es fiscalizador, con voz pero sin voto.
Art. Modif.	:	14
Autor	:	V. Pacho
Estado	:	Sin dictamen
44. N° de Proy.	:	2022/88-S
Fecha	:	05/10/88
Sumilla	:	Modificando el artículo 20, en lo referente a la Seguridad Social y Bienestar Social; y se establece que las pensiones de los trabajadores públicos y privados

que cesan temporalmente o definitivamente en el trabajo sea igual al ingreso de los trabajadores en actividad.

- Art. Modif. : 20
- Autor : V. Pacho
- Estado : Sin dictamen
45. N° de Proy. : 2046/88-S
- Fecha : 19/10/88
- Sumilla : Modificando en su segundo párrafo, los artículos 225 y 226; en lo referente a la interpelación de los señores ministros y la presentación de la moción de censura.
- Art. Modif. : 225 y 226
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
46. N° de Proy. : 2101/88-S
- Fecha : 08/11/88
- Sumilla : Modificando diversos artículos, comprendidos en el Título IV de la Estructura del Estado, Título V Garantías Constitucionales, Título VI Reforma de la Constitución, y Título VII Disposición Final.
- Art. Modif. : 59 artículos
- Autor : Nuñez del Prado
- Estado : Sin dictamen
47. N° de Proy. : 2105/88-S
- Fecha : 09/11/88
- Sumilla : Modificando el artículo 201, y se establece que el Presidente de la Repúbli-

ca, en su condición de Jefe del Estado, personifica a la Nación y es su primer servidor.

- Art. Modif. : 201
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
48. N° de Proy. : 2118/88-S
- Fecha : 15/11/88
- Sumilla : Adicionando un párrafo al artículo 85, y se establece que la bandera del Tahuantinsuyo, con los siete colores del arco iris, constituye también emblema histórico del Perú.
- Art. Modif. : 85
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
49. N° de Proy. : 2129/88-S
- Fecha : 23/11/88
- Sumilla : Modificando el artículo 178, y se establece que el mandato legislativo es irrenunciable y caduca cuando se desenvuelva como si fuera parte de una agrupación distinta.
- Art. Modif. : 178
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
50. N° de Proy. : 2141/88-S
- Fecha : 24/11/88
- Sumilla : Modificando el artículo 67; y se establece que los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en servi-

cio activo tienen expedito el derecho al voto; pero están inhabilitados para ejercer cualquier otra forma de actividad política.

- Art. Modif. : 67
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
51. N° de Proy. : 2191/88-S
- Fecha : 09/12/88
- Sumilla : Modificando el párrafo segundo del artículo 14, en lo referente a la Seguridad Social, Salud y Bienestar.
- Art. Modif. : 14
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen
52. N° de Proy. : 2211/88-S
- Fecha : 15/12/88
- Sumilla : Modificando varios artículos de la Constitución Política del Perú, relacionados con la Contraloría General, Consejo Nacional de la Magistratura, Superintendencia de Banca y Seguros.
- Art. Modif. : Varios
- Autor : R. Cáceres
- Estado : Sin dictamen

CAMARA DE DIPUTADOS

1. N° de Proy. : 0350
- Fecha : 05/12/85

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sumilla	:	Modificase el artículo 25 de la Constitución. La Educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.
Art. Modif.	:	25
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
2. N° de Proy.	:	0430
Fecha	:	10/04/86
Sumilla	:	Modificación del artículo 168 de la Constitución. Ampliación de la Segunda legislatura Ordinaria.
Art. Modif.	:	168
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Con dictámenes
3. N° de Proy.	:	0487
Fecha	:	02/05/86
Sumilla	:	Modifícanse los artículos 248 y 249 de la Constitución. Organo de Control Externo del Poder Judicial.
Art. Modif.	:	248 y 249
Autor	:	M del Pomar.
Estado	:	Sin dictamen
4. N° de Proy.	:	0488
Fecha	:	02/05/86
Sumilla	:	Modifícanse los artículos 242 y 245 de la Constitución. "Ratificación de los Magistrados de la Corte Suprema por el Senado".
Art. Modif.	:	242 y 245
Autor	:	M del Pomar.

Estado	:	Sin dictamen
5. N° de Proy.	:	0489
Fecha	:	02/05/86
Sumilla	:	Modificase el articulo 167 de la Constitución. Densidad electoral para la distribución de las diputaciones.
Art. Modif.	:	167
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
6. N° de Proy.	:	0689
Fecha	:	14/08/86
Sumilla	:	Modifiquense los artículos 168, 197, 198 y 211 inc. 7° de la Constitución. Duración de la Legislatura Ordinaria
Art. Modif.	:	168, 197, 198 y 211
Autor	:	L. Alvarado
Estado	:	Sin dictamen
7. N° de Proy.	:	0746
Fecha	:	20/08/86
Sumilla	:	Modifíquese los artículos 273, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284 y 285 de la Constitución: Policía Nacional
Art. Modif.	:	273, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284 y 285
Autor	:	A. Zegarra
Estado	:	Sin dictamen
8. N° de Proy.	:	0792
Fecha	:	05/09/86

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sumilla	:	Modificase el artículo 237 de la Constitución. Organos de la función jurisdiccional.
Art. Modif.	:	237
Autor	:	M. del Pomar
Estado	:	Sin dictamen
9. N° de Proy.	:	0793
Fecha	:	05/09/86
Sumilla	:	Adiciónase al artículo 233 inc. 2 de la Constitución. Ni las Comisiones de Investigación a que se refiere el artículo 180 de la Constitución.
Art. Modif.	:	233 inc. 2
Autor	:	M. del Pomar
Estado	:	Sin dictamen
10. N° de Proy.	:	0938
Fecha	:	31/10/86
Sumilla	:	Modifícase el artículo 84 de la Constitución: "La capital de la República del Perú, está ubicada en el eje de las ciudades de Puno y Juliaca".
Art. Modif.	:	84
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
11. N° de Proy.	:	1025
Fecha	:	09/12/86
Sumilla	:	Refórmase el artículo 205 de la Constitución. Reelección Presidencial.

Art. Modif.	:	205
Autor	:	E. Terrones
Estado	:	Con dictamen
12. N° de Proy.	:	1057
Fecha	:	09/12/86
Sumilla	:	Derógase el inc. 1 del artículo 204 de la Constitución Reelección Presidencial.
Art. Modif.	:	204
Autor	:	M. del Pomar
Estado	:	Con dictamen
13. N° de Proy.	:	1062
Fecha	:	09/12/86
Sumilla	:	Modifícase el artículo 205 de la Constitución.
Art. Modif.	:	205
Autor	:	Agustin Haya
Estado	:	Con dictamen
14. N° de Proy.	:	1132
Fecha	:	09/04/87
Sumilla	:	Modifícase el artículo 237 de la Constitución. "Creación de Cortes Regionales".
Art. Modif.	:	237
Autor	:	M. del Pomar
Estado	:	Sin dictamen
15. N° de Proy.	:	1166
Fecha	:	22/04/87

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Sumilla	:	Modifícase el artículo 84 de la Constitución: La capital de la República está ubicada en el valle del Mantaro, provincia de Concepción, departamento de Junín.
Art. Modif.	:	84
Autor	:	V. Alfaro
Estado	:	Sin dictamen
16. N° de Proy.	:	1172
Fecha	:	28/04/87
Sumilla	:	Refórmase el artículo 299 de la Constitución. "Interponer acción de inconstitucionalidad".
Art. Modif.	:	299
Autor	:	M. Caveró
Estado	:	Sin dictamen
17. N° de Proy.	:	1179
Fecha	:	29/04/87
Sumilla	:	Modifícase el artículo 84 de la Constitución: La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima.
Art. Modif.	:	84
Autor	:	J. Palacios
Estado	:	Sin dictamen
18. N° de Proy.	:	1186
Fecha	:	21/04/87
Sumilla	:	Modificándose los artículos 111, 138, 197 y 211 de la Constitución relacionados con la aprobación de los planes nacionales de desarrollo.

Art. Modif.	:	111, 138, 197 y 211
Autor	:	M. Benza P.
Estado	:	Sin dictamen
19. N° de Proy.	:	1223
Fecha	:	12/05/87
Sumilla	:	Modifícase el texto del artículo 63 de la Constitución. Funcionarios obligados a jurar cumplir la Constitución.
Art. Modif.	:	63
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
20. N° de Proy.	:	1236
Fecha	:	20/05/87
Sumilla	:	Modifícase el artículo 306 de la Constitución. Reforma Constitucional. La iniciativa podrán presentarla 10,000 ciudadanos.
Art. Modif.	:	306
Autor	:	V. García
Estado	:	Sin dictamen
21. N° de Proy.	:	1316
Fecha	:	10/08/87
Sumilla	:	Sustituyendo el texto del artículo 92 de la Constitución en el sentido que los latinoamericanos y españoles de nacimiento domiciliados en el Perú, puedan nacionalizarse sin perder su nacionalidad de origen.
Art. Modif.	:	92

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Autor	:	L. Alvarado
Estado	:	Con dictamen
22. N° de Proy.	:	1325
Fecha	:	15/08/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 244 de la Constitución, relativo a los Requisitos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.
Art. Modif.	:	244
Autor	:	M. del Pomar
Estado	:	Con dictamen
23. N° de Proy.	:	1344
Fecha	:	17/08/87
Sumilla	:	Modifíquese el Capítulo XI del Ministerio Público del Título IV: "Del Ministerio Público, Ministerio de la Defensa Judicial y del Defensor del Pueblo".
Art. Modif.	:	Capitulo XI
Autor	:	M. del Pomar
Estado	:	Sin dictamen
24. N° de Proy.	:	1373
Fecha	:	20/08/87
Sumilla	:	Modificando el artículo 261 de la Constitución. Las Regiones tienen autonomía política, económica y administrativa.
Art. Modif.	:	261
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
25. N° de Proy.	:	1378

Fecha	:	25/08/87
Sumilla	:	Modifícase el artículo 264 de la Constitución. El mandato para los Diputados Regionales elegidos por sufragio directo es de 5 años y el de los Alcaldes Provinciales de 3 años.
Art. Modif.	:	264
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
26. N° de Proy.	:	1379
Fecha	:	25/08/87
Sumilla	:	Modifícase el artículo 167 de la Constitución. El número de Diputados es de 180. La Ley fija su distribución tomando en cuenta la densidad poblacional.
Art. Modif.	:	167
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Con dictamen
27. N° de Proy.	:	1387
Fecha	:	27/08/87
Sumilla	:	Modifícase el artículo 166 de la Constitución: 'Quedan impedidos de por vida de postular a los cargos del Poder Legislativo o Ejecutivo, quienes hayan presidido o formado parte de Gobierno de Facto, hasta el grado de Ministros'.
Art. Modif.	:	166
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Con dictamen
28. N° de Proy.	:	1499

BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Fecha	:	22/10/87
Sumilla	:	Modificación del artículo 84 de la Constitución. "La Capital de la República del Perú, es la ciudad del Cusco".
Art. Modif.	:	84
Autor	:	R. Mujica
Estado	:	Sin dictamen
29. N° de Proy.	:	1699
Fecha	:	21/04/88
Sumilla	:	Modifícase el artículo 259 de la Constitución: Las Regiones se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente.
Art. Modif.	:	259
Autor	:	V. Alvarado
Estado	:	Sin dictamen
30. N° de Proy.	:	725
Fecha	:	28/04/88
Sumilla	:	Refórmase el artículo 194 de la Constitución: Los Proyectos de Leyes Orgánicas se tramitan como cualquier Ley.
Art. Modif.	:	194
Autor	:	J. Fernandez
Estado	:	Sin dictamen
31. N° de Proy.	:	1836
Fecha	:	04/08/88
Sumilla	:	Modificando el artículo 224 de la Constitución. El Presidente del Consejo de Ministros concurre a las Cámaras

reunidas en Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer su programa, dentro de los 15 días subsiguientes a su juramentación

Art. Modif.	:	224
Autor	:	P. Cáceres
Estado	:	Sin dictamen
32. N° de Proy.	:	2091
Fecha	:	11/11/88
Sumilla	:	Modificase el artículo 200 de la Constitución: La Cuenta General acompañada del informe de la Contraloría General, es remitida al Congreso por el Presidente de la República.
Art. Modif.	:	200
Autor	:	R. Ramírez
Estado	:	Sin dictamen
33. N° de Proy.	:	2198
Fecha	:	15/12/88
Sumilla	:	Iniciativa en la formulación de Ley. Artículo 190 de la Constitución y adición al artículo 193. Convocatoria a referéndum.
Art. Modif.	:	190 y 193
Autor	:	C. Blancas
Estado	:	Sin dictamen

3. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

Como ha apuntado Francisco Fernández Segado, “la estructura constitucional de los textos constitucionales; esto es, el orden sistemá-

tico de su contenido, así como su extensión, no son datos arbitrarios, sino que intencionadamente responden a una precisa voluntad⁴².

En nuestro caso, la Constitución de 1993 contiene un total de 206 artículos, a los que hay que agregar 16 disposiciones finales y transitorias, más una declaración. El texto va precedido de un preámbulo. Por principio, el actual texto se nos presenta como uno de los más lacónicos, aunque en diversos articulados acusa una amplitud que linda con el reglamentarismo⁴³.

El articulado constitucional se estructura en seis Títulos: el Título I relativo a la Persona y la Sociedad (arts. 1 al 42), el Título II “Del Estado y la Nación” (arts. 43 al 57), el Título III sobre el Régimen Económico (arts. 58 al 89), el Título IV sobre la Estructura del Estado (arts. 90 al 199), el Título V “De las Garantías Constitucionales” (arts. 200 al 205); y, finalmente, el Título VI “De la Reforma de la Constitución” (arts. 206).

La Constitución va precedida, como se ha dicho, de un Preámbulo que inexplicadamente resulta ser excesivamente lacónico, que no se comparece con lo que contemporáneamente la mayoría de los textos políticos están cartabonados por un Preámbulo de singular trascendencia para el nuevo orden que se funda. Desde luego, si echamos una mirada a las constituciones peruanas del siglo pasado⁴⁴, varias no tuvieron preámbulo y otras sólo hicieron una profesión de fe, la invo-

42 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 62.

43 Un rápido cotejo de los textos constitucional latinoamericanos refieren el siguiente cuadro: Constitución Argentina: 129 artículos, mas 17 disposiciones transitorias; Bolivia: 235 artículos; Brasil: 245 artículos, más 70 disposiciones transitorias; Colombia: 380 artículos, más 59 disposiciones transitorias; Costa Rica: 197 artículos; Cuba: 137 artículos; Chile: 119 artículos, más 29 disposiciones transitorias; República Dominicana: 124 artículos; Ecuador: 149 artículos y 25 disposiciones transitorias; El Salvador: 274 artículos; Guatemala: 281 artículos y 22 disposiciones finales y transitorias; Haití: 298 artículos; Honduras: 379 artículos; México: 136 artículos, más 17 normas transitorias y 11 con las reformas de 1999; Nicaragua: 202 artículos; Panamá: 312 artículos; Paraguay: 291 artículos, más 20 disposiciones transitorias; Perú: 206 artículos, más 17 disposiciones transitorias; Uruguay: 332 artículos, más 20 disposiciones transitorias; Venezuela: 252 artículos, más 20 disposiciones transitorias y las enmiendas de 11 disposiciones.

44 UGARTE DEL PINO. Juan Vicente: *Historia de las Constituciones del Perú*, Edit. Andina S.A., Lima, 1978.

cación teocrática en torno a Dios, como lo ha hecho sin ningún otro aditamento la actual Carta Política.

La primera crítica, por el defecto que ella acusa, es, pues, relacionado al preámbulo que, aparte de su brevedad —que no es en sí lo negativo—, no apuesta a un sí por una vocación democrática y de afirmación a la justicia y dignidad de la persona, carísimos valores, tan llenos de trascendencia, al menos en el marco declarativo como lo es todo preámbulo. Este defecto se evidencia en parangón con los demás preámbulos de la comparativa constitucional⁴⁵. Por cierto, debe repararse que todo preámbulo no tiene la fuerza jurídica como lo tiene el texto normativo; pero si de valor político y declarativo se trata, es indudable que el Preámbulo puede, a la postre, servir de pauta axiológica al intérprete de la Constitución. De allí que, con la forma como se ha concebido, no da pie a ninguna posibilidad de instrumentalizar pautas de valor hermenéutico⁴⁶.

4. LAS BONDADES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1993

Nota Aclaratoria.— Para ubicar la apreciación axiológica de las “bondades”, como de los “defectos” del texto, vamos a utilizar el propio recorrido sistemático de la estructura constitucional. Desde luego, podrán observarse acápites en donde, como en el caso de los derechos humanos, ostenta virtudes como defectos; de allí que no necesariamente la ubicación de un Título o, más específicamente, de un capítulo, refiera a la disyuntiva de crítica (defectos) o de aprobación (bondades) que nos merece el texto.

Por tanto, pues, utilizaremos la sistemática que contiene la propia Constitución; y a partir de allí, en forma panorámica, se realizarán las apreciaciones pertinentes, aclarando que, por razones de espacio,

45 A respecto véanse los trabajos de RUBIO LLORENTE, Francisco y DARANAS PELAEZ, Mariano: *Constituciones de la Unión Europea*; Ariel, Barcelona, 1997. Igualmente a Alvarez Vélez, Ma. Isabel y Alcon Yustas, Ma, Fuencisla: *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 1996. A nivel latinoamericano al instituto de Investigaciones Jurídicas: *El Constitucionalismo en las postrimerías del Siglo XX. Las Constituciones Latinoamericanas*, 2da Edic., México, 1994.

46 TORRES DEL MORAL, Antonio y Javier TAJADURA TEJADA: *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.

no se enfocarán apreciaciones de detalles ni no nos detendremos en auscultar el grado de la crítica o de la bondad que contiene la norma constitucional.

4.1. De la Persona y de la Sociedad

En este título se contienen cuatro capítulos. Sobre el particular, en el Capítulo relacionado a los “Derechos Fundamentales de la Persona” (arts. 1 al 3), si bien mantienen el clásico catálogo de los derechos fundamentales, lo positivo es que reafirman en la cláusula 4, el tema de los “derechos fundamentales implícitos”. Así, con dicha fórmula, aunque no estén positivizados todos los derechos fundamentales, bastará invocar dicha norma para posibilitar una interpretación extensiva sobre los derechos humanos. Este aspecto nos parece positivo, porque con ello se establece una pauta hermenéutica de comprender los derechos humanos innominados, como agudamente ha pergüñado el maestro argentino Bidart Campos⁴⁷.

Igualmente, merece rescatar como positivo una impronta étnica⁴⁸ en la filosofía constitucional peruana del presente texto. Así, aparte de reafirmar el derecho de toda persona a usar su lengua aborigen (segunda parte del inc. 19 del art. 2), prevé la notable novedad del derecho a la identidad étnica. Con ello se permitiría, al menos como pauta o principio de desarrollo gubernamental, afirmar un Perú pluri-étnico y multinacional; y con ello se supera la vieja concepción de identificar al Perú como un Estado-Nación⁴⁹. En esta línea de normas positivas, también se ha incorporado el “derecho a la identidad” (art. 2, inc. 1), que ha sido desarrollado con meritorio aporte por nuestro descollante civilista Carlos Fernández Sesarego⁵⁰. Este derecho, en líneas generales, es el derecho a ser uno mismo y forma parte del filón del derecho al desarrollo de la personalidad.

47 BIDART CAMPOS, Germén: *La Interpretación de los Derechos Humanos*, Lecturas Constitucionales Andinas; N° 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1984, pp. 11-49 y *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, 1993.

48 Vid, al respecto a MARZAL, Manuel M.: “Indigenismos y Constitución”, en *Revista de la Universidad Católica*, N° 3, Lima, 1978, pp. 68-97.

49 COTLER, Julio: *Clases, Estado y Nación en el Perú*, 4ta. Edic., IEP, Lima, 1987.

50 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *El Derecho a la Identidad*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992.

También es positivo, al menos a nivel declarativo, la fórmula de la no discriminación por “condición económica”; lo propio el derecho a la información, prevista en el art. 5, y que tendría su garantía constitucional en el instrumento del “hábeas data”, el derecho a la autotutela de la información personalizada (art. 6)⁵¹. Lo propio el inc. 17 del derecho a la participación a través de los diversos mecanismos, como la remoción o revocación, la iniciativa popular en las leyes y el referéndum, y la elección popular de los jueces⁵². El derecho de petición que se otorga a nivel individual a los miembros de la Policía Nacional así como de las FF.AA. resulta positivo; por otro lado, la incorporación del derecho a la paz, la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre (derecho al ocio), así como a un ambiente adecuado (inc. 22). También estimamos positivo el derecho a la legítima defensa que se haya elevado a rango constitucional.

En lo tocante al Capítulo II, acerca de los derechos sociales y económicos, ha dejado de afirmar la antifibológica norma de “las formas de celebración de matrimonio...” que establecía el art. 5 de la Carta de 1979, por una sola forma que es la civil⁵³; mantiene la sociedad concubinaria de bienes; lo propio eleva a rango constitucional la “política nacional de población” que ya existía a nivel de la legislación ordinaria⁵⁴. En el Capítulo III, de los Derechos Políticos y de los Deberes, la gran novedad, y quizás sea el gran aporte que permitirá en el futuro el desarrollo de una democracia semidirecta o directa⁵⁵, son los diversos mecanismos de participación popular; a saber: a) el referéndum; b) la iniciativa popular en las leyes; c) la remoción o revocación; d) La de-

51 Sobre el tema del Habeas Data, puede verse los trabajos de Fco. Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Samuel Abad Yupanqui, Oscar Puccinelli y Nestor Pedro Sagüés.

52 MIRO QUESADA RADA, Francisco: *Democracia Directa y Derecho Constitucional*, CONCYTEC, Lima, 1984.

53 ETO CRUZ, Gerardo: *Derecho de Familia en la Constitución y el nuevo Código Civil*, Marsol, Trujillo, 1989, pp. 41-54.

54 Vid: CLINTON, Richar L: *Población y Desarrollo en el Perú*, U. de Lima, 1985, p.32. SOBREVILLA ALCAZAR, Luis: *Política de Población* en “*Problemas Poblacionales Peruanos*, Vol. II, AMIDEP, Lima, 1986, p. 359 y WICHT, Juan J.: “La Situación demográfica del Perú”, en *Problemas Poblaciones Peruanos*. Vol. I (Edit. Róger Guerra García), Lima, 1980.

55 Aun cuando cabe alertar que, en los hechos, este mecanismo ha sido neutralizado por una legislación infraconstitucional.

manda de rendición de cuentas. También agregamos, en parte, la elección popular de los jueces (art. 152). Sobre el Capítulo IV, de la Función Pública, es innegablemente meritorio el plazo de la prescripción que se duplica, tratándose de delitos contra el patrimonio del Estado (art. 41).

4.2. Del Estado y la Nación

En el Capítulo I “Del Estado, la Nación y el Territorio”, reitera el principio de la forma de gobierno “democrática, social, independiente y soberana” (art. 43). El Art. 48 supera la discriminación que existía en la Constitución del 79 respecto a los idiomas oficiales, pues no sólo sería el castellano, sino también el quechua, el aimara “y las demás lenguas aborígenes”⁵⁶. No sabemos si calificar como positivo la norma declarativa prevista en el art. 49 si la capital histórica del Perú es el Cusco. En todo caso, de ser loable, existe la inocua polémica de utilizar el término castellano o quechua. En el Capítulo II, acerca de los Tratados, existe una clasificación sobre la reserva de materia competencial del Congreso (derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional y obligaciones financieras del Estado) (art. 56).

4.3. Del Régimen Económico

En su Capítulo I, sobre los Principios Generales, reafirma, al menos como la Carta del 79, la economía social de mercado (art. 58), aunque esta fórmula, de por sí positiva, no se comparece en las contradicciones con la filosofía ideológica y económicamente de ortodoxia liberal. Lo propio, aunque sin novedad, reafirma el “pluralismo económico” —art. 60—. En todo caso, en este rubro, que a nuestro criterio es el más criticable, existe una bondad que no se debe escatimar: la defensa de los consumidores y usuarios, aun cuando ella se inscribe dentro de los marcos de una economía de libre mercado que le asigna al Estado un rol de vieja gendarmería “dejar hacer, dejar pasar”. El Capítulo II, sobre el ambiente y los recursos naturales, es un acierto la fórmula del art. 67: la política nacional del ambiente.

56 ZIERER. Ernesto: “Las Minorías Lingüísticas en la Constitución Política del Perú”, en *Doctrina Constitucional*. INDEJUC, Trujillo, 1992, pp. 227-236.

En el Capítulo III, acerca de la propiedad, no existe alguna norma que merezca calificar de bondadosa. En el Capítulo IV, del régimen tributario y presupuestal⁵⁷, se precisa que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria, lo cual es un acierto, pues mantiene el principio de legalidad de todo tributo. Lo propio, aunque más es una norma de carácter declarativo, el art. 75, establece que el Estado garantiza “el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales”. Es loable que se afirme el tema del canon en las zonas donde se explota los recursos naturales (art. 77). El Capítulo V, de la moneda y la banca, en rigor sigue plausible la obligación de que el Banco Central deba informar exacta y periódicamente sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad del Directorio. El Capítulo VI, del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas, en puridad, más que normas que auspicien bondades, son pasibles de críticas.

4.4. De la Estructura del Estado

En el Capítulo I, sobre el Poder Legislativo, quizá la percepción en pro o en contra del régimen unicameral o bicameral lo dará la experiencia⁵⁸. Por lo pronto, ambas posiciones tienen sustento propio como críticas desde la posición contraria. En líneas generales, las bondades se podrán graficar en los siguientes aspectos:

- a. Se supera, en parte, lo que establecía el art. 166 de la Carta de 1979: que los candidatos a la presidencia pueden integrar las listas de candidatos al Congreso. Hoy el art. 90 supera en parte esta manifiesta incompatibilidad entre el mandato legislativo y la presidencia de la república.
- b. La función de congresista es a tiempo completo (art. 92).

57 GARCIA BELAUNDE SALDIAS, Domingo: *El Derecho Presupuestario en el Perú*, Luis Alfredo Edit., Lima, 1998.

58 Enrique BERNALES BALLESTEROS es el que con mayor atención ha abordado el tema del Parlamento en el Perú, puede verse los siguientes trabajos: *Parlamento, Estado y Sociedad*, DESCO, Lima 1984; “El Funcionamiento del Sistema Político de la Constitución de 1979”, en *la Constitución diez años después*, Lima 1989; *Parlamento y Democracia*, Constitución y Sociedad, Lima 1900; *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Ciedla, Lima, 1996; y *El Parlamento por dentro*, Desco, Lima, 1984.

- c. Se prevé las sanciones disciplinarias, que no pueden exceder de 120 días (fundamentalmente para el sector de la oposición) (art. 95).
- d. Se perfilan atribuciones más eficaces a las Comisiones de Investigación sobre cualquier asunto de interés público (art. 97).
- e. Las FF.AA. y la PNP están obligados a ponerse a disposición del Congreso (art. 98).
- f. Se norma el derecho de defensa del acusado sometido a un antejuicio político (art. 100).
- g. La Comisión Permanente estará compuesta por el número proporcional a cada grupo parlamentario.
- h. Se precisa las materias indelegables a la Comisión Permanente (inc. 4 del art. 101).

El Capítulo II, de la función legislativa, consagra la derogación de la ley por sentencia que declara su inconstitucionalidad (art. 103); de lo que se colige que el principio de que toda ley se deroga por otra ley es hoy relativa⁵⁹. Si bien no es tan sistemático que se haya consagrado en este capítulo, es positiva la afirmación normativa de que la Constitución no ampara el abuso del derecho (art. 103)⁶⁰. Aunque por un lado es criticable la fórmula normativa de la legislación delegada⁶¹, es plausible que se haya establecido que el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente⁶² de cada decreto legislativo. Si bien la dación de cuenta debería ser más que un solo trámite protocolar,

59 QUISPE CORREA, Alfredo: *Apuntes sobre la Constitución y el Estado*, Gráfica Horizonte, Lima, 1998. RUBIO CORREA, Marcial: *Para leer el Código Civil. Título Preliminar*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

60 El tema del abuso del Derecho debió estar, en todo caso, en la parte relacionada a los derechos fundamentales de la persona.

61 EGUIGUREN PRAELI, Francisco José: "Funciones legislativas del Poder Ejecutivo", en *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco Edit., Lima, 1987, pp. 397-461. Del mismo autor: "La legislación delegada en la Constitución peruana de 1980 - 1985", en *Rev. Derecho*, PUCP, N° 34, 1985.

62 ELICE NAVARRO, José M.: "El desarrollo de las instituciones parlamentarias en el nuevo reglamento del Congreso de la República", en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II*. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11, Comisión Andina de Juristas, pp. 109-124.

debe ser un mecanismo de control parlamentario⁶³. Se aclara los alcances de las leyes orgánicas que estaban prefiguradas en forma ambigua por la Carta de 1979 (art. 106).

En el Capítulo III, de la formación y promulgación de las leyes, se prevé una novedad: que la iniciativa en la formación de las leyes sean, entre otros, ejercida por los colegios profesionales (art. 107)⁶⁴, aspecto que guarda concordancia con el tratamiento que expresamente le dispensa en otro apartado constitucional a dichas entidades (art. 20). Es positivo que la ley sea obligatoria desde el día siguiente de su publicación (art. 109), antes que la fórmula de la Carta Política de 1979. En el Capítulo IV, sobre el Poder Ejecutivo, existen como relevantes y positivas innovaciones las siguientes:

- a. Se supera la anfibológica redacción de la elección del Presidente “por la mitad de los votos válidamente emitidos” que normaba el art. 203 de la sustituida Constitución de 1979 y, en cambio, se precisa en la norma vigente (art. 111) que los votos viciados o en blanco no se computan.
- b. Igualmente se supera la antigua imprecisión que establecía la Constitución de 1979 en el art. 211, inc. 11 y 20 sobre las medidas extraordinarias. Así, en la actual Carta Política se establece expresamente el tema de los decretos de urgencia que tienen fuerza de ley. Es saludable, por otro lado, que el Ejecutivo dé cuenta de dichos decretos presidenciales (inc. 19 del art. 118), pudiendo el Congreso modificar o derogar los referidos decretos de urgencia⁶⁵.
- c. No sabemos si calificar como positivo la ampliación del derecho de gracia en beneficio de los procesados en caso que la instrucción haya excedido el doble de los plazos más su ampliatoria

63 MELO, Jorge: “Control Parlamentario”, en *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*; op. cit., pp. 497-546.

64 ETO CRUZ, Gerardo: “Los inusitados roles de los Colegios Profesionales”, en *Revista Jurídica*. Órgano del Colegio de Abogados de La Libertad, Año XL. N° 133, 1995, pp 9-18.

65 EGUIGUREN PRAELI, Francisco J.: “La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Comisión Andina de Juristas, N° 11, Lima, 1994, pp. 177-191.

- (art. 118, inc. 21); en todo caso, habrá cierta implicancia con la potestad del Congreso en materia de amnistía (art. 102, inc. 6).
- d. Existe un intento de repotenciar el rol protagónico del Consejo de Ministros y de su Presidente, pues a éste se le asigna roles específicos que son una novedad: 1) ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno; 2) coordinar las funciones de los demás ministros; 3) refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señale la Constitución y la ley (art. 123). Igualmente se prevé que el Presidente del Consejo de Ministros puede ser un ministro “sin cartera” (art. 123), hecho éste que nunca había existido en el régimen constitucional peruano⁶⁶.
- e. Entre las atribuciones que tiene el Consejo de Ministros y que constituyen una muy relativa novedad e importancia es que la legislación dictada por el Ejecutivo a través de los decretos legislativos, decretos de urgencia, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley y que los dicta el Presidente de la República, deben ser aprobados por el Consejo de Ministros (inc. 2 del art. 125); precisándose incluso que los acuerdos del Consejo de Ministros requieren del voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros (art. 126).
- f. Es también saludable, el marco de las relaciones Ejecutivo-Legislativo, que el Presidente del Consejo de Ministros o uno de los ministros concurren periódicamente a las sesiones plenarias del Congreso para la estación de preguntas. Con todo, debería haberse establecido – sin que esto importe una crítica en sí – de que en la norma (art. 129) la concurrencia sea no potestativa del ministro, sino obligatoria, aunque no sea para interpellarlo⁶⁷.

66 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “Estructura y Modelo en la Constitución de 1993”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, II, N° 11, op. cit., pp. 97-108.

67 JIMENEZ MAYOR. Juan F.: “Las relaciones Parlamento-Ejecutivo y el Sistema Legislativo” en *Pensamiento Constitucional*. PUCP, Lima, 1994, pp. 147-176. Vid igualmente: EGUIGUREN PRAELLI, Francisco José: “Las relaciones entre gobierno y parlamento: Elementos para una propuesta de reforma en el Perú”, en *Formas de Gobierno. Relaciones Ejecutivo-Parlamento*. Comisión Andina de Juristas, N° 2, Lima, 1993, pp. 158-190. FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “Las relaciones entre los órganos del gobierno en la Constitución del Perú; un modelo híbrido

- g. Se prevé la sanción en la hipótesis de que el Ejecutivo disuelva al Parlamento y no haya convocado a elección, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho y recobra todas sus facultades (art. 136).

Sobre el Capítulo VII, del Régimen de Excepción, aun cuando mantiene miméticamente lo que establece su similar (art. 231 de la sustituida Carta de 1979)⁶⁸, supera largamente la incorrecta redacción de la abrogada Carta sobre la suspensión de las “garantías constitucionales”⁶⁹, cuando en puridad lo que se suspende en dichos regímenes es el ejercicio de determinados derechos constitucionales, hoy prefigurado así en la actual norma constitucional (art. 137).

El Capítulo VIII, del Poder Judicial, es quizá la mejor innovación y se constata una vocación de imponer correctivos en la impartición de justicia⁷⁰. Esto no significa que la problemática del Poder Judicial sea superada, pues son diversos los factores que perfilan el cuadro negativo de la administración de justicia en el Perú, de ayer y de hoy.

Entre las notables proyecciones que de inmediato se evidencian, están las siguientes:

- a. Supera la vieja y tradicional visión de “garantías de la administración de justicia” que pergüenaba la Constitución de 1979 (art. 233) por la expresión más técnica de “principios y derechos

entre el presidencialismo y el parlamentarismo” en *Rev. Derecho*, N° 43, PUCP, Diciembre 1999, pp. 161 y ss.

- 68 EGUIGUREN PRAELI, Francisco: “Defensa Nacional, Estados de Excepción y control del orden interno en la Constitución Peruana de 1979”. En *Revista Defensa Nacional*. Centro de Altos Estudios Militares. N° 6, Octubre 1986: pp. 25 y ss. Del mismo autor: “El Estado de Emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana de 1980-1988”, en *La Constitución diez años después*: op. cit.; pp. 263-287. “Las situaciones de emergencia y su tratamiento en la Constitución Peruana de 1979”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*. Comisión Andina de Juristas. N° 5, 1990. pp. 15-47. POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge: *Constitución y estados de excepción*. Lima, Sesator, 1990.
- 69 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)”, en *Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México, 1988, pp. 275-288.
- 70 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “La Nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales”. LORENZO ZOLEZZI: “Principios constitucionales de la administración de justicia”, ambos en *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*, op. cit., pp. 35-77.

de la función jurisdiccional” (art. 139). Y, en el marco de dichos principios, si bien guarda fidelidad a la precedente Constitución de 1979, se observan nuevos alcances, que son:

- i. Se prevé, con nombre propio, el principio del “debido proceso” y la tutela jurisdiccional (inc. 3).
 - ii. Resulta más técnico la innovación de los “principios generales de derecho” –en caso de vacío o deficiencia de la ley– antes que la invocación de los principios generales del derecho “preferentemente los que inspiran el derecho peruano”, como regulaba la abrogada Carta Política de 1979.
 - iii. Se incorpora la elección popular en el nombramiento y en la revocación de los magistrados, aspecto que requiere de una nueva ley de desarrollo constitucional en el futuro (inc. 13)⁷¹.
- b. Reduce la edad para ser magistrado de la Corte Suprema de 50 años, como exigía la anterior Carta Política (art. 244, inc. 3), por la de 45 años (art. 147, inc. 3).
- c. Se incorpora como una novedad sin precedentes en la historia del sistema jurídico peruano, la aplicación del derecho consuetudinario y que será impartido por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas⁷².

71 RUBIO CORREA, Marcial: “Constitución: qué ponerle y qué quitarle”, DESCO, Lima, 1992, p. 46. DE BELAUNDE, Javier: “Elección popular de jueces”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, N° 10, op. cit., pp. 203-217. DELGADO MENENDEZ, María Antonieta: “La opción por la justicia de paz”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Comisión Andina de Juristas, N° 11, 1995, pp. 139-152.

72 PASARA, Luis: “Perú: administración de ¿justicia?”, en *La Administración de Justicia en América Latina*. Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, 1984, pp. 197- 278. JURGEN BRANDT, Hans. *Justicia Popular*, 2da. Edic., Centro de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República, Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1987. ALBAN PERALTA. Walter: “Las Comunidades Campesinas y Nativas en el Perú: realidad, regulación y alternativas para su tratamiento normativo”, en *Revista de la Defensoría del Pueblo: Debate Defensorial*; N° 1, Lima, 1998, pp. 159-172.

Estas son, *grosso modo*, los actuales perfiles de notable aliento que trae la Carta de 1993⁷³; y que, como se ha dicho, requiere de un esfuerzo no sólo jurídico, sino de una real intención política de los gobernantes para superar viejos males del Poder Judicial.

En el Capítulo IX, del Consejo Nacional de la Magistratura, en líneas generales, es también plausible que se haya mantenido esta institución en el marco del sistema de designación o reclutamiento de los magistrados, con las relevancias siguientes:

- a. El actual Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de seleccionar y nombrar a los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de la elección popular.
- b. Se crea la Academia Nacional de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, y se encarga de la formación y capacitación de los jueces y funcionarios (art. 151).

En el Capítulo X, del Ministerio Público, aparte del mismo perfil que le asignaba la Constitución de 1979 (arts. 250 y ss.); la actual prefiguración del Ministerio Público tiene como aspectos positivos e importantes los siguientes:

- a. Conduce, desde su inicio, la investigación del delito (inc. 4 del numeral 159), atribución que reforma a la establecida por la precedente Carta Política, pues era un rol de vigilar e intervenir en la investigación del delito “desde la etapa policial” (inc. 5 del numeral 250). En esta perspectiva, la Policía Nacional debe cumplir los mandatos que establece el Ministerio Público.
- b. Se le otorga, igualmente, la iniciativa en la formación de las leyes que prevé el numeral 107 “en las materias que le son pro-

73 A la fecha, los comentarios orgánicos a la actual *Lex Legum* de 1993 son, entre otros, los siguientes: CHIRINOS SOTO, Enrique: *Constitución de 1993. Lectura y Comentario*, Nerman SA., Lima, 1994. BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, CIEDLA, Lima, 1996. RUBIO CORREA, Marcial: *Para conocer la Constitución de 1993*, Desco, Lima, 1994; del mismo autor: *Estudios de la Constitución Política de 1993* (6 T.), PUCP, Lima, 1999, TORRES Y TORRES LARA, Carlos: *La nueva Constitución del Perú*, Editorial Asesorandina S.R.L., Lima, 1993; GARCIA TOMA, Víctor: *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993* (2 T.). Fondo de Desarrollo, Edit. U. de Lima, 1998; y, fundamentalmente, AA.VV. de la Comisión Andina de Juristas: *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios* (11 Vol.).

pías”; tocaría en todo caso por precisar si puede el Ministerio Público auspiciar otro tipo de iniciativas legislativas, toda vez que su rol es el de la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho (inc. 1 del art. 159); con todo, bien puede redimensionarse este rol que en los años de vigor de la Carta de 1979 acusó un perfil bajo.

En el Capítulo XI, de la Defensoría del Pueblo, esta institución prácticamente recién adquiere status propio con la puesta en vigor de la Carta de 1993; si bien estuvo subsumido en el Ministerio Público (inc. 4 del art. 259 de la sustituida Carta Fundamental de 1979), la actual le asigna una autonomía y un rol que se asimila al modelo del Obudsman escandinavo. Así, resulta de indudable trascendencia las expresas atribuciones que le corresponden a este nuevo órgano constitucional:

- a. Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.
- b. Supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (art. 162)⁷⁴.

Con respecto al Capítulo XII, Seguridad y Defensa Nacional, aunque ha operado imperceptibles reformas que no son trascendentes entre la sustituida Constitución de 1979 y la de 1993, salvo el cambio del Capítulo por “Seguridad y Defensa Nacional”, lo interesante es que la actual norma ha vadeado la confusión reinante entre el orden interno y el orden público que establecía el art. 277 de la abrogada Carta Política⁷⁵. Hoy se precisa que la Policía Nacional tiene como finalidad el de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, concepto éste que había sido mal redactado al agregar la otrora Constitución el “orden público”.

74 ABAD YUPANQUI Samuel: “El ombudsman o defensor del en la Constitución peruana de 1993 Retos y limitaciones”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 86, UNAM, 1996, pp. 401-411.

75 QUISPE CORREA. Alfredo: *Constitución y Defensa Nacional*. Luis Alfredo Edic., Lima, 1994. RUBIO CORREA, Marcial: “Orden Interno y Orden Público en la Constitución de 1979”, en *Defensa Nacional*. CAEM, Lima. DEI. SOLAR ROJAS, Francisco: “Definición del Orden Interno”, en *Temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 1996.

En el Capítulo XIII, Sistema Electoral, la primera expresión positiva en la actual normatividad es el rótulo de “Sistema Electoral” que resulta ser más amplio y tiene sustento académico. Al margen de esta novedad, y dejando para más adelante las críticas que nos merece la forma cómo se ha concebido el sistema electoral en el Perú, surge, en todo caso, las siguientes consideraciones positivas:

- a. Se prevé en forma más orgánica, aunque con afán reglamentarista, la competencia del JNE (art. 178). Y, entre ellos, merece subrayar la iniciativa en la formación de las leyes (inc. 6, último párrafo del art. 178); y
- b. Aunque no guarda mucha diferencia con la antigua redacción de la precedente Carta de 1979, es más positivo que se haya previsto que el JNE resuelva con arreglo a los principios generales del derecho, pero nos reservamos de suscribir como positivo la redacción de que el JNE resuelva “con arreglo a ley”, cómo veremos luego; pues simplemente debió afirmar que resuelve “conforme a derecho”, habida cuenta que puede, en un país como el nuestro, dictarse una ley que viola o infringe con sutileza a la Constitución. El JNE debe aplicar a la Constitución y no a la ley (arts. 51 y 138, último párrafo).

En el Capítulo XIV, De la Descentralización, las Regiones y las Municipalidades, dentro de las muy poquísimas evidencias saludables, fluyen las siguientes:

- a. Afirma, por principio, una vocación regionalista; si bien ello fluye de algunas normas (arts. 91, inc. 1, 117, 188, 189, 190, 197, 198, 199, 203, inc. 6 y XIII Disposición Final y Transitoria), como veremos luego, la Constitución si no es objeto de una legislación de desarrollo constitucional, afianzará un hipercentralismo que también no deja de prevalecer en la actualidad y que se ha acentuado con el régimen de Fujimori⁷⁶.
- b. Los alcaldes y regidores, cuyo período se extiende con la actual normatividad a cinco años, pueden ser objeto de revocación, sin necesidad de que el electorado tenga que esperar la culminación de su período de gestión municipal.

76 PLANAS. Pedro: *Descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)*, Municipalidad Metropolitana de Lima, Lima, 1998.

- c. Se establece regímenes especiales para determinadas capitales y provincias, en virtud a su rango metropolitano o de ubicación fronteriza (art. 196).

4.5. Garantías Constitucionales

La nueva Constitución ha previsto un título específico sobre la jurisdicción constitucional, denominándole “Garantías Constitucionales”, como correctamente también lo ubicaba la abrogada normatividad. De hecho salta a la vista la ampliación de tres familias más de las garantías constitucionales: el hábeas data, la acción de cumplimiento y los conflictos de competencia y atribución⁷⁷.

En la actualidad se ha prefigurado seis instrumentos procesales: el hábeas corpus, la acción de amparo, el hábeas data, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad, la acción de cumplimiento y los conflictos de competencia y atribución.

- a. En lo que respecta al hábeas corpus, mantiene el mismo perfil de afirmar la libertad individual como lo concebía la Carta Política de 1979; pero han agregado los constituyentes del 93 una conjunción sobre la libertad individual “o los derechos constitucionales conexos” que nos parece una redundancia.
- b. La acción de amparo se configura técnicamente como la garantía de tutela de todos los demás derechos constitucionales, tal como así correctamente lo concibió la anterior norma constitucional. No deja de llamar la atención, sin embargo, que los constituyentes hayan señalado que dicha garantía “no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”, fórmula que ya está regulada por la Ley N° 23506. En todo caso, debería dejarse el principio y derivar a la legislación ordinaria aspectos de su reglamentación, como ocurre con la comparativa sobre estas materias.
- c. El hábeas data se constituye como el instrumento procesal para la tutela de los derechos a la información (art. 2, inc. 5), la pri-

⁷⁷ Sobre este filón, la bibliografía es ya amplia. Con todo, sólo como referencia, pueden verse los trabajos de Alberto Borea Odría, Domingo García Belaunde, Samuel Abad Yupanqui, César Landa, Jorge Daños Ordoñez, Aníbal Quiroga León, Francisco Eguiguren Praeli, Néstor Pedro Sagués, Francisco Fernandez Segado.

vacidad de la intimidad personal y familiar (inc. 6 del art. 2) y el honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar (art. 2, inc. 7). Es decir, el acceso a la información por un lado y, por otro, la autotutela de la información personalizada.

- d. La acción de inconstitucionalidad se configura como el instrumento procesal contra las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Lo positivo es, en este caso, la comprensión de los decretos de urgencia, que son pasibles de ser objeto de una Acción de Inconstitucionalidad; y, en mérito a ello, logra vadear la posición que había tomado el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales que se había pronunciado en un caso por declararse ellos mismos incompetentes para conocer la constitucionalidad de dichas normas. La actual norma, reiteramos, logra expresamente que el Tribunal Constitucional conoce sobre estas materias; si bien la abrogada Constitución de 1979 guardó silencio, tranquilamente bien pudo haberse jurisprudencialmente señalado toda una posición, ampliando la competencia a dichas normas.
- e. La acción popular mantiene casi miméticamente la redacción de la Carta Política de 1979 para controlar la constitucionalidad y la legalidad de las normas infralegales.
- f. La acción de cumplimiento es una novedosa garantía constitucional, con precedentes apenas en la Carta Constitucional Colombiana y, en parte, en la fórmula brasileña. Este instrumento se endereza contra cualquier autoridad o funcionario que se sustrae o es contumaz en cumplir con lo que dispone una norma legal o un acto administrativo. En parte, esta garantía permitiría la tutela de la *ilegalidad por omisión*, aspecto éste diferente al fenómeno de la *inconstitucionalidad por omisión*, que requiere de una garantía más específica que la acción de cumplimiento. Con todo, es un avance esta garantía; si bien no deja de lamentar, como veremos en nuestra crítica, que no existe una garantía o instrumento procesal idóneo para activar la inconstitucionalidad por omisión en que incursiona el legislador cuando no edita una ley de desarrollo constitucional que prevé la propia Constitución.

- g. En el marco de los aspectos positivos, la Constitución prevé la necesidad de que las garantías constitucionales cuenten con una Ley Orgánica; esto es, un virtual Código Procesal Constitucional que desarrolle procesalmente estos instrumentos que se convierten en los mecanismos idóneos de tutela de los diversos derechos constitucionales sustantivos; pues así como existe un Código Penal o un Código Civil que requiere de su homónimo instrumento procesal del Código Procesal Penal o Código Procesal Civil; lo propio, la Constitución, como lo destaca la moderna doctrina del derecho procesal constitucional, requiere de una normatividad que desarrolle los procesos constitucionales que tiene la norma fundamental. Es de esperar que la proyectada Ley Orgánica sea confeccionada por los expertos en la materia; apelando a la experiencia de la Ley N° 23506 o Ley de Hábeas Corpus y Amparo; y la Ley de Acción Popular, que son los dos instrumentos procesales dictados en el marco de un Estado de Derecho; y la Ley N°23385, que contemplaba la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y la demanda de inconstitucionalidad; así como la legislación del hábeas data, acción de incumplimiento, que deberán sistematizarse en una normatividad que guarde armonía en el marco de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales⁷⁸.
- h. También es positivo que se haya expresamente redactado que el ejercicio de la acción de hábeas corpus y amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción que establecía el art. 137 de la anterior Constitución. En efecto, en dicha norma, existía una redacción anfibológica que confundía indistintamente los derechos y las garantías constitucionales.
- i. Igualmente, la Constitución ha previsto lo que la doctrina ha venido esgrimiendo sobre determinados derechos que son restringidos o suspendidos por los regímenes de excepción. En este supuesto, se permite al juzgador examine la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo; esto es, prevé lo que

78 Vid. AA.VV.: *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*. Comisión Andina de Juristas, Serie: Lecturas Constitucionales Andinas. N° 4. Lima. 1995. Más recientemente LANDA, César: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 3ª. edición, Palestra, Lima, 2007.

en la doctrina se denomina como la tesis del *contralor judicial parcial*.

- j. Otro filón positivo en el marco de la presente normatividad es que se haya mantenido, y en parte miméticamente redimensionado, el Tribunal Constitucional, órgano que amenazaba con ser suprimido (en los tres sucesivos proyectos constitucionales que se publicaron en 1993, nunca apareció el tema del Tribunal Constitucional). La posición del gobierno fue la supresión, y así parece haber sido en el seno del CCD; empero, la opinión académica fue fundamental, pues puso en evidencia que en la mayoría de los países que cuentan con una jurisdicción constitucional “concentrada”, el control de la constitucionalidad de las leyes ha sido positivo; y, en todo caso, al Poder Judicial históricamente nunca le cupo un rol protagónico en declarar inconstitucional una ley, de allí que iba a ser lamentable asignarle el control de constitucionalidad a la magistratura ordinaria; antes bien, lo pueden hacer bajo el marco del sistema norteamericano o “difuso”, como también lo prevé la Constitución (arts. 138 y 51). En todo caso, así como ha sido concebido la jurisdicción constitucional en el Perú, en rigor, mantiene el sistema dual o paralelo del que muy agudamente logró precisarlo el profesor Domingo García Belaunde en estudios anteriores y recientes.
- k. Finalmente, y precisando algunos aspectos y alcances del Tribunal Constitucional, cuyo avance positivo en la nomenclatura ya es saludable (de Tribunal de Garantías Constitucionales, que de por sí era tautológico, a Tribunal Constitucional), la Carta Política le asigna, *grosso modo*, los siguientes perfiles, de por sí positivos:
- i. Es el órgano de control de la Constitución, lo cual significa que, aparte del modelo norteamericano (art. 51 y 138), coexiste con el modelo europeo.
 - ii. Los Miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.
 - iii. Se amplía la competencia no sólo para conocer, vía recurso extraordinario, las resoluciones denegatorias del hábeas cor-

pus y amparo; sino también para el hábeas data y la acción de cumplimiento.

- iv. Igualmente, existe un innegable avance al haberse ampliado la potestad de conocer los conflictos de competencia; lo cual deberá ser cuidadosamente desarrollado en su proyectada Ley Orgánica.
- v. En cuanto a las personas legitimadas procesalmente para interponer la demanda de inconstitucionalidad, se observa una ampliación: a) el defensor del Pueblo, b) cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el JNE, aclarando que será el 1% si la norma es una ordenanza municipal; c) el Presidente de la Región con acuerdo del Consejo de Coordinación de la Región o los alcaldes provinciales, con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia; y, d) los Colegios Profesionales, en materia de su especialidad. En realidad, la ampliación de los sujetos activos de estas demandas, son insospechadas, siempre y cuando ellas se activen prudentemente y cuando la necesidad así lo exija.
- vi. En cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, la norma objeto de la demanda queda derogada (art. 204).
- vii. Finalmente, se mantiene la jurisdicción supranacional para la tutela de los derechos humanos por organismos internacionales.

5. LOS DEFECTOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1993

Si nos atenemos a la expresión gramatical de la Real Academia, el término “defecto” es la carencia o falta de las cualidades propias y naturales de una cosa. Para nuestro caso, lo utilizamos no sólo en su acepción gramatical, sino que calificamos de defectuosa a tal o cual norma, bajo el marco de una apreciación crítica y con cierta dimensión valorativa de la norma. Y es que una Constitución básicamente es un texto político que pretende, por un lado, encausar jurídicamente al Poder Político bajo prescripciones normativas, racionalizando así el ejercicio del Poder Político (Mirkine Guetzevich) que la ciudadanía delega; y, por otro lado, afirma la tutela de los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía y de las personas en ge-

neral. Pero también la Constitución se nos presenta como una norma jurídica (García de Enterría).

La actual Constitución, en líneas generales, más que una norma *transaccional*, fue el punto de quiebre en un momento crucial: prácticamente dividió al Perú entre quienes virtualmente aprobaban el texto (es un decir, pues lo que se aprobaba en aquel momento era al régimen de Fujimori, como fue reconfirmado con su elección presidencial de aquella época) y otro sector que no aprobaba la nueva Constitución.

Con todo, existe una “nueva” Constitución, la décimo segunda en nuestra historia; y así como ella trae consigo innegables “bondades”, que obviamente es una aspiración que se cumplan, también anida desaciertos, defectos que, independientemente de futuras reformas o no, es bueno tener presente dicho *stock* de normas que son susceptibles de ser cuestionadas en razón a lo que existe en la legislación comparada, la doctrina y, fundamentalmente, la experiencia de nuestro propio país, tan adicto por los gobernantes de “aprovecharse” de tal vacío o defecto o a desnaturalizar (mutación constitucional) a las normas en pro del inmediatismo coyuntural. A ocho años de experiencia se impone ya una seria evaluación⁷⁹.

Por razones de espacio, se prescindirá de detalles para el presente ensayo, pero en líneas globales, a través de las diversas supresiones, modificaciones, ampliaciones e innovaciones en relación a la Constitución de 1979, se observan las siguientes líneas tendenciales:

5.1. De la Persona y de la Sociedad

- a. A nivel de los Derechos Humanos, aunque mantiene miméticamente casi la mayoría de los derechos civiles o políticos, ha suprimido un gran contingente de normas de carácter social o derechos económicos sociales y culturales (aproximadamente hay cincuenta artículos suprimidos de cuajo). El fundamento de estas supresiones ha sido a través de un razonamiento muy simple, pero comprensible dentro del pensamiento liberal: sólo

⁷⁹ Nota de 2011: Elegido Presidente de la República Ollanta Humala, el proyecto de una eventual Asamblea Constituyente virtualmente ha quedado postergado; lo más seguro es que en algún momento, según sean las condiciones, se impulse tan sólo reformas parciales.

se debe precisar las normas que no tienen “costo económico al Estado”; y aquellas normas que supongan para su materialización un egreso, deben ser suprimidas; y, en el mejor de los casos, algunas deben irse progresivamente implementado. Esto en concordancia con el Artículo Undécimo de las Disposiciones Finales y Transitorias (caso de la Seguridad Social, que debe ser para todos los peruanos)⁸⁰.

- b. Por otro lado, una mayor y mejor técnica legislativa en la parte dogmática del texto constitucional, hubiera llevado a seccionar los derechos fundamentales en las tipologías clásicas de derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, debiendo corresponder capítulos específicos como la familia, el trabajo, la educación, etc. Lamentablemente, subyace cierta mezquindad en el constituyente, al no haber desarrollado diversos derechos como los ya señalados y que incluso están consagrados en los tratados de derechos humanos.
- c. Finalmente, constituye un retroceso la supresión del art. 105 de la Constitución de 1979, que prescribía que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Así, mientras a nivel del derecho comparado se viene afirmando la prevalencia de los tratados en materia de derechos humanos que tienen rango constitucional, en la actual Carta Política se lo deriva al rango legislativo, al estar por el art. 200.4. Resulta también asistemático que se haya derivado a la cláusula cuarta de las disposiciones finales y transitorias un aspecto que debe estar como integrante en el texto orgánico de la Constitución.
- d. Dentro de los mecanismos de participación popular, si bien la Constitución de 1993 por vez primera incorpora instituciones típicas de una democracia semidirecta, en la práctica se evidencia grandes distorsiones y mutaciones constitucionales

80 Una aproximación global puede verse en BERNALES, Enrique: *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Lima, 1996. RUBIO CORREA, Marcial: *Estudios de la Constitución Política de 1993*, (6 T), PUCP, Lima, 1999. GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993*, (2 T), Fondo de Desarrollo Edit. Universidad de Lima, 1998.

con las leyes que la desarrollan y que, a la postre, limitan su ejercicio. En este sentido, es necesario que las cláusulas 2.17 y 31 expresen una mayor idoneidad de estos institutos de la democracia semidirecta. Por ejemplo, el referéndum, que se alude en diversas situaciones (arts.2.17, 31, 32.2, 176, 178.5, 181, 182, 184, 185, 190, XIV DFT), debe ser objeto de ciertas precisiones en lo que respecta a los referéndos legislativos. En la legislación comparada, se indica expresamente en sede constitucional en qué supuestos procede el referéndum. Lamentablemente la forma como se ha prefigurado permite un desarrollo legislativo que lo desnaturaliza.

Otro aspecto dentro de los mecanismos de participación popular es el relativo a la *revocación*, que debería funcionar para todos los altos funcionarios del Estado y no como absurdamente está concebido por la legislación ordinaria. Así, constitucionalmente debe quedar escriturariamente señalado que pueden ser revocados del mandato todos quienes hayan salido elegidos por la voluntad popular: desde el Presidente de la República — como lo ha planteado en su momento Francisco Miró Quesada Rada — como los Congresistas, así como las demás autoridades elegidas democráticamente. Lo propio, en lo que atañe a la remoción, debe operar para los Ministros, los altos representantes de los demás Organos Constitucionales: Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones, Contraloría General de la República, Superintendente de Banca y Seguros, RENIEC, ONPE, etc. Todo esto debe inscribirse dentro de una clara filosofía de una democracia con una nueva generación de valores de un sistema político que, dentro de los principios de una democracia moderna, como lo ha señalado César Landa: una política que conciba la diversidad social, la tolerancia, el pluralismo, el consenso para la democracia, la oposición y legitimidad, etc⁸¹.

81 LANDA ARROYO, César: *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, PUCP, Lima, 1994. (Nota de 2012: Aún cuando nos reafirmamos en lo sostenido; ello no impide desconocer que en la *dinámica constitucional* se utilice otros mecanismos para pervertir el control de la democracia semidirecta. Claros

5.2. Del Estado y la Nación

- a. En este título se debió hacer una mayor precisión al régimen de la nacionalidad, tal como lo prescribía con mayor organicidad la Constitución de 1979.
- b. Otro aspecto negativo, y que debe ser restablecido, es la supremacía del Tratado sobre la ley, así como el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos, como lo estableciera la Constitución de 1979 y que ya se ha señalado. En este sentido, el texto fundamental acusa desaciertos, pues la tendencia a nivel del Derecho Internacional Público es que el régimen de los tratados se configure a través de una jerarquía de fuentes superior a la ley ordinaria⁸². Por otro lado, no es del todo correcta la redacción del art. 57 del texto político, donde se le da una atribución *laxa* a los tratados, que sólo pueden ser celebrados por el Presidente de la República.

5.3. Del Régimen Económico

En el área de la economía, se expresan reglas puras y simples de una economía de libre mercado⁸³; pero aparte de esta concepción ortodoxa no da pie a posibles protecciones de los trabajadores, que siem-

ejemplos son los distintos alcaldes, como la Alcaldesa de Lima Susana Villarán, que casi al año de su gestión un sector pretende revocarla).

82 Vid. al respecto a CIURLIZZA, Javier: "La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos", en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol. II. CAJ, Serie: Lecturas sobre temas constitucionales, N° 11, Lima, 1995, pp. 65-83; CARPIO MARCOS, Edgar: "Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos", *Vox Jure*, Revista de Derecho, Año 1, N° 1, CED, Lima, 1994; NOVAX TALAVERA, Fabián: "Los Tratados Internacionales y la Constitución de 1993", en *Agenda Internacional*, Año 1, N° 2, Lima, 1995; RODRIGUEZ BRIGNARDELLO, Hugo: "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993", en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N° 4, 1996; LANDA, César: "Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constssución del Perú de 1993", en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII, N° 16, Trujillo, 1988; SAENZ DAVALOS, Luis R.: "El dilema de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la nueva Constitución", en *Revista Jurídica*, Organó Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 134, Enero 1996-Julio 1999.

83 Alberto Bustamante Belaunde en su ensayo: "Perú.- ¿Buen modelo institucional de tránsito a una economía de mercados?", en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol. III. CAJ, Lima, 1996. Vid, igualmente a OCHOA CARDICH,

pre son los más desprotegidos en las relaciones laborales. Así pues, un grueso conjunto de normas que establecía la antigua Carta Constitucional de 1979 no tienen hoy regulación⁸⁴.

Respecto a la Constitución económica, Francisco Fernández Segado hace una importante crítica a tres aspectos que se evidencian en la Constitución⁸⁵, veamos:

- a. Desaparece todo principio valorativo inspirador del régimen económico. Así, el art. 110 de la Constitución de 1979 proclamaba que dicho régimen se fundamentaba en principios de justicia social. Esta supresión es lamentable, debiendo ser reincorporado en el art. 58 de la actual norma fundamental.
- b. Existe una configuración constitucional hacia una privatización generalizada de la vida económica. Así, mientras la abrogada Carta de 1979 en el art. 113 le facultaba al Estado ejercer su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo, el art. 60 de la actual norma, en su segundo párrafo dispone expresamente que “sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Aquí, como comenta el jurista español Fernández Segado, se ha suprimido la posibilidad de reserva por ley, por causa de interés social o seguridad nacional al Estado, actividades productivas o de servicios.
- c. El Estado se convierte en un simple vigilante de la libre competencia (art. 61).
- d. La libertad contractual se convierte en inmune a la ley, según el art. 62, pues se configuran los contratos-ley que tendrán una superlegalidad.

César: “Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Nº 11, CAJ, Lima, 1995, pp. 85-95.

84 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: “Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993”, en *La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios*, CAJ, Lima, 1995, Nº 10, pp. 95-108.

85 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La Constitución Peruana de 1993*, Grijley Edit., Lima, pp. 57-60.

- e. Se suprime el trato diferenciado de la inversión nacional y extranjera que prescribía el art. 137 de la abrogada Constitución de 1979; y hoy la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones.
- f. Se establece implícitamente la dolarización de la economía al estar por lo que prescribe el art. 64, donde se garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.
- g. La propiedad resulta sobreasegurada, sin posibilidad de conciliar con ciertos supuestos (guerra, calamidad pública, reforma agraria).
- h. Se omite cualquier referencia a los mecanismos de planificación tanto para el sector público como para el privado, aun cuando el art. 58 precisa que “el Estado orienta el desarrollo del país”.

5.4. De la Estructura del Estado

- a. Sobre el Congreso: se refleja la reforma del régimen bicameral a unicameral, con la reducción de congresistas que deberá ampliarse, si tenemos en cuenta la representatividad de más de 24 millones de habitantes⁸⁶, la limitación de la potestad fiscalizadora bajo la inminente situación de la “crisis de gabinete” y la eventual disolución del Congreso por parte del Ejecutivo.
- b. Dentro de la estructura del Parlamento, un hecho inusual que ha sido evidenciado por Enrique Bernales, es respecto a la Comisión Permanente que, por principio, es un organismo que forma parte de la estructura misma del Congreso y cuya única y exclusiva finalidad es la de ejercer determinadas funciones durante el receso del Congreso. Existe un tratamiento constitucional con errores, como es el de tratarla como si fuera un ente propio (arts. 99 y 101). En rigor, la Comisión Permanente, con atribuciones exclusivas, resultan desnaturalizadoras dentro de la ingeniería constitucional e inidóneas, pues así como está prefigurado, puede sustituir al Congreso en atribuciones propias. Es más, se genera

⁸⁶ A la fecha el Perú tiene aproximadamente una población nacional de: 30 000 000 de habitantes (Nota de 2011). Según el XI censo nacional de población y VI de vivienda realizado en el 2007 por el INEI, el Perú cuenta con 28 220 764.

una condición de mayor atribución de poder en los congresistas que conforman la Comisión Permanente de los demás parlamentarios que integran el Congreso. Se impone, pues, una severa reforma en esta institución⁸⁷.

- c. Un desacierto digno de evidenciar, es la configuración constitucional del Antejjuicio (art. 100), cuya desnaturalización es un factor de distorsión y permite un uso arbitrario y, en su caso, inmotivado, de un poder punitivo que, a la larga, resulta desproporcionado. Valentín Paniagua agudamente observa que “El antejjuicio, creado para hacer efectiva la responsabilidad de los altos funcionarios y admitido para asegurar la dignidad, autoridad e independencia del funcionario, se ha convertido ahora en un irritante privilegio. Una institución creada para proteger – tal vez inmoderadamente – a los altos funcionarios es ahora un instrumento de intimidación que no favorece ni contribuye a lograr un verdadero sistema de responsabilidad por el ejercicio de funciones”⁸⁸.
- d. Respecto al Poder Ejecutivo, se evidencia un reforzamiento que en los hechos, el centro de gravitación del Poder Político estará exclusivamente centralizado en el órgano ejecutivo frente a los demás órganos. Así, se han ampliado las atribuciones del Ejecutivo a nivel de la potestad legislativa: los decretos presidenciales de urgencia y necesidad; sobre el Consejo de Ministros, se constata un peso mayor que el que se tenía, si bien ello no es en sí criticable, el tema de la crisis de gabinete sí lo es; pues frente a una censura total, el Parlamento sólo podría hacerlo por una única vez.
- e. El tema de la reelección presidencial, tan debatido por el inmediatismo coyuntural, aun como en países como EE.UU. donde se prevé, responde a sus particulares características de su sistema político; empero, la experiencia latinoamericana ha acon-

87 BERNALES BALLESTEROS. Enrique: *La Comisión Permanente en la Constitución de 1993 Análisis y Comentarios*, CAJ, Serie: Lecturas sobre temas constitucionales, N°10, Lima, 1994, pp. 153-164.

88 PANIAGUA CORAZAO. Valentín: “¿Acusación constitucional, antejjuicio o juicio político?”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol II, CAJ. Serie. Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 11, Lima, 1995, p. 138.

- sejado que esta reelección, a la larga, resulta siendo nefasta; y acaso el vendaval de la nueva Constitución, haya tenido como único motivo el tema de la reelección, maquillando, desde luego, con las innovaciones adicionales introducidas.
- f. Dentro de las relaciones del Poder Ejecutivo con el Legislativo, debe constitucionalizar los frenos y contrapesos propios de una democracia constitucional real y actuante. En este sentido, es necesario reformar el art. 134 que le otorga facultades al Presidente de la República para disolver al Congreso si éste le ha negado su confianza a dos Consejos de Ministros, debiendo, en todo caso, ser hasta tres censuras o negativas de confianza a los Consejos de Ministros.
 - g. Otra situación que merece calificarse como defecto es el relacionado a la institución de las facultades legislativas que detenta el Poder Ejecutivo y las potestades de dictar los decretos de urgencia. Se trata de la “dación de cuenta” al Congreso, tanto de los decretos legislativos (art. 104) como de los decretos de urgencia (art. 118.19). Aquí falta una mayor precisión para que no se convierta en un simple saludo a la bandera. Recuérdese que el Congreso, antes de que ocurriera el autogolpe de Estado del cinco de abril de 1992, había dictado una ley que limitaba las atribuciones legislativas del Presidente, desarrollando la cláusula 188 de la Constitución de 1979 respecto a los decretos legislativos. Lamentablemente dicha ley fue desproporcionada frente al objetivo de corregir los excesos de las atribuciones legislativas del Ejecutivo.
 - h. Sobre el Poder Judicial: se amplía la pena de muerte; y, sobre todo, la potestad de casación que tiene el Fuero Común sobre las resoluciones de la justicia militar; sólo procedería en caso que la sentencia sea de pena de muerte; esto es, en los hechos, y así concebido, el Poder Judicial no podría revisar las sentencias que impondría el Consejo Supremo de Justicia Militar; y así, aunque fuere de penas como la cadena perpetua o penas similares, las resoluciones del fuero de guerra no

podrían ser revisadas por el Fuero Civil. Así prefigurado, se viola el principio de la unicidad del Poder Judicial⁸⁹.

- i. Sobre la Justicia Militar, por otro lado, resulta negativo que se amplíe sus competencias para procesar y juzgar a civiles por delitos de terrorismo y traición a la patria, pues la tendencia contemporánea es que el Fuero Militar sólo juzgue a sus pares y no a civiles que deben ser procesados por el Fuero Común⁹⁰.
- j. La tesis proteccionista en torno a la pena de muerte es otro aspecto negativo; pues así como se ha redactado la norma, bajo el concepto de que se puede aplicar dicha sanción “en caso de guerra”, se presta a interpretaciones diversas, pues la omisión de *guerra convencional* permitiría, a la larga, aplicar la pena capital para cualquier tipo de conflicto armado interno.
- k. Respecto al Consejo Nacional de la Magistratura, no obstante ser una pieza en la nueva ingeniería constitucional, como lo ha señalado Néstor Pedro Sagüés, pues si bien los objetivos son los de dotar de legitimidad al Poder Judicial a través de calidad, imparcialidad y eficacia y de la forma cómo se recluta a los jueces y fiscales en el Perú, se observa que el CNM tiene una conformación con predominio no togado y un perfil *cuasi corporativista* que “no lo hace recomendable”. En todo caso, es necesario que en el art. 155 que regula la conformación del CNM se supriman los incisos 4, 5 y 6 y dejar que sea de naturaleza totalmente togada la institución⁹¹.
- l. Respecto al Sistema Electoral, hay diversos errores en el tratamiento del mismo y que probablemente han respondido más a una coyuntura de interés del régimen de Fujimori, auspiciador de la nueva Constitución con claro interés personal. Así, destacan los siguientes aspectos:

89 ETO CRUZ, Gerardo: *La Justicia Militar en el Perú*, Edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2000.

90 ETO CRUZ. Gerardo: *ídem*.

91 SAGÜES. Néstor Pedro: “Variable y Problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios* Vol. II. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 11, CAJ, Lima, 1995, pp. 165-185.

- a) Somos de la opinión de que el sistema de elección de doble vuelta, o debe descartarse y mantener el sistema proporcional; o, en su defecto, que la doble vuelta electoral funcione no sólo para la Jefatura del Estado (art. 111); sino también para los congresistas (art. 90). Como se sabe, este sistema, importado de Francia, ha sido desnaturalizado en el Perú.
- b) Aunque es un tema opinable, los candidatos a las vicepresidencias de la República, deben tener incompatibilidad con la postulación simultánea para el Congreso (art. 90).
- c) La estructura orgánica del sistema electoral, conformado ahora por el JNE, la ONPE y el RENIEC, debe diseñarse evitando las fricciones que en la práctica se ha evidenciado. En esta perspectiva, Valentín Paniagua precisa que en materia electoral se debe implementar las siguientes reformas constitucionales:
 - i. Asegurar definitivamente la igualdad electoral, eliminando la exclusión de partidos y agrupaciones políticas de los órganos electorales, garantizando la igualdad de oportunidades en la contienda electoral (financiamiento, propaganda y acceso a medios radiotelevisivos) y universalizando el sufragio (Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales).
 - ii. Modificar la forma del Estado, creando una estructura de poder social y territorialmente difundido, y restableciendo, en contrapartida, el bicameralismo con un Senado de representación territorial y una Cámara de Diputados como órgano de representación político-demográfico.
 - iii. Enmendar los rasgos y suprimir los mecanismos más acusados del absolutismo presidencial (*ballotage*, reelección inmediata, disolución del Congreso, inviolabilidad presidencial) a fin de asegurar un juego fluido y razonable de los demás órganos constitucionales.
 - iv. Reformar el mal llamado “sistema” electoral, restableciendo los órganos de registro, administración y justicia electorales bajo la dirección del JNE y garantizando la

justiciabilidad y una efectiva tutela jurisdiccional frente a sus actos y resoluciones⁹². Aun cuando se pueda disentir en algunos puntos, *in globo*, resultan pertinentes las observaciones que hace el profesor Valentín Paniagua⁹³.

- m. La descentralización es otro de los temas realmente irresueltos en la actual Constitución; muy por el contrario, hay un hipercentralismo como lo ha señalado Pedro Planas⁹⁴. En este sentido, los artículos, prácticamente de naturaleza declarativa y principista, pero sin efectos reales y obligatorios a los detentadores del poder, deben ser objeto de reformas a fin de que se afirme una real descentralización y, como consecuencia de ello, una regionalización. El art. 188 es apenas una norma declarativa sin efectos prácticos. Una aspiración sin voluntad propia de cumplimiento. La Octava y la Décimotercera Disposición Final y Transitoria igualmente evidencian una ficción constitucional hacia una aspiración descentralista, pero nada más. Probablemente una futura reforma constitucional debe pasar, ineludiblemente, por hacer la gran revolución institucional de una verdadera democracia. Así, el art. 43 que afirma: “El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”, debe ser objeto de una reforma a fin de que no quede en una sempiterna declaración de principios. Descentralización y Regionalización son dos temas realmente pendientes en una agenda de una verdadera reforma

92 PANIAGUA CORAZAO, Valentín: “Sistema electoral y elección del Congreso”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Vol. III, Serie: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 12, CAJ, Lima, 1996, pp. 187-188.

93 Loc. cit.

94 PLANAS, Pedro: *La Descentralización en el Perú Republicano (1821-1998)*, editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima: “Con el golpe de abril de 1992 y la inmediata creación del Ministerio de la Presidencia, el Perú ha pasado paulatinamente hacia un régimen hipercentralista, en cuanto refuerza la concentración del presupuesto público, usa un Ministerio expreso y levanta todo un andamiaje centralista mediante la perpetuación de los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR). tentáculos creados en sustitución de las regiones, precisamente para afirmar y garantizar, desde el Ejecutivo, una política centralista. El simple hecho de constatar este esquema bastaría para indicar que el Perú, lamentablemente, no es hoy sólo un país centralista (propio de un Estado unitario que carece de descentralización): somos víctimas de un régimen hipercentralista...”, p. 576.

constitucional, donde se establezcan metas claras, concretas y de mediano plazo. He ahí una de las grandes tareas que deben ser consensualizadas en los futuros reformadores de la Constitución de 1993.

5.5. De las Garantías Constitucionales

En lo que respecta a las Garantías Constitucionales, se debe incorporar un nuevo proceso constitucional: la *Acción de Inconstitucionalidad por Omisión*⁹⁵, en virtud del cual, las mismas personas legitimadas para interponer una demanda de inconstitucionalidad, residencien su pretensión ante el Tribunal Constitucional, a fin de que éste órgano jurisdiccional determine la norma programática o cláusula constitucional que no es desarrollada por una ley ordinaria. Básicamente esta inconstitucionalidad por omisión se contraería para las cláusulas programáticas de la *Lex Legum*, esto es aquellas normas que para que tengan vigor, requieren ineludiblemente de una ley de desarrollo constitucional.

Por otro lado, la misma Constitución debería expresamente señalar que el Tribunal Constitucional es el *intérprete supremo* de la Constitución, al margen de que, como es ya aclarado en la doctrina⁹⁶, puede haber una pluralidad de intérpretes de la Constitución, desde el propio Parlamento, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, etc.

6. VISIÓN GLOBAL DE LA CONSTITUCIÓN EN TORNO A SUS "DEFECTOS"

Una apreciación general de la Constitución, si bien tiene innegables bondades no mezquinadas, las que en líneas generales responden a la antigua Constitución de 1979, quizá la más extraordinaria Constitución del siglo XX; la Carta Política de 1993, y más específicamente sus autores, detentan una gran responsabilidad por el menosprecio al no haber mantenido muchas de las vigas maestras

95 ETO CRUZ Gerardo "La Inconstitucionalidad por Omisión", en *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1992.

96 GARCIA BELAUNDE. Domingo: "La interpretación constitucional como problema", en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Lima.

de nuestro *constitucionalismo histórico*; así como la ignorancia a las instituciones constitucionales y el afán desaprensivo e irreflexivo por establecer “novedades absolutas”⁹⁷ que, a la larga, no sólo descompasan con el tratamiento de una Constitución para un Estado multinacional, complejo y multiétnico, pluricultural y de la globalización de la economía y libre competencia.

En realidad, la Constitución de 1993, visto *in globo*, aún no ha realizado lo que Basadre en su momento sostuvo: que el Perú es un país de promesas republicanas incumplidas. A la pregunta mostrenca que formulara el célebre novelista Mario Vargas Llosa en *Conversaciones en la Catedral*: ¿Cuándo se jodió el Perú?, cuyas lecturas de respuestas son muchas, la Constitución probablemente siga siendo el gran mito de que ella en sí tiene los grandes males (como lo esgrimiera Fujimori cuando justificaba la nueva Constitución para suprimir a la anterior, que era la causa de los “males del Perú” y que hoy se repite con otro nuevo mesías en Venezuela: Hugo Chávez y su nueva Constitución); desde luego, hay quienes mantienen también lo que señalábamos al comienzo de este trabajo: la mítica idea taumatúrgica de que ella —la *Lex Legum*— es la racionalizadora del ejercicio del Poder Político y la dispensadora de los derechos humanos de la persona, tiene la posibilidad de formar una pieza vital y extraordinaria dentro del engranaje de un sistema político, para “solucionar” los males de un país. No obstante ello, como ha señalado Enrique Bernales Ballesteros, a la Constitución de 1993 se puede oponer una reserva global, que proviene de la forma confusa, dispar y ambivalente con que se trata todo lo referente al modelo conceptual, la coherencia unitaria y la necesaria sistematización jurídica. A primera lectura, la impresión que causa su articulado es la de un amasijo de ideas con las que probablemente se ha intentado innovar desde el punto de vista constitucional, pero sin orden ni concierto. No es que carezca de un modelo de referencia —al fin y al cabo, hasta la peor de las constituciones lo tiene—, sino que se trata de una Constitución mal hecha, que equivoca precisiones elementales, cuando se aboca a definir la organización, atribuciones y relaciones entre los poderes del Estado. La nueva Constitución, como señala Sinesio López, “tiene grandes defectos y errores, entre los que destaca la preten-

97 PANIAGUA CORAZAO, Valentín: “Acusación constitucional, antejuicio o juicio político”, op. cit., pp. 124- 125.

sión de Fujimori y la cúpula militar de perpetuarse en el poder a través de la reelección presidencial; sus bondades no hay que buscarlas en el texto, ni en las grandes ideas que supuestamente la inspirarían, sino que ella fuerza y, a pesar de todo, ofrece la ocasión de abrir paso en forma ordenada a una salida democrática”⁹⁸. Desde otro enfoque, el mismo politólogo peruano Bernal Ballesteros enjuicia que:

“Una Constitución sabiamente elaborada tiene que inspirarse en la historia, apelar al conocimiento sociológico y al derecho constitucional comparado, pero buscando en la combinación de elementos y en la proporción que garantice el equilibrio de las partes, que la Constitución sea clara, concisa y eficiente. Al parecer, los constituyentes se olvidaron de consultar a la historia. De haberlo hecho, probablemente no hubieran aprobado la reelección inmediata, recordando los graves problemas que confrontó el Perú durante el llamado “oncenio” del dos veces reelecto Presidente Augusto B. Leguía en la década de los veinte”⁹⁹.

Aún así, bien puede señalarse que, visto en perspectiva, una Constitución no es el alfa y omega de un sistema político –como recordaba Ivo D. Duchacek- ni tampoco es el punto de partida ni el punto de llegada, sino que acaso sea sólo un punto intermedio en el desarrollo del sistema político. Tiene bondades como defectos, y ello es parte de la propia condición humana; y acaso su reflejo dependerá, en lo sucesivo de la dinámica política que se le imprima para que se afirme como pieza clave de gobernabilidad, inclusión social de los marginados, racionalización del ejercicio bajo cánones democráticos y de una afirmación de vigencia de los valores de los derechos *ius* fundamentales de la persona.

98 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “Estructura del Estado y modelo político en la Constitución de 1993”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol. II, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales, N°11, CAJ, Lima, 1995, p. 98.

99 BERNALES BALLESTEROS, Enrique: op cit., p. 98.

LUCES Y SOMBRAS A MEDIO SIGLO DE UNA PROPUESTA. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES*

Sumario: I. Preliminares. 1. Los planteamientos de Otto Bachof. 2. El criterio rector de Otto Bachof para la tipología de las normas constitucionales inconstitucionales: la Constitución formal y material. 3. Los planteamientos de Bachof: el derecho constitucional escrito formal. a. La inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales. b. Inconstitucionalidad de ley de elaboración de la Constitución. c. Inconstitucionalidad de normas constitucionales en virtud de contradicción con normas constitucionales de grado superior. d. Inconstitucionalidad resultante de la alteración de naturaleza de normas constitucionales. Cesación de vigencia sin disposición expresa. 4. Violación del derecho constitucional no escrito. a. Inconstitucionalidad por infracción de los principios constitutivos no escritos del sentido de la Constitución. b. Inconstitucionalidad por infracción de derecho constitucional consuetudinario. c. Inconstitucionalidad (invalidez por infracción de derecho supra-legal no positivado). II. Breve balance y perspectiva.

I. Preliminares

A partir de la Segunda Guerra Mundial, el escenario cultural de Occidente cambió dramáticamente. En efecto,

* Publicado en la Revista *Pensamiento Constitucional*. Año IX, N° 9, PUCP, 2003. Posteriormente Palestra Editores ha publicado el opúsculo de Bachof, bajo el título *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, 2010.

las transformaciones producidas en Europa fueron de tal magnitud que los constituyentes germanos se vieron obligados a reformular el viejo *concepto político de Constitución*¹. De este modo, se atribuyeron a la Constitución una serie de características que hoy son moneda corriente entre los constitucionalistas, y que hoy podemos sintetizar de la siguiente manera: la Constitución, si bien es un documento de innegable carácter político y consustancial a dicha naturaleza, es básica y esencialmente –y sin que ello signifique un divorcio– una *norma jurídica*², una *lex fundamentalis* en el ordenamiento jurídico que *orienta y vincula, unifica e integra*, al sistema jurídico³, encarnando una suma material de valores superiores⁴, y que permite una lectura abierta⁵ bajo los marcos de la actual construcción de los estándares que, como bóveda en clave, llevan a una interpretación constitucional⁶, jurídico y política, al hilo y de cara a los principios constitucionales, valores fundamentales cuyo eje sigue y seguirá siendo la afirmación de la dignidad humana⁷.

- 1 GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Editorial, Madrid, 1986; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 142; y SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- 2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.; RUBIO LLORENTE, Francisco: “La Constitución como fuente del derecho”, en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Vol I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp. 53 y ss.; y HESSE, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*. CEC, Madrid, 1992, pp. 57 y ss.
- 3 DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel, Barcelona, 1999, pp. 35 y ss.
- 4 FREIXES SANJUAN, Teresa y REMOTTI CARBONEL, José Carlos: “Los valores y principios en la interpretación constitucional”. *REDC*, Año 12, N° 35, 1992, pp. 97-109; PECES BARBA, Gregorio: *Los Valores Superiores*. Tecnos, Madrid, 1984; PAREJO ALFONSO, Lucano. “Valores Superiores”, en *Temas Básicos de Derecho Constitucional*. T I. Civitas, Madrid, 2001, pp. 31-39.
- 5 LINDE PANIAGUA, Enrique: *Constitución Abierta*. Linde, Madrid, 1991, pp. 11 y ss.
- 6 Sobre la interpretación constitucional puede verse a RUBIO LLORENTE, Francisco: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Ariel, Barcelona, 1995; CANOSA USERA, Raúl: *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. CEC, Madrid, 1988; HESSE: op. cit., pp. 33 y ss.; DE OTTO: op. cit., pp. 284 y ss. Desde otra particular perspectiva véase WOLFE, Christopher: *La transformación de la interpretación constitucional*. Traduc. de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel. Civitas, Madrid, 1991.
- 7 GONZALES PEREZ, Jesús: *La dignidad de la persona*. Civitas, Madrid, 1986.

Es cierto que no han existido cambios radicales en el horizonte del Derecho Constitucional; sin embargo, existe una natural evolución de esta disciplina y una eclosión de ideas y conceptos ligados e interconectados fuera de lo jurídico, al extremo que autores como Peter Häberle en Alemania⁸ o Pablo Lucas Verdú en España⁹, se han visto obligados a sostener que el Derecho Constitucional hay que redimensionarlo en predios distintos del estrictamente jurídico, y relacionarlo con un concepto más antropológico y filosófico: *lo cultural*. Así, Häberle sostiene que: “Toda comprensión que se efectúe a nivel constitucional necesita una ampliación que incluya también a la cultura en su dimensión científica, dimensión que completa los conceptos jurídicos hasta ahora existentes, pero sin llegar a sustituirlos, todo ello mediante el refuerzo de la normativa y de la normalidad del propio Estado Constitucional bajo la rúbrica: “Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”¹⁰.

Toda esta situación no hace más que confirmar que hay una rica vertiente multidisciplinaria que enriquece la ciencia del derecho constitucional¹¹.

No es casual que el pensamiento jurídico del Derecho Público alemán haya hecho contribuciones notables: el horizonte de reflexión del *ius publicum europeum* sigue siendo bajo la singladura de las vigas y bases de las reflexiones de los grandes teóricos alemanes (Kelsen, Schmitt, Heller, Rudolf Smend y Jellinek)¹². Por cierto, no cabe duda de que el Derecho Constitucional ha crecido, pero no se puede negar que su

8 HÄBERLE, Peter: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traduc. del original alemán de Emilio Mikunda. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 33 y ss.

9 LUCAS VERDÚ, Pablo: *Teoría de la Constitución como ciencia cultural. Significado, Función y Finalidad de una Teoría de la Constitución*. Universidad de San Martín, Lima, 1996, pp. 26 y ss. Véase también del citado autor *Prontuario de Derecho Constitucional*. Comares, Granada, 1996.

10 HÄBERLE: op. cit., p. 159.

11 Repárese, por ejemplo, en la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional, un concepto interdisciplinario abierto a la reelaboración. Véase, al respecto, HÄBERLE, Peter: *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Maestría en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, pp. 21 y ss.

12 FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 2° ed. Porrúa y UNAM, México, 2001, p. 23.

tronco y sus raíces continúan siendo los mismos. Herederos de este vigor reflexivo alemán¹³, Konrad Hesse¹⁴ y el profesor Otto Bachof han adquirido notable presencia e influencia por sus ideas en la temática constitucional. Es el pensamiento de estos dos autores lo que esta breve ponencia pretende rescatar.

1. LOS PLANTEAMIENTOS DE OTTO BACHOF

Otto Bachof –como se sabe– fue profesor de la Universidad de Tübingen y, más tarde, habría de asumir el Rectorado de dicha universidad. A la par de la vida estrictamente académica, este pensador germano se desenvolvió también como juez¹⁵.

Fue exactamente el 20 de julio de 1951 cuando formuló su sugestiva tesis del criterio rector para las normas constitucionales inconstitucionales. Esta tesis fue formulada en Heidelberg, a raíz de una conferencia que luego se publicaría en el mismo año con el título de “*Verfassungswidrige verfassungsnormen?*”. Así, en el prefacio para la traducción portuguesa expresa que: “*A minha posição de princípio, todavia, em nada se alteraou –em razão también, e justamente, da minha própria experiencia como juiz*”¹⁶.

2. EL CRITERIO RECTOR DE OTTO BACHOF PARA LA TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES: LA CONSTITUCIÓN FORMAL Y MATERIAL

Bachof establece que la distinción entre Constitución en sentido *formal* y Constitución en sentido *material* conduce, igualmente, a la dis-

13 CRUZ VILLALÓN, Pedro: “La recepción de la Ley Fundamental de la RFA”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. N° 1, 1989, pp. 65-90.

14 CRUZ VILLALÓN, Pedro: “La Ley Fundamental y la unidad de Alemania. Una conversación con Konrad Hesse”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. N° 3, 1991, pp. 7-28.

15 En 1959, a raíz de la toma de posesión del Rectorado en la Universidad de Tübingen, Bachof pronunció un discurso (*Grundgesetz und Richtermarcht*) que ha sido ampliamente divulgado gracias a la traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano en su libro *Jueces y Constitución*. Taurus, Madrid, 1963, 63 pp.

16 BACHOF, Otto: *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Tradução e Nota Previa de José Manuel M. Cardoso Da Costa. Lvaria Almedina, Coimbra, 1944, pp. 1.

tinción entre la inconstitucionalidad de normas jurídicas resultantes de la infracción de la Constitución escrita (formal) y aquella resultante de la infracción de derecho constitucional material no escrito. Aclara el autor germano que esta distinción no tiene, en principio, nada que ver con la diferencia entre inconstitucionalidad formal y material de una norma jurídica¹⁷. La violación de la Constitución escrita precisa que una norma constitucional puede ser inconstitucional por *violación del derecho constitucional escrito formal*

3. LOS PLANTEAMIENTOS DE BACHOF: EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESCRITO FORMAL

Aquí distingue los siguientes tipos:

a. La inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales

En primer lugar, se esgrime esta particular tipología en función a que la cuestión de *validez* de una Constitución puede estar en relación con la *legitimidad* o *no legitimidad* de la misma. Según Bachof, “Tendría poco sentido, de hecho, hacer depender la validez de una Constitución de su legalidad, entendida ésta como la elaboración de acuerdo con los preceptos de la Constitución antes en vigor”¹⁸.

Una norma constitucional inconstitucional por ilegalidad puede ocurrir cuando el propio documento constitucional hace depender la entrada de su vigencia a ciertas condiciones. Este supuesto puede manifestarse en el caso, por ejemplo, de un texto constitucional que hubiese sido promulgado y publicado sin la aceptación de algún órgano de representación popular en dos tercios de los estados federales alemanes, prescritos en el caso consignado por Bachof en el art. 144.1¹⁹ de la Constitución de Alemania.

17 Sobre la idea de Constitución en sentido formal y material puede verse, entre los principales exponentes, a FIX-ZAMUDIO: op. cit., p. 54; DE OTTO: op. cit., p. 23; DE VERGOTTINI, Giuseppe: *Diritto Costituzionale*. 2° ed. Cedam, Pádova, p. 12 y ss.; JELLINEK, George: *Teoría General del Estado*. Prólogo y Traduc. de Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2000; SCHMITT: op. cit.; y BURGOA, Ignacio: *Derecho Constitucional Mexicano*. 12° ed. Porrúa, México, 2001, p. 320.

18 BACHOF: op. cit., pp. 50-51.

19 “Art. 144.1.- La presente Ley Fundamental deberá ser aprobada por las Asambleas representativas de dos tercios de los estados alemanes en que haya de regir por el momento”. Al respecto, el propio Bachof, como la gran mayoría de juristas

También puede carecer de legalidad una norma constitucional específica si esta cláusula no corresponde o no se ha elaborado según los requerimientos previstos por la propia Constitución. Un ejemplo sería el de la ratificación de dichas cláusulas a través de un plebiscito. Bachof consigna otros ejemplos, como la invalidez de una norma que fue aprobada por el órgano constituyente y sometida a plebiscito, pero, en el momento en que su publicó la versión oficial, dicha cláusula, en rigor, era diferente a la versión sometida a su aprobación²⁰.

b. Inconstitucionalidad de ley de elaboración de la Constitución

Aquí se trata de leyes que reforman normas constitucionales de naturaleza pétrea²¹. En efecto, hay veces que, en el testamento histórico de los autores, se imponen límites materiales expresos para los futuros reformadores del texto. En consecuencia, nos encontramos frente a cláusulas de naturaleza “pétrea” o de garantía de eternidad que limitan el poder de reforma de los congresos constituyentes. Un ejemplo clásico de los límites materiales de revisión, cuya prohibición existe en el derecho comparado, es la imposibilidad de enmienda de las cláusulas que proclaman sempiternamente la forma republicana de gobierno (Portugal, art. 290, inc. B; Francia, art. 89, último párrafo; Italia, art. 139; y Grecia, art. 110; entre otros). Resulta o puede ser comprensible que este tipo de normas pétreas –inmodificables- hayan sido previstos con buena intención del poder constituyente originario, motivado fundamentalmente por el afán de hacer perdurar la identidad de su sistema y evitar la reforma de dichos preceptos. Esta limitación, después de todo, sería comprensible, de igual modo, en el marco de un *estado normal de derecho*. Empero, no debemos olvidar –y el derecho tiene siempre un límite con la realidad- que la experiencia histórica confirma una eficacia relativa a este tipo de cláusulas (v.g., el art. 142 de la Constitución de 1933). En este sentido, si se reformara alguna norma pétrea, la enmienda que se incorpora al *totum* del texto devendría en inconstitucional. Otro caso típico, dentro de la inconstitucionalidad de normas constituciona-

germanos, ha considerado que “Esta Ley Fundamental llevada a cabo en tiempos difíciles y bajo las condiciones más contrarias, tanto interiores como exteriores, fue considerada desde un principio como provisional; en cierto modo como un refugio corporal”. *Jueces y Constitución*, p. 9.

20 BACHOF: op. cit., p. 52.

21 Al respecto puede verse el clásico libro de BRYCE, James: *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. s.e., Madrid, 1962.

les, sería el de aquel precepto de la Constitución española que permite la sucesión del trono al primogénito varón (art. 157). Esta norma, en rigor, se encuentra en franca discrepancia e incompatibilidad con el principio paritario que la misma carta española proclama, pues habría una discriminación por razón de sexo. Con todo, esta manifestación no deja de tener una singular ubicación de complejidad en el marco de las restantes manifestaciones de inconstitucionalidad.

c. Inconstitucionalidad de normas constitucionales en virtud de contradicción con normas constitucionales de grado superior

Otto Bachof plantea que una norma originalmente contenida en el documento constitucional (y emitida eficazmente desde el punto de vista formal) puede ser inconstitucional y carecer, por lo tanto, de obligatoriedad jurídica en virtud de una contradicción con un precepto de grado superior del mismo documento constitucional.

Este aspecto puede parecer, a primera vista, paradójico, pues en rigor, una norma constitucional no puede manifiestamente violarse a sí misma. Con todo, esgrime Bachof que puede ocurrir que una norma constitucional de significado “secundario” –básicamente una sola norma constitucional- se encuentre indispuesta con un precepto material fundamental de la constitución. Ante esta perspectiva, la norma constitucional de grado inferior sería inconstitucional e inválida. Según Bachof, en este extremo, el control de la jurisdicción constitucional consistiría en examinar el precepto del documento constitucional que es inconstitucional y privarlo, por tanto, de obligatoriedad jurídica en virtud de una contradicción con un precepto de grado superior del mismo documento constitucional²².

Aclárese aquí que la “norma constitucional de grado superior” a que alude Bachof está relacionada con el derecho “supralegal”, es decir con los “principios basilares de la Constitución”²³.

La tesis de esta tipología de Bachof, como se podrá apreciar, radica en que el jurista germano distingue las cláusulas de grado superior. Aún cuando esta postura es altamente polémica, la tesis que plantea Otto Bachof es que pueden haber algunas cláusulas constitu-

22 BACHOF: op. cit., p.55.

23 Ibid., p. 55.

cionales que no compatibilizan *in globo* con el resto del texto constitucional y se convierten en una mácula que altera la propia armonía y consonancia intrasistemática del texto fundamental, aun cuando para ello apele a la construcción de las llamadas cláusulas de grado superior o de grado inferior, pues, hoy por hoy, todas las normas se reputan supremas²⁴, y ninguna está en mayor o menor jerarquía entre sí.

d. Inconstitucionalidad resultante de la alteración de naturaleza de normas constitucionales. Cesación de vigencia sin disposición expresa

Este fenómeno de inconstitucionalidad, aclara Bachof, ha sido desarrollada por Krüger y surge de la “*mudanza*” o cambio de naturaleza de las cláusulas constitucionales. Sin embargo, aclara Bachof que la argumentación de Krüger, en este aspecto, no resulta ser tan clara.

Al hilo de esta *tipología*, se consignan casos como, por ejemplo, el de aquellas normas que se transforman de una norma transitoria en una norma permanente. Este tipo de norma, en el decurso de un período transitorio adecuado, se reputó constitucional, pero luego se torna en una inconstitucionalidad, precisamente porque se ha alterado la naturaleza misma de la norma, preconcebida de una forma.

Igualmente, sostiene que, si ciertos presupuestos que fueron determinantes para el legislador constituyente se tuvieron en cuenta para emitir una norma y luego no vienen a verificarse o no se dan las expectativas que manifiestamente ligan a la norma, puede dicha cláusula perder sentido. En esta hipótesis, será tarea del legislador ordinario deducir de ahí las consecuencias y modificarla.

Por otro lado, como quiera que todo orden constitucional debe cumplir un rol integrador²⁵, es lícito admitir también como posible que

24 Este hecho nos hace recordar la construcción kelseniana de la famosa “norma hipotética no positiva”, cuando se esforzaba en ser consecuente con la construcción de su estructura jerárquica del orden jurídico respecto al problema del poder constituyente. Con todo, la polémica creemos que no está cerrada: hay normas fundamentales que escapan en su positividad escrituraria y que están por encima de ella. A ellas se refiere Bachof con las normas de grado superior. Vid. KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, Traducción de R. Verengo, Porrúa, México, 2002.

25 FIX-ZAMUDIO: op. cit.

normas singulares de la Constitución se tornen absolutamente *obsoletas*, cuando las mismas cláusulas, en consecuencia con el cambio de la situación real, ya no pueden cumplir su función integradora y, por ventura, comienzan a desempeñar una función desintegradora²⁶.

No obstante que estas reflexiones dimanen de Krüger, Bachof plantea que, frente a la cuestión de admitir las cláusulas como inconstitucionales, sería más exacto hablar de normas que han cesado su vigencia. Por nuestra parte, estimamos que este fenómeno está en parte vinculado a la problemática de las *mutaciones constitucionales*²⁷.

4. Violación del derecho constitucional no escrito

En relación con este tema, Otto Bachof sostiene que una norma constitucional también puede ser inconstitucional en virtud de violación del derecho constitucional material no escrito.

En este aspecto, Bachof distingue las siguientes manifestaciones tipológicas:

a. Inconstitucionalidad por infracción de los principios constitutivos no escritos del sentido de la Constitución

Los “derechos constitucionales no escritos” pertenecen a lo que E.V. Hippel designa como “principios constitutivos menos patentes del sentido de una Constitución”, entre los que se incluyen, en un Estado federal, por ejemplo, la máxima de comportamiento no perjudicial a la federación²⁸.

Estos principios constitutivos, sin embargo, se encuentran a disposición del titular del poder constituyente²⁹. Asimismo, no pueden ser modificados a voluntad del poder constituido y siguen el camino del proceso de revisión regulado por la ley constitucional: “la facultad de revisión no puede romper el cuadro de reglamentación legal-cons-

26 BACHOF: op. cit., p. 60.

27 Ver, al respecto, a George Jellinek: *Reforma y Mutación de la Constitución*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú y Traduc. de Cristian Förster. CEC, Madrid, 1999, p. 7.

28 BACHOF: op. cit., p. 64.

29 Loc. cit., p. 65.

titucional en que se asienta³⁰. Aquí, Bachof sigue la línea expuesta por Carl Schmitt: "Una Constitución basada en el Poder Constituyente del pueblo no puede ser transformada en una Constitución de Principio monárquico en vías de una "reforma" o "revisión" de las leyes constitucionales. Eso no sería reforma de la Constitución, sino destrucción de la Constitución"³¹.

b. Inconstitucionalidad por infracción de derecho constitucional consuetudinario

El derecho constitucional no escrito pertenece, por lo general, al derecho constitucional consuetudinario; por lo que una norma jurídica también puede ser inconstitucional por infracción del derecho constitucional.

El derecho constitucional consuetudinario puede completar a la Constitución escrita. En este caso, no hay posibilidad de conflicto entre el derecho constitucional escrito y el no escrito; no obstante, el derecho consuetudinario también puede afectar al derecho constitucional escrito. Sin embargo, aclara Bachof que, en rigor, una alteración de la Constitución solo puede ser llevada a cabo a través de una ley formal que altere el texto de la Constitución; en consecuencia, se encuentra aparentemente excluida cualquier posibilidad de alterar la Constitución a través del derecho consuetudinario³².

30 Ibid.

31 SCHMITT: op. cit., p. 119. Además, el autor del decisionismo político del cual prácticamente Bachof asume estos planteamientos, anota que sí hay límites para la facultad de reformar la Constitución, fundamentalmente en los siguientes epígrafes:

Reforma Constitucional no es pues, destrucción de la Constitución.

- a. Reforma Constitucional no es supresión de la Constitución.
- b. Reforma Constitucional no es quebrantamiento de la Constitución.
- c. Reforma Constitucional no es suspensión de la Constitución.

pp. 118-126.

32 BACHOF: op. cit.

c. Inconstitucionalidad (invalidez por infracción de derecho supra-legal no positivado)

En este aspecto, el mismo Bachof expresa, de arranque, que “es susceptible de duda el saber si también puede incluirse en la Constitución (no escrita) el derecho supralegal que no fue positivado a través de su transformación en derecho constitucional escrito”³³.

En la práctica, resulta obvio que esta cuestión no tendrá gran significado para las diversas Constituciones originadas en el pensamiento continental europeo, como la alemana, en virtud de la extensa incorporación de derecho supralegal en su Ley Fundamental y que, obviamente, resulta ser simple y llanamente derecho positivo. Sin embargo, sostiene Bachof que el derecho supralegal se encuentra inmanente en todo orden jurídico que se reivindique legítimamente con este nombre y que no se podría, en puridad, saber en qué medida habría una violación del derecho supralegal transformado en derecho constitucional escrito³⁴.

II. BREVE BALANCE Y PERSPECTIVA

Como se podrá apreciar, la calificación de las normas constitucionales como inconstitucionales o inválidas en Otto Bachof es un motivo más para la polémica por lo controvertible de los aspectos que esgrime el autor. En aquel año de 1951, una posición contraria ya abierta a lo expuesto por Bachof fue la de Willabalt Apelt en un trabajo publicado en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1952, pp. 1 y ss. La réplica que hiciera Bachof se encuentra en el mismo trabajo en las pp. 242/414³⁵.

Con todo, el tema es de por sí estimulante, y lo más probable es que las normas constitucionales inconstitucionales provenientes de la Constitución escrita sigan, en parte, teniendo validez; mas las otras hipótesis de las diversas inconstitucionalidades de la violación del derecho constitucional no escrito, llevan a una apasionante discusión, pero sin mayores definiciones; pues hoy, la problemática de la *validez del derecho*, tema central en el que Bachof defiende su tipología, se desarrolla

33 Ibid.

34 Ibid.

35 BACHOF: *Jueces y Constitución*, p. 59.

y se desborda no solo por las vertientes exclusivamente jurídicas sino, como indica Robert Alexy, por las vertientes sociológicas y éticas³⁶.

36 Nota del 2012: El presente ensayo fue publicado en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Año 9, N.º 9, 2003. Posteriormente, Palestra Editores ha publicado el opúsculo de Bachof bajo el título *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra, Lima, 2010. Precede una presentación hecha al alimón por Domingo García Belaunde y Francisco Javier Díaz Revorio. Allí, expresaron los citados académicos, entre otras cosas, lo siguiente: "(...) este trabajo posee también una dimensión intemporal que hace que su discusión pueda tener interés en cualquier sistema constituciona. Y de hecho, tarde o temprano en casi todos los sistemas hay que plantearse si ciertos valores o principios pueden tener un carácter preferente y cuál es su posición con el resto del ordenamiento. El interés permanente de este trabajo, radica precisamente en que cualquier solución a la cuestión que plantea requiere acudir a la misma esencial del Derecho Constitucional y del propio concepto de Constitución.

En efecto, defender la posibilidad de que ciertos preceptos del texto constitucional sean inconstitucionales, implica entender el concepto de Constitución como algo diferente, al menos en parte, del simple conjunto de preceptos jurídicos escritos en dicho texto. Bachof parte de la distinción, habitual en muchos autores aunque no siempre con idéntico sentido, entre Constitución en sentido formal y Constitución en sentido material, para defender la existencia de un 'Derecho suprapositivo' que ha de ser respetado por el propio Poder constituyente como condición para la validez de la propia Constitución. Para nuestro autor, el 'Derecho supralegal' puede o no estar incorporado al texto constitucional, pero en cualquier caso la incorporación del mismo a la Constitución formal tiene carácter meramente declarativo y no constitutivo. Por ello, la vulneración de este 'Derecho supralegal' es una infracción de la Constitución, que convierte en inconstitucional a la disposición infractora.

Desde este especial punto de vista, la defensa de las normas constitucionales inconstitucionales supone el abandono de las tesis más estrictamente positivistas o, si se quiere, del concepto de Constitución en sentido puramente formal. Sin embargo, ello no supone necesariamente suscribir tesis iusnaturalistas, sino solamente encontrar un fundamento a esa superioridad de ciertos valores fundamentales (estén o no en la Constitución formal) sobre los preceptos constitucionales escritos. Desde luego, este fundamento podría encontrarse en las teorías iusnaturalistas. Pero también en el decisionismo schmittiano, pues la distinción entre 'Constitución' y 'ley constitucional', según la cual aquélla es la decisión política fundamental del titular del Poder constituyente, justifica igualmente la posible existencia de disposiciones inconstitucionales en la misma 'ley constitucional' [Véase SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, versión castellana de F. Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 1982]". E igualmente pueden apuntarse otros posibles fundamentos para que ciertos preceptos de una norma suprema puedan ser considerados 'inconstitucionales', es decir, para sostener que el poder constituyente encuentra límites suprapositivos cuyo respeto es condición de validez de los mismos preceptos de la Cons-

titución escrita, y en esta línea se ha hablado de la vinculación a 'principios supremos, generalmente reconocidos, a las normas jurídicas fundamentales más importantes de nuestra cultura jurídica común' [STERN, K. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, traducción de Pedro Cruz Villalón y Javier Pérez Royo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 265 y 320-321]" (pp. 15 al 17).

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ*

Sumario: I. Introducción. 1. Antecedentes legislativos. 2. El Fuero Militar: Nociones preliminares. II. La ampliación de competencia de los fueros militares: de la constitución de 1979 a la de 1993. 1. Nota preliminar. 2. El tono significativo de las declaraciones. 3. La propuesta de Alan García: «Interpretar la Constitución». 4. Los proyectos de reforma en el Congreso. 5. Las Reformas del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. 5.1. La legislación antisubversiva. 6. Los perfiles de la Justicia Militar en la Constitución de 1993

I. INTRODUCCIÓN

1. Antecedentes legislativos

Una ojeada retrospectiva en tomo a la justicia militar en el Perú obliga a afirmar que ella ha existido desde antes de su etapa republicana y, como tal, ha venido evolucionando hasta adquirir los perfiles actuales.

* El presente ensayo se desarrolló originalmente en Santiago de Compostela en 1997, bajo el marco del Diplomado en Defensa Nacional y se publicó luego en la Revista *DEREITO*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, España, 1996. Luego se integró en nuestro libro *La Justicia Militar en el Perú*. Edit. Nuevo Norte, Trujillo, 2000.

Durante la colonia, y dentro del sistema impuesto por la corona española, rigieron las famosas Ordenanzas Militares Españolas, como la de 1728; las Ordenanzas del 10 de enero y 7 de abril de 1745 que regularon las atribuciones del Auditor de Guerra, las Ordenanzas de Su Majestad para el Gobierno, Disciplina y Subordinación del Ejército, por Fernando VI, del 22 de octubre de 1768¹; la Real Cédula de Carlos III, del 4 de noviembre de 1773, creando en España el Consejo Supremo de Guerra, y la Ordenanza Naval de 1802. En realidad, todas éstas fueron las más representativas contenidas en el “Prontuario de Espinoza” y “Las Leyes de Colón”².

En nuestra prehistoria constitucional se registra la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el Rey Fernando VII, en marzo de 1812, que tuvo vigencia tanto para España como para sus dominios de Ultramar. En dicho texto gaditano se normó que: “Los militares gozarán también del fuero particular, en los términos que previene la ordenanza o en adelante previniere)” (art. 250). Igualmente se estableció el principio de que las Cortes “... establecerán, por medio de las respectivas ordenanzas, todo lo relativo a la disciplina” (art. 359). En rigor, la Constitución de Cádiz, de una u otra manera, tuvo influencia en el Perú. Iniciado el despertar republicano, el Perú no pudo aún sacudirse ni vadear una serie de leyes propias de la Colonia.

En efecto, como lo destaca José Hurtado Pozo³: “El vacío legislativo originado por la no dación de leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del derecho romano y hasta 1862 imperaron exclusivamente las disposiciones penales de la colonia”⁴.

1 MONTANO FERRIN, Enma y SÁNCHEZ-ARCILLA, José: *Historia del Derecho y de las instituciones*. Vol. II, Dykinson, Madrid, 1991, pp. 464 y ss., específicamente p. 463.

2 Una aproximación más orgánica puede verse en el trabajo de Lyle N. Mc. Alister: “El Fuero Militar en la Nueva España (1764-1800)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*; Año XV; N° 43; Enero-Abril, 1982, UNAM, pp. 17-118, específicamente p. 24.

3 HURTADO POZO, José: *La Ley Importada. Recepción del Derecho Penal Peruano*. CEDYS, Lima, 1979, pp. 37-38.

4 En este sentido, es muy elocuente el numeral 18° del Reglamento Provisional de 1821 que estableció el General San Martín: Todas las leyes,

En los meses previos al período inicial de la República, el Reglamento Provisional de 1821 que dictara el General José de San Martín, estableció en el art. 15º que: “Por regla general se establece que mientras duren las actuales circunstancias, todas las causas de infidencia, traición, espionaje, o atentado contra el orden y autoridades constituidas, será privativamente del conocimiento de la Capitanía General, a cuya disposición deberán remitirse los reos, con las correspondientes sumarias formadas por el juez del distrito para su decisión, conforme a las leyes”⁵. Se podrá con dicha norma constatar que, dado el estado general de insurrección que existía en los albores de la gesta emancipadora, la norma afirmaba todo un régimen de excepción y cuya competencia por determinados delitos, se ventilaban en un fuero especial o castrense. Iniciada la República, se registró en el art. 121 de la primera Constitución peruana (1823) que se mantenía en vigencia: “Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los Códigos Civil, Criminal y de Comercio”⁶.

Aunque en la práctica la primera Constitución no tuvo vigor, pues en los hechos se “tuvo que suspender su vigencia cuando fueron entregados poderes omnímodos al Libertador Bolívar”⁷, lo importante es que ese mismo año de 1823 se dictó una ley especial que creaba el “Consejo Militar Permanente”.

ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados con los decretos expedidos desde el 8 de setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente. Lo propio, el art. 1º de la Sección Ultima del Estatuto Provisional de 1821, sancionó: “Queda en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no esté en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto, y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual gobierno”. (Cf. GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú*. WG Edit., Lima, 1993, pp. 73 y 80).

5 GARCIA BELAUNDE, Domingo: op. cit., p. 63.

6 UGARTE DEL PINO, Vicente: *Historia de las Constituciones del Perú*, Edit. Andina S.A., Lima, 1979.

7 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “El Constitucionalismo Peruano en la Presente Centuria”, en *Temas de Derecho Público*, N° 19, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1990, p. 10.

La Constitución de 1826, como la siguiente, de 1828, no prescribieron en sus textos ningún tipo de tratamiento. No obstante, vía legislación ordinaria, se dictó el 17 de diciembre de 1832 la “Ley para normar la competencia entre los Juzgados del Fuero Militar y los Juzgados Ordinarios de Primera Instancia que se dirimirán por las respectivas Cortes Superiores”.

La Constitución de 1834 (art. 110) estableció la existencia de un denominado “Consejo Supremo de Guerra”, compuesto de Vocales y un Fiscal nombrado por el Congreso. En el mismo texto se normó la existencia de “Tribunales Especiales”. A pocos meses se dictó la Ley de 1º de Agosto, estableciendo la competencia del Tribunal de los Siete Jueces de conocer la responsabilidad y recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias del Consejo Supremo de Guerra. Por otro lado, y en el mismo texto fundamental de 1834, se prescribía que: “El Congreso dará las ordenanzas del Ejército, Guardia Nacional y Armada, rigiendo entre tanto las que estén vigentes, en todo lo que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes”⁸.

A ocho días antes de que se sancionara en Huancayo la Constitución de 1839, se dictó la Ley del 2 de noviembre, en la que establecía que la Suprema Corte entenderá de los recursos de nulidad que se interpongan en las causas del fuero militar, asociándose a ella los militares de la clase de General.

Como quiera que aún se mantenía el grueso de la legislación de la colonia y no se regulaba un tratamiento orgánico, la Constitución de 1856 estableció en el art. 139 que: “Los juzgados y tribunales privativos e igualmente sus códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes”. Esta fórmula normativa se repetiría más tarde en la vigésima primera disposición transitoria de la Constitución de 1867 que, en la práctica, apenas si tuvo un brevísimo interregno de vigencia.

La Constitución de 1860 (art. 119) igualmente prescribió en parte que: “La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares”. Hasta 1862 no se había producido una codificación republicana. Fue así como en 1863, y bajo el imperio de la Constitución de 1860, se

8 PAREJA PAZ-SOLDAN, José: *Las Constituciones del Perú*; (Prólogo de Manuel Fraga), Edit. Cultura Hispánica, Madrid, 1959.

dicta el primer Código de Justicia Militar del Perú, bajo el gobierno del General Juan Antonio Pezet. En rigor, este Código tuvo una vida efímera (3 años), pues, tras su derrocamiento por el Coronel Prado, quien resultó triunfante con la revolución llamada «La Restauración», se restablecieron las ordenanzas españolas.

En la evolución legislativa de la justicia militar merece destacar el interesante proyecto de Código de Justicia Militar, presidido por el General Manuel de Mendiburo. Esta Comisión fue nombrada en 1878 y entregó al Gobierno el proyecto que, lamentablemente, se frustró con el advenimiento de la guerra con Chile⁹.

Tras la triunfante revolución de Piérola (1895), éste designó una Comisión para formular un proyecto de Código de Justicia Militar. Fue promulgado el 20 de diciembre de 1898¹⁰. En rigor, a partir de este instrumento se desarrolla en forma sistemática y sin intermitencias la aplicación de disposiciones penales militares que se han sucedido hasta la actualidad. El Código de 1898 tuvo 40 años de vigencia y fue sucedido por el Código de 1939, dictado en el gobierno del General Benavides. Es de destacar, la Constitución de 1920 (art. 156) sentó -y fue la primera en haberla dispuesto constitucionalmente así- que: “La justicia militar no podrá, por ningún motivo, extender su jurisdicción sobre personas que no estén en servicio en el Ejército, a no ser en caso de Guerra Nacional”¹¹.

El Código de 1939 estuvo en vigor hasta 1950, en que se dicta el nuevo código, promulgado bajo el gobierno del General Manuel Odría, el 29 de mayo de 1950. Este Código se dictó bajo Decreto Ley 11380 y fue ratificado por el Congreso mediante Ley 11490, de 1^o de

9 Para una visión socio-jurídica del siglo XIX véase el trabajo de DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: *La idea del Derecho en el Perú Republicano del Siglo XIX*, Fondo Edit. de la Pontificia Univ. Católica, Lima, 1980.

10 Existe una edición oficial rotulada: *Código de Justicia Militar del Perú*, Edición Oficial, Oficina tipográfica de El Tiempo, por L.H. Jiménez, calle de lea. antes Concha N2 96-A, Lima, 1898, 225 pp.

11 Esta norma fue modificada por Ley N^o 5862, de 22 de septiembre de 1827, bajo la siguiente fórmula: «Artículo único.- La justicia militar no podrá por ningún motivo extender su jurisdicción sobre personas que no estén en el servicio del Ejército o Fuerzas de Policía, a no ser en caso de guerra nacional». (Vid. GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú*, op. cit., p. 369).

setiembre de 1950¹². Con el primer golpe institucional de la FF.AA. (1962-63), y con fecha 25 de julio de 1963, bajo el régimen de Nicolás Lindley López, se dicta el D.L. 14162 que norma por vez primera la “Ley Orgánica de Justicia Militar”. Resulta importante destacar que este cuerpo normativo constituye el primero en su naturaleza, pues tradicionalmente había estado subsumido en los Códigos de Justicia Militar desde 1898. Esta situación es explicada, en la propia parte considerativa del texto, cuando se establece:

Que es necesario separar del Código de Justicia Militar las normas sobre organización y atribuciones de la Justicia Militar que contiene el Libro Primero del Código Vigente -se refiere al Código de 1950- formando con ellos una ley independiente con el nombre de Ley Orgánica de Justicia Militar.

El Código de 1963 rigió hasta los tramos finales del gobierno de Morales Bermúdez (1980); esto es, estuvo en vigor 17 años. El 19 de julio de 1980, y a pocos días antes de que se transfiera el gobierno a la civilidad, el gobierno militar decide dictar el D.L. 23201, que es la Ley Orgánica de Justicia Militar, y el 24 del mismo mes y año se publica el DL. 23214 denominado, Código de Justicia Militar. Estos instrumentos son los que a la fecha mantienen vigencia. De todo esto se puede concluir que el Perú Republicano ha contado en su historia con seis Códigos de Justicia Militar: el de 1863, con vigencia de 3 años; el de 1898, con vigor de 40 años; el de 1939, con 11 años; el de 1950, con 13 años; el de 1963, con 17 años de duración, y el actual, de 1980, que en los últimos años ha tenido una relativa legislación de una u otra manera complementaria, especialmente la orientada a la ampliación de la competencia del fuero militar a civiles alzados en armas, así como las penas y los problemas de los conflictos de competencias, todo esto desarrollado dentro del contexto de la lucha antisubversiva emprendida por el régimen de Alberto Fujimori¹³.

12 Véase la edición de los profesores Herbert Villavicencio y Ricardo Nugent L. Ch.: *Código de Justicia Militar. Anotado y Sumillado*, Lima, 1952.

13 Nota de 2012: Actualmente se encuentra en vigencia el Código Penal Militar Policial, Decreto Legislativo N° 1094, publicado el 01 de septiembre de 2010.

2. EL FUERO MILITAR: NOCIONES PRELIMINARES

Como lo ha destacado el profesor argentino Rafael Bielsa¹⁴, subrayando la razón de ser de estas jurisdicciones: “El Estado militar impone especiales deberes y obligaciones (a la vez que crea prerrogativas y derechos), de carácter esencialmente militar, por lo que afecta directamente a la institución y a la disciplina; de ahí que la facultad de juzgar y reprimir la transgresión de esos deberes y obligaciones debe ser, como lo es, atribución exclusiva del mismo ejército y es precisamente esto lo que constituye y justifica la jurisdicción militar. Aunque en todo ordenamiento jurídico no se deja de verificar la existencia de tribunales o fueros militares “como algo absolutamente normal”¹⁵, son pocos los países que escapan a esta regla.

El distinguido jurista Guillermo Cabanellas de Torres en su monumental *Diccionario Militar* ha señalado que el fuero militar es el derecho de todo militar de ser juzgado por la jurisdicción castrense en las infracciones características de su estado y el deber de la justicia militar de someter a su juicio a cuantos militares y civiles incurran en delitos o faltas típicamente militares. Expresa igualmente que, aún cuando existan algunos aspectos no penales, resulta indudable que el carácter del fuero militar es predominantemente criminal, sin excluir algunas intervenciones de otra especie¹⁶.

Otros autores le asignan al fuero militar el sinónimo de fuero de guerra o castrense y constituye el conjunto de inmunidades y ventajas concedidas y de obligaciones impuestas a la clase de militar por razón de las funciones que ejerce, misión que desempeña y jerarquía social que ocupa. El profesor arequipeño Magdiel Gonzales expresa que los tribunales militares constituyen la jurisdicción militar cuya función está encaminada a juzgar a determinadas personas, en razón de la persona comprendida en el proceso por infracciones a las leyes y reglamentos que rigen a las FF.AA. La función la realizan teniendo en cuenta las for-

14 BIELSA, Rafael: *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª Edic., Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 618.

15 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Justicia Militar en el Derecho Comparado*; Separata de la Revista General de Derecho, Valencia, enero-febrero de 1992.

16 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Militar*, Tomo II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.

mas prescritas por la ley, a través de órganos castrenses especializados y previstos para tales fines¹⁷.

El fuero militar constituye, pues, en nuestro sistema jurídico, un alto organismo de las Instituciones Armadas encargado de procesar y juzgar los delitos y faltas sometidos a su jurisdicción privativa y comprende, en su conjunto, a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

3. BASES HISTÓRICAS Y FUNDAMENTOS

En principio, y antes de aludir comprensiblemente al fuero militar, la expresión “fuero” deriva de la voz latina *fórum*, equivalente a foro o tribunal. Desde el punto de vista jurídico-militar, la acepción más general del término fuero es la que alude a la compilación o campo de leyes medievales, así como las que existieron en su momento como el *fuero juzgo* y el *fuero real*. La expresión es de vieja raigambre histórica y se le asigna un origen nobilísimo, pues conserva implícita la idea de preeminencia y privilegio, de franquicia o exención. En este contexto, y romanceado el término, fue anexado o vinculado a lo militar, surgiendo así acuñado el término “fuero militar”. En la actualidad se ha superado la noción que implicaba la idea de exención o privilegio. Como anota Cabanellas de Torres en su diccionario, “el fuero es hoy el radio en que ejerce su acción la denominada justicia militar”¹⁸.

Existe una razón de *orden histórico* y otra por *razones de necesidad* que abonan la existencia y la especialidad del fuero o tribunal militar.

El fuero militar, si bien se remonta en la antigüedad con los primeros pueblos cuyos jefes imponían sanciones, se institucionaliza recién en la Edad Media, aún cuando no en sentido estricto. En efecto, ni en la Edad Antigua ni en la Edad Media se estructuró un órgano jurisdiccional castrense tal y como se concibe hoy, pues “los atropellos que en las batallas se cometían se penaban en el acto por

17 GONZALES OJEDA, Magdiel: *La excepcionalidad en la Constitución*, L.F. Lann Edit.; Lima, 1991, p. 55.

18 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Militar*. Vol. II, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 769.

los jefes o se olvidaban por el comportamiento heroico en la lucha; y disuelta la hueste, toda la estructura militar desaparecía”¹⁹.

Una primera manifestación de justicia militar aparece en el siglo XVI, con las agrupaciones de las compañías en tercios y regimientos, que por sus efectivos y permanencia llevó a crear funciones de justicia en el ejército, pero sin la especialidad requerible, pues se le atribuyó la potestad jurisdiccional a los maestros de campo y a los coroneles de dichas unidades que poco a poco fueron conformándose con auditores, prebostes, capitanes de campaña, barracheles, alguaciles y verdugos con cargos de policía represivos o ejecutivos en lo jurídico o judicial, No existían por entonces sino algunas ordenanzas para determinados ejércitos de operaciones y los bandos militares que ciertos jefes daban²⁰.

Las primeras expresiones normativas de la justicia militar se consolida en las ordenanzas del 13 de mayo de 1587, creadas en Bruselas por el Duque de Parma, Gobernador y Capitán General de Flandes “sobre el ejército y administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército”. Esta ordenanza fue complementada nueve días después por el Edicto, ordenanza e instrucción sobre el oficio de preboste general y los demás capitanes de compañía y barracheles del ejército. Según el tratadista Guillermo Cabanellas, estas ordenanzas de Alejandro Farnesio parecen haber regido durante todo el siglo XVII.

Toda esta legislación medieval culmina con una mayor consolidación en el reinado de Felipe V (1701)²¹. En dicha época se afirmó una serie de privilegios, exenciones y prerrogativas al ejército y se establece el Fuero a través de los Consejos de Guerra en el que el militar en campaña y en paz, se rige por leyes distintas del elemento civil. Se afirma que en este siglo se exagera el Fuero Militar, pues se crearon para distintas compañías militares. Así, hubo uno para la tropa de la realeza; otro para la artillería y los ingenieros; la marina pretendió, igualmente, un tribunal militar para si. Los capellanes de los regimientos reclamaban también su fuero; y los funcionarios de la hacienda militar y los

19 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *Diccionario Militar*, Vol III, Bibliográfica Omeba; Buenos Aires, p. 280.

20 Loc. cit.

21 Vid. RAMOS ALONSO, José: *Historia Política del Ejército Español*, Edit. Nacional San Agustín, Madrid, 1974: p. 25. MC ALISTER, Lyle: *El Fuero Militar en la Nueva España (1764-1800)*, op. cit.

jurídico-militares, lo propio. En virtud a todas estas situaciones y para solucionar todos los problemas de cada comando, se dicta la Ordenanza de 1701, como ya se tiene dicho, en la que se crea el Consejo de Guerra o Tribunal de Capitanes, con la presidencia del Rey y de 15 ministros como vocales con jurisdicción para dirimir y juzgar todo lo concerniente a la justicia militar.

En 1717 se redujo su conformación a miembros jurídicos; pero los generales volvieron en 1724 a ocupar los cargos del Consejo de Guerra. Las Ordenanzas de Carlos III impuso nuevas reformas y reorganización en 1768, para culminar con la creación de las Cortes de Cádiz, del Consejo Supremo de Guerra, viejos antecedentes de lo que son las actuales estructuras de la justicia castrense y que fuera recepcionada en el Perú, por el innegable influjo del régimen español²².

Pero al margen de esta breve evolución histórica, la presencia de los Tribunales Militares obedece también a una *razón de necesidad*. Así, es un hecho evidente que los miembros de las Fuerzas Armadas descansan, igual que la policía, en una disciplina funcional y jerarquizada de todos sus miembros. En este sentido, el personal policial y castrense que, en gradación de infra jerarquía se encuentra frente al superior, son dóciles y deben obediencia al jefe que los manda²³ y si éste es un juez que puede castigarlos, no hay intervalo alguno entre la falta y la sanción imposible de eludir. Unido a esta situación se argumenta, por razón de necesidad misma, que para juzgar es necesario conocer los delitos de naturaleza castrense y, en consecuencia, hay que ser perito en la profesión y únicamente los militares se encuentran en condiciones de emitir un juicio expedito y fundado en lo que atañe a la disciplina, sobre todo lo acontecido en una función de guerra²⁴.

22 Idem. *ibid.*, p. 280.

23 Todo mandato, provenga de un superior, por principio, si es una orden racional, sensata, legal, debe ser ejecutado por el subordinado. Sin embargo, el tema de la *obediencia debida* impone ciertos límites, pues alegar una obediencia que significa una impunidad de una falta o delito es de por sí reprochable. Por consiguiente, no puede ejecutarse una orden cuyo cumplimiento signifique simplemente la comisión de un delito. Vid. ROJAS CARO, José: "Las órdenes que pueden ser desobedecidas", en: *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 361-370.

24 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: *op. cit.*, p. 281.

Al parecer todos estos elementos históricos han venido primando y hoy, por lo menos en lo que ocurre en los sistemas continentales de Europa (y en el mundo anglosajón), los cargos de la judicatura militar son ocupadas por militares *stricto sensu* y los profesionales en derechos son normalmente abogados que ocupan los cargos de auditores y cumplen labor de asesoramiento sobre todos los asuntos jurídicos para la aplicación del derecho militar penal. Con todo, la tendencia actual es que la judicatura militar debe ser un cuerpo técnico, altamente profesionalizado, para que la impartición de justicia cuente con todas las garantías del debido proceso.

II. LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIA DE LOS FUEROS MILITARES: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA DE 1993

1. Nota preliminar

Es bastante claro que cuando se elaboró la Constitución de 1979, la mayoría de constituyentes aceptaron que el Fuero Militar sólo debía ser competente para juzgar a militares y policías y que sólo se procesaría a civiles cuando existía acusación de traición a la patria en guerra exterior y cuando se infringía la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio (art. 282 de la Constitución de 1979).

El peso de esta norma, que así quedó redactada fue objeto de consenso en los constituyentes del 78-79²⁵. En efecto, la experiencia del doceno militar había tenido un saldo negativo: cientos de civiles habían sido juzgados por fueros privativos militares con gruesas violaciones al debido proceso y con evidentes arbitrariedades²⁶, todos por delitos

25 Consúltese a BERNALES, Enrique y RUBIO CORREA Marcial: *Constitución, Fuentes e Interpretación*, p. 79 y ss. De los mismo autores: *Perú: Constitución y Sociedad Política*; DESCO, Lima 1981, p. 430. RUBIO CORREA, Marcial: "Fuerzas Armadas y Constitución en el Perú 1979-1988", en: *La Constitución diez años después*, Edic. Constitución y Sociedad, 1989, p. 250 y ss. PAREJA PAZ-SOLDAN, José: *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, 3ra. edición; Justo Valenzuela Edit. CHIRINOS SOTO, Enrique: *La Constitución al alcance de todos*; Lima, 1979. RUIZ ELDREGDE, Alberto: *La Constitución Comentada de 1979*, Lima, 1979.

26 Un registro impresionante de las personas que fueron objeto de diversos procesos por los fueros privativos militares, se encuentra en DESCO, a través de sus CRONOLOGIAS POLITICAS, vid.: Vol. I. (1968-1973): p. 54, 179, 231, 280; Vol. III (1968-1973): pp. 981; Vol. IV (1975): p. 1166, 1223, 1235,

vinculados a la seguridad del Estado y a diversas modalidades que la política criminal del régimen castrense imponía²⁷.

Cuando se inaugura el Gobierno de Fernando Belaúnde en 1980 y entra también en vigor la Constitución de 1979, es probable que el gobierno militar dejó desactivado toda la información existente en el Servicio de Inteligencia, institución adscrita al Comando Conjunto de las FF.AA. Los nuevos funcionarios, civiles y militares debían empezar a reconstruir todo de nuevo, por lo menos en materia de Seguridad del Estado. En ese contexto y con una inédita manifestación de violencia política que haya tenido el Perú, sin parangón en el mundo²⁸, habría de surgir el terrorismo como instrumento metodológico en los grupos armados de Sendero Luminoso y el MRTA. El accionar de estos grupos prácticamente encontró desactivado el aparato de inteligencia estatal. A ello debe sumarse una judicatura sin experiencia en afrontar su responsabilidad institucional. Es en ese contexto que el Poder Judicial empezó intermitentemente a ser calificado por diversos sectores como un organismo lento, inseguro e incompetente para procesar y sancionar a los subversivos. Muchos años después, el régimen del 5 de abril de 1992, en la persona de Alberto Fujimori, habría de justificar el autogolpe, entre otras cosas, por la conducta de la magistratura que resultaba incapaz de sancionar con el rigor legal a los cientos de subversivos.

2. El tono significativo de las declaraciones

Resulta providencial auscultar el tono de las declaraciones políticas que diversos sectores enjuiciaban al fenómeno de la violencia terrorista y en la que clamaban por ampliar las competencias de los fueros castrenses. Una de las primeras opiniones registradas fue la del Ministro del Interior, Teniente General FAP (r) José Gagliardi, quien criticó la morosidad del Poder Judicial en los juicios instaurados a los terroristas.

1250, 1296, 1423, 1459, 1489, 1579; Vol. V (1976): p. 1886, 1887, 1931, 1952, 1953, 2178, 2206, 2274, 2329; Vol. VI (1977): p. 2454, 2550, 2575, 2576, 2591, 2701, 2755, 2756, 2820, 2835, 2848; Vol. VII (1978): p. 2941, 3028, 3129, 3185, 3266, 3374; Vol. VIII (1979): p. 3520, 3526, 3570, 3602, 3628.

27 PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Derecho y Política Criminal. Política de la dic-tadura y democracia en el Perú*, EDDILL, Lima, 1990.

28 STRONG, Simón: *Sendero Luminoso. El movimiento subversivo más letal del mundo*, Lima, 1992.

Sostuvo: Hasta el momento, ningún terrorista sometido a la justicia ha sido sentenciado. Y también que «existen, en término globales, unos 250 terroristas capturados: de ellos los jueces han dado libertad al 50%, es decir un número que fluctúan entre 120-130 individuos. (Diario *El Observador*, Lima edición del 14.12.81). Prácticamente a un año del “Inicio de la Lucha Armada” según el argot de SL²⁹ el tema ya estaba planteado. Un pequeño muestreo que ya revelaban el tono significativo de las declaraciones en torno a la ampliación de competencias, se verifica en los primeros años del régimen de Belaúnde y se proyectaría con mayor énfasis al final del gobierno de Alan García en 1989-90. Veamos un brevísimo muestreo:

- Entrevistado a fines de diciembre de 1983 el General Luis Cisneros Vizquerra, sostenía que si los jueces tienen miedo, los terroristas deben ser juzgados por *tribunales militares*; que se apruebe la pena de muerte y que debe expulsarse del magisterio y de la administración pública a todos aquellos que sean propagandistas de Sendero. (Revista Oiga, Lima, N° 147, edición del 31.10.83).

- Tres años después, el propio General Cisneros Vizquerra reafirmaba:

Mientras gran parte de la ciudadanía pide y exige la pena de muerte y el *fuero* privativo para los terroristas, la representación parlamentaria se dedica a interpretar artículos de la Constitución del Estado, para llevar al fuero común a los militares y el Poder Judicial sigue liberando a terroristas (Diario *Expreso*, Lima. Edición del 21.10.86).

- La revista Oiga opinaba en Julio de 1983 lo siguiente:

Los analistas piensan que medidas tales como el Estado de Emergencia, si bien pueden contribuir a lograr avances en la lucha antisubversiva, tienen que ser complementadas con otras, tales como el traslado de los juicios de senderistas al fuero militar. Esto, debido a que el Poder Judicial, intimidado y carente de medios, se ha mostrado hasta la fecha inoperante, como lo prueba el hecho de que aún no ha sido juzgado ni uno sólo de los más

29 Vid. el trabajo de GRADOS, Manuel Jesús: *El PCP Sendero Luminoso: Aproximaciones a una ideología: en Juicio a Abimael*, Agenda 2000 Edit., 35-148 pp. Igualmente OVIEDO V., Carlos: *Prensa y Subversión*; Mass Comunicación Edit., Lima, 1989.

de dos mil terroristas encarcelados (Revista Oiga N^o 128, edición del 27.08.94).

- Nuevamente la revista Oiga, en un editorial expresaba:
Frente a una rebelión como la de Sendero, al margen del contenido social o histórico que ésta pueda tener, el gobierno está en la obligación de aplastarla (...) Y para aplastar una rebelión, que es una guerra, se requiere emplear armas y poner en funcionamiento a los tribunales *militares*, para que se ocupen de castigar sumariamente a confidentes, informantes, tráfugas y otras variantes del quintacolumnismo (Revista Oiga, N^o 190, edición del 27.08.94).

- El diario *El Comercio*, en editorial, sostenía:
Reiteramos que es necesario revisar y ampliar la ley antiterrorista, para tipificar a los senderistas como traidores a la patria en el estado técnico actual de guerra interna, y para conferir atribuciones especiales en este campo a los tribunales *militares* (Diario *El Comercio*, Lima 10.07.84)

En el periodo gubernamental del APRA (1985-1990), las opiniones mantenían similar criterio. Así, por ejemplo, Manuel D'Ornellas, con cierta prudencia, sostenía en el diario *Expreso*:

Valdría la pena examinar, con cuidado, los pro y los contra de pasar a los inculcados por estos delitos a la justicia militar (diario Expreso del 26.02.86).

Luego, cuatro meses después, opinaría el mismo analista:

De lo que se trata no es de reimplantar la pena capital, sino de adoptar medidas inmediatas y eficaces para contener el avance de la violencia subversiva. Consiste en lo siguiente: 1) Sacar el estado mayor terrorista de (el penal de) El Frontón. 2) Someter a los sospechosos de terrorismo al fuero militar. 3) Aumentar la penalidad a sus acreedores. (Diario *Expreso*: 05.06.86)

Como se podrá apreciar, el tema ha estado intermitentemente en la discusión nacional; empero, la Constitución de 1979 definitivamente cerraba el paso a cualquier posibilidad de abrir la jurisdicción militar para sancionar a los civiles subversivos.

3. LA PROPUESTA DE ALAN GARCÍA: “INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN”

Una de las propuestas que tuvo mucha discusión se produjo a fines del gobierno de Alan García. El 28 de julio de 1989, en el Mensaje a la Nación, había propuesto ampliar las atribuciones de los fueros militares para juzgar a los civiles alzados en armas. Al ver que su planteamiento tuvo una inmediata acogida por diversos sectores, el mandatario relanzó su tesis a las dos semanas siguientes. Así, el 15 de agosto, informaba:

Después de mi mensaje del 28 de julio he comprobado que la inmensa mayoría ciudadana apoya la sanción drástica, apoya el planteamiento de *tribunales militares*, pero también he escuchado algunas objeciones de tipo jurídico, algunos argumentos teóricos.

En dicha conferencia, lo que planteaba era *interpretar* la Constitución, vía legislación ordinaria. Los fundamentos esgrimidos por el presidente eran los siguientes:

Muchos peruanos creen equivocadamente que el Servicio Militar Obligatorio (SMO) es sólo el servicio en el activo que es el que cumplen los peruanos que son seleccionados y prestan servicios acuartelados durante un año a dos años. Pero esa es sólo una de las formas en que se cumple el Servicio Militar Obligatorio.

Esto quiere decir que todos, todos los peruanos, entre 18 a 50 años estamos en edad militar y estamos obligados a seguir cumpliendo con el Servicio Militar Obligatorio en la reserva, porque el SMO puede cumplirse en el activo cuando uno es seleccionado... pero además de eso se sigue cumpliendo en la reserva hasta alcanzar los 50 años de edad.

Si esto dice la ley, me pregunto y pregunto a todos los peruanos, ¿acaso no infringe el SMO quien pretende por la violencia destruir el sistema constitucional del que forman parte las fuerzas armadas?

Se trata de definir en una ley, en un sólo artículo, que el delito de terrorismo y subversión infringen el servicio militar y de esa manera en adelante los terroristas serán rápidamente, drásticamen-

te sancionados, se necesita, pues, de una reforma constitucional, se necesita interpretar debidamente la Constitución³⁰.

4. LOS PROYECTOS DE REFORMA EN EL CONGRESO

A raíz de la propuesta formulada por Alan García, en el Congreso se presentaron dos proyectos de ley, a fin de hacer efectivos los planteamientos del mandatario. Uno fue el presentado por el Senador Quintana Gurt, quien sugería reformar el art. 321 del Código de Justicia Militar³¹, agregándole un inciso que incluyera dentro de sus alcances a «los ciudadanos que encontrándose en edad militar y formando parte de la reserva, sin prestar servicios, atenten contra la vida o la salud del personal militar y de la Policía Nacional en actividad o contra los bienes que éstos custodian».

El otro le correspondió al Dr. Enrique Chirinos Soto, quien planteó reformar el art. 282 de la Constitución, en su parte final, en lo siguiente: “Quienes infringen el servicio militar están sometidos al fuero castrense y al Código de Justicia Militar. También lo están quienes atacan a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional”³².

A raíz de estas propuestas, la opinión pública virtualmente se dividió. En líneas generales, las opiniones se ubicaron en tres aspectos:

30 Instituto de Defensa Legal: *PERÚ 1989 en la espiral de violencia*, IDL, Lima, 1990, pp. 138-139.

31 Art. 321.- Son militares para los efectos de este Código:

- 1.- Los que, de acuerdo con las leyes orgánicas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales que rigen al personal de las distintas armas y servicios, tienen el grado militar o presten servicio militar;
- 1.- Los que, de acuerdo con las mismas leyes, forman parte de la Reserva del Ejército Territorial, mientras se hallen prestando servicio:
- 2.- Los asimilados militarmente; y
- 3.- Los prisioneros de guerra.

32 Instituto de Defensa Legal: Op. cit., p 139. Al respecto, el texto constitucional en su numeral 282 establecía: Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el art. 235. Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están sometidos al Código de Justicia Militar.

- a. Los que manifestaban el apoyo a la iniciativa presidencial;
- b. Los que apoyaban la iniciativa, pero acompañadas de una reforma constitucional;
- c. Los que cuestionaban abiertamente, aun con reformas,

Indudablemente los partidos políticos desarrollaron un papel importante en la discusión, a través de sus principales líderes, expresándose a favor o en contra. En el APRA, como en el FREDEMO, hubo posiciones contradictorias en su interior. Acción Popular, a través de su principal líder, Belaunde Terry, apoyaba la iniciativa, asimismo Vargas Llosa. Los sectores de la izquierda la rechazaban terminantemente. Los principales diarios como *Expreso* y *El Comercio*, así como la revista *Oiga* suscribían las reformas; en cambio el diario *La República* y las revistas *Sí* y *Caretas* se oponían³³.

Alejado de los tonos politizados, con prudencia pero con firmeza, fue rechazado por el Fiscal de la Nación, el Decano del Colegio de Abogados de Lima, el propio Presidente de la Corte Suprema, así como el Ministro de Justicia y el Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados. La mayoría coincidía que las limitaciones del Poder Judicial eran básicamente de carácter económico, pero que debería ser siempre el Poder Judicial el que conozca los casos de terrorismo.

En realidad, estos eran los escenarios que precedían al nuevo régimen que, muchos meses después, habría de inaugurarse, con un flamante presidente hasta hacía algún tiempo desconocido en la élite política del Perú: Alberto Fujimori Fujimori³⁴.

5. LAS REFORMAS DEL GOBIERNO DE EMERGENCIA Y RECONSTRUCCIÓN NACIONAL

Contrariamente a la prédica triunfalista del régimen de Fujimori en los tramos finales de su gobierno (1990-95), éste, al asumir el mando, propuso una inusitada fórmula para pacificar el país: *el diálogo con los*

33 Instituto de Defensa Legal: op. cit., pp. 140-141 - 143.

34 El primer dato bibliográfico y premonitorio la dio José María Salcedo en un trabajo titulado *Tsunami Fujimori*, publicado en plena efervescencia electoral. Posteriormente se ha publicado un singular trabajo de Luis JOCHAMOWITZ, titulado *Ciudadano Fujimori. La construcción de un Político*, Edit. Peisa, Lima, 1993.

alzados en armas. En efecto, en el mensaje de rigor del 28 de julio de 1990, después de un discurso sociológico sobre la etiología de la violencia, expresó, con asombro, que el gobierno estaba dispuesto a dialogar con los subversivos.

No se interprete como debilidad mi inclinación al diálogo, incluso con los grupos alzados en armas siempre que éstos las depongan. El pueblo me ha elegido, entre otras cosas, para buscar la unidad de los peruanos, incluidos los equivocados. Estoy intentando, de muy buena fe, y quiero que la comunidad internacional sea testigo de mi propósito ferviente de introducir, por fin, la paz por vía de la razón y el diálogo a este pueblo que vive la violencia desde hace diez años.

Y, así, sostuvo que:

La lucha antisubversiva que emprenderá mi gobierno, se enmarcará y ejecutará conforme a los principios consagrados por la Constitución y las leyes de la República. Esta perspectiva será aplicada con equidad y justicia, tanto para aquellos que hoy agreden a nuestra sociedad como para los que la defienden³⁵.

Un año después de su primer gobierno, en el Mensaje a la Nación en julio de 1991, el presidente Alberto Fujimori sostenía que el terrorismo había crecido territorial y políticamente, por ello, aseveraba que:

Mi gobierno ha adoptado una clara y definida posición acerca de la necesidad de avocamos de inmediato a un proceso que implique tanto la construcción democrática de un ordenamiento social más justo y solidario, como también de la necesidad de derrotar en forma definitiva a los grupos alzados en armas.

Empero, aún no se vislumbraba la intencionalidad política del golpe de Estado que nueve meses después, habría de perpetrar³⁶.

35 Vid. Diario Oficial "El Peruano", edición del 29 de julio de 1990.

36 Ver el estupendo trabajo de GONZALES MANRIQUE, Luis Esteban: *La encrucijada peruana: de Atan García a Fujimori*, Vol. II. CEDAL, Madrid, 1993, pp. 435 y ss.

5.1. La legislación antisubversiva

A partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, se inaugura un interregno de facto y en cuyo marco se dictó una frondosa legislación que significaba poner nuevas *vigencias* y mutaciones constitucionales.

En rigor, nos encontramos ante un conjunto de normas que constituyen la parte principal de la respuesta legislativa³⁷, aunque *de facto*, que el Estado asumía al fenómeno de la violencia política.

Desde luego, el tema no es exclusivo en el sistema jurídico peruano, pues, el fenómeno también se ha presentado, y en parte se mantiene, en diversos países europeos. De allí que en dichos países lo han venido tratando con cierta sofisticada cirugía del derecho. Y aún en dichos regímenes constitucionales, da imponente legislación antiterrorista edificada en Europa en el último decenio ha trastornado los principios fundamentales del Estado de Derecho que, como se sabe, son el corazón del ordenamiento penal, procesal y constitucional de los sistemas democráticos³⁸. Parece ser que, aún en los marcos de las democracias constitucionales europeas, la legislación antiterrorista, acusa una legislación de emergencia» y el aparato estatal se encarga de darle una durabilidad institucionalizada.

En lo que atañe al Perú, la legislación excepcional y de emergencia se instaura a los pocos meses de haberse dado el autogolpe de Estado, significando expresas violaciones a los marcos preestablecidos por la Constitución de 1979. En efecto, el 13 de agosto de 1992, el Gobierno de Fujimori dicta el Decreto Ley (D.L.) 25659 que tipifica en ley especial el delito de Traición a la Patria. En el art. 4º se dispuso:

A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de Traición a la Patria será de competencia del *Fuero*

37 BOBILLO J., Francisco: "Constitución y Legislación antiterrorista", en *Rev. de Estudios Políticos* (Nueva Época), N° 48, Madrid, 1985, pp. 47-76.

38 LOPEZ GARRIDO, Diego: *Terrorismo, política y derecho. Legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Alianza Edit., Madrid, 1987. Igualmente, puede verse a Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: "La Suspensión individual del ejercicio de Derechos Constitucionales" en *Revista de Estudios Políticos*, N° 35; Madrid, 1983, p. 125-129.

Privativo Militar tanto en su investigación como en su juzgamiento.

Lo propio el D.L. 25880 estableció que se consideraba autor del delito de traición a la patria el que, valiéndose de su condición de docente, influya en sus alumnos haciendo *apología del* terrorismo.

Y así, en su numeral 2º normó igualmente que era de competencia del *Fuero Militar* el conocimiento de los profesores incurso en esta modalidad delictiva.

Evidentemente dicha legislación violaba expresos principios de la función jurisdiccional que establecía la Constitución de 1979.

En lo que va del régimen de Fujimori, y aun con el nuevo marco constitucional, persiste una legislación represiva excepcional que ha significado dejar de lado principios básicos del sistema penal liberal. El tratamiento legislativo se expresa en tres áreas: en el *derecho penal*: (DL 25475, Ley de Terrorismo y el D.L. 25659, Delito de Traición a la Patria); *derecho procesal* penal: (D.L. 25499 del 16.may.92, que establece los términos dentro de los cuales se concederán los beneficios de exención, remisión y atenuación de la pena a incurso en la comisión de delitos de terrorismo; DL 25708, del 10.sep.92, normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria; DL 25744, del 27.sep.92, normas que se aplicarán a la investigación policial, la instrucción y el juicio, así como el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley 25659; DL 25916, de 02.dic.92, precisan que las prohibiciones de beneficios penitenciarios y procesales para los agentes de delitos de tráfico ilícito de drogas, de terrorismo y de traición a la patria mantienen su vigencia; Ley 26291 de 09,feb.94, Ley de Contingencias de Competencia sobre Jurisdicción civil o militar); y *derecho penal premial* (D.L. 25499 ya citada, -más conocida como "Ley de Arrepentimiento"; su reglamento el Decreto Supremo (D.S.) 015-93-JUS y la posterior Ley 26220 de 19.ago.93, donde comprenden dentro de los alcances de la Ley de Arrepentimiento a las personas procesadas y sentenciadas por los delitos de terrorismo o traición a la patria).

Las principales modificaciones se ubican en el D.L. 25475 y el D.L. 25659. Veamos unas apreciaciones globales.

5.2 D.L. 25475 (Ley de Terrorismo)

a. Penas: se amplía la punibilidad de figuras típicas de terrorismo a través de penas prácticamente tazadas. Se establece penas privativas no menores de 20 años tratándose del tipo *genérico* de terrorismo, así como los actos de colaboración y delitos de asociación; así también, penas privativas de libertad no menor de 25 años hasta cadena perpetua para tipos calificados. La incitación se sanciona con pena entre 12 y 20 años; la apología, con pena entre 6 y 12 años.

Se introduce la pena de *pérdida de* nacionalidad para los peruanos que realicen actos de apología del terrorismo o de terrorismo fuera del territorio de la República.

b. Investigación Policial: existe una “administrativización” o “policialización” del proceso. A la Policía Nacional del Perú (PNP) se le faculta para intervenir “sin ninguna restricción que estuviere prevista en sus reglamentos”, detener a presuntos implicados, incomunicarlos y trasladarlos. No se habilita una decidida participación del Ministerio Público. Tampoco se regula la intervención judicial. Los abogados sólo pueden intervenir a partir del momento en que el detenido rinde su manifestación.

c. El Proceso Penal: En la instrucción el encausado permanece detenido sin posibilidad de acogerse a algún tipo de libertad. El plazo es de 30 días naturales. Existe una *expansión* de la detención preventiva. En efecto, la detención resulta ser la regla en estos delitos. Se prescribe que el mandamiento de detención es obligatorio y que está prohibida toda forma de libertad anticipada. El Juicio Oral se realiza en el Penal y no en sede judicial a través de una “sala especializada”, cuyos miembros se designan en forma rotativa y secreta. Las resoluciones judiciales no llevan firma ni rúbrica de los magistrados intervinientes, ni de los auxiliares de justicia. Para tal efecto, se utilizan códigos y claves secretas.

d. Otras disposiciones: Los magistrados asumen competencia a nivel nacional para conocer los delitos de terrorismo, sin observar el lugar de la comisión del hecho delictuoso. Los abogados sólo pueden defender a un acusado a nivel nacional. La pena se cumple en penales de mayor seguridad. Los procesados o sentenciados no pueden acogerse a ningún beneficio penal o penitenciario.

En rigor estas normas, en la práctica, importaban reformar diversos principios propios del sistema penal, cuyo entronque de garantías derivadas de la propia Constitución quedaban sin efecto. Así, los principios de “garantía del juicio previo”, el juez natural, excepcionalidad de la detención, cláusula de no incriminación, publicidad, excepcionalidad de la incomunicación, etc., se esfumaban frente a la nueva legislación que reprimía el fenómeno del terrorismo.

2. Por D.L. 25659 se tipificó el *Delito de Traición* a la Patria, cuyo núcleo básico deriva del delito de terrorismo agravado (art. 2 de la Ley Antiterrorista). Como complemento a dicha legislación, se dictó el D.L. 25708, que establece las normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria, y el D.L. 25744.

Esta legislación importaba establecer las siguientes reformas:

- a) Se aplica el *procedimiento sumario* establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones;
- b) Se establecen términos perentorios al Juez Militar para que expida sentencia en el término máximo de 10 días; y, eventualmente, se aplican la sustanciación de los procesos contenidos en la Ley Antiterrorista;
- a) En los delitos de traición a la patria, sólo procede el recurso de nulidad ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, cuando las penas impuestas son de cadena perpetua o privativa de libertad de 30 o más años;
- c) La Policía Nacional del Perú (PNP) puede efectuar la detención con carácter preventivo de los presuntos implicados por un término mayor de 15 días, dando cuenta a la autoridad judicial del Fuero Privativo Militar. Incluso se puede prorrogar por 15 días más;
- b) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional en ninguna de las etapas, sea la investigación Policial, Instrucción o el Juicio Oral.

3. A todo este marco represivo se suma la *Ley de Arrepentimiento*, D.L. 25499, su Reglamento, el D.S. 015-93 y la Ley 26220³⁹, que establecen ciertos beneficios para las personas calificadas de “arrepentidos”. Aun cuando esta política haya tenido efectos positivos, una revisión cuidadosa permite evidenciar que muchas personas han sido denunciadas por presuntos arrepentidos, involucrando vía delación a sujetos ajenos a las actividades subversivas. Paradójicamente, bajo dicha legislación, en los últimos tiempos han salido una cuantiosa cantidad de subversivos al amparo del “arrepentimiento”; y muchos, como se tiene dicho, han sido detenidos por el sólo hecho de haber sido sindicado por el presunto “arrepentido”. Esto obligó al gobierno a precisar que la legislación antiterrorista tendría vigor hasta el 1 de noviembre de 1994⁴⁰; pasada dicha fecha, ninguna persona podrá ya acogerse a sus beneficios.

Desde luego, aquí no pretendemos hacer una evaluación crítica de la actual legislación que surgió en el marco del “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” a raíz del golpe de estado del cinco de abril de 1992⁴¹, pero existe consenso en la doctrina, como muy bien apunta Fernández Segado, que la puesta en vigor de toda esta legislación debe ser lo más corta posible porque su prolongación en el tiempo supone una importante devaluación del Estado de Derecho⁴². Sin embargo, en la actualidad aún se mantiene la frondosa legislación antiterrorista bajo el empeño de que, con ella, la lucha contra la subversión tiene réditos para la pacificación del país.

6. Los perfiles de la Justicia Militar en la Constitución de 1993

Tres son los grandes temas imbricados en la justicia militar a nivel *del bloque* de la constitucionalidad en el Perú. El primero, relacionado

39 Ver: Comisión Andina de Juristas: *Legislación peruana sobre arrepentimiento terrorista: Análisis y comentarios*; Boletín CAJ, N° 38, Lima, 1993: p. 51-61.

40 Así lo sostuvo el Presidente Alberto FUJIMORI, en el Mensaje a la Nación del 28 de julio de 1994, el que ha sido regulado por Ley 26345 del 30.08.94.

41 Un análisis sobre la crisis peruana de aquella época puede verse en AA.VV.: *Perú mil novecientos noventidós. La democracia en cuestión*, CEPES, IEP, Lima, 1992.

42 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales*, op. cit.; p. 181.

a la jurisdicción militar *stricto sensu* y la ampliación que de él se acuerda para sancionar a los civiles regulado en el art. 173. El segundo es el tema de la *pena de muerte* para quien cometa determinados delitos calificados y normados en el art. 140. Y finalmente, el tema de la *casación*, del que es competente el Poder Judicial para revisar los fallos provenientes del Consejo Supremo de Justicia Militar y que, como se verá luego, ha sido mutilado en su potestad revisora (art. 141). Evidentemente, existen otros aspectos colaterales que rodean la problemática de la jurisdicción militar, como los derechos del procesado y los principios básicos de la función jurisdiccional, ya brevemente abordados.

1. Un breve seguimiento del *iter* constituyente de lo actualmente normado en el numeral 173 de la Carta Fundamental, lleva a señalar que, *ab initio*, uno de los pocos objetivos que sí tuvieron en claro los miembros del Congreso Constituyente fue precisamente y desde un comienzo ampliar las competencias para que los civiles sean juzgados por militares. Por lo menos así se desprende de los *tres anteproyectos* publicados oficialmente en el diario *El Peruano* entre los meses de mayo, junio y julio⁴³.

La primera versión establecía lo siguiente:

Art.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo el caso de los delitos de traición a la patria, genocidio y de terrorismo determinados por la ley.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio está sometidos al Código de Justicia Militar.

A partir de allí, salvando algunas modificaciones gramaticales, se mantuvo en sustancia lo mismo, tanto en la segunda como en la tercera versión de los proyectos constitucionales publicados. En rigor, al final, fue *suprimido el delito de genocidio y se afirmó la competencia de los jueces militares para juzgar a civiles por terrorismo y traición a la patria*.

⁴³ El primer anteproyecto se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 20 de mayo de 1993, el 2do. el 22 de junio y el tercero el primero de julio. Esta última versión, aparentemente la definitiva, sufrió inclusive gruesas modificaciones cuando apareciera publicada la versión oficial de la Constitución (vid. la versión oficial publicada el 25 de octubre de 1993, pocos días antes de ser consultada en referéndum el 31 de octubre de 1993).

La norma actual ha quedado registrada bajo la fórmula siguiente:

Artículo 173°.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

En rigor, del *iter* de esta norma fundamental, queda indudablemente en claro que la voluntad política que primó en la mayoría de los que redactaron el texto constitucional de 1993, fue la de constitucionalizar lo que ya *de hecho* había inaugurado el gobierno de Alberto Fujimori, al hilo de su gobierno de facto con el autogolpe de Estado. Es decir, a la Constitución de 1993 se llega con una agenda ya anunciada y que en un primer momento se implementó, atribuyéndole al Fuero Militar competencia para juzgar a civiles subversivos; esta norma que, como se tiene dicho fue regulada vía decreto ley en el período *de facto* en que devino el gobierno de Fujimori, afirmarí una institucionalidad al proyectarse ahora a nivel constitucional y hoy es, quizás, el principal tema que intermitentemente sea objeto de discusión. Así, en tan poco tiempo, la opinión pública que en algún momento habría auspiciado un apoyo a la ampliación de competencia del Fuero Militar, hoy revela una gran preocupación. Por ejemplo, la editorial publicada por el diario *Gestión* señalaba que: "Los tribunales militares no están preparados para impartir justicia en aspectos distintos a los que corresponden al fuero militar (...) la imparcialidad e independencia de la justicia militar se haya cuestionada no sólo para conocer el juzgamiento de civiles según lo previsto en la Constitución para delitos de traición a la patria y terrorismo, sino, incluso, para las faltas y delitos tipificados en el Código de Justicia Militar, en razón de la dependencia con el poder político para el nombramiento y los ascensos, y por la subordinación con los superiores de acuerdo a la jerarquía y disciplina militar". "En realidad -agrega la editorial- la solución está en la reducción del espacio de actuación del fuero militar"⁴⁴.

44 *Gestión*, edición del 7 de setiembre de 1995, pág. 24, cit. por César Azabache: "De nuevo sobre la justicia militar", en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol.

2. En lo que respecta al tema de la *pena de muerte*, el excurso del debate en el seno del Congreso Constituyente fue ciertamente conflictivo, de allí que en el primer anteproyecto quedó pendiente y sujeto a debate. En el segundo proyecto, la mayoría oficialista registró la fórmula siguiente:

La pena de muerte sólo puede aplicarse por los delitos de traición a la patria y de terrorismo, conforme a las leyes internas y a los tratados de lo que el Perú es parte.

Esta norma se mantendría en el tercer proyecto en forma íntegra. Al final, como se sabe, la Constitución, apartándose del sistema abolicionista, lo ha incorporado bajo la redacción siguiente:

Artículo 140°.- La pena de muerte sólo puede aplicarse por delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

¿Qué se colige de esta norma? En realidad aquí hay algunos aspectos que no están del todo claro en el marco de una futura interpretación del art. 140 del texto constitucional. Veamos, la pena de muerte en la Constitución de 1979 sólo podía ser aplicada en el supuesto de confrontaciones bélicas con potencias extranjeras, pero no en los casos de insurrección interna o guerra civil. En este sentido, la abrogada Constitución de 1979 fue clara y afirmó en su plenitud la tesis prohibicionista en torno a la pena capital, salvando claro está, la existencia de una contienda internacional armada, en cuyo marco situacional debía ocurrir la comisión del delito de traición a la patria. Sin embargo, la actual norma constitucional de 1993, en rigor, sí permite su eventual aplicación al estar por su anfibológica redacción de haber utilizado la expresión “guerra” y sin precisar que sea una “guerra convencional” o internacional. Al estar así prefigurada su regulación constitucional, no se descarta la hipótesis de que, frente a eventuales y nuevas insurrecciones armadas de grupos terroristas o guerrilleros, el gobierno, motu *propio*, declare vía decreto supremo, la existencia de una “guerra”. Y así, bajo el presupuesto de este marco jurídico, y con una «aplicación» del régimen de excepción que prevé el “estado de sitio” (“en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan...” -art. 137, inc. 2º), se

viabilice vía legislación ordinaria, la tipificación de la pena de muerte en los delitos de terrorismo y traición a la patria. Es más, coincidimos con Cándido Conde Pumpido en el sentido de que en teoría, cabe la existencia de “tiempo de guerra” y agregamos nosotros de una declaratoria Interna de “guerra” sin que se halla declarado el “estado de sitio”, como cabe, el “estado de sitio” sin que nos encontremos en tiempo de guerra⁴⁵.

Lo que si está bien claro de lo se desprende del texto constitucional es que, independientemente de que el concepto de guerra sea de difícil determinación jurídica; lo cierto es que la actual norma prevista en el numeral 140 de la Carta Política, difiere totalmente de la anterior Constitución de 1979. Y no sólo ello, sino que, lo más importante aún, la pena de muerte podría imponerse sin que en los hechos exista una real confrontación interna; pero basta puede ocurrir que formal y jurídicamente se declare la existencia de una situación ficticia de «guerra», para que, a la postre, culminen siendo ejecutados las posibles personas involucradas en esta situación.

Si tomamos como referencia el caso cercano de España, la Constitución Española prevé en el art. 15, en su parte pertinente que “queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. La regulación legal ordinaria de esta norma constitucional prevista en el art. 25 del Código Penal Militar señala: “La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencias extranjeras”. En consecuencia, con dicha norma, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la pena de muerte sólo debe imponerse cuando existan reales confrontaciones bélicas y no cuando exista una mera declaratoria de guerra. Esta situación es distinta en el Perú, no solo porque no hay legislación ordinaria que precise los alcances del art. 140 de la Ley Mayor, sino porque la forma cómo ha sido concebida, dependerá en el futuro de la política criminal de cada gobierno, bajo la luz verde de que en el Perú de hoy, se profesa la tesis proteccionista en tomo a la pena capital.

45 CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: “Estado de Sitio y Tiempo de Guerra”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, p. 435.

3. En lo que atañe a la potestad de *casación* del Poder Judicial, en la primera versión del Anteproyecto quedó pendiente y sujeto al debate. En el segundo proyecto, por razones que se desconocen, simplemente fue omitido; y en la tercera versión se estableció lo siguiente:

Artículo 160º.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia cuando conforme a ley la acción se hubiera iniciado ante una Corte Superior, y dirimir contiendas de competencia, en las materias que la ley señala.

Finalmente y en forma sorpresiva, en la Constitución se aprobó una fórmula totalmente cuestionable:

Artículo 141º.- Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del Fuero Militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.

Es decir, se prohíbe, por expreso mandato constitucional, que el Poder Judicial, como el órgano jurisdiccional por excelencia para impartir la justicia en el Perú, no pueda revisar las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar. En efecto, así lo dispone el art. 173: “La *casación* a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte”. Lo que significa que cualquier pena privativa de libertad que impongan los jueces militares y que puede llegar hasta la imposición de la *cadena perpetua*, quedaría jurisdiccionalmente *consentida* en el fuero militar, sin posibilidad de que sea revisada por el Poder Judicial. Y este peligro es no sólo para aquellos civiles alzados en armas, sino y fundamentalmente también, al propio estamento militar. En efecto, qué pasa para aquellos militares o policías que se les impongan penas privativas de libertad extremadamente severas y no tengan acceso de ser revisados por una instancia superior como sería el fuero común.

La actual Constitución, en consecuencia, más que una garantía, refleja un serio peligro. En tal sentido el Dr. Domingo García Belaunde ha señalado que “el fuero militar no ofrece garantías sólidas y *seguras* para nadie”. Y, desarrollando en forma breve este incuestionable aserto, explica el egregio constitucionalista:

En primer lugar, porque sus miembros, aun cuando tengan una brillante hoja de servicios castrenses, son militares que poco saben de Derecho; en segundo lugar, porque ellos dependen de su respectivo comando; y, por último, porque -al final- el gran decidido es el Presidente de la República (con lo cual la seguridad jurídica y la separación de poderes queda por tierra).

En el modelo sajón y el europeo-continental de justicia militar, se dan muchas variantes. Pero en todas -aún en los países que no tienen justicia militar- permanente, sino sólo para determinadas causas- la norma es que ella vigila y juzga tan sólo los delitos castrenses, y nunca los cometidos por paisanos.

Además, en casos graves todas las sentencias finales pueden apelarse ante la máxima autoridad civil, lográndose el doble propósito de una revisión por jueces comunes con formación jurídica y la reafirmación de la primacía del poder civil sobre el militar⁴⁶.

Recapitulando, se pueden señalar algunas *líneas tendenciales* que perfilan la justicia militar en el Perú, a partir de la Constitución de 1993.

Una primera aproximación global es que el Congreso Constituyente -que naciera como consecuencia del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992- apenas si tuvo entre sus metas y objetivos, en forma clara, tres o cuatro grandes aspectos que modificaban la normatividad constitucional del país. Lo demás, en puridad, sigue siendo el grueso de la normatividad del texto fundamental de 1979.

Una de las reformas que tanto insistía el Poder Ejecutivo fue precisamente el tema de la subversión que debía pasar a ser juzgados por los militares, a fin de *pacificar a la nación*; el otro aspecto fue el de incorporar la *pena de muerte* y la *reelección presidencial*, amén de las reformas constitucionales para afirmar un *modelo liberal en la economía* del país; asimismo, la tendencia autoritaria de un *presidencialismo fuerte* y un parlamento subsumido en un régimen unicameral con pocas posibilidades de fiscalización política⁴⁷.

46 GARCIA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro: *La Constitución traicionada. Páginas de una historia reciente*, Seglusa Edit., Lima, 1983, pp. 246-247.

47 Una apreciación global sobre la actual Constitución puede verse en el trabajo colectivo de la Comisión Andina de Juristas: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Vol. 1,

En cuanto atañe a la perspectiva del presente trabajo, podemos considerar algunas notas características de la justicia militar que ostenta la nueva norma constitucional:

- a) Se mantiene formalmente un reconocimiento excepcional a la jurisdicción militar (art. 139, inc. 1). Esto significa que el fuero castrense no podrá integrarse al Poder Judicial, ni a título de excepción o emergencia. Este aspecto se ve reforzado con el principio de la prohibición de órganos jurisdiccionales de excepción o “comisiones especiales” (art. 139, inc. 3).
- b) Se afirma como principio que los sujetos sometidos a la jurisdicción militar son los miembros de las Fuerzas Armadas y de la PNP en los casos de cometer delitos de función (art. 173). Se deslinda así la jurisdicción civil de la militar. Así prefigurado, el Poder Judicial no podrá juzgar al personal de armas (militares y policías), en razón de la naturaleza de la comisión delictiva. Constituye, pues, una prerrogativa propia por la condición, no sólo de pertenecer a los institutos armados, sino porque se ha realizado la eventual comisión delictiva en el marco de una función profesional.
- c) Los Miembros de las FF.AA, y de la PNP tiene sus propios “fueros” (art. 173), pero se rigen por el Código de Justicia Militar. La Constitución reafirma y limita así lo que desde hace ya varias décadas existe en el país: cada instituto armado tiene su propia «zona judicial, y en la mayoría de los casos, por el principio de pluralidad de instancias, puede culminar ante el único órgano jurisdiccional de instancia superior: el Consejo Supremo de Justicia Militar.
- d) Si bien se afirma el principio de que los civiles no están sometidos a la jurisdicción militar, se admiten las siguientes excepciones:
 - i) Cuando exista acusación de terrorismo;
 - i) Cuando exista acusación de traición a la patria;
 - ii) Cuando se infrinja la obligación de prestar el Servicio Militar Obligatorio.

- e) En caso de que civiles cometan delitos que violen bienes jurídicos propiamente de la esfera castrense⁴⁸ (salvando la excepcionalidad de los delitos de traición a la patria y de terrorismo) serán juzgados por el fuero común. Este principio, desde luego, fluye a partir de los diversos derechos del procesado (principio de unidad y de exclusividad del Poder Judicial, de prohibición de órgano jurisdiccional de excepción, derecho al juez natural, etc.)
- f) Los delitos de los miembros de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) y de la PNP, que no sean de “función”, serán conocidos por el Poder Judicial (art. 173).
- g) Lo resuelto por el Fuero Militar no podrá ser revisado (casado) por el fuero común, salvo cuando la máxima instancia de la judicatura militar -El Consejo Supremo- imponga la pena de muerte. Esto significa que las penas privativas de libertad que se impongan a cualquier persona -incluye a civiles propiamente hablando- aún cuando fueren desde las más leves a las más drásticas, como la cadena perpetua, constitucionalmente no podrán ser revisada por el fuero común (art. 141 y 173).

Esto presupone que el modelo constitucional, instaurado a partir de 1993, constituye un sistema atípico dentro de los clásicos modelos, tanto del anglosajón como del modelo europeo-continental de justicia militar. En efecto, en ambos sistemas, aún este último con sus heterodoxas variantes, admiten que toda sentencia final del fuero militar sea apelable ante el fuero común. Por tanto, el espectro constitucional peruano, hoy por hoy, constituye una singular rareza en el amplio mercado constitucional comparado.

48 No se descarta que, en hipótesis, un civil pueda incursionar en delitos previstos en el Código de Justicia Militar o vía la figura de un concurso real de delitos, o delitos cuyos bienes jurídicos tutelados son de naturaleza pluriofensivos.

UNA MIRADA AL ORDENAMIENTO MUNICIPAL DESDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: BALANCE DE SU JURISPRUDENCIA*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO CONSTITUCIONAL MUNICIPAL TRIBUTARIO. 1. Marco constitucional de los Arbitrios Municipales. 1.1. Limpieza pública. 1.2. Mantenimiento de parques y jardines. 1.3. Serenazgo. 2. Imposición de tributos municipales a las universidades. 3. Inconstitucionalidad del pago de tasas para impugnar decisiones administrativas. 4. Pago indebido de tasas municipales derivados del costo del servicio. 5. Taxatividad de las exoneraciones al pago de impuestos de espectáculos públicos no deportivos. III. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO MUNICIPAL. 1. Ambulantes desalojados y derecho al trabajo. 2. Clausura de establecimiento de guarda de menores y adolescentes y derecho a la libertad de reunión. 3. Licencias y fiscalización de discotecas. 4. Mototaxis y derecho al trabajo. 5. Taxis y libertad de tránsito. 6. Libertad de expresión y el caso de los periódicos en los kioscos. 7. Regulación sobre horarios de funcionamiento de establecimientos nocturnos. 8. Regulación de venta de alcohol (libertad de comercio, libertad de conciencia, tutela del consumidor). 8.1. El caso Taj Mahal Discotocue. 8.2. El caso Saenz Valles.

* Ensayo presentado en el I Congreso Nacional de Derecho Municipal, organizado por la Asociación Nacional de Derecho Municipal y el Colegio de Abogados de Arequipa, en la ciudad de Arequipa, los días 24 a 26 de junio de 2010. Se publicó finalmente en las *Memorias del I Congreso Nacional de Derecho Municipal. Descentralización y Gobernabilidad*, Adrus - Lucerna, Arequipa, 2010. Agradezco el acopio de jurisprudencia relevante en materia municipal hecho por los asesores jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, Susana Távora y Giancarlo Cresci.

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del ordenamiento jurídico¹ que actualmente caracteriza a los Estados constitucionales, ha llevado a que los tribunales, cortes o salas constitucionales² desarrollen una compleja red de doctrinas jurisprudenciales en diversos ordenamientos jurídicos, entendido claro está, que éstas no son compartimentos estancos, sino que giran su desarrollo al hilo del respeto a los contenidos y principios que la Constitución preconiza.

En el caso del modelo de jurisdicción constitucional peruano, se puede observar que el TC en los últimos años ha venido incrementando diversos pronunciamientos a través de procesos constitucionales que terminan conectándose con los ámbitos y predios del Derecho Municipal.

Una mirada panorámica de los siete procesos constitucionales que conforman la Defensa de la Constitución, permite aseverar que todos han estado de una u otra forma vinculados con el ámbito de competencias que la Constitución le otorga a los municipios provinciales y distritales.

En apretada síntesis se observa:

- a) Un sector jurisprudencial que se encuentra vinculado con el ejercicio de los derechos fundamentales y que éstos, presuntamente, se ven menoscabados o limitados por actos lesivos provenientes de las municipalidades. Dentro de este sector se incluyen reclamos vía sendos procesos de amparo o de inconstitucionalidad contra normas municipales por problemas tributarios.
- b) Otro sector gira en torno al ejercicio del poder de policía que le es inherente, entre otras atribuciones que tienen las municipalidades, como limpieza pública, mantenimiento de parques y jardines, serenazgo, entre otros, que también el

1 Vid. al respecto *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (Editor), Trotta, Madrid, 2003.

2 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO: *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica. VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Mérida, 2009.

TC ha venido construyendo algunos ejes troncales en estas materias y cuyas controversias se deslindan en el amparo.

- c) Existe otro sector del desarrollo jurisprudencial vinculado a las municipalidades y el orden público y que igualmente se abordará en el presente trabajo.
- d) Y, finalmente, se viene discretamente presentando diversos conflictos entre las municipalidades, que bien pueden ser entre gobierno local versus gobierno regional, o gobiernos locales entre sí, o municipios provinciales con municipalidades distritales. De ordinario estos problemas se vienen residenciando vía el proceso competencial. Y, en otro ámbito, el problema se produce a través de procesos de inconstitucionalidad derivados de procesos competenciales, donde una municipalidad cuestiona la competencia de otra comuna para ejercer jurisdicción sobre un territorio determinado, y que muchas veces se concretiza en la emisión de normas de carácter general y que tienen rango de ley.

En suma, son nuevos retos que afronta el actual TC y que, por lo mismo, vinculan diversas vertientes disciplinarias, ya no sólo típicamente del Derecho Constitucional, sino del Derecho Administrativo, al cual se acude, así como de una vertiente disciplinaria que bien puede ya denominarse “Derecho Municipal” y que, al margen de la polémica sobre su autonomía, el TC viene en los últimos tiempos constitucionalizando este sector, que marcha a contrapelo tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica de la Constitución.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL MUNICIPAL TRIBUTARIO

1. Marco constitucional de los Arbitrios Municipales

A partir de dos sentencias³ el Tribunal Constitucional unificó criterios, que ya habían sido esbozados mediante procesos de amparo⁴, sobre los parámetros que deben seguir las municipalidades para

3 STC 041-2004-AI/TC y 053- 2004-PI/TC

4 STC 0918-2002-AA/TC

la producción de normas sobre el cobro de arbitrios municipales a lo vecinos.

En cuanto a los requisitos *formales* que corresponde cumplir a las municipalidades está el relacionado con la ratificación de ordenanzas distritales por parte de la municipalidad provincial, en aras del cumplimiento del *principio de legalidad*. En lo que respecta a los requisitos sustanciales, el TC analizó los criterios que deben ser tomados en cuenta para la distribución del costo del servicio, destacando el principio de *capacidad contributiva*. En ese sentido, los parámetros objetivos de distribución de costos serán razonablemente admitidos como válidos cuando hubiese una *conexión lógica* entre la naturaleza del servicio brindado (en cada caso, sea seguridad, salubridad o limpieza) y el presunto grado de intensidad del uso de dicho servicio.

En esta perspectiva, el TC diferenció criterios que deben ser tomados en cuenta para la cuantificación de los arbitrios dependiendo de la especial naturaleza de cada servicio o actividad que se realice.

1.1. Limpieza pública

Como quiera que el servicio de limpieza pública, involucra un conjunto de actividades, como por ejemplo servicios de recolección y transporte de residuos, barrido y lavado de calles, relleno sanitario, etc., los criterios de distribución deberán adecuarse a la naturaleza de cada rubro; por ejemplo, el criterio *tamaño del predio* no resulta adecuado en todos los casos para distribuir el costo por recolección de basura, pues presentará matices si se trata de casa habitación o local comercial; sin embargo, sí será el correcto para el caso de limpieza de calles, no en términos de metros cuadrados de superficie, sino en cuanto a la longitud del predio, pues a mayor longitud, mayor limpieza de calles.

Cabe, entonces, efectuar las siguientes precisiones:

- a) El criterio *tamaño del predio*, entendido como metros cuadrados de superficie (área m²), guarda relación directa e indirecta con el servicio de recolección de basura, en los casos de casa habitación, pues a mayor área construida se presume mayor provocation de desechos; por ejemplo, un condominio o un edificio

que alberga varias viviendas tendrá una mayor generación de basura que una vivienda única o de un solo piso.

- b) Para lograr una mejor precisión de lo antes señalado, deberá confrontarse, utilizando como criterio adicional, el *número de habitantes* en cada vivienda, lo cual permitirá una mejor mensuración de la real generación de basura.
- c) Para supuestos distintos al de casa habitación (locales comerciales, centros académicos, supermercados, etc), el criterio *tamaño de predio (área m²)*, no demostrará por sí solo una mayor generación de basura, por lo cual, deberá confrontarse a fin de lograr mayor precisión, con el criterio *uso de predio*, pues un predio destinado a supermercado, centro comercial, clínica, etc., presume la generación de mayores desperdicios no por el mayor tamaño del área de terreno, sino básicamente por el uso.
- d) Para la limpieza de calles, no puede considerarse el tamaño de predio entendido como metros cuadrados de superficie, sino únicamente como longitud del predio del área que da a la calle, pues el beneficio se da en el barrido y limpieza de las pistas y veredas circunscritas a cada predio⁵.

1.2. Mantenimiento de parques y jardines

En este caso, lo determinante para medir la mayor intensidad de disfrute del servicio será el criterio *ubicación del predio*, es decir, la medición del servicio según la mayor cercanía a áreas verdes. Por consiguiente, no se logrará este objetivo si se utilizan los criterios de *tamaño y uso del predio*, debido a que no se relacionan directa o indirectamente con la prestación de este servicio⁶.

1.3. Serenazgo

En este punto, el TC ha señalado que es razonable utilizar los criterios de *ubicación y uso del predio*, por cuanto su uso se intensifica en zonas de mayor peligrosidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta el giro comercial; por ejemplo, la delincuencia y peleas callejeras suelen

5 STC 0041-2004-AI/TC, FJ. 42.

6 STC 0041-2004-AI/TC, FJ. 43.

producirse con mayor frecuencia en centros comerciales, bares o discotecas.

Siguiendo esta lógica, el *tamaño del predio* no es un criterio que pueda relacionarse directa o indirectamente con la prestación de este servicio⁷.

Lo más resaltante de estas sentencias es la configuración de la potestad tributaria de las municipalidades en conformidad con el artículo 74 de la Constitución de 1993, el cual recoge los principios constitucionales tributarios de reserva de ley⁸, igualdad⁹, no confiscatoriedad¹⁰ y capacidad contributiva¹¹; principios que deben armonizarse con la garantía institucional de la autonomía política, económica y administrativa que los gobiernos locales tienen en los asuntos de su competencia.

2. Imposición de tributos municipales a las Universidades

A raíz de la demanda interpuesta por la Universidad Nacional Federico Villarreal contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, el TC por vez primera desarrolla la pertinencia del cobro de arbitrios a las universidades, haciendo hincapié que la inafectación de tributos a la que hace referencia la Constitución de 1993 no alcanza a los arbitrios como especies de los tributos¹².

3. Inconstitucionalidad del pago de tasas para impugnar decisiones administrativas

En el caso conocido como *Salazar Yarlenque*, el demandante solicitó se ordene a la Municipalidad de Surquillo la admisión a trámite de su recurso impugnatorio sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tenía establecido la Municipalidad, en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

7 STC 0041-2004-AI/TC, FJ. 44.

8 STC 0001-2004-AI/TC.

9 STC 5970-2006-PA/TC.

10 STC 2727-2002-PA/TC.

11 STC 0053-2004-AI/TC.

12 STC 07533-2006-AA/TC.

El TC estimó, atendiendo a la protección del derecho de los administrados a impugnar las resoluciones de la Administración, que el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercerlo, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución¹³.

4. Pago indebido de tasas municipales derivados del costo del servicio

En este caso, la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad Electronorte Medio S.A. interpuso proceso de amparo contra la Municipalidad Provincial del Santa solicitando que ésta se abstenga de cobrar la tasa por ejecución de obras y/o trabajos en vía pública para trabajos de saneamiento, telefonía, eléctricas y otros.

El TC sostuvo que la Municipalidad del Santa se encontraba legitimada para establecer procedimientos administrativos de acuerdo a las facultades conferidas por la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades; sin embargo, consideró inconstitucional el cobro establecido en la Ordenanza Municipal en cuestión, pues la tasa denominada “derecho de ejecución de la obra” no estaba calculada en función al costo real del servicio prestado, sino en criterios como metros lineales, número de postes, milímetro o fracción del cavado de zanjas, entre otros¹⁴.

5. Taxatividad de las exoneraciones al pago de impuestos de los espectáculos públicos no deportivos

En este proceso de inconstitucionalidad interpuesto por don Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, contra el artículo 54° del Decreto Legislativo N.° 776, Ley de Tributación Municipal, modificada por el Decreto Legislativo N.° 952, el cual gravaba con un impuesto el ingreso a espectáculos públicos no deportivos en locales y parques cerrados, con excepción de los espectáculos en vivo de teatro, zarzuelas, conciertos de música clásica, ópera, opereta, ballet, circo y folclore nacional, calificados como culturales por el Insti-

13 STC 03741-2004-AA/TC.

14 STC 02233-2007-PA/TC

tuto Nacional de Cultura, el TC estableció que dentro de los supuestos exceptuados por la norma no se contenía a los espectáculos taurinos, pues para el caso de exoneraciones regía el principio de taxatividad. Por lo demás, el legislador había establecido en el artículo 59 de la Ley de Tributación Municipal, que los espectáculos taurinos se encuentran gravados¹⁵.

III. EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

1. Ambulantes desalojados y derecho al trabajo

Uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional con relación al desalojo de un grupo de ambulantes es la que se dictó con ocasión de una Resolución de Alcaldía expedida por la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres.

En ese sentido, los recurrentes alegaban que los inmuebles en los que domiciliaban, y que además utilizaban como puestos de trabajo los venían ocupando en calidad de propietarios desde hacía más de 30 años.

Por su parte, la comuna emplazada esgrimió que la resolución cuestionada resultaba legítima, pues los recurrentes venían ocupando áreas destinadas a uso público en la cuadra 3 del Jr. Mártir Olaya, generando hacinamiento, focos infecciosos y siendo lugar de reunión de elementos de mal vivir, y que la pretensión de los demandantes estaba orientada a posesionarse en forma permanente de vías públicas, creando el desorden.

Un primer asunto que el Tribunal debió evaluar era si, como alegaban los demandantes, resultaban ser propietarios de los locales cuya erradicación había sido dispuesta a través de la resolución cuestionada.

Sin embargo, se pudo constatar que, si bien los recurrentes alegaban ser propietarios de los puestos comerciales que eran materia de erradicación, no existía en autos documento alguno que acreditara fehacientemente tal condición. Por el contrario, obraba en autos un

15 STC 0042-2004-AI/TC.

Informe de la División de Obras Públicas de la Municipalidad de San Martín de Porres, del que se desprendía que los locales que venían ocupando los recurrentes se encontraban en la vía pública, razón por la cual ni aún el paso del tiempo podría dar lugar a la prescripción adquisitiva de dominio, dado que, conforme a lo dispuesto por el artículo 73 de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. En consecuencia, la demanda fue declarada improcedente, pues con la expedición de la cuestionada medida, la comuna emplazada no había vulnerado derecho alguno, sino que había ejercido una de las competencias que la Constitución le reconoce en el inciso 6 del artículo 195.

No obstante ello, el Tribunal Constitucional sentó una singular posición, en su condición de garante último de los derechos fundamentales, pues estableció que no podía descartarse la posibilidad de que los recurrentes hayan venido ocupando los puestos en calidad de comerciantes formales, en cuyo caso, el desalojo de los mismos por razones de orden público debería ir aparejado de su inmediata reubicación o, en su caso, de la indemnización respectiva, a efectos de que no se vea vulnerado el derecho al trabajo, contemplado en los artículos 2, inciso 2, 22 y 23 de la Constitución¹⁶.

2. Clausura de establecimiento de guarda de menores y adolescentes y derecho a la libertad de reunión

En el presente caso, doña Blanca Lucy Borja Espinoza, en su calidad de presidenta del Instituto “Generación”, interpuso demanda de hábeas corpus contra la Jueza del Duodécimo Juzgado de Familia de Lima y el Comandante de la Policía Nacional del Perú, Comisario de Magdalena del Mar, por vulneración de su derecho fundamental a la *inviolabilidad de domicilio*, al haberse prohibido el funcionamiento de la institución, imposibilitando proseguir con la ayuda a niños y adolescentes. Incidentalmente, alegaba que también se había transgredido el derecho a la *libertad de reunión*, debido a que la intervención del local significó su clausura y el impedimento de ingreso a dicho establecimiento a la recurrente, trabajadores y beneficiados.

16 STC 02271-2002-AA/TC.

El Tribunal Constitucional apreció la trascendencia de la controversia, al tratarse de un instituto que albergaba a niños y adolescentes en abandono y, por ello, en aras de procurar una tutela superlativa de los niños y adolescentes que dicho instituto acogía, debido a su especial condición de titulares de derechos fundamentales analizó el fondo de lo discutido.

Cabe precisar que si bien no era parte del proceso, un papel importante en el desarrollo de la presente causa lo tuvo la Municipalidad Distrital de Magdalena del Mar, pues en su condición de gobierno local también ejerció las competencias que la Constitución le asigna en el inciso 8 del artículo 195 de la Constitución, así como las demás funciones específicas que le asigna la Ley Orgánica de Municipalidades sobre la materia. En tal situación, utilizando la facultad para garantizar el cumplimiento de las normas legales referidas a licencias de funcionamiento, la Municipalidad de Magdalena del Mar consideraba que los niños y adolescentes que se encontraban en "Generación", lejos de regenerarse, se encontraban en situación de descuido y falta de control, razón por la que revocó a dicha entidad la autorización de apertura de establecimiento y fijó el plazo de un día para su clausura inmediata. En el mismo ámbito municipal, debido a las relaciones municipalidad-vecinos, éstos últimos también manifestaron su preocupación por la recuperación de los niños y adolescentes, y consideraron adecuada la intervención realizada por la municipalidad por las irregularidades de la institución.

La ocasión sirvió para que el Tribunal establezca que los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión deben ser 'probados'. No debe tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios, sino deben ser razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. Y que la prohibición debe ser la última *ratio* a la que puede apelar la autoridad administrativa o judicial para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto. Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentre debidamente motivado por autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el

derecho se restrinja sólo por causas válidas, objetivas y razonables, y en modo alguno más allá de lo que resulte estrictamente necesario.

El Tribunal Constitucional concluyó que la medida restrictiva adoptada, tanto a nivel judicial como municipal, debido a las distintas irregularidades que el local institucional ubicado en el distrito de Magdalena del Mar presentaba, no suponía afectación del derecho invocado. Y que era claro que han sido las propias instituciones estatales encargadas de alguna de las funciones constitucionales las que han considerado que la institución recurrente no había cumplido con el rol que el propio artículo 4º de la Constitución (protección del niño y el adolescente por el Estado y la comunidad) le reservaba¹⁷.

3. Licencias y fiscalización de discotecas

El presente caso es también conocido como el de la Discoteca Calle 8, y marcó un hito en el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al otorgamiento de licencias municipales a través del proceso de amparo y, precisamente, el reforzamiento de la autonomía y ejercicio de las competencias de las Municipalidades, debido a que era práctica común, que a través de decisiones judiciales se autorice o se “otorguen” licencias de funcionamiento a aquellos locales que habían sido clausurados por no contar con tales permisos¹⁸.

Aunque analizar en detalle lo resuelto en la referida sentencia excede el objeto del presente trabajo, estimamos conveniente precisar que, con posterioridad, los criterios establecidos en esta sentencia fueron elevados a la categoría de precedente constitucional a través de la STC 02802-2005-PA/TC, donde se fijaron los siguientes criterios:

- Que el derecho a trabajar libremente, en el ámbito del otorgamiento de una autorización municipal para el funcionamiento de un establecimiento comercial, resulta siendo accesorio respecto al derecho a la libertad de empresa.
- El derecho a la libertad de empresa se entiende como la capacidad de toda persona de poder formar una empresa y que esta

17 STC 06165-2005-HC/TC.

18 STC 03330-2004-AA/TC.

funcione sin ningún tipo de traba administrativa, sin que ello suponga que no se pueda exigir al titular requisitos razonablemente necesarios, según la naturaleza de su actividad, teniendo en cuenta las competencias de las municipalidades a que se refieren los incisos 8) y 4) del artículo 195° de la Constitución.

- Ello supone, que en el ámbito municipal, la libertad de empresa deberá ejercerse sobre dicha base constitucional, de lo que se concluye que el desenvolvimiento de este derecho estará condicionado a que el establecimiento tenga una previa autorización municipal.
- En ese sentido, teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del derecho a la libertad de trabajo, el Tribunal estimó que, en los casos vinculados al otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento de establecimiento, se vulnera la libertad de trabajo si es que no se permite ejercer el derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar.
- Por tanto, para poder reconocer el derecho a la libertad de empresa, debe acreditarse contar con la licencia de funcionamiento correspondiente de parte de la autoridad municipal; en caso contrario, no puede asumirse la afectación de dicho derecho fundamental; concluyendo que si un derecho fundamental no asiste a la parte demandante, la demanda deberá ser declarada necesariamente improcedente, en virtud de que, según el artículo 38.º del Código Procesal Constitucional, "(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo".
- Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, si existen dudas acerca de la actuación de los gobiernos locales al momento del otorgamiento o denegatoria de las licencias de funcionamiento, la parte afectada debe recurrir a la vía contencioso-administrativa, la cual cuenta con una adecuada estación probatoria. Es decir, sólo en los casos en que se sustente con claridad la afectación de un

derecho fundamental, se podrá analizar el fondo de la controversia planteada en una demanda de amparo.

- En el ámbito de competencia municipal, para desarrollar alguna de las actividades o servicios regulados por la administración municipal, y a fin de ejercitar válidamente el derecho a la libertad de empresa –y consecuentemente, de ser el caso, poder alegar la vulneración a la libertad de trabajo, como derecho accesorio–, se debe contar previamente con la respectiva autorización municipal, sea esta licencia, autorización, certificado o cualquier otro instrumento aparente que pruebe la autorización municipal para la prestación de un servicio o el desarrollo de una actividad empresarial, como pueden ser, a guisa de ejemplo: el otorgamiento de autorización de apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales; licencia o concesión de ruta para el transporte de pasajeros; certificado de compatibilidad de uso; licencia de construcción, remodelación o demolición; declaratoria de fábrica; certificado de conformidad de obra; licencia de funcionamiento; certificado de habilitación técnica y/o licencia para la circulación de vehículos menores.
- En consecuencia, siempre que en los casos antes reseñados se alegue la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de empresa y/o a la libertad de trabajo, y el demandante no cuente con la autorización municipal correspondiente –y de los actuados no se constate una manifiesta arbitrariedad en el accionar de la Administración, que vulnere algún derecho fundamental del administrado–, serán aplicables los criterios antes referidos, los cuales serían también aplicables a las demandas en las que se solicite la inaplicación, suspensión o nulidad de cualquier sanción o procedimiento administrativo o coactivo, derivadas de la falta de la correspondiente autorización municipal.
- Sin perjuicio de lo antes señalado, el Tribunal consideró que la demanda debía ser encausada a la vía contencioso-administrativa, la cual, para dirimir la controversia, cuenta con una adecuada estación para actuar los elementos probatorios presentados por las partes.

4. Mototaxis y derecho al trabajo

En este caso, el recurrente interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Tarma, a fin de que se declaren inaplicables el inciso a) del artículo 3 de la Ordenanza Municipal 006-2003-CMT, y el artículo 9 de la Ordenanza Municipal 018-2003-CMT, por vulnerar su derecho a la libertad de trabajo. Alegó que mediante dichas normas, a partir del 31 de marzo de 2004, solo podrían prestar el servicio de mototaxis aquellos vehículos menores que tengan una capacidad de cilindrada de 140 a 500 cm³. De manera que, en vista de que la capacidad de cilindrada de sus vehículos es inferior a 140 cm³, entonces no podrá prestar dicho servicio.

En este marco situacional, el Tribunal Constitucional comenzó su análisis invocando el inciso 8 del artículo 195 de la Constitución, que dispone que los gobiernos locales son competentes para regular las actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito. Asimismo, de acuerdo con el artículo 69 de la Ley 23853, vigente al momento de la expedición de las ordenanzas cuya aplicación se cuestionaba, las municipalidades, en materia de transporte colectivo, circulación y tránsito, eran competentes para regular el transporte urbano y otorgar las licencias o concesiones correspondientes de conformidad con los reglamentos de la materia, para regular el transporte colectivo y controlar el cumplimiento de las normas y requisitos legales, y para otorgar permisos para el uso de vehículos menores, tales como carretillas, bicicletas, triciclos y análogos.

Por tanto, para el Tribunal quedaba claro que la competencia de la Municipalidad Provincial de Tarma para regular el servicio de transporte urbano de pasajeros en vehículos menores, en el ámbito de la zona urbana y cercano de la ciudad de Tarma, no estaba en discusión, siempre y cuando se observe la Constitución y la Ley.

De manera más específica, y ya en el plano legal, también fue necesario remitirse a la Ley de Transporte Público Especial de Pasajeros en Vehículos Menores (Ley 27189), que reconoció la naturaleza del servicio de transporte público especial de pasajeros en vehículos menores, mototaxis y similares, complementario y auxiliar, como un medio de transporte vehicular terrestre.

En ese sentido, si bien la Municipalidad Provincial de Tarma era competente para regular el servicio especial de pasajeros en vehículos menores, y para otorgar las autorizaciones correspondientes dentro de su territorio, tal competencia debía ejercerse conforme a ley y a los reglamentos especiales del ámbito nacional. Así pues, el artículo 2 de la Ley 27189 establecía claramente que se consideran vehículos aptos para dicho servicio aquellas unidades de 3 (tres) ruedas, motorizadas y no motorizadas, especialmente acondicionadas para el transporte de personas.

Por ende, si las normas especiales de ámbito nacional, que regulan el servicio en cuestión, permiten la operación de vehículos motorizados y no motorizados, la limitación establecida por la Municipalidad Provincial de Tarma para que sólo los vehículos menores motorizados con capacidad de cilindrada de 140 cm³ a 500 cm³ puedan operar, resultaba irrazonable y contraria a la Ley 27189, toda vez que, según esta norma, incluso los vehículos no motorizados pueden prestar dicho servicio.

Además, el Reglamento de la Ley 27189 precisaba que la velocidad máxima de circulación de los vehículos menores no excederá de 30 kilómetros por hora. Es evidente que la finalidad de tal limitación se justificaba por razones de seguridad. En el presente caso, tal finalidad no se justificaba con la cuestionada ordenanza, por cuanto esta excluye a los vehículos menores no motorizados y a los motorizados con capacidad de cilindrada de 140 cm³, que justamente pueden circular a la velocidad exigida, puesto que su potencia es inferior a la exigida por la ordenanza cuestionada.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que la Municipalidad de Tarma había limitado el servicio de transporte público especial de pasajeros en vehículos menores motorizados o no motorizados en Tarma, vulnerando con ello el derecho al trabajo del recurrente, razón por la que declaró fundada la demanda, y por lo mismo, inaplicables al actor el inciso a) del artículo 3 de la Ordenanza Municipal 006-2003-CMT y el artículo 9 de la Ordenanza Municipal 018-2003-CMT¹⁹.

19 STC 00855-2005-AA/TC.

5. Taxis y libertad de tránsito

La Asociación de Taxistas de la Región de Trujillo interpuso demanda de hábeas corpus contra el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Trujillo, solicitando que cese la vulneración de su derecho a la libertad de tránsito. Dicha asociación sustentó su demanda en el hecho de que la emplazada, mediante la expedición sucesiva de dos Decretos de Alcaldía, había restringido la circulación de todo tipo de vehículos hacia el Centro Histórico de Trujillo con el pretexto de ordenar el tránsito y reducir los índices de contaminación en dicha zona.

Asimismo, alegaron que mediante la Ordenanza Municipal N.º 020-2004-MPT, se reguló el tránsito en la ciudad de Trujillo y se estableció un régimen especial para el Centro Histórico especificándose ciertas restricciones de acceso con el objeto de preservar la salud pública, el medio ambiente y disminuir los riegos de la contaminación. Luego, por un Decreto de Alcaldía se establecieron restricciones temporales (del 22 al 27 de septiembre del 2007) de acceso vehicular al Centro Histórico de la ciudad de Trujillo con el fin de “asegurar la participación de la ciudadanía y brindar seguridad a los alcaldes nacionales y extranjeros” que participarían en un seminario internacional. Al haberse ampliado la realización del seminario al 28 de septiembre del 2007, se expidió otro Decreto de Alcaldía que prorrogó las restricciones hasta el 8 de octubre del 2007, considerando además las reuniones de coordinación y razones de turismo de los visitantes. Posteriormente, y a través de otro Decreto de Alcaldía, se amplió esta restricción hasta el 31 de diciembre del 2007; en atención a la necesidad de tomar medidas para disminuir la contaminación acústica, visual y ambiental, así como el estrés urbano causado por el gran número de vehículos circulantes en el Centro Histórico.

El Tribunal apreció que si bien los decretos de alcaldía se habían expedido para un período determinado, de acuerdo a la información que obraba en autos, estas restricciones se mantenían pero por otro tipo de disposiciones; así, en el Cuadernillo del Tribunal Constitucional obraba la Ordenanza Municipal N.º 030-2007-MPT, que se expidió en atención a las diferentes peticiones de los vecinos que habitan y ejercen el comercio dentro del Centro Histórico de Trujillo.

La Constitución Política del Perú en el artículo 195 inciso 8, establece que una de las atribuciones de las municipalidades es la de “desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de salud, saneamiento, medio ambiente, transporte colectivo y circulación y tránsito”. En ese sentido, era evidente que la emplazada podía regular lo relativo al uso de los bienes públicos de propiedad del Estado. Asimismo, la Ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, señala en el artículo 42 que “Los decretos de alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal”. De acuerdo a los artículos antes señalados era claro que el alcalde se encontraba facultado para emitir los Decretos de Alcaldía cuestionados.

Si bien los decretos de alcaldía cuestionados restringieron el derecho a la libertad de tránsito, ello no implicaba necesariamente que esta situación sea arbitraria o irracional, pues como es sabido los derechos no son absolutos. En el caso bajo comentario, las restricciones obedecían a normas expedidas por la Municipalidad Provincial de Trujillo con el fin de proteger la calidad ambiental del Centro Histórico de la ciudad y recuperar su patrimonio arquitectónico; lo que a su vez supone la protección de otros derechos como el derecho a la vida y salud, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. Cabe señalar que según se apreciaba de los considerandos de la Ordenanza Municipal N.º 30-2007-MPT, las restricciones se habían flexibilizado en atención a los reclamos de los vecinos que habitan y ejercen el comercio en el Centro Histórico de Trujillo. Así, del análisis de los Decretos de Alcaldía cuestionados se concluyó que ha tenido lugar una modificación en el horario de restricción del tránsito vehicular, que al principio era de 8:00 a 23:00 horas, para luego variar de 8:00 a 21:00 horas. Asimismo, cabe señalar que el tránsito vehicular se viene desarrollando con normalidad por dicha zona los días sábados, domingos y feriados, conforme al artículo 2 de la precitada ordenanza.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda tras considerar que no se había vulnerado el derecho a la libertad de tránsito sino que, por el contrario, la restricción resultaba

justificada, siendo aplicable el artículo 2, *contrariu sensu*, del Código Procesal Constitucional²⁰.

6. Libertad de expresión y el caso de los periódicos en los kioscos

La Municipalidad Distrital de Lince, provincia de Lima, emitió la Ordenanza N.º 009-96-MDL, que estableció que la exhibición de publicaciones que contengan en primera plana imágenes de personas desnudas o semidesnudas, imágenes de parejas homosexuales y/o heterosexuales en actos carnales, imágenes de cadáveres, cuerpos mutilados que reflejen un carácter repulsivo, serán sancionadas. Esta ordenanza fue impugnada por la empresa que se dedicaba a la impresión del periódico *El Chino*.

Ante dicho conflicto, el Tribunal resolvió que no era constitucionalmente legítimo que mediante una ordenanza municipal se regule la libertad de información, opinión, expresión y difusión. Y es que, independientemente de la jerarquía o rango que ostente una ordenanza y que, en este caso, es igual al de una ley, es un hecho inobjetable que los efectos de ella no se aplican sobre todos los individuos que conforman la colectividad de un Estado, sino tan sólo aquellos que integran la respectiva circunscripción territorial. Por dicha razón, el TC consideró que aspectos concernientes a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, escrita o la imagen, sólo puede quedar librada al ámbito exclusivo y excluyente de la ley en sentido formal²¹.

7. Regulación sobre horarios de funcionamiento de establecimientos nocturnos

La Municipalidad Distrital de Miraflores, Provincia de Lima, expidió la Ordenanza N.º 212-2005, mediante la cual establecía un horario máximo de funcionamiento y atención de locales y establecimientos ubicados en lo que se conoce como la “Calle de las Pizzas” y otras zonas de influencia, indicando lo siguiente:

- De domingo a jueves hasta la 01:00 hrs del siguiente.

20 STC 05533-2008-HC/TC.

21 STC 0095-1998-AA/TC.

- Los días viernes, sábado y vísperas de feriados hasta las 02:00-hrs del día siguiente.

Los demandantes cuestionaron esta regulación, pues ella estaría restringiendo sus actividades comerciales, afectando con ello la libertad de empresa y la libertad de trabajo.

El Tribunal estableció que el objetivo de la medida cuestionada era la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquella donde la medida despliega sus efectos. Y es que el ruido que producen los locales y el desplazamiento de los transeúntes a altas horas de la madrugada ocasionaría una contaminación acústica, que afectaría el derecho de los vecinos a la tranquilidad y el ambiente adecuado.

Evidenciado el conflicto de derechos entre los vecinos y los negocios ubicados en la zona, el TC procedió a aplicar el *test de proporcionalidad* a la ordenanza cuestionada y así resolver la legitimidad constitucional de la misma. En primer lugar, el Tribunal sostiene que sí existe una relación de *idoneidad* entre la medida adoptada por la Municipalidad y la protección del derecho a la tranquilidad de los vecinos. De otro lado, la medida de horarios máximos de apertura de los locales, figura como *necesaria* en cuanto la restricción del horario constituye un medio eficaz que posibilita un entorno acústicamente sano, sin existir otro medio alternativo igualmente idóneo al adoptado por la Municipalidad. Por último, la *ponderación* efectuada entre los bienes constitucionales se inclina por optimizar en mayor grado el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en virtud de considerar que la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo resulta ser *leve*, puesto que no se trata de una limitación absoluta o total de tales derechos. En consecuencia, el TC declaró infundada la demanda en el extremo referido a la limitación de horarios de apertura de locales²².

8. Regulación de venta de alcohol (libertad de comercio, libertad de conciencia, tutela del consumidor)

El artículo 8 de la Constitución expresa que el Estado regula el uso de los tóxicos sociales. Esto es una obligación reforzada del Estado,

22 STC 007-2006-PI/TC.

pues por su naturaleza estos tóxicos no pueden ser regulados como cualquier otra mercancía, ya que el uso nocivo del alcohol trae consecuencias sumamente graves no solo para el individuo que lo consume, sino también para el resto de la sociedad.

A partir de tal mandato constitucional se emitió la Ley N.º 28681, que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas. Esta Ley tiene como objetivo establecer “el marco normativo que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas de toda graduación a efectos de advertir y minimizar los daños que producen a la salud integral del ser humano, a la desintegración de la familia y los riesgos para terceros, priorizando la prevención de su consumo, a fin de proteger, a los menores de edad” (subrayado agregado).

En el artículo 5 del Reglamento (Decreto Supremo N.º 012-2009-SA) se dispone que: “Las municipalidades de acuerdo a sus competencias y atribuciones, podrán aprobar ordenanzas que establezcan horarios de venta o expendio de bebidas alcohólicas [...]. En los casos que se establezcan limitaciones al horario, éstas se deberán sustentar en razones de seguridad o tranquilidad pública”.

Las sentencias más importantes en materia de regulación del comercio de ventas alcohólicas son la 3283-2003-AA/TC (Taj Mahal Disctoeque) y la 0850-2008-PA/TC (Saenz Valles). En la primera, se prohibió la venta y consumo de licor durante las 00:00 hrs del viernes santo hasta las 06:00 horas del sábado santo, en la ciudad de Huancaayo. En el segundo se analizó si es que la Municipalidad del Distrito de Comas, podía regular un horario límite para la venta de alcohol y si es que podía distinguir tal horario entre discotecas y licorerías²³.

Tales regulaciones suponen esencialmente una intervención en las libertades económicas cuya justificación descansaría en el orden público o subliminalmente en fundamentos religiosos. Las aristas de tales regulaciones también alcanzan a los derechos de los consumidores que ven restringida su libertad de comprar a cualquier hora las

23 Actualmente se encuentra en discusión el Exp. 016-2009-PI/TC en el que se cuestiona una ordenanza del distrito de Pichari, Cuzco, que establece que el desarrollo de actividades comerciales de pubs y discotecas a partir de las 15:00 hrs hasta las 22:00 hrs. y únicamente los días viernes, sábados y feriados.

bebidas alcohólicas que deseen. Veamos a continuación cada una de ellas.

8.1. El caso Taj Mahal Discoteque

Mediante la Ordenanza N.º 039-MPH, la Municipalidad de Huancayo prohibió la venta y consumo de licor en los bares, video pubs, discotecas, clubes nocturnos y similares desde la 00:00 horas del viernes santo hasta las 06:00 horas del sábado santo. La entidad demandante alegó que se estaba vulnerado su libertad de empresa y la libertad de conciencia y religión, puesto que se estaba imponiendo una “ley seca” por motivos religiosos.

Si bien el Tribunal desarrolló una serie de fundamentos sobre la libertad religiosa (a manera de marco conceptual, ff.jj. 13-26), la *ratio decidendi* descansó en otro bien constitucional. En efecto, el TC argumenta que en la ordenanza no se hace referencia expresa a razones religiosas sino a cuestiones referidas a la tutela del orden público. Afirma el TC que, en virtud de tal principio, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de libertad de los ciudadanos con el objeto de defender la paz o la seguridad y evitar la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De este modo, el Tribunal estimó que la prohibición tiene como elemento justificante la conservación del orden y la preservación de la seguridad ciudadana durante la celebración de un culto religioso que moviliza por las calles a miles de personas, puesto que la religión católica es mayoritaria.

De nuestra parte, creemos que a la sentencia le faltó establecer de manera más directa la *vinculación* de la medida adoptada por la Municipalidad con la preservación del orden público y no sólo atender a lo expuesto por el ente estatal o a lo señalado expresamente en la ordenanza. Y es que, parecen haber algunos datos que aluden a dicha desvinculación, como el hecho de que la prohibición se extendía a locales cerrados y en horarios (después de las 12 a.m.) donde ya no había posibilidad de entorpecimiento de la ceremonia religiosa. Por otro lado, de aplicarse el test de proporcionalidad, creemos que la medida adoptada no hubiera superado el *examen de necesidad*, ya que existían

varias otras medidas que podían implementarse a fin de evitar los disturbios invocados²⁴.

8.2. El caso Saenz Valles

La Ordenanza N.º 259-CDLO de la Municipalidad de Los Olivos regula la comercialización y consumo de bebidas alcohólicas en dicho distrito, disponiendo en su artículo 13 la prohibición de venta de bebidas alcohólicas envasadas para llevar entre las 23:00 y las 11:00 hrs. y la venta de bebidas alcohólicas para el consumo dentro del local entre las 02:00 hasta las 11:00 hrs. Asimismo, en el artículo 18 establece que ningún establecimiento del distrito podrá funcionar después del horario establecido, debiendo cesar todo tipo de actividad comercial en su interior y/o cualquier atención al público.

Tal medida fue cuestionada por un comerciante, quien alegaba que se estaba vulnerando su libertad de empresa y su derecho a la igualdad. De una parte, alegaba que se le estaba imponiendo una prohibición que implicaba que “de la noche a la mañana” ya no podía vender el alcohol que había comprado sobre la base de las proyecciones que había realizado con base en la anterior regulación. Asimismo, cuestionó la distinción realizada entre licorerías y bares frente a discotecas que vulneraba el principio de igualdad, ya que en estas últimas el límite horario eran las 02:00 hrs y no las 23:00 hrs. como el caso que era materia de impugnación.

El Tribunal consideró, en primer lugar, que el derecho afectado era en realidad la *libertad de comercio*, más que la libertad de empresa. Luego estableció una serie de consideración en torno a las consecuencias del consumo indiscriminado de alcohol, enfatizando la gravedad del fenómeno y recordando datos específicos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que asocia al uso nocivo del alcohol a la violencia familiar, accidentes de tránsito, ebriedad pública o absentismo laboral y conductas sexuales riesgosas lo que incrementaría el riesgo de infecciones de transmisión sexual. Se denota con ello la amplia problemática que presenta el consumo nocivo del alcohol, fenómeno que debe ser abordado a partir de diferentes ámbitos y políticas públicas, como pueden ser, acciones de sensibilización, políticas de prevención,

24 STC 3283-2003-AA/TC.

campañas contra la conducción bajo los efectos del alcohol y reducción de la disponibilidad de bebidas alcohólicas. En suma, lo que la norma pretende –de acuerdo al TC–, más que la “preservación del orden, la tranquilidad, la seguridad y las buenas costumbres de la niñez y la juventud”, es modificar patrones de consumo de bebidas alcohólicas y prevenir con ello el consumo masivo de bebidas alcohólicas.

Analizada la ordenanza cuestionada bajo el *test de proporcionalidad*, el Tribunal determinó que ésta cumplía con el *test de idoneidad*, por cuanto se estableció la conexión entre la medida, sus consecuencias y la finalidad de la misma, teniendo esta última una finalidad constitucional legítima, que es tutelar, preventivamente, la salud de la población. De otro lado, en cuanto al *sub criterio de necesidad*, se estipuló que, más que medidas alternativas, las campañas de toma de conciencia eran medidas complementarias, debido a la magnitud y a los diferentes factores que este problema abarca. Por último, en cuanto al *sub criterio de ponderación*, el Tribunal determinó que el grado de intensidad de intervención en la libertad de comercio se manifestaba sólo como *leve*, en la medida en que restringe en un determinado momento la venta de tales productos, mientras que los beneficios y la importancia de dicha medida se reflejan como de grado *medio*, quedando por tanto justificada la medida adoptada por la Municipalidad de Los Olivos.

De otro lado, acerca de la pretensión referida al principio de igualdad, el Tribunal entendió que la ordenanza estaba distinguiendo dos actividades que por su naturaleza eran efectivamente distintas, por lo que era legítimamente constitucional tal diferenciación. Y es que la consecuencia fáctica de no permitir el expendio de bebidas alcohólicas en establecimientos tales como licorerías a partir de las 23:00 hrs. es restringir el acceso a estos productos a bajo costo, ya que en los locales de venta para consumo dentro del local (léase discotecas o bares), por lo general, el costo de las bebidas alcohólicas suele ser más elevado.

Efectuando una evaluación de la evolución de la jurisprudencia del TC en este punto, podemos afirmar que en el caso de la Municipalidad de Los Olivos, la argumentación del Tribunal fue más esmerada, por cuanto no hizo una simple referencia a un bien constitucional tan amplio como el orden público, sino que indicó las relaciones que deben existir entre la regulación, sus efectos materiales

y la vinculación existente entre estos y la finalidad que pretende la norma²⁵.

9. Paralización de obra y derecho de propiedad y libre tránsito

En el mes de abril de 2009, Don Ángel Reyes Liñán interpuso demanda de hábeas corpus contra el Alcalde de la Municipalidad de Miraflores, don Juan Manuel Masías Oyaguren, el Gerente de Seguridad Ciudadana de la Municipalidad de Miraflores, don Juan Alberto Dulanto Arias, el Gerente de Autorización y Control de la Municipalidad de Miraflores don Juan Manuel Cavero Solano a fin de que cesen los actos perturbadores de la libertad individual contra él y su familia. Sostuvo el demandante que se había instalado, en la puerta de acceso del edificio donde se encuentra su inmueble, un puesto de vigilancia y control permanente mediante el cual el personal de Serenazgo de la Municipalidad de Miraflores y funcionarios del Área de Fiscalización y Obras Privadas le impedían el ingreso a su propiedad en virtud de una resolución de paralización de obra, y que ante su reclamo, le piden identificación y título de propiedad, tanto a él como a su familia, impidiéndole el ingreso a cualquier acompañante con el argumento de que pueden ser trabajadores que van a laborar en la construcción.

El Tribunal Constitucional resolvió la litis con sustento en el derecho de propiedad reconocido en el artículo 2, inciso 16 de la Constitución, y desarrollado en diferente jurisprudencia, donde se señala que la propiedad es el “poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”, por lo que resulta permisible el ingreso a cualquier persona que cuente con la autorización del recurrente como propietario del inmueble, pues de lo contrario se estaría obstaculizando el ejercicio de ese derecho; además, la obstrucción que realizan los emplazados al pedirles identificaciones y título de propiedad tanto al recurrente como a su familia e invitados cada vez que estos realizan el ingreso a su propiedad resultaría ser un acto arbitrario y lesivo del derecho del libre tránsito²⁶.

Lima, 08 de junio de 2010

25 STC 0850-2008-PA/TC.

26 STC 05134-2009-PHC/TC.

LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL CASO PERUANO*

Sumario: I. Introducción. II. Ausencia de una teoría sobre la racionalidad de la legislación: razones explicativas. 2.1. Razones explicativas de la ausencia de racionalidad de la legislación. 2.2. En defensa de la racionalidad legislativa: las tesis minimalista y maximalista. III. Un brochazo panorámico a la producción normativa en el Perú. 3.1. La Constitución como fuente del Derecho. 3.2. La producción de las constelaciones normativas reguladas por la Constitución. A) Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley: Las leyes en sentido material. 1. Las leyes de reforma constitucional. 2. Ley ordinaria. 3. Ley de Presupuesto de la República. 4. Ley de la Cuenta General de la República. 5. Ley Orgánica. 6. Resoluciones legislativas. 7. Tratados. 8. Reglamento del Congreso. 9. Decretos Legislativos. 10. Decretos de urgencia. 11. Las ordenanzas regionales. 12. Las ordenanzas municipales. IV. ¿Tiene el Perú un órgano consultivo que garantice mínimamente la calidad de la legislación? 4.1. Antecedentes históricos del Consejo de Estado en el Perú. 4.2. El Proyecto del Consejo de Estado en el régimen del Presidente Alejandro Toledo. V. Racionalidad legislativa en el Perú: primeros pasos. VI. Epílogo. El Tribunal Constitucional y la calidad de la legislación: los retos que se le presenta. 6.1. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional frente a la falta de calidad

* Ponencia presentada al Seminario Internacional "Función Consultiva y Calidad de la Legislación, la experiencia francesa, española y de la América andina", realizado en Bogotá los días 5, 6 y 7 de mayo de 2009. En coautoría con Roger Rodríguez Santander. Salió publicado en la Revista Jurídica *VOX IUDEX*, revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año II, N°03, Octubre de 2009.

legislativa: reglas para restaurar la coherencia normativa. 6.2. Las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional y la declaración de la inconstitucionalidad sobreviniente como formas de coadyuvar a la plenitud del sistema de fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Un fantasma recorre el mundo occidental, incluido América Latina; su recorrido viene generando una contaminación que es ya endémica en los actuales Estados contemporáneos. Nos referimos a la *hiperinflación legislativa*, al *legislador motorizado* (Zagrebelsky-Fix-Zamudio), a ese *mundo desbocado de leyes* (García de Enterría), a la *contaminación legislativa* (Antonio A. Martino), al *desbordamiento de las fuentes del derecho* (Perez Luño) y cuanto nombre y fraseo se pueda acuñar y utilizar para los gustos de los conceptuosos, de los analíticos, de los estetizantes; y cuantos académicos nos reunamos en seminarios internacionales para debatir, efectivamente la calidad de la legislación como un producto deseable que deberían tener, como *desideratum*, los sistemas jurídicos. Y es que la pretensión de impulsar una calidad idónea en las normas jurídicas, tiene como contrapartida que, las más de las veces, éstas no hacen sino sumar un mundo más complicado, dado que el legislador actual, ya no es el legislador que preconizara Rousseau, Montesquieu, Jeremy Bentham, sino estamos ante un legislador que norma lo inmedatista, lo coyuntural, lo mediático, en función al clientelaje político y a los requerimientos del momento.

El crecimiento desmedido de la ley y la imposibilidad de eliminar los residuos tóxicos (normas abrogadas, en su versión expresa o tácita, implicancias, contradicciones, aporías, vacíos, lagunas, antinomias, etc.), lleva a que el actual legislador, lo que hace es sumar una producción desproporcionada de leyes y la imposibilidad de saber cuáles están en vigor y eliminar la basura legislativa (normatividad caduca y/o derogada) que insiste en reciclarse con la normatividad vigente. En este marco situacional, se presenta esta magnífica oportunidad para quintaesenciar la experiencia peruana.

En los tiempos actuales, donde los regímenes democráticos y la cultura de los derechos humanos se encuentran asentados en casi todo el orbe, y donde la confianza en el triunfo de la democracia como régimen que contrasta con los regímenes dictatoriales y autoritarios es muy amplia; se podría creer, igualmente, que sus presupuestos ontológicos vivirían también una época dorada. Por muchas razones esta es una creencia que no resiste en muchos casos un contraste con la realidad fáctica.

En este contexto, uno de los presupuestos de las modernas democracias que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, atraviesa una endémica crisis estructural es la capacidad configuradora (diríamos hasta socialmente taumatúrgica) y reguladora de la ley. La fe que los revolucionarios franceses y sus epígonos en distintas partes de Europa y América tenían en la ley como entidad capaz de cambiar las estructuras de una sociedad y procurar felicidad y bienestar a los individuos se ha desvanecido. Muchos son los factores que han contribuido a esta pérdida de credibilidad en los atributos de la ley. Quizás uno de los más destacados sea el propio desprestigio de la política como ámbito en el cual se puede conformar de modo racional las normas que gobiernen adecuadamente a una sociedad. La aparición del Estado de partidos y la consecuente fragmentación de la razón pública en ideologías e intereses disímiles ha sido anotada, en este contexto, como la principal causa de dicho desprestigio. A ello se suma que en el caso del Congreso peruano los parlamentarios se preocupan por su imagen pública y tratan de ostentar un récord de iniciativas legislativas, viendo solo lo cuantitativo de sus propuestas legislativas y descuidando justamente la calidad y la pertinencia de lo que se pretende normar.

Sin embargo, más allá de estos factores que merman la calidad y el prestigio de la legislación, nos preocupa ver ciertos aspectos etiológicos e impulsar correctivos a partir del propio régimen político que tiene cada país. La pérdida de la capacidad regulativa de la ley, más allá de los problemas relacionados con su eficacia, se debe también a otra razón que ha sido apuntada como *crisis de inflación legislativa*. La confianza excesiva inicial en el legislador democrático y el tránsito de un Estado liberal a un Estado social y posteriormente a un Estado de bienestar, con el incremento desmesurado de competencias y la invasión excesiva del Estado en todas las esferas de la vida social, han sido las causas inmediatas de esta crisis. Como anota con perspicacia Eduardo García

de Enterría, resulta paradójico constatar cómo el triunfo de la ley en los albores del Estado moderno y su extendida supremacía en el siglo XIX ha llevado finalmente a la aparición de un mundo de leyes desbocadas que terminarían operando un ataque letal a aquel valor primordial que era el que justamente buscaba guardarse con el principio de legalidad: la seguridad jurídica.

En nuestro país, solo a modo de ilustración, podemos decir que el fenómeno de la hiperproducción legislativa se ve registrado en las 31631 normas con rango de ley que tiene el Perú a la fecha y cuyo guarismo empezó a rotularse a partir del año 1904. Como se sabe, dentro del esquema actual de cooperación y equilibrio de poderes, la función normativa o de legislación no ha sido encomendada exclusivamente al Parlamento, sino que dicha potestad se encuentra también encomendada al Poder Ejecutivo. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que, además de las leyes expedidas por el Congreso de la República y que pueden dividirse a su vez en leyes de desarrollo constitucional, leyes orgánicas y leyes ordinarias, además de las respectivas resoluciones legislativas, el Poder Ejecutivo puede emitir normas con rango de ley a través de los llamados decretos legislativos y decretos de urgencia, fuera de los decretos leyes que se expiden en situaciones excepcionales de gobiernos de facto y que pueden ser convalidados por los posteriores regímenes democráticos.

En este esquema de diversidad legislativa, tenemos que a la fecha¹ las leyes expedidas por el Congreso, entre resoluciones legislativas y leyes suman un total de 29335 normas que representa el 92.74% de la legislación, mientras que las normas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo son en total 2296 que representan el 7.26%, de las cuales 1203 corresponden a decretos de urgencia y 1093 a decretos legislativos. Y esto no incluye las normas con rango de ley emitidas por los gobiernos regionales (ordenanzas regionales) y gobiernos locales (ordenanzas municipales).

En lo que respecta a la inflación legislativa aludida líneas arriba podemos mencionar que, mientras en el año 1904 el número de leyes expedidas por el Parlamento llegó simplemente a 41, en el año 1950 el número de leyes emitidas en ese periodo fue de 314, y en el año 1980 la cantidad de leyes promulgadas llegó a 523. En el año 2008, si bien la cifra

1 Se aclara que la contabilización se ha tomado hasta el día miércoles 29 de abril del 2009.

de leyes ha disminuido a 135, debemos tener en cuenta que dicha producción legislativa del Parlamento es complementada con los decretos legislativos y los decretos de urgencia expedidos por el Poder Ejecutivo, que en el 2008 fueron 99 y 52 respectivamente, todo lo cual suma 286 normas con rango de ley en el periodo 2008 como producción legislativa. Todo esto sin contar la inmensa cantidad de normas de rango infralegal que día a día aparecen publicados en el Diario Oficial.

Existen muchas razones que pretenden explicar la producción normativa y su actual crisis en torno a la racionalidad y la calidad inherente que debería tener. Por lo pronto, aquí intentamos exponer tres razones que identifiquen la ausencia sobre la racionalidad de la legislación.

II. AUSENCIA DE UNA TEORÍA SOBRE LA RACIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN: RAZONES EXPLICATIVAS

Los estudios relacionados con la exigencia de garantizar la racionalidad del Derecho, usualmente han tenido como objeto de análisis la función de los órganos institucionalizados encargados de la interpretación-aplicación de las normas jurídicas, paradigmáticamente representados por los jueces y tribunales de justicia. No existen evidencias, sin embargo, de que la misma preocupación dogmática y doctrinal se haya centrado en el análisis de la *racionalidad legislativa*. La función de los Parlamentos, salvo ciertas excepciones, ha pasado desapercibida en el ámbito de los enfoques relacionados con la racionalidad técnica y material en la producción del Derecho. Si bien cada parlamento cuenta con comisiones técnicas que, como filtro controlan aspectos semánticos y de congruencia y coherencia, el tema se queda en el olimpo de un grueso vacío.

2.1. Razones explicativas de la ausencia de racionalidad de la legislación

Las razones del anotado descuido pueden ser de la más variada índole. Sin embargo, es probable que todas ellas, directa o indirectamente, puedan ser agrupadas en algunas de estas tres categorías: política, teórica y funcional.

a) **Razones políticas**

La ley ha sido históricamente el paradigma de la ideología democrática. Se trata de la fuente jurídica enarbolada por el *racionalismo ilustrado*; una fuente capaz (así se creía) de plasmar en la positividad del Derecho, los derechos naturales a los que el ser humano, supuestamente, era capaz de acceder por medio de la razón². De ahí que el proceso encaminado al entendimiento de que la validez de la ley se encuentra también condicionada a su compatibilidad material con la Constitución, se encuentra aún en etapa de concreción en el escenario de las jurisdicciones de los países de tradición romano-germánica. Atendiendo a esta premisa, y mientras la democracia tuvo como principal opositor ideológico al comunismo, era complejo apreciar e ingresar en el análisis de las deficiencias empíricas y/o consubstanciales al modelo democrático. Sus virtudes debían darse por presupuestas si de enfrentar eficientemente a la ideología comunista se trataba. En otros términos, los estudios debían concentrarse, fundamentalmente, en la determinación y exaltación de las deficiencias políticas, económicas y sociales del modelo comunista, lo que en buena medida impedía detenerse en profundizar en las propias debilidades del planteamiento democrático y sus principales presupuestos, entre los que destacaban, la supuesta racionalidad legal y la institucionalización del principio representativo a través de procedimientos sustentados, a su vez, en otro principio emblemático de las democracias, a saber, el principio mayoritario.

De esta forma, es sólo a partir de la estrepitosa caída de la ideología comunista verificada en el año 1989 que los países democráticos han comenzado a mirar la propia casa, y han pasado a advertir que el ideal democrático está lejos de ser tal³, pues existen una serie de

2 Como bien ha afirmado H. Krüger, hasta finalizada la segunda guerra mundial, en el ámbito de los países de Europa continental, los derechos fundamentales eran válidos sólo en el marco de la ley, mientras que sólo luego la ley será válida en el marco de los derechos fundamentales (KRÜGER, H.: *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandell & Ruprecht in Göttingen, 1950, p. 12).

3 A. Calsamiglia, llevaba razón al afirmar que “[d]esde 1989, la democracia ha sido desafiada desde su interior. Si comenzamos a analizar los ideales políticos de la democracia y de su realidad, encontraremos muchos problemas que permanecen irresueltos. Puede argumentarse que el camino hacia la democracia ha comenzado, pero que no ha alcanzado sus objetivos principales. Por supuesto, mucha gente estaba preocupada por la realización de los ideales democráticos antes de

presupuestos que a la luz de los resultados teóricos y prácticos bien merecen ser puestos en entre dicho. Y entre ellos, que duda cabe, se encuentra la supuesta racionalidad de la legislación.

b) Razones teóricas

Otra de las razones que explicarían la desatención relacionada con la racionalidad de la legislación, reside en el hecho de que, desde la perspectiva del positivismo jurídico teórico – corriente de pensamiento que durante tantos años hizo fortuna en Europa continental –, no existe mérito para cuestionar la legislación en sí misma. Tal como afirma Prieto, desde este enfoque, «el legislador es un soberano absoluto (democrático o no) cuyas decisiones no pueden ni deben ser discutidas, al menos en sede de dogmática jurídica o teoría del Derecho: la ley es la ley y difícilmente puede ensayarse una explicación científica o racional sobre su objeto, las normas dictadas por el poder político, que descansan de forma exclusiva en una voluntad»⁴. Bajo este criterio se defendió la tesis de que el orden jurídico debe estudiarse en su contenido y no más allá de sus fronteras, siendo de este modo más interesante auscultar la racionalidad que justifica la aplicación de la norma legal, mas no aquélla que le haya servido de presupuesto y que justifica su existencia⁵.

En otras palabras, bajo el auspicio de los dogmas del positivismo teórico, no se creía conveniente incorporar criterios de control *ex ante* de la racionalidad de las leyes, sino sólo *ex post*, y, en cualquier, caso atinentes sólo a justificar su aplicación en uno u otro sentido, mas no para justificar su existencia.

1989, pero el desafío provenía no sólo de la falta de realización, sino también de los valores alternativos del comunismo” (CALSAMIGLIA, A.: “Constitucionalismo y democracia”, en H. Hongiu Koh y R. Slye (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 166).

4 PRIETO, L.: “Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional”, en *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5 - 6.

5 *Ibidem*.

c) **Razones funcionales**

Desde otra perspectiva se ha sostenido que, desde un punto de vista funcional, ley y racionalidad son conceptos incompatibles entre sí debido a que el escenario de la formación de la ley es uno eminentemente político, por lo que los intereses y las negociaciones que la preceden obedecen a impulsos diametralmente reñidos con la racionalidad, en contraposición a lo que ocurre en el ámbito del poder jurisdiccional. Es así que mientras los legisladores pretenden congregarse o mantener una mayoría de votos, lo que no necesariamente les permite atender a las razones, sino a las voluntades de masa, los jueces atenderían a las razones que respaldan las pretensiones con prescindencia del *quantum* social volitivo que subyace a tales requerimientos⁶. Mientras los legisladores no tienen un deber de independencia frente a la injustificación de los requerimientos sociales, los jueces tienen el deber de guardar independencia frente a toda fuerza que sea ajena al Derecho. Mientras en el ámbito legislativo no existe institucionalizado un deber de audiencia ciudadana, en los estrados judiciales no existe decisión válida sin conceder la debida audiencia que enriquezca la deliberación y el contradictorio al interior del proceso. Mientras las decisiones legislativas se desenvuelven en el marco del principio de oportunidad, las decisiones jurisdiccionales lo hacen bajo el principio de *iuris prudentia* que implica no sólo la ausencia de una competencia de oficio sino desenvuelta y circunscrita dentro del marco de la litis planteada. Mientras el principio de alternancia en el poder y las distintas ideologías políticas permitidas en el amplio escenario democrático, generan que las distintas representaciones políticas en el gobierno no tengan un deber genérico de coherencia con el pasado, los jueces se rigen por el deber de coherencia con el pasado sustentado en el principio-derecho de igualdad y en el principio racional de universalización⁷, usualmente concretizados

6 En ese sentido, L. Sager sostiene que “los representantes políticos elegidos responden inevitablemente, en un grado que no es marginal, al poder de los votos o del dinero, en lugar de a la fuerza de la pretensión de determinado individuo o grupo de que el derecho está de su parte” (SAGER, L.: *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 204).

7 ALEXY, R.: *Teoría de argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ra. edición ampliada, traducción de C. Bernal, Pales-

a través del instituto del precedente vinculante. Mientras el hecho de que la labor legislativa nazca y se agote en la abstracción no permite conocer los casos que pudiesen representar excepciones implícitas a la aplicación de las normas, los jueces al conocer los casos desarrollan su función bajo las directrices del discurso racional práctico⁸.

Toda esta gama de consideraciones daría lugar —se sostiene— a que el discurso de la racionalidad resulte singularmente compatible con la labor de los tribunales de justicia, y, *contrario sensu*, resulte singularmente alejado de los elementos subyacentes a la decisión legislativa.

d) Razones técnicas

Por otra parte, la función legislativa, de un tiempo a esta parte, ha requerido tornarse cada vez más en una función altamente técnica. Los imperativos del Estado social, que requieren una presencia estatal y concretamente administrativa, cada vez más fuerte, han llevado a que la labor legislativa requiera ser, en alta medida, una legislación de detalle, y, consecuentemente, de rápida volatilidad. Ello ha generado que los Parlamentos se muestren inermes ante la exigencia del dictado de normas con un alto grado de tecnicismo, motivo por el cual son cada vez más las ocasiones en las que se requiere la participación de las oficinas técnicas del Poder Ejecutivo, emitiendo decretos legislativos, en ejercicio de competencias normativas delegadas, o requiriendo la participación directa de la Administración Pública, a través del dictado de reglamentos. De esta forma, la ley ya no encuentra un espacio claro de acción entre una Constitución altamente indeterminada y una normativa reglamentaria altamente técnica y detallada.

tra, Lima, 2007, pp. 265 y ss.

8 De modo concluyente, y en la línea de lo expuesto, Aguiló resume las diferencias entre el ejercicio normativo del legislador y el del juez, recordando que en el caso del legislador es a instancia propia, no limitado al desarrollo puntual de la competencia, no vinculado a un deber de coherencia con el pasado, y no vinculado por un deber de independencia; mientras que en el caso de juez la creación normativa se ejerce siempre a instancia de parte, se agota en el ejercicio de la competencia, está vinculada por un deber de coherencia con el pasado y debe realizarse acorde con el principio de independencia (AGUILÓ, J.: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 121 - 123).

Ello ha llevado a Pérez Luño a sostener que estamos ante la presencia de una «hipostenia legislativa»⁹.

A este problema debe sumarse el de la desconcentración orgánica de la legislación, consecuencia de los procesos de descentralización, ya culminados o en vías de consolidación, que han caracterizado a la mayoría de democracias contemporáneas. Ello ha generado que los centros de producción se difuminen regionalmente en el ámbito de los distintos Estados, lo cual ha dado lugar a la derivación de un amplio margen del competencias legislativas a los órganos legislativos de las distintas regiones, y dejando a los Parlamentos nacionales sólo competencias legislativas con relación a materias genéricas o de alcance general.

En definitiva, las exigencias de los Estados sociales descentralizados han situado a los Parlamentos en una *crisis de identidad competencial* tanto desde un punto de vista material como desde un punto de vista orgánico. Y los intentos del Legislativo orientados a aminorar esta problemática los sitúan ante un doble riesgo. El primero consistente en pretender reemplazar la función normativa de los reglamentos a través de una legislación de detalle. Como bien afirma Prieto, en este caso, el problema no consiste en que el reglamento reemplaza a la ley, sino que «ejerce sobre ella un efecto mimético»¹⁰, generándose lo que García de Enterría ha denominado un «mundo de leyes desbocadas»¹¹. Mientras que el segundo riesgo consiste en invadir las competencias o atribuciones de los órganos legislativos regionales con la consecuente violación de los criterios constitucionales de reparto competencial.

Este cúmulo de situaciones, desde luego, generan un margen importante de escepticismo en relación con las posibilidades de dotar de racionalidad a la legislación de los Parlamentos nacionales.

9 PÉREZ LUÑO, A.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 81. Así

10 PRIETO, L.: "Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional", en *Ley, principios, derechos*, op. cit., p. 27.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas Madrid, 1999.

2.2. En defensa de la racionalidad legislativa: las tesis minimalista y maximalista

Pues bien, enunciadas las principales razones que habrían llevado a la ausencia de una profundización en lo que podría denominarse una *teoría de la legislación*, cabe sostener que ninguna de ellas, por sí sola o en conjunto, permite justificar que dicho abandono se mantenga por demasiado tiempo más. En efecto, en el caso de las razones políticas, ellas se sustentan, fundamentalmente, en la presencia de una rivalidad ideológica histórica (democracia *vs.* comunismo), que a estas alturas de los acontecimientos debiera darse por superada. Con relación a las razones teóricas, como se señaló, ellas se sustentan en una forma de positivismo (el teórico) que, como se encargó de poner en evidencia Bobbio, no permite dar cuenta de la operatividad de los Estados constitucionales actuales¹². Por su parte, las razones técnicas describen un problema de importantes alcances, pero que, por ello mismo, requiere profundizar en una teoría de la racionalidad legislativa que permita a los Parlamentos alcanzar el difícil equilibrio que implica actuar conforme al principio de generalidad de las normas, pero a su vez representar una guía lo suficientemente estricta para que las normas reglamentarias no sean representantes en una totalidad del mundo de lo *extra legem*, o peor aún, de lo *contra legem*.

Finalmente, las razones funcionales acaso permitirían justificar una diferencia gradual entre los criterios materiales de control de la labor legislativa y la labor judicial, pero no una distinción absoluta. Desde luego, esta última afirmación, requiere algún desarrollo. A ello se dedican las próximas líneas.

Aunque en la actualidad existe cierto consenso en afirmar que es posible exigir y diseñar algunos mecanismos que permitan garantizar cierto margen de racionalidad a las leyes, el referido consenso ya no está presente cuando se trata de definir los elementos que permitirían concretizar dicha exigencia. Es así que en el marco de este diferendo han surgido de las denominadas tesis minimalista y maximalista. La tesis minimalista sostiene que la racionalidad se encuentra referida a la exigencia de optimizar los medios para conseguir los fines legislativos,

12 BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico*, traducción de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 145 y ss.

pero sin que sea posible exigir racionalidad en el contenido de éstos. De esta manera, en el marco de la tesis minimalista es posible exigir al legislador, en primer término, una *racionalidad lingüística*, entendida como un control de la cualidad del texto legislativo (del lenguaje por él utilizado) para transmitir el mensaje respectivo.

En segundo término, se acepta la posibilidad de exigir una *racionalidad de la eficacia o la adecuación*, entendida como el control de la cualidad de la norma para alcanzar, a través de la medida escogida y regulada, el fin perseguido. La posibilidad de verificar esta racionalidad, no sólo se traduce en una prognosis abstracta de la posibilidad de consecución del objetivo, sino en un análisis sociológico o empírico *ex post* que permita controlar en los hechos la efectiva producción y concreción del fin normativamente trazado.

En tercer lugar, la tesis minimalista propugna también una *racionalidad eficientista* concebida como el deber de lograr los fines normativos propuestos por el Parlamento por vía de uso de los medios menos onerosos tanto desde un punto de vista económico y humano. En tal sentido, el logro efectivo de los objetivos legislativos a costa de una pérdida económica injustificada o del sacrificio de tiempo o esfuerzo humano injustificado, permitiría sostener la irracionalidad de la medida legislativa adoptada. Desde luego, en este aspecto, determinadas corrientes del pensamiento, como, por ejemplo, la economía o el análisis económico del Derecho, cumplen un rol fundamental.

Como puede apreciarse, en todas las manifestaciones o las exigencias de la tesis minimalista, se encuentra ausente el elemento ético. En efecto, todas ellas son exigencias técnicas susceptibles de ser analizadas en sus resultados desde un punto de vista científico. Ello se explica en la medida de que en la defensa de la tesis minimalista subyace un marcado escepticismo ante la posibilidad de ejercer controles mínimamente rigurosos sobre la base de exigencias morales. De esta forma, no sólo supone una crítica marcada contra cualquier forma de cognoscitivismismo u objetivismo moral, sino también contra toda tesis que sostenga la posibilidad de alcanzar ciertos consensos éticos sobre la base de la dialéctica intersubjetiva, lo cual es justamente defendido por las modernas (y las no tan modernas) teorías de la argumentación jurídica.

Frente a la tesis minimalista, la maximalista sostiene que la racionalidad legislativa (así como la judicial) reposa en último término en la justificación ética de los fines legislativos. Y siendo que el rostro de la moral en los Estados constitucionales está representado por el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, los cuales, tal como ha defendido G. Peces-Barba, son representantes tanto de una positividad básica como de una moralidad básica¹³, en definitiva, la racionalidad legislativa se encuentra sujeta a un control preventivo de la compatibilidad de los medios y los fines legislativamente perseguidos con el contenido de los derechos fundamentales.

Evidentemente, en este punto surge una vez más la duda de si es exigible este tipo de racionalidad justificativa a la ley que emana, paradigmáticamente, del mundo de las voluntades políticas y no de las razones jurídicas. En realidad, abordar este tópico implica, ante todo, una toma de posición en relación con la posibilidad o no de justificar racionalmente juicios de valor en el ámbito del Derecho. Y es que una respuesta negativa con relación a este cuestionamiento conllevaría necesariamente el abandono de la tesis maximalista. No obstante, nosotros somos de la idea de que dicha posibilidad es viable en la medida de que, en el marco de una adecuada teoría de la argumentación jurídica, se respete, cuando menos, estos tres elementos: 1) Debe ser una valoración que se desenvuelva sobre una moralidad *reconocida jurídicamente*. 2) Debe manifestarse en una confrontación de razones normativas cuya existencia y peso se hagan *explícitas* en la fundamentación jurídica. 3) Debe estar presidida por el *principio de universalidad*, conforme al cual hay que interpretar y aplicar el Derecho de acuerdo con criterios a los que, por considerarlos correctos, se acudirá nuevamente en los futuros casos sustancialmente análogos.

Si el razonamiento legislativo respeta estos criterios (y así debe ser), no se ve por qué él tendría que resultar incompatible con la racionalidad. Es cierto que no se tratará de una racionalidad que busque fundamentar una moral *objetiva*, pero sí de una racionalidad que busque fundamentar una moral *correcta*. Se trata en consecuencia de afincarse en un no-cognos-

13 PECES-BARBA, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández y Á. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 36 y ss.

citivismo prescriptivista¹⁴, en el que el legislador no tiene por qué ser visto como un paladín de las demostraciones científicas, sino como el guía de una deliberación en base a razones compatibles con la Constitución y los derechos fundamentales.

Tal como ha sostenido G. Marcilla, «[s]i se admite la posibilidad de justificar intersubjetivamente juicios de valor, parece una contradicción afirmarla sin ambages para los espacios de discrecionalidad del jurista aplicador del derecho y negarla en términos absolutos para el legislador»¹⁵.

Ahora bien, tampoco se trata de caer en la ingenuidad de creer que los alcances de los controles racionalidad pueden presentarse en los mismos términos tanto en el ámbito de la judicatura, como en el ámbito de los legisladores. La racionalidad instrumental para alcanzar la racionalidad ética en cada uno de estos escenarios definitivamente tendrá que ser distinta, merced a la distinta operatividad y funcionalidad que les caracteriza. Pero una cosa es sostener ello y otra muy distinta sostener que a los Parlamentos no es posible exigirles ciertos márgenes de racionalidad ética en los procesos de producción legislativa. Si así fuese, no quedaría más remedio que aceptar que el legislador está sometido a los derechos fundamentales sólo en la medida de que un control posterior ejercido por un tercer órgano así lo determine, pero no en la medida de que tales derechos actúen de modo vinculante también en el ámbito mismo de la función congresal, y esta tesis, desde luego, no es de recibo en el marco de los Estados Constitucionales.

En definitiva, tal como ha referido M. Atienza, la distinción entre la actuación del contenido de los derechos fundamentales en escenario legislativo y en el judicial «radica en una cuestión del énfasis: ni la racionalidad legislativa se interesa sólo por la racionalidad teleológica, ni la racionalidad en la aplicación del Derecho obedece exclusivamente al modelo normativo o jurídico formal. La racionalidad ética opera en ambos casos como el último nivel de racionalidad.

14 Sobre el no-cognoscitivismo prescriptivista, DORADO, J.: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico, Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2004, p. 27.

15 MARCILLA, G.: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 285.

Los niveles de la racionalidad instrumental pueden estar organizados de manera diferente en el momento de la legislación y en el de la aplicación, pero, en cualquier caso, la racionalidad instrumental está subordinada a la ética»¹⁶.

En el caso peruano, no existe un aparato estructural e institucionalizado al interior del Congreso de la República, que permita efectuar un control de la racionalidad legislativa en sus distintas manifestaciones, sea de carácter lingüístico, teleológico, eficientista o ético. Ello, desde luego, evidencia un serio problema para coherencia material y la eficiencia del Estado Constitucional y sus instituciones. No obstante, existen ciertos pasos que comienzan a darse con miras alcanzar dichos objetivos. Se trata de pasos aún no del todo firmes, pero que denotan un cambio de actitud y una cierta preocupación por alcanzar la racionalidad legal.

III. UN BROCHAZO PANORÁMICO A LA PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL PERÚ

Lo que sigue a continuación es el desarrollo de las fuentes normativas con *rango de ley* –aunque se partirá de la Constitución– y que son las que inequívocamente deben estar ínsitas de una calidad en su producción normológica que garantice una vigencia y eficacia y que afirme una plenitud en el sistema jurídico. No comprendemos, por ello, a las fuentes normativas infralegales como son fundamentalmente la producción reglamentaria del Ejecutivo a través de los decretos supremos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones directorales, directivas, circulares y oficios. Tampoco interesa para los efectos de las fuentes normativas con rango de ley otro tipo de sectores como son: la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, la autonomía de la voluntad (el contrato) y la doctrina.

3.1. La Constitución como fuente del Derecho

Desde la superación del viejo *concepto político* de Constitución al actual *concepto normativo*, el cual entiende a la Constitución como norma jurídica, hoy se puede decir que la Constitución es la fuente de fuentes

16 ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 99.

de un sistema jurídico y la fuente fundamental y fundamentadota de un sistema político. En consecuencia es norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las constelaciones normativas¹⁷.

El reconocimiento de la Constitución como *norma jurídica vinculante* y directamente aplicable, constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Así lo ha entendido el Tribunal en diversos fallos¹⁸.

Igualmente, el Tribunal identificando a la Constitución como fuente de derecho nacional expresó en su momento que “La Constitución (...) termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto”¹⁹.

Del mismo modo el Tribunal identificando a la Constitución como fuente de fuentes se ha pronunciado en otro fallo señalando que la Constitución “(...)ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional”²⁰.

Siguiendo en esta misma línea de pensamiento, el TC ha sostenido que “en efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la

17 DE OTTO, Ignacio: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 7ª reimpresión, Ariel, Barcelona, 1999, p. 76.

18 STC 0014-2003-AI/TC, FJ 2, párrafos 1 y 2.

19 STC 0014-2003-AI/TC, FJ 2, párrafo 4.

20 STC 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19.

norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)²¹.

Finalmente, el TC peruano ha determinado el carácter de fuentes de fuentes de la Constitución teniendo como elementos de dicha definición las siguientes:

- Crea los órganos encargados de la producción normativa.
- Otorga competencias materiales.
- Determina los procedimientos para la elaboración normativa.
- Establece los límites materiales para la elaboración normativa.
- Impone los contenidos normativos²².

2.2 La producción de las constelaciones normativas reguladas por la Constitución

La calidad de la normatividad en un Estado Constitucional pasa por revisar como se consagra en sede constitucional la producción de los diversos tipos de normas que conforman el sistema jurídico. Así, existen:

A) Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley: Las leyes en sentido material

En el presente caso, la calidad de la legislación básicamente en el Perú debe incidir en un conjunto de normas que van a tener el rango de ley, aún cuando su producción emane de distintos órganos legisferantes. Veamos:

El TC aprovechando de la estructura de las sentencias constitucionales utiliza la técnica de los *obiter dicta* para conceptualizar princi-

21 STC 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19.

22 STC 00047-2004-AI/TC, FJ 11.

pios o categorías involucradas en las controversias que resuelve. Así, respecto a la “ley” como fuente de derecho el TC ha precisado que:

“Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan”²³.

A partir de la categoría de “ley” el TC peruano ha desarrollado una *tipología* a partir teniendo en cuenta determinados criterios jurisprudenciales como la fuente o la forma normativa²⁴. Veamos.

1. Las leyes de reforma constitucional

Esta categoría incide en una ley que materializa la reforma de la Constitución y su identificación parte del supuesto que ha sido una ley ordinaria sujeta a un procedimiento especial previsto en el art. 206 de la Constitución.

23 STC 0008-2005-PI/TC, FJ 9.

24 Por lo pronto, con matices si se quiere el Reglamento Interno del Congreso prescribe en el artículo 72 la siguiente producción de normas de carácter de ley, acaso como una clasificación por materias: a) Leyes ordinarias; b) Leyes de reforma de la Constitución; c) Leyes orgánicas; d) Leyes presupuestales y financieras, incluyendo las de tratamiento tributario especial a que se refiere el último párrafo del artículo 79 de la Constitución Política; e) Leyes autoritativas de legislación delegada; f) Leyes de amnistía; g) Leyes demarcatorias; h) Resoluciones legislativas; i) Resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso.

2. Ley ordinaria

Es la expedida por el Congreso de la República (inciso 1 del artículo 102 de la Constitución) y su modo de producción está regulado por los artículos 105, 107, 108 y 109 de la Constitución. En rigor puede normar cualquier materia, con excepción de las reservadas a la ley orgánica conforme al artículo 106 de la Constitución y las que sean materia exclusiva de los gobiernos regionales o municipales.

3. Ley de Presupuesto de la República

Los artículos 78, 79 y 80 de la Constitución especifican las particularidades del modo de producción de la Ley de Presupuesto; se trata por ello de una ley distinta a la ley ordinaria y a la ley orgánica.

4. Ley de la Cuenta General de la República

El artículo 81 de la Constitución establece el procedimiento para la aprobación de este tipo de ley con características especiales.

5. Ley Orgánica

Es expedida por el Congreso de la República y su modo de producción debe cumplir los requisitos formales y materiales previstos en el artículo 106 de la Constitución. Con relación a los requisitos formales dicho artículo dispone:

“Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier proyecto de ley y para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

Sobre los requisitos materiales el mismo artículo 106 prescribe:

“Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya

regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución”.

6. Resoluciones legislativas

Se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreta. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley. Tienen rango de ley porque el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución y el artículo 4 del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homóloga a la ley.

En efecto, el artículo 102, inciso 1 de la Constitución establece que son atribuciones del Congreso de la República dar resoluciones legislativas. Conforme al artículo 72 del Reglamento del Congreso, mediante el procedimiento legislativo, se aprueban “resoluciones legislativas” y “resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso”. Por tanto, existen dos tipos de resoluciones legislativas, cuyas particularidades deben ser distinguidas en el presente apartado.

El artículo 75 del mencionado reglamento establece que las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable. Conforme al artículo 76 del mismo Reglamento, las reglas para la presentación de proposiciones de resoluciones legislativas son las siguientes:

- a) Las proposiciones de resolución legislativa presentadas por el Poder Ejecutivo estarán referidas a:
 - Aprobación de tratados conforme al artículo 56.º de la Constitución.
 - Concesión de la prórroga del estado de sitio, la que deberá contener la nómina de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende, conforme al inciso 2.º del artículo 137.º de la Constitución.
 - Autorización del ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República sin afectar la soberanía nacional, conforme al inciso 8.º del artículo 102.º de la Constitución.

- Declaración de guerra y firma de la paz conforme al inciso 16.º del artículo 118.º de la Constitución.
 - Autorización al Presidente de la República para salir del país, conforme al inciso 1.º del artículo 102.º de la Constitución.
- b) Las proposiciones de resolución legislativa presentadas por los Congresistas no podrán versar sobre:
- Viajes al exterior del Presidente de la República, prórroga del estado de sitio, aprobación de tratados internacionales, autorización del ingreso de tropas extranjeras ni declaración de guerra y firma de la paz.

En términos generales, puede afirmarse que las materias citadas son las reguladas por las resoluciones legislativas del primer tipo, mencionadas en el artículo 72º del Reglamento del Congreso, cuya numeración es correlativa a la de las leyes y que en la actualidad consta de cinco dígitos. Asimismo, mediante este tipo de resoluciones legislativas se conceden pensiones de gracia y se nombra a los directores del Banco Central de Reserva y al Defensor del Pueblo.

Con relación a las resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso, conviene anotar que una de sus características es que su numeración corresponde a cada año y que se les denomina resoluciones legislativas del Congreso. Estas, además de aprobar las normas reglamentarias internas, también se usan, debido a la práctica parlamentaria, para aprobar, entre otras cuestiones, los siguientes:

- Modificaciones al Reglamento del Congreso.
- La agenda legislativa del período anual de sesiones.
- Delegación de facultades legislativas a la comisión permanente.
- Nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional.
- Declaración de la vacancia del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo y del Contralor General de la República.
- Declaración de la formación de causa conforme al artículo 100.º de la Constitución.

- Imposición de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.
- Autorización al Presidente del Congreso de la República para desempeñar comisiones extraordinarias de carácter internacional.

Las resoluciones legislativas, de ambos tipos, son aprobadas por el pleno del Congreso, pero también lo pueden ser por la comisión permanente.

7. Tratados

Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

Como puede colegirse, implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional.

Los tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, *modus vivendi*, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc.

El tratado como forma normativa en el derecho interno tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (por ejemplo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados -negociación, aprobación y ratificación) se rige por el derecho internacional público.

Los artículos 56 y 57 de la Constitución distinguen internamente a los tratados celebrados por el Estado peruano de la manera siguiente:

- a) *Tratados con habilitación legislativa*: Su contenido afecta disposiciones constitucionales; por ende, deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificados por el Presidente de la República.
- b) *Tratados ordinarios*: Son los que específicamente versan sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional u obligaciones financieras del Estado. Igualmente, se encuentran comprendidas bajo dicha denominación aquellos tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Estos tratados deben ser necesariamente aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República.

- c) *Convenios internacionales ejecutivos*: Son aquellos que el Presidente de la República puede elaborar o ratificar o adherir sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, puesto que se refieren a materias no contempladas para los tratados ordinarios.

La Constitución señala que, efectuado el acto de celebración, ratificación o adhesión presidencial, se debe dar cuenta al Congreso.

A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55 de la Constitución dispone: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.

Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55 de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma

establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55 de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

8. Reglamento del Congreso

El artículo 94 de la Constitución dispone que: “El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)”. A partir de esta configuración en sede constitucional, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

“(…) tal como lo establece expresamente el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, este Colegiado es competente para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso. En efecto, toda diferencia doctrinaria que pudiera existir respecto al lugar que ocupa el Reglamento del Congreso en el sistema de fuentes del derecho, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la propia Carta Fundamental, en la disposición recién citada, ha establecido que dicha norma tiene rango de ley. Se trata, pues, de una fuente primaria del derecho y, como tal, sólo se somete a la Constitución”²⁵.

25 STC 0006-2003-AI/TC, FJ 1.

En igual sentido, el TC manifestó respecto al Reglamento del Congreso, que este no sólo tiene fuerza de ley, sino también naturaleza de ley orgánica. Así, el TC manifestó que:

“(…) la estructura y funcionamiento de los Poderes del Estado gozan de reserva de ley orgánica de acuerdo a los siguientes criterios. En el caso del Congreso de la República, prima facie, debe considerarse que, conforme al artículo 94 de la Constitución, el Congreso de la República se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica. Sin embargo, es pacífico asumir que dicho reglamento goza de naturaleza equivalente a la ley orgánica”²⁶.

9. Decretos Legislativos

Esta forma normativa de fuente con rango de ley está prevista en el artículo 104 de la Constitución, que establece:

“El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo”.

El decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Como ya se precisó con anterioridad, los artículos 104 y 101, inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma

26 STC 0022-2004-AI/TC, FJ 1.

constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por ello, la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitada directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podía darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104.º de la Constitución.

10. Decretos de urgencia

Respecto de esta fuente normativa, el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución establece que corresponde al Presidente de la República:

“Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a los requisitos formales y materiales para la expedición de los Decretos de Urgencia, estableciendo que:

“En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123º de la Constitución), mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contempla-

do en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91° del Reglamento del Congreso”²⁷.

Del mismo modo, el TC ha establecido enfáticamente un conjunto de requisitos materiales que deben habilitar la producción de este tipo de normas:

“(…) la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre “materia económica y financiera.

Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales”²⁸.

Si bien es cierto que los requisitos formales y materiales son indispensables para la producción de los decretos de urgencia, el Tribunal Constitucional también ha reconocido la existencia de determinados criterios para evaluar, caso por caso, si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación para la expedición del decreto de urgencia respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución y por el inciso c) del artículo 91 del Reglamento del Congreso. Tales criterios son:

27 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 60.

28 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 59.

- “a) *Excepcionalidad*: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegio sustancialmente comparte- que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).
- b) *Necesidad*: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) *Transitoriedad*: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) *Generalidad*: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad”²⁹.

Finalmente, el artículo 74 de la Constitución dispone que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Debe tenerse presente que, conforme al artículo 135 de la Constitución, esta forma normativa con rango de ley será la que el Poder Ejecutivo use para legis-

29 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 60.

lar en el interregno parlamentario, y de ella dará cuenta a la Comisión Permanente para que la examine y la eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

11. Las ordenanzas regionales

El artículo 191 de la Constitución dispone que los gobiernos regionales tienen autonomía política. El inciso 6 del artículo 192 de la Constitución establece que los gobiernos regionales son competentes para dictar normas inherentes a la gestión regional. A su turno, el inciso 4 del artículo 200 de la Norma Suprema confiere rango de ley a las normas regionales de carácter general.

Por tanto, sobre la base de su autonomía política, los gobiernos regionales se constituyen en los órganos productores de normas regionales de carácter general con rango de ley, las cuales en nuestro sistema de fuentes se denominan ordenanzas regionales, conforme al artículo 37 de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Regiones. Al respecto, el artículo 38 de la misma ley señala que:

“Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia”.

Con relación a los gobiernos regionales como órganos productores de normas con rango de ley, el TC ha expresado que:

“La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente, a la LBD y a la LOGR”³⁰.

Como complemento de lo arriba expuesto, el Colegiado Constitucional ha indicado que:

30 STC 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), FJ 58.

“Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta”³¹.

Por último, en referencia a su validez, el TC ha precisado lo siguiente:

“En tal sentido, la validez de las ordenanzas regionales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido tanto en la LBD como la LOGR, por lo que forman parte del parámetro de control en la presente causa”³².

12. Las ordenanzas municipales

El artículo 194 de la Constitución dispone que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local y tienen autonomía política. A su turno, el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución confiere rango de ley a las ordenanzas municipales. Consecuentemente, la facultad normativa de las municipalidades que se deriva de la autonomía política también las convierte en órganos productores de normas generales en el ámbito de sus competencias. La ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, dispone en su artículo 40 que:

“Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa munici-

31 STC 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), FJ 61.

32 STC 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), FJ 68.

pal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia”.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

“La fuerza o el valor de ley de estas normas se determina por el rango de ley que la propia Constitución les otorga –artículo 200°, inciso 4 de la Constitución–. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía”³³.

Ha valido este extenso recorrido y que hemos tomado del propio Tribunal Constitucional toda la producción normativa con rango de ley y que debe presuponer un resultado altamente técnico y de “calidad total”, no solo en cuanto a las políticas legislativas que tienen los parlamentos en el mundo, sino también de lo que apuntaba Jeremy Bentham, la presencia permanente de una *nomografía*: “el arte de escribir las leyes”.

En este sentido, el TC peruano, por lo menos, a partir de la sentencia glosada 0047-2004-AI/TC del 24 de abril del 2006 ha realizado un esfuerzo no sólo para entender las tipologías de normas con rango de ley sino que, sin proponérselo ha cumplido un rol meritorio frente a la presencia de la hiperproducción legislativa que afecta el principio de ordenación del sistema de fuentes, conforme veremos al final de esta ponencia.

33 STC 0003-2004-AI/TC, FJ 7.

IV. ¿TIENE EL PERÚ UN ÓRGANO CONSULTIVO QUE GARANTICE MÍNIMAMENTE LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN?

4.1. Antecedentes históricos del Consejo de Estado en el Perú

El Perú históricamente sí contó con un Consejo de Estado, vinculado principalmente a la actuación del Poder Legislativo y sus antecedentes se remontan a la Constitución de Cádiz de 1812 que ya comprendía a un Consejo de Estado como Consejo del Rey y cuya función principal era emitir dictámenes sobre los asuntos gubernativos más importantes y sobre la sanción u oposición a las leyes expedidas por las Cortes³⁴.

Igualmente lo apreciamos en el Estatuto Provisional de 1821, del General don José de San Martín, en la Sección Cuarta, artículos 1 a 6, y cuyas funciones fueron: dar su dictamen al Gobierno en los casos de difícil deliberación, examinando los grandes planes de reforma que tuviese en contemplación el Protector, hacer sobre ellos las observaciones que mejor consulten el bien público, y proponer las observaciones que mejor consulten el bien público, y proponer los que sean ventajosos a la prosperidad del país³⁵.

Ya en su vida republicana lo apreciamos en la Constitución de 1828 cuya regulación se estableció entre los arts. 92 al 94, y en cuyo art. 94, inciso 2 se precisó para lo que aquí nos interesa que era atribución de este Consejo prestar su voto consultivo al Presidente de la República en los negocios graves de gobierno³⁶.

De modo idéntico, en la Constitución de 1834, el Consejo de Estado estuvo regulado entre los artículos 96 al 106, disponiéndose en el artículo 101, inciso 1 que era atribución del Consejo de Estado “prestar necesariamente su voto consultivo al Presidente de la República en to-

34 MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *La Constitución de 1812 y el primer liberalismo español*, Cátedra Fadrique Furio Cerriol - Universidad de Valencia, Valencia, 1978, pp. 342 y ss.

35 PAREJA PAZ-SOLDÁN, José: *Las Constituciones del Perú (Exposición, crítica y textos)*, Antecede Prólogo de Manuel Fraga, Edición Cultura Hispánica, Madrid, 1953, p. 417.

36 PAREJA PAZ-SOLDÁN, José: op. cit., p. 526.

dos los negocios sobre que le pida su dictamen". Lo que aquí puede diferenciar esta disposición constitucional de la anterior es que la opinión consultiva del Consejo ya no se toma como una potestad discrecional del Presidente, sino que dicha opinión era obligatoria.

Por su parte en la llamada Constitución de Huancayo de 1839, la institución del Consejo de Estado se reguló en los artículos 96 al 110 y se establecieron entre sus principales atribuciones las siguientes:

- 3ª.- Prestar su dictamen en los casos en que el Presidente lo pidiere.
- 10ª.- Dar al Congreso razón detallada de sus dictámenes y resoluciones.
- 11ª.- Dar su dictamen al Presidente de la República sobre los proyectos de ley que juzgare conveniente presentar al Congreso, y sobre las observaciones que hiciere a los que éste le pase.

En el siglo XX la única Constitución que regularía, aún cuando lacónicamente, el Consejo de Estado sería la Constitución de 1920, en cuyo artículo 134 se establecería lo siguiente: "Habrá un Consejo de Estado compuesto de siete miembros nombrados con el voto del Consejo de Ministros y con aprobación del Senado. La ley fijará los casos en que el Gobierno deba oír su opinión y aquellos en que no puedan proceder contra ella".

Por último, se podría mencionar que en la Constitución de 1933, entre los artículos 180 y 182 se regularon Comisiones consultivas y Consejos Técnicos, que si bien no eran en sentido técnico un Consejo de Estado, cumplían aunque a nivel de Ministerios una función similar a la de éste.

4.2. El Proyecto del Consejo de Estado en el régimen del Presidente Alejandro Toledo

En el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006), el Ministerio de Justicia presentó un documento siendo el Ministro Baldo Kresalja, cuyo documento de estudio N° 003-2004/JUS rotulado "El Consejo de Estado y su posible implementación en el Perú" de julio del 2004, planteaba la necesidad de incorporar esta institución y que tenía dos alternativas: hacer que el Consejo de Estado sustituya a la jurisdicción contenciosa

administrativa, o crear un tribunal de casación de tribunales administrativos.

Con todo, este proyecto no prosperó, por lo que a la fecha no existe técnicamente un órgano autónomo de naturaleza consultiva en nuestro país.

No obstante, en el Reglamento Interno del Congreso existe internamente la Dirección General Parlamentaria que es un órgano independiente de la Oficialía Mayor del Congreso y que tiene entre sus responsabilidades el trámite de las proposiciones parlamentarias y la supervisión y redacción de los Diarios de Debates y el Acta del Pleno, donde se verifica un control de la calidad legislativa.

V. Racionalidad legislativa en el Perú: primeros pasos

Si cualquier usuario ingresa a la red de información que existe en Internet se podrá apreciar que en diversos parlamentos, entre los que destaca actualmente Italia y en América Latina, Argentina; vienen impulsando severas políticas de reordenar el crecimiento desmedido de la ley a fin de hacer más viable el sistema de fuentes que garanticen una mayor eficacia en la regulación de las sociedades civiles. En tal perspectiva, el Congreso peruano bajo la presidencia del Javier Velásquez Quesquén ha decidido igualmente hacer un responsable esfuerzo para solucionar este grave problema de la inflación normativa.

En consecuencia, ha sido el propio Parlamento quien ha creado una comisión que si bien es de naturaleza transitoria, en parte se encuentra involucrada con la problemática de la calidad legislativa.

En efecto, a finales del año 2008 se creó en el Congreso de la República un Grupo de Trabajo dentro de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos denominado "*Grupo de Trabajo de Racionalización del Trabajo Legislativo*", integrado por los Congresistas Santiago Fujimori Fujimori (coordinador), Aurelio Pastor Valdivieso y Cayo César Galindo Sandoval, cuyo principal objetivo es conducir el proceso de consolidación del espectro normativo peruano, es decir, por un lado, depurar las normas dejadas sin efecto y, por otro, integrar, simplificar y sistematizar las demás normas del ordenamiento jurídico peruano a fin de obtener un consolidado que no ascienda a más de 5000 normas. Asimismo, este Grupo de Trabajo busca plantear algunas propuestas para mejorar

la técnica legislativa y racionalizar el trabajo legislativo. Es la primera vez en la historia republicana del Perú que se lleva a cabo un proceso de ordenamiento de la normatividad nacional. Nunca antes se hizo. En consecuencia estamos ante un trabajo herculeano equiparable, en parte, al proyecto del "Digesto Argentino"³⁷.

Ahora bien, la formalización del trabajo que se viene realizando se concretó, inicialmente, en un Anteproyecto de Ley que giraba, básicamente, sobre los siguientes ejes:

1. Normas derogadas explícitamente
2. Normas derogadas implícitamente
3. Normas que caducaron, entre las que se incluye:
 - autorizaciones de viaje al Presidente de la República,
 - autorizaciones para el ingreso de personal militar y/o armamento extranjero,
 - leyes de delegación de facultades al Ejecutivo para legislar sobre diversas materias.
4. Cláusula de no taxatividad, es decir, queda expresamente establecido que el listado de leyes que contenga la futura Ley es uno de naturaleza abierta y no supone la existencia de una relación cerrada de normas.

Y tomando en cuenta los distintos ejes del Anteproyecto de Ley, se elaboró un primer listado de normas que, incluso, fue publicado con fecha 17 de diciembre de 2008 en una Separata Especial del el diario oficial "El Peruano", el mismo que arrojó un total de 2,788 normas. Sin embargo, debe indicarse que ni en el aludido Anteproyecto ni en el listado publicado se consideró todas aquellas normas no vigentes de carácter general expedidas por los distintos organismos públicos, ni las ordenanzas emitidas por los gobiernos regionales y locales, toda vez que serán

37 El Congreso argentino sancionó la Ley del Digesto que autoriza la reordenación de todas las leyes (Ley 24.967). Según Antonio A. Martino constituye "una ópera ciclópea parecida al Digesto Justineano y si bien se trata de ordenar y no legislar, ordenar es menos neutro y más prolífico de lo que generalmente se piensa" (Vid. MARTINO, Antonio A.: "El digesto argentino. Una oportunidad para no perder", en la dirección electrónica www.salvador.edu.ar/digesto.htm).

ellos mismos los que realicen su propio listado a fin de incorporarlo en una de las relaciones que publique el Congreso.

Finalmente, el pasado 16 de abril ingresó a la Oficina de Trámite Documentario del Congreso de la República el Proyecto de Ley que ha sido signado con el N° 3175-2008-CR, que se denomina “Ley que inicia la consolidación del espectro normativo peruano” y que recoge casi en su totalidad el contenido del Anteproyecto. Esta iniciativa ha sido suscrita por 14 legisladores pertenecientes a las nueve bancadas parlamentarias. Propone en una primera lista la depuración de 2, 789 normas con rango de ley, la misma que está distribuida de la siguiente manera:

	TIPO DE LEYES	TOTAL
NORMAS DEROGADAS EXPLICITAMENTE	Leyes, Resoluciones Legislativas y Decretos Leyes	1596
	Decretos Legislativos	189
	Leyes Regionales	20
	Decretos Supremos expedidos al amparo de facultades delegadas	22
	Decretos Supremos extraordinarios	7
	Decretos de Urgencia	81
	Normas con fuerza de ley	6

	TIPO DE LEYES	TOTAL
NORMAS DEROGADAS IMPLICITAMENTE	Leyes, Resoluciones Legislativas y Decretos Leyes	498
	Decretos Legislativos	30
	Leyes Regionales	6
	Decretos Supremos expedidos al amparo de facultades delegadas	1
	Decretos Supremos Extraordinarios	14
	Decretos de Urgencia	2

	TIPO DE LEYES	TOTAL
NORMAS CADUCAS	Autorizaciones de viaje al Presidente de la República	212
	Autorizaciones para el ingreso de personal militar y/o armamento extranjero	59
	Leyes de delegación de facultades al Ejecutivo para legislar sobre diversas materias	46

Es decir, el proyecto de Ley propone la depuración del 9%, aproximadamente, de más de 30 mil normas legales vigentes desde 1904, que fue el año en que apareció la ley con el número 1³⁸.

Asimismo, debe señalarse que el coordinador del Grupo de Trabajo de Racionalización ha indicado que la segunda lista comprenderá 4017 normas legales y la tercera 5 mil normas legales caducas, siendo la meta purgar 21 mil normas con rango de ley.

¿Cuáles han sido las acciones que ha diseñado el Grupo de Trabajo para llevar a cabo la tarea de racionalización³⁹?

1. Iniciar un **proceso de consolidación de la legislación nacional**; para lo cual:
 - Impulsarán la confección de un inventario de la normatividad con rango de ley (**TAREA CULMINADA**).
 - Establecerán los parámetros iniciales de un proceso de sistematización legal destinado a la antedicha consolidación (**TAREA CULMINADA**).

38 Al respecto debe señalarse un dato de interés particular, y es que en el año 1920 el entonces Presidente de la República, Augusto B. Leguía, dictó un decreto en el que disponía que la ley siguiente tendría el número 4000 porque tenía el deseo de marcar con una cifra “redonda” el establecimiento de una nueva época. Sin embargo, recién estábamos en el número 3095, por lo que con tal disposición se saltaba 905 números que quedaron vacíos, produciéndose un hueco legislativo.

39 Los datos que se consignan como desarrollo de este punto, obedecen a la información publicada por el propio Congreso de la República en su portal institucional: www.congreso.gob.pe

- Impulsarán la clasificación de la normatividad con rango de ley, para determinar qué normas se encuentran vigentes o perdieron vigencia en su totalidad; así como otros criterios que permitan un procesamiento progresivo de la legislación (**TAREA CULMINADA**).
 - Impulsarán propuestas legislativas destinadas a la consolidación de la legislación
 - Impulsarán la confección de estudio(s) del impacto económico y cultural que tendría para el país un proceso de consolidación de la legislación.
 - Promoverán la participación general de la población y sus instituciones, especialmente las involucradas en el quehacer jurídico, para aprovechar sus eventuales aportes sobre el tema; sea mediante foros, mesas redondas o de discusión, invitaciones a participar en los trabajos de consolidación de la legislación, u otros.
2. Efectuar la **evaluación del estado de las herramientas legales informáticas propias con que cuenta el aparato legislativo para la producción de leyes**; para lo cual:
- Determinarán el estado en que se encuentra el Archivo Digital de la Legislación Peruana, para establecer cuál es su utilidad actual o los requerimientos o vacíos de que adolece, impulsando su suplencia (**TAREA CULMINADA**).
 - Impulsarán el relanzamiento del citado Archivo Digital de la Legislación Peruana
3. **Explicitar los criterios básicos de técnica legislativa y de racionalización del trabajo legislativo**, que se requieren para evitar una “inflación” o profusión de disposiciones con rango de ley, así como que éstas mantengan una concordancia ordenada; para lo cual:
- Promoverán la realización de un foro cuando menos con la participación de las diferentes asesorías del Congreso, Comisiones y Congressistas en general, a fin de unificar criterios de técnica legislativa.

- Impulsarán propuestas legislativas destinadas a racionalizar la labor legislativa en lo referente a técnicas legislativas y a la reformulación de las denominaciones de las leyes, adecuándolas al Reglamento Interno del Congreso de la República y la Constitución Política del Perú.

VI. EPÍLOGO. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN: LOS RETOS QUE SE LE PRESENTA

Los tribunales constitucionales normalmente ejercen función de naturaleza jurisdiccional, por lo que no les corresponde ejercer función consultiva; esto es, resuelven controversias a partir de procesos constitucionales que giran en torno a la tutela y a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, como son para nuestro caso, el hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento; y por otro lado, -y esto es lo que interesa para el presente caso- ejercitan el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes que, eufemísticamente es una forma de afirmar material y formalmente la calidad de la legislación, a fin de que ésta tenga encaje con la Constitución.

En tal sentido, lo que hace el TC es ser el garante supremo de la constitucionalidad de las leyes y frente a la presencia de un legislador motorizado en donde se presentan normas en términos contradictorios que afectan la plenitud hermética, lo que hace el TC es impulsar técnicas no sólo declarando inconstitucional determinadas normas, sino aplicando las técnicas de las sentencias interpretativas, en donde reconoce ya que la norma tiene dos aspectos que son la disposición lingüística que es donde gira en parte la calidad de la redacción del texto, y por otro la norma en sentido estricto, siendo esta última la que es objeto de exégesis.

El TC peruano ha establecido como *obiter dicta* un conjunto de ideas fuerza que deben estar presente cuando nos encontramos ante los vacíos o deficiencias de las leyes. Así ha establecido, un conjunto de posiciones doctrinales que las ha sistematizado respecto a la coherencia normativa que debe existir en un sistema jurídico.

6.1. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional frente a la falta de calidad legislativa: reglas para restaurar la coherencia normativa

En la STC 0047-2004-AI/TC, el TC ha entendido que el ordenamiento jurídico supone un conjunto de normas vigentes vistas en su ordenación formal y en su unidad de sentido.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico está compuesto por una diversidad de disposiciones o normas producidas por diversas *fuentes*, muchas de las cuales pueden llegar a contraponerse afectando la coherencia del ordenamiento. Por ello existen en todo ordenamiento, principios o criterios para subsanar estos conflictos. Desde el punto de vista del momento en que se realiza la coherencia, se distingue:

- (a) Criterios que realizan la coherencia en el momento de producción del Derecho. Y entre ellos,
 - 1.º los que conciernen directamente a la validez de los actos normativos y sólo indirectamente a la de las disposiciones o normas producidas por ellos (es el caso del criterio de competencia).
 - 2.º los que están directamente relacionados con la validez de las normas y disposiciones jurídicas (es el caso del criterio de jerarquía).
- (b) Criterios que realizan la coherencia en el momento de aplicación del Derecho. Son aquellos que versan directamente sobre las relaciones entre los distintos tipos de normas válidas y que, por tanto, operan sólo en el momento de aplicación del Derecho, especialmente en la aplicación judicial (es el supuesto de los criterios de especialidad, cronológico y de prevalencia).

En consecuencia, habrían hasta tres principios que realizan la coherencia.

- a) Principios que resuelven las antinomias.
- b) Principio de jerarquía.
- c) Principio de competencia.

Por razones de espacio y por la pertinencia del tema que aquí se aborda, interesa fundamentalmente desarrollar los principios que re-

suelven las antinomias, dado que una de las manifestaciones de la falta de la calidad en la legislación aparte de los aspectos semánticos de sus disposiciones es justamente la cuantiosa producción que se oponen y contradicen entre sí, llegándose hoy a sostener en palabras de Gustavo Zagrebelsky que hoy el legislador ya no es el señor del Derecho, sino el juez; en tal perspectiva, frente a un *legislador motorizado* que produce una ubérrima legislación, los jueces tienen ciertas pautas que, el TC peruano las ha quintaesenciado en 10 reglas que son aplicables para la resolución de las antinomias. Veamos:

a) *Principio de plazo de validez*

Esta regla señala que la norma tiene vigencia permanente hasta que otro precepto de su mismo o mayor nivel la modifique o derogue, salvo que el propio texto hubiere establecido un plazo fijo de validez.

Excepcionalmente, puede presentarse el caso que una norma quede sin valor legal alguno, como consecuencia de una sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Este principio se sustenta en lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución y en el artículo 1° del Título Preliminar del Código Civil, que señalan que: “La ley solo se deroga por otra ley”.

b) *Principio de posterioridad*

Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103 de la Constitución y en el artículo 1 del Título Preliminar del Código Civil.

c) *Principio de especificidad*

Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico.

En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis non derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial).

Este criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas.

d) *Principio de favorabilidad*

Es una regla solo aplicable a materias de carácter penal, y supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución.

e) *Principio de envío*

Esta regla es aplicable en los casos de ausencia de regulación de un hecho, por parte de una norma que debió contemplarlo. Ante ello, se permite o faculta accionar a otro precepto que sí lo prevé. Debe advertirse que este principio solo se cumple cuando una norma se remite expresamente a otra, para cubrir su falta de regulación. Es el caso de las normas del Título Preliminar del Código Civil.

f) *Principio de subsidiariedad*

Esta es una regla por la cual un hecho se encuentra transitoria o provisionalmente regulado por una norma, hasta que se dicte o entre en vigencia otra que tendrá un plazo de vida indeterminado.

g) *Principio de complementariedad*

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento.

h) Principio de suplementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regulado por una norma base, que otra posteriormente amplía y consolida. En puridad, el segundo precepto abarcará al primero sin suprimirlo. Tal el caso de lo establecido en el artículo 25° de la Constitución que señala que la jornada ordinaria de trabajo fijada en ocho horas diarias o de cuarenta y ocho horas semanales, puede ser reducida por convenio colectivo o por ley.

i) Principio de ultractividad expresa

Esta regla es aplicable cuando el legislador determina de manera expresa que recobra vigencia una norma que anteriormente hubiere quedado sin efecto.

En este sentido, la parte in fine del artículo I del Título Preliminar del Código Civil la ha recogido con suma claridad.

j) Principio de competencia excluyente

Esta regla es aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante.

Dicho principio se aplica de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil.

6.2. Las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional y la declaración de la inconstitucionalidad sobreviniente como formas de coadyuvar a la plenitud del sistema de fuentes

Finalmente, otra forma en que el TC coadyuva en auspiciar una idónea calidad en la legislación tanto en los órganos legislativos como los demás órganos que tienen atribuciones legislativas como el Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales, es echar mano a la técnica de las llamadas “*sentencias exhortativas*”, en donde a partir de un caso que, por regla general, deriva de un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal

utiliza la exhortación a fin de solicitar al órgano emisor de la norma involucrada que adecue determinada materia normativa a fin de que guarde una coherencia y constitucionalidad en nuestro sistema de fuentes.

No se descarta, eventualmente la posibilidad de declarar la figura de la *inconstitucionalidad sobreviniente* cuando una norma primigeniamente constitucional y que fue expedida bajo los marcos de una Constitución y luego ésta es sustituida por otra carta fundamental que ya no le otorga validez a la primigenia norma, los tribunales pueden declarar la figura de una inconstitucionalidad sobreviniente y con ello depurar los productos tóxicos que forman parte de la contaminación legislativa.

En síntesis, el fantasma que recorre a los legisladores generando epidemias y contaminaciones al sistema de fuentes, bien puede encontrar antídotos utilizándose una reingeniería constitucional a fin de que se dicten leyes claras, concisas y eficaces.

Lima, 01 de mayo de 2009

CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO. NA- VEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*

Sumario: 1. Excurso introductorio. 2. La enigmática triada del poder y su legitimidad. 3. Acerca del control constitucional y sus presupuestos. 4. Características generales del control constitucional en la jurisdicción constitucional peruana. 5. La autopercepción del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional. 6. El control constitucional de las leyes de reforma constitucional. 7. El control constitucional de la facultad normativa del Poder Ejecutivo y de las prerrogativas presidenciales. 7.1. El control constitucional de los decretos de urgencia. 7.2. El control constitucional del derecho de gracia presidencial. 8. El control constitucional de las decisiones del Poder Judicial. 8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial. 8.2. El control de la motivación. 8.3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario. 9. El control constitucional de los actos del Ministerio Público. 10. El control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. 11. El control constitucional de las

* El presente ensayo se elaboró en homenaje al distinguido jurista y politólogo mexicano Diego Valadés. El trabajo se publicó en el segundo volumen de *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, Peter Häberle y Domingo García Belaunde (Coordinadores), 2 volúmenes, UNAM, México, 2011. Por razón de espacio no se publicaron los ítem 13 y 14, que aquí se insertan. Igualmente ambos volúmenes se han publicado en versión peruana bajo el sello editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Incluye un Liminar de Luis Cervantes Liñán y una Nota Preliminar de José F. Palomino Manchego, Lima 2012 (nota de enero de 2013).

resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. 12. El control constitucional de la jurisdicción militar. 13. El control constitucional de la jurisdicción arbitral. 14. El control constitucional de los actos discrecionales de la Administración Pública, un caso especial: el control de la Administración Tributaria.

1. EXCURSO INTRODUCTORIO

El fenómeno del poder y, en especial, el poder político, ha sido objeto de diversas vertientes disciplinarias¹; la politología lo estudia desde el punto de vista fáctico, o sea, lo enfoca tal como es²; en cambio, el Derecho Constitucional más bien pretende normar jurídicamente el ejercicio del poder³ bajo bases racionales y legítimas⁴. La filosofía política concurre igualmente a desbrozar el poder pretendiendo establecer que ella se ejercite bajo un sistema de valores éticos⁵.

Los politólogos⁶ sostienen que una definición aparte de harto conocida, sea quizás una de las más idóneas, es la desarrollada por Max Weber (1864-1920), que describe el poder como: “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa

-
- 1 MIRÓ QUESADA, Francisco: *Ciencia Política. Actualidad y perspectivas*, Cuadernos Biblioteca Peruana de Ciencia Política, Lima, 1976.
 - 2 BEALEY, Frank: *Diccionario de ciencia política*, Traducción de Raquel Vásquez Ramil, Editorial Istmo, Madrid, 2003, pp. 63 y 323-325. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco: *Diccionario de Política*, 15ª edición, Siglo XXI Editores, México, 2007, pp. 1190-1202.
 - 3 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Derecho Constitucional y Ciencia Política (a propósito de la relación entre fenómeno jurídico y fenómeno político), en *Constitución y Política*, Cuadernos Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1981, pp. 15-18; 2ª edición, Lima, 1991, pp. 13 y ss.
 - 4 BIDART CAMPOS, Germán J.: *El poder*, Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 188-189.
 - 5 BOBBIO, Norberto: *Norberto Bobbio: El filósofo y la política. Antología*, Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 144 y ss. Vid. igualmente el colectivo *[Re]pensar a Bobbio*, Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte (Coordinadores), UNAM – Siglo XXI, México, 2005.
 - 6 SÁNCHEZ AZCONA, Jorge: *Reflexiones sobre el poder*, UNAM, México, 1997, vid. especialmente el capítulo “Marx y Weber, un estudio comparativo en la metodología de las ciencias”, pp. 93 y ss.

probabilidad”⁷. En este mismo contexto, el pensador alemán alude al concepto de *dominación* que lo entiende por “la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”⁸; y conceptualiza a la *disciplina* como “la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática”⁹. A partir de estas nociones, concluye en que:

1. El concepto de *poder* es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de *dominación* tiene, por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un *mandato* sea obedecido.
2. El concepto de *disciplina* encierra el de una obediencia habitual por parte de las masas sin resistencia ni crítica¹⁰.

2. LA ENIGMÁTICA TRÍADA DEL PODER Y SU LEGITIMIDAD

Karl Loewenstein, al describir la anatomía del proceso del poder político, indica que existen tres incentivos que acompañan la cotidianidad de la vida del hombre en la sociedad y que rigen la totalidad de las relaciones humanas: el *amor*, la *fe* y el *poder*. En el arcano del tiempo la historia pasa siempre revista de que esta trimembre vinculación ha estado siempre presente de una manera misteriosa. Así, el poder de la fe mueve montañas y el poder del amor es el vencedor en todas las batallas; pero es ínsito en el hombre el amor al poder y la fe al poder. Loewenstein expresa que la historia muestra como el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hombre, y como el poder a su miseria¹¹.

7 WEBER, Max: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Edición preparada por Johannes Winkelmann y Nota Preliminar de José Medina Echavarría, 2ª edición en español, 16ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 43.

8 WEBER, Max: *Economía y sociedad*, op. cit., p. 43.

9 *Ibidem*.

10 *Loc. cit.*

11 LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 1982, p. 23.

La política no es sino la permanente lucha por el poder y el hombre lo vivencia y lo experimenta, tanto como detentador del poder o como destinatario del poder¹². A ello se suma que las sociedades contemporáneas detentan una “ideología del deseo” expresada en una “cultura de la avidez y de la insatisfacción”¹³.

Valgan las líneas precedentes para reflexionar a propósito del magnífico libro del profesor Diego Valadés respecto a la problemática del control del poder, en cuyo contenido y desde la perspectiva del mundo hispanohablante ha desbrozado un maciso conjunto de ideas de carácter cosmopolita en torno a la forma de cómo debería ser controlado el poder, a través de tres hilos conductores: el control como problema, el control como fenómeno y el control como proceso. Ha dicho el maestro azteca que “[es] una de las cuestiones pendientes de resolver desde los inicios mismos del constitucionalismo”, sosteniendo que el problema del control del poder “es en nuestro tiempo el eje de la vida constitucional”; luego nos precisa que “los instrumentos de control representan la parte más lábil de las constituciones” y que esto plantea una triple dimensión del fenómeno político: lo que es, lo que será y lo que debe ser¹⁴. Estas reflexiones envuelven enfoques que van de la ciencia política (lo que es el poder), la filosofía política (cómo debería ser) y, estimamos aquí, el derecho constitucional (que incluye el control del poder y sus aspectos procesales y metodológicos).

3. ACERCA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y SUS PRESUPUESTOS

En el campo estrictamente constitucional se han planteado profundas reflexiones en torno a los sistemas de control constitucional¹⁵ y más allá de matices y heterodoxos planteamientos, estima-

12 SABINE, George: *Historia de la teoría política*, Revisado por Thomas Landon Thorson, 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

13 MARINA, José Antonio: *Las arquitecturas del deseo*. Anagrama Edit., Barcelona, 2009; p. 11.

14 VALADÉS, Diego: *El control del poder*, UNAM, México, 1998, pp. 11-12.

15 ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, pp. 83 y ss. Vid. igualmente el Vol. 3 rubricado como “Jurisdicción y control constitucional” de *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*.

mos que, para la existencia de un idóneo sistema de control constitucional deben existir ciertos presupuestos como son:

- a) presencia de una Constitución rígida¹⁶, que presuponga la vigencia contemporánea del concepto normativo de Constitución, en donde la *parte dogmática* se expresa en la regulación del conjunto de los derechos fundamentales, y la *parte orgánica* que pretende un uso racional y legítimo del poder político;
- b) un órgano jurisdiccional –sea concentrado o difuso– que ejerza el control y que lo concrete en forma de decisiones judiciales o fallos plenamente ejecutables¹⁷;
- c) existencia de un conjunto de instrumentos procesales con que cuente la ciudadanía para afirmar la tutela de los derechos¹⁸ y el control de los órganos del Estado emanados de cualquier tipo de autoridad;
- d) un sistema político, donde se afirme la división del poder, la supremacía constitucional y un mecanismo agravado de reforma –que no hace más que afirmar una Constitución rígida¹⁹.

Complementariamente a ello, otro presupuesto que rodea las actuales características del control constitucional es la presencia de la

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, 992 pp.

16 PRIETO SANCHÍS, Luis: “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Op. cit., pp. 805-824.

17 FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función jurisdiccional*, UNAM, México, 2006, vid. específicamente “justicia y eficiencia en el litigio judicial”, pp. 53 y ss.

18 FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª edición, UNAM, México, 1998, p. 47.

19 Al respecto Sagüés diferencia un sistema completo o pleno del control constitucional y un sistema incompleto. El primero, cuenta con cinco exigencias: a) Constitución parcial o totalmente rígida; b) órgano de control independiente del órgano controlado; c) facultades decisorias del órgano de control; d) posibilidad de los particulares interesados de impugnar por sí mismo a la norma o acto inconstitucional, y e) sometimiento de todo el aparato normativo estatal al control de constitucionalidad. (Cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, vol I. Recurso Extraordinario, 4ª edición, Astrea, Buenos, Aires, 2002, p. 27 y ss.

*constitucionalización del orden jurídico*²⁰, que presupone todo un proceso de transformación al cabo del cual el ordenamiento de un país resulta totalmente impregnado por la irradiación de las normas constitucionales. Dicha constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene, en efecto, para el ámbito de aplicación del control constitucional y para el método de ejercicio del mismo, grandes consecuencias. Así, hoy puede afirmarse que merced al encaje que cualquier norma (sea ésta civil, penal, comercial, laboral u otra) debe tener respecto a la Constitución, las controversias jurídicas pueden reconducirse hoy, de un modo u otro, a un conflicto de carácter constitucional. Ello hace posible, entre otras cosas, activar procesos constitucionales donde, aunque no de manera directa, se encuentren en juego posiciones de carácter iusfundamental. Como veremos más adelante, merced a dicha inundación del ordenamiento jurídico de valores, principios y derechos constitucionales, hoy, zonas que antes se encontraban exentas del control jurídico-constitucional se han vuelto justiciables y la siempre arbitraria categoría de las *political questions* ha reducido grandemente su radio de acción²¹.

Por otro lado, en el ámbito del método jurídico, dicha constitucionalización del orden jurídico conduce a que las distintas controversias jurídicas no sean resueltas sólo apelando a las *normas-regla* que el conjunto normativo específico provea (derecho civil, penal, laboral, etc.), sino también a las *normas-principio* contenidas en los mismos conjuntos normativos o en la Constitución en forma de derechos fundamentales²². La creciente incorporación de los *principios* en la resolución de los casos judiciales ha generado, pues, una revolución copernicana en el método jurídico. Del tradicional método de la *subsunción judicial*, aplicado a las

20 GUASTINI, Riccardo: *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, México, 2001, pp. 153 y ss.

21 LANDA ARROYO, César: "El tribunal constitucional y las political questions", en *Anuario Iberoamericano de Jurisdicción Constitucional*, N° 4, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2000.

22 La principal contribución a la distinción entre normas regla y normas principio: ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Vid. igualmente DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Prólogo de Albert Calsamiglia, Planeta Agostini, Buenos Aires, 1993; HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

denominadas normas-regla se ha pasado, de modo muy intenso en los últimos años, a emplear el *método ponderativo* construido para la aplicación de las normas-principio²³. Dicho cambio en el modo de operar con las normas jurídicas, producida principalmente por la presencia en el ordenamiento jurídico de las normas constitucionales (de carácter fundamentalmente *principalistas*) genera, además de un cambio en el paradigma jurídico del que muchos han hablado²⁴, un modo distinto en el modo de ejercer el control constitucional.

Otro presupuesto importante que caracteriza actualmente el ejercicio del control constitucional viene determinado por la actual "*concepción material*" de Constitución que el neoconstitucionalismo ha asignado al nuevo modelo de Estado Constitucional²⁵. Desde luego no aludimos aquí a la concepción material de Mortatti, sino a un nuevo modelo de Estado, que se expresa a través de una Constitución que no sólo actúa como límite al poder político (en sentido negativo), sino que, impregnada de normas materiales que contienen mandatos de actuación positivos, exige de parte del poder político ciertos actos positivos que la concreten. Dichos actos de los órganos estatales vienen exigidos, además, por un principio que es ineludible en toda democracia moderna: el *carácter normativo* de la Constitución. El desarrollo de determinadas instituciones del Estado que la Constitución solo enuncia, la regulación de los derechos sociales que ésta postula y la vigencia igualitaria de los derechos fundamentales constituyen, entre otras, exigencias materiales

23 Sobre el método de la ponderación judicial vid. ampliamente el apéndice "La fórmula del peso", en ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Prólogo de Manuel Atienza, Palestra, Lima, 2007. Vid. también PRIETO SANCHÍS, Luis: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.

24 El cambio en el paradigma jurídico ha sido anunciado sobre todo por la corriente que ha dado en llamarse "neoconstitucionalismo". Sobre el particular puede verse: CRUZ, Luis M.: *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006; BARROSO, Luis Roberto: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, UNAM, México, 2008. CARBONELL, Miguel (Coordinador): *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Trotta, Madrid, 2005; AA.VV.: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (editor), Trotta, Madrid, 2007.

25 AGUILÓ, Joseph: *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2004, pp. 15 y ss.

que la Constitución presenta a los distintos órganos del poder constituido. En la doctrina y la praxis jurisprudencial contemporánea, el ejercicio del control constitucional sobre el cumplimiento de dichos mandatos constitucionales se ha efectuado a través del llamado “*control constitucional de las omisiones legislativas*”²⁶.

En todo caso, bien entendidos los ejes sobre los cuales se desenvuelven los circuitos y las complejas maquinarias de los controles constitucionales, bien debe apreciarse, dentro del marco de la actual ingeniería constitucional²⁷ que: el control constitucional es una pieza vital –aunque no la única– dentro del sistema político en el que se desenvuelve el Estado constitucional. Y ello no obstante la presencia de otros factores externos que condicionan la realidad constitucional como los regímenes de excepción, las mutaciones y las desconstitucionalizaciones²⁸, que forman manifestaciones patológicas en la dinámica constitucional; y que pueden llegar a limitar fuertemente el imperio del derecho; sin embargo, aun en dicho escenario, hoy bien puede afirmarse que estos mecanismos de control resultan ser acaso los grandes remedios o antídotos con que cuenta la democracia moderna para estos males que presentan los entes objeto del control constitucional.

26 Sobre la inconstitucionalidad por omisión puede verse CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo: *El control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e ilegalidad por omisión*, Fundap, Querétaro, México, 2003; AA.VV.: *Inconstitucionalidad por omisión*, Víctor Bazán (Coordinador), Temis, Bogotá, 1997; AA.VV.: *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Miguel Carbonell (Coordinador), UNAM, México, 2003; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier: *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, Porrúa, México, 2007; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *La Inconstitucionalidad por Omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

27 Anota Sartori: “(...) hablando en serio, las constituciones son formas que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados. Las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, procedimientos cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder”. Cfr. SARTORI, Giovanni: *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 2ª edición, Traducción de Roberto Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 217.

28 DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución*. Traducción de Pablo Lucas Verdú y Christian Forster. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate. 1998.

4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA

Los tribunales constitucionales han venido atravesando por diversas “olas” o “generaciones”²⁹ y ha enfrentado mil y una batallas en los complejos meandros de la política y el derecho; y en este marco bien cabe hacer una breve reflexión que vincula a la problemática del poder político y, en especial, del poder jurisdiccional³⁰ que tienen estas cortes constitucionales que llegan incluso a definir el nervio de los regímenes políticos en cuanto al control del poder desde el punto de vista jurídico, aun cuando para algunos críticos como Fernando Atria, los jueces constitucionales puedan llegar a un faccionismo que subvierta las instituciones democráticas³¹.

Por lo pronto, debe quedar claro, como lo ha señalado la literatura politológica de que el poder es uno solo, pero que se manifiesta en diversos órganos³². Así, la triarquía clásica del Legislativo, Ejecutivo y Judicial hoy se encuentra superada por cuanto aparte de estos órganos el actual constitucionalismo cosmopolita diseña otros órganos más como son por ejemplo en el Perú, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros, entre otros³³.

29 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, pp. 68 y ss. Igualmente puede verse FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 29 y ss. Vid. también FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Los Tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Fundap editores, México, 2002.

30 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 15.

31 ATRIA, Fernando: “Seguridad jurídica y derechos fundamentales: sobre predecibilidad y autogobierno”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Andrés Bordalí (Coordinador), Lexis Nexis - Universidad Austral de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 9 y 10.

32 BIDART CAMPOS, Germán J.: *El derecho constitucional del poder*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1967, pp. 13 y ss; 81 y ss. y 129 y ss.

33 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Perfil del Parlamento peruano”, en *Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 285.

El Tribunal Constitucional peruano como en todos los demás modelos de jurisdicción constitucional, constituye no solo un órgano “más” dentro de la singladura del poder político, sino que se ha convertido en el centro de gravitación de las “grandes decisiones” que involucran la problemática del control del poder, tanto como de la esfera de protección de los derechos fundamentales³⁴; todo esto, por cierto, bajo el *desiderátum* de que el Tribunal Constitucional funcione en los marcos de lo que Häberle denomina “sociedad abierta”³⁵.

Lo que a continuación sigue es la forma como el TC ha venido manifestando su poder jurisdiccional para controlar a diversos órganos del Estado a través de su jurisprudencia y de la propia interpretación constitucional sobre la base de específicos procesos constitucionales. Por lo general, los fallos del TC han generado en todos los países que lo contemplan una *guerra de cortes* y en nuestro caso ésta no solo se ha manifestado con el propio Poder Judicial³⁶, sino con otros organismos como el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público y ni que decir del Parlamento, Poder Ejecutivo u organismos regionales y locales; es decir, a través del ejercicio de un control horizontal interórganos, que se complementa con un control vertical sobre las entidades privadas, como pueden ser monopolios u oligopolios. En suma, el TC en sus cerca de 13 años de existencia y a través de sus casi cincuenta mil sentencias³⁷ ha penetrado por diversos ámbitos y recodos del control; sus sentencias suponen adelantar o retroceder las agujas del tiempo, internarse en los pliegues y repliegues de la condición humana y en la naturaleza y dinámica del poder. Por ello, muchas de sus decisiones pueden ser fuertemente cuestionadas –como en efecto siempre lo son-, pero esto no ha significado dejar de reconocer el rol que

34 LANDA ARROYO, César: *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 2ª edición, Palestra, Lima, 2003, especialmente p. 701 y ss.

35 HÄBERLE, Peter: “La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta”, en *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Op. cit., pp. 763-784.

36 AA.VV.: *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*, Domingo García Belaunde (Coordinador), Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 4, Palestra, Lima, 2007.

37 El cuadro de las sentencias publicadas hasta el 31 de diciembre de 2012, en los siete procesos constitucionales con que cuenta el Perú, tanto de la jurisdicción constitucional orgánica como de la jurisdicción constitucional de la libertad, es el siguiente:

CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO

hoy juega, no solo en el sistema de justicia, sino en la gobernabilidad misma del país³⁸.

Este control constitucional lleva igualmente a señalar la naturaleza no solamente *procesal* de los procesos constitucionales con que cuenta el Perú a través de los llamados procesos de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, que está conformado por el hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento; sino también otros tres procesos más que inciden en la parte orgánica de la Constitución y que forman parte de la más pura cepa de la *jurisdicción constitucional orgánica*, como son el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de ac-

Año	HC	HD	Q	AI	AC	CC	AA	Total
1996	78	0	0	3	0	1	18	100
1997	40	1	0	18	16	2	526	603
1998	166	3	0	0	66	2	956	1,193
1999	252	3	0	0	104	1	1,036	1,396
2000	151	4	0	4	140	1	1,508	1,808
2001	168	3	0	20	45	1	465	702
2002	318	4	0	18	140	4	688	1,172
2003	711	7	91	25	387	9	3,372	4,602
2004	494	10	214	45	439	6	2,956	4,164
2005	550	9	330	34	1,227	8	4,903	7,061
2006	722	9	289	36	2,228	5	6,865	10,154
2007	1,367	81	302	38	1,129	8	6,400	9,325
2008	1,201	72	306	15	443	4	5,041	7,082
2009	1,370	43	438	29	384	6	6,683	8,953
2010	1,108	106	269	48	393	10	5,000	6,934
2011	880	54	248	44	251	14	3,367	4,858
2012	755	36	316	17	203	2	2,847	4,176
Total	10,331	445	2,803	394	7,595	84	52,631	74,283
	13.91%	0.60%	3.77%	0.53%	10.22%	0.11%	70.85%	100.00%

38 Un crítico del TC como el iusprocesalista Monroy Gálvez anota: "(...) el TC ha tomado posición acerca de los problemas jurídicos y sociales de mayor trascendencia en los últimos años en el escenario nacional, ha sabido construir pistas en donde no había salida; ha colocado la linterna en donde había oscuridad. Sin embargo, tal como ocurrió con los jueces y fiscales de *mani puliti*, un exceso de exposición en medios y, tal vez, una necesidad irrefrenable de protagonizar todas las incidencias de repercusión nacional, estén o no en su ámbito de actuación, ha determinado que en los últimos meses algunas de sus decisiones preocupen seriamente". (Cfr. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo I. Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. Op. cit., p. 707.

ción popular y el proceso competencial; sino que consustancial a dicha naturaleza, también cabe reconocer que los procesos constitucionales, según la materia que se dilucida, el órgano que es emplazado y el impacto que ella genera, ostentan un *carácter político* al extremo que Häberle, por ejemplo, sostiene que, de acuerdo a la función que asumen, los tribunales constituyen un poder político³⁹.

5. LA AUTOPERCEPCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la primigenia concepción kelseniana⁴⁰ que delinea los tribunales constitucionales⁴¹, se le prefiguró como un órgano de control frente a los excesos del legislador (legislador negativo); hoy esa vieja concepción ha sido vadeada, pues hoy resulta un axioma en la construcción de los estados constitucionales el principio de que no existe ningún órgano exento del control constitucional, encargándose dicho control a órganos de justicia constitucional especializada. Así, en nuestro país el TC ha establecido también la llamada *inexistencia de zonas exentas de control constitucional*, pues sostiene que “afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder.[...] Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos [...]”⁴².

En igual temperamento el propio TC ha establecido que el tema del control constitucional no se extingue en la interdicción de los actos inconstitucionales de los poderes públicos, sino que se extiende también frente a actos de los particulares o *inter privados*. El carácter de la

39 HÄBERLE, Peter: “El Tribunal Constitucional como poder político”, en *Revista de Estudios Políticos*, julio-septiembre, 2004, pp. 9-37.

40 LAGI, Sara: *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de la “De la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.

41 KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Traducción y Notas de Roberto J. Bric, Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995.

42 STC 4053-2004-PHC, FJ 14.

Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad así lo exige⁴³. Hoy, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴⁴ y la ampliación del ámbito de vinculación de la Constitución a las relaciones que se establecen dentro del marco de la autonomía privada, constituyen también un principio esencial del control constitucional. Así, el TC ha señalado que: “los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”⁴⁵.

En dicho contexto, este deber de protección impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Así, el control constitucional se habilita también sobre actos realizados por particulares. En nuestro sistema de jurisdicción constitucional, como es sabido, el artículo 200 de la Constitución posibilita la interposición del amparo contra acto u omisión de autoridad, funcionario o *persona* que amenace o vulnere los derechos fundamentales. Con ello, como ha tenido ocasión de precisar el TC, los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad sirven para efectuar un control constitucional sobre actos de los particulares⁴⁶.

El control constitucional sobre actos de particulares no contiene, sin embargo, como ha manifestado el TC, las mismas características que el control efectuado sobre actos de los poderes públicos. Así, como ha dicho el TC, el que la Constitución habilite el control constitucional sobre los actos *inter privatos* “[...] no quiere decir que el juez

43 La naturaleza de la Constitución como Ley fundamental de la Sociedad –ha dicho el TC peruano– se sustenta tanto en el artículo 1 de la Constitución que prescribe que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” y en el artículo 38 según el cual “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)” (STC 976-2001-AA/TC, FJ 5).

44 Vid. STC 03179-2004-PA, FJ 17; STC 00976-2001-PA, FJ 5; STC 10087-2005-PA, FJ 3.

45 STC 976-2001-AA/TC, FJ 5

46 STC 976-2001-AA/TC, FJ 5

constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales. De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad”⁴⁷.

En lo que sigue, como ya se ha señalado, vamos a establecer diversos casos que involucran el control constitucional de los distintos órganos del Estado, como son el Parlamento, el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, así como casos concretos de control constitucional a la jurisdicción militar, la jurisdicción arbitral y la Administración Pública.

6. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Dentro de los distintos ámbitos donde el Tribunal Constitucional ha hecho ejercicio del control constitucional, interesa destacar, en primer lugar, el tema del control de las leyes de reforma constitucional. En efecto, una de las complejas problemáticas que se presenta con cierta dosis de intermitencia en América Latina es la presencia de un *poder constituyente irregular* y que lleva a afrontar las viejas teorías de Sieyès y de Emilio Boutmy. En efecto, se trata de si un poder constituido, como es el legislador ordinario puede ejercer facultades de poder constituyente derivado, situación que en la práctica y la doctrina no tiene cuestionamiento, pero que ha llegado a los predios del Tribunal Constitucional para su dilucidación.

El tema del control de la reforma constitucional no sólo es un tema de permanente relevancia teórica, sino que en distintos países los

47 STC 976-2001-AA/TC, FJ 8

tribunales o cortes constitucionales han realizado distintos exámenes sobre su validez normativa⁴⁸.

Por lo pronto, estamos de acuerdo con lo que plantea Roberto Rodríguez Gaona⁴⁹ en el sentido de que el control constitucional “puede examinar todas las normas de un sistema”. Esta hipótesis presupone afirmar que el control se extiende sobre la totalidad de las normas aplicables a cualquier instituto específico de control constitucional. En tal perspectiva, el control constitucional no tiene impedimento para examinar la validez de cualquier norma controvertida, entre las que se encuentra, obviamente las normas de reforma constitucional que resultan ser expresión natural de un poder constituyente derivado.

En primer lugar, el TC ha sido claro en señalar que la Constitución en su conjunto no puede ser objeto de control. Con ocasión del proceso de inconstitucionalidad planteado contra la Constitución Política de 1993, el Tribunal dejó sentado que una vez que entró en vigencia, todos los órganos constituidos, así como los ciudadanos debían respeto y fidelidad a la Carta Magna, sin excepción alguna. Con prudencia el TC estimó que puesto que él mismo –el TC– debía su existencia y su configuración, así como el propio régimen y designación de sus miembros a la Constitución de 1993, significaría un contrasentido jurídico desconocerla⁵⁰. Por otro lado, basado en el *principio de unidad de la Constitución*, el TC tampoco ha admitido la figura de una inconstitucionalidad parcial de la Constitución, o lo que podría ser lo mismo, la presencia de *normas constitucionales inconstitucionales*⁵¹.

48 Así por ejemplo, en México, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al conocer del en revisión promovido por Manuel Camacho Solís, estableció un importantísimo criterio en lo atinente al control constitucional de la reforma de la Constitución: “el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, sí puede conocer de la constitucionalidad del procedimiento legislativo desarrollado para dar vida a una reforma constitucional”. Vid. B. FLORES, Imer: “Sobre las formas y los límites de la legislación: a propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Diego Valadés y Miguel Carbonell (Coordinadores), T I, UNAM, México, 2006, pp. 284-285.

49 RODRÍGUEZ GAONA, Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2006, p. 19.

50 STC 0014-2003-AI/TC, FJ 2.

51 Con todo, aunque no en los términos utilizados lapidariamente por Otto Bachoff, el TC sí ha reconocido que una disposición constitucional entendida de determi-

Sin embargo, el TC sí ha considerado una exigencia impuesta por la propia Constitución el control de las leyes de reforma constitucional. Como intérprete supremo de la Constitución y como vocero del poder constituyente, el Colegiado Constitucional se ha considerado competente para evaluar la validez de las leyes de reforma constitucional, básicamente cuando éstas vulneren el proceso mismo de reforma constitucional establecido en la Constitución (revisión formal) y cuando atenten contra el “contenido fundamental de la Constitución” (revisión material)⁵².

En esta línea, el Tribunal determinó con corrección que el parámetro de control de las leyes de reforma constitucional debía estar constituido por los principios fundamentales de la Constitución a modificarse y no por las normas modificatorias de ésta. Dicha consideración

nada manera puede resultar irrazonable o atentar contra el contenido esencial de algún derecho fundamental. Así, en el caso Luis Felipe Almenara Bryson el TC determinó que la norma constitucional contenida en el inciso 2 del artículo 154 de la Constitución que prescribe que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público” no era congruente ni guardaba conexión lógica con la disposición constitucional que permitía a los magistrados destituidos por medida disciplinaria postular nuevamente a la carrera judicial. En este sentido, independientemente de un proceso de reforma constitucional, el TC dispuso que tal prohibición de no postular a quien simplemente se le había retirado la confianza, no era válida, mutándose en el fondo el sentido del texto fundamental (STC 1941-2002-AA/TC, FJ 22). En igual sentido, en la STC 0006-2003-AI/TC, en el FJ 17 el TC estableció que la prohibición de modificación de la acusación constitucional por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial, establecida en el artículo 100 de la Constitución, invadía las competencias constitucionales que la propia Constitución había asignado a estos órganos; por lo que recomendó la reforma constitucional respectiva. Sobre las normas constitucionales inconstitucionales puede verse nuestro trabajo “Luces y sombras a medio siglo de una propuesta: las normas constitucionales inconstitucionales”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IX, N° 9, PUCP, 2003. Vid. además el clásico trabajo de BACHOF, Otto: *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

52 Así, el TC dejó claramente establecido que “aunque el control de una ley de reforma constitucional podría ser visto como una “cuestión política no justificable”, dado que no se encuentra expresamente previsto por el artículo 200° inciso 4) de la Constitución como una de las materias susceptibles de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, tal razonamiento cede bajo la consideración que este Colegiado vela porque la norma suprema no sea en sí misma vulnerada a través de normas modificatorias que puedan atentar, tanto contra los principios jurídicos y valores democráticos sobre los cuales se sustenta, como contra los procedimientos establecidos para una reforma constitucional” (STC 0050-2004-AI/TC, FJ 3-5).

encuentra su sustento en un principio fundamental del control constitucional que el TC peruano, en este caso, se ha encargado de explicitar: el carácter predeterminado y objetivado del parámetro de control⁵³. Así, en la STC 014-2003-AI/TC, el TC peruano estableció, gráficamente, que “si se analizase la constitucionalidad de la reforma sobre la base de la norma justamente ya reformada, el parámetro no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado. Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se ‘administraba’ no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal”⁵⁴.

En cuanto a la determinación del núcleo fundamental de la Constitución como parámetro material de control, el TC peruano ha establecido que éste se haya constituido por los principios esenciales de la Constitución, sin los cuales ésta caminaría irremediablemente a su aniquilación. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado. Estos principios esenciales si bien no han sido determinados de manera explícita como límites a la reforma constitucional lo son en tanto constituyen los supuestos ideológicos y valorativos en los que se sustenta la idea misma de una Constitución. Así el TC ha precisado, con énfasis que: “El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen ‘representativo’, para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución”⁵⁵. Ha concluido en este sentido el TC peruano que “el poder de reforma es un poder constituido, limitado, que no puede destruir la Constitución, y que tampoco

53 Vid. ARAGÓN REYES, Manuel: *Constitución, democracia y control*, op. cit., pp. 141 y ss.

54 STC 014-2003-AI/TC, FJ 22.

55 STC 0050-2004-AI/TC, FJ 35.

puede vulnerar su esencia sin convertirse ilegítimamente en soberano. Esto constituye un límite implícito al poder revisor, ya que, aunque no se explique en cláusulas de intangibilidad, el 'contenido fundamental' existe, y si éste llegara a transgredirse, se produce el fraude constitucional, que consiste en convertir el poder revisor en poder constituyente"⁵⁶.

Además de ello, el TC ha precisado la existencia de unos límites materiales explícitos, que si bien no son absolutos como los anteriores constituyen parámetro para la evaluación de la validez de las leyes de reforma constitucional. Dichos límites se hayan constituidos por el contenido esencial de los derechos fundamentales. Como la propia Constitución ha establecido en su artículo 32 *in fine*, "la supresión o disminución de los derechos fundamentales no puede ser sometido a referéndum". Sin embargo, dicho límite explícito no opera como el anterior de manera absoluta. El propio TC ha reconocido que los derechos fundamentales tienen un tiempo histórico en el cual se desenvuelven y que si las condiciones que hicieron surgir determinada regulación de un derecho fundamental cambian, el contenido del mismo también puede variar. Por otro lado, la necesidad de cohesión determinadas exigencias provenientes de otros derechos fundamentales puede hacer variar de igual modo el estatuto constitucional de un determinado derecho fundamental. Ello hace necesaria la aplicación de determinados criterios interpretativos que permitan dicha concordancia entre las distintas exigencias constitucionales que la Norma fundamental trae consigo. Así ha ocurrido en el caso de la reforma del régimen pensionario, donde merced a un principio de solidaridad constitucional el Tribunal Constitucional peruano convalidó dicha reforma que proscibía la nivelación pensionaria y cerraba el régimen de la cédula viva.⁵⁷

56 STC 0050-2004-AI/TC, FJ 32.

57 STC 0050, 0051-2004-AI/TC (acumulados), FJ 30-41.

7. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO Y DE LAS PRERROGATIVAS PRESIDENCIALES

7.1. El control constitucional de los decretos de urgencia

Dentro del esquema actual de cooperación y equilibrio de poderes, la función normativa o de legislación no ha sido encomendada exclusivamente al Parlamento, sino que en nuestro país, la Constitución ha reconocido dicha potestad también al Poder Ejecutivo, a través de los llamados *decretos de urgencia* (además de los decretos legislativos). Y es que la propia dinámica de la vida constitucional, en sociedades vertiginosas y cambiantes como la nuestra, exige de parte del poder público formas de actuación que permitan responder de manera inmediata a los problemas de la vida nacional, sin esperar el trámite normal de los procedimientos comunes que de seguirse podrían causar algún daño o perjuicio en los intereses nacionales.

Como ha dicho el TC, en el enfrentamiento adecuado y oportuno de dichas situaciones de *emergencia constitucional* es que se justifica la potestad normativa asignada al Poder Ejecutivo; por lo que su ejercicio debe estar sujeto también a dicha circunstancia especial⁵⁸. Los decretos de urgencia, por más que constituyan normas de carácter excepcional, no pueden en ningún caso quedar fuera de las condiciones que la propia Constitución ha previsto para su utilización. En efecto, el TC ha singularizado en este caso, a partir del propio texto constitucional, una serie de requisitos para la validez constitucional de dichos decretos de urgencia, arrojándose la facultad de control sobre el cumplimiento de los mismos a efectos de declarar su constitucionalidad o no⁵⁹.

58 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 56-60. En la dinámica del control constitucional, los procesos de inconstitucionalidad planteados contra decretos de urgencia alcanzan un número de 18. De éstos 8 han sido declarados improcedentes, 5 infundados, 1 fundado en parte, 2 fundados, 2 se encuentran pendientes de resolución. Las resoluciones desestimativas son las siguientes: STC 0005-1997-AI, STC 0006-1997-AI, 0007-1997-AI, 0006-1999-AI, 0015-2001-AI, 0016-2001-AI, 0032-2006-AI, 0004-2007-AI (improcedentes), STC 0004-1999-AI, 0006-2000-AI, 0001-2001-AI, 0009-2004-AI, 0005-2006-AI (infundadas); mientras las estimativas son: 0008-2003-ai, 0017-2004-AI, 0023-2007-AI.

59 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 56-60.

Los requisitos de validez de los decretos de urgencia (amén del respeto a los valores, principios y derechos constitucionales que toda norma jurídica debe guardar) pueden ser clasificados –en palabras del TC- en *formales* y *materiales*. En cuanto a los primeros (referidos al procedimiento formal para su adopción), dichos requisitos están constituidos por la refrendación del Presidente del Consejo de Ministros (condición *ex ante*) y la obligación de dar cuenta al Congreso (condición *ex post*, que puede dar lugar a un control político *a posteriori* por el Parlamento)⁶⁰. Por su parte, en lo que corresponde a los requisitos materiales o sustantivos, el TC ha dividido a su vez a éstos en criterios de evaluación de carácter *endógeno* y *exógeno* a la norma. Por lo que respecta al primero, el decreto de urgencia debe versar sobre materia *económica o financiera*, mientras que en lo atinente a los criterios exógenos, éstos tienen que ver con las circunstancias fácticas de excepción que justifican a nivel constitucional la dación de los referidos decretos.

En atención a la forma de ejercer el control constitucional de los decretos de urgencia, resultará esencial verificar, entonces, más allá del cumplimiento de los requisitos de forma establecidos, la presencia de una materia económica o financiera en su contenido, así como la existencia de una circunstancia de imprevisibilidad y urgencia que amerite la habilitación de esta forma extraordinaria de legislación. Respecto a la materia económica, el TC ha sido claro en sostener que ésta no se refiere sólo a una incidencia en el presupuesto, que todo problema social puede tener, sino esencialmente a los fines económicos que la norma con su promulgación busque⁶¹. Por lo que se refiere a las circunstancias fácticas que exigen la dación de un decreto de urgencia, el TC ha establecido una serie de características que, a la postre, son las que van a definir si el decreto expedido por el Presidente de la República es precisamente de *urgencia*. Estas características, en términos del TC son las siguientes:

- “a) *Excepcionalidad*: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objeti-

60 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 57.

61 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 59.

vamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

- b) *Necesidad*: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) *Transitoriedad*: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) *Generalidad*: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.
- e) *Conexidad*: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de

su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3). Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada”⁶².

En consecuencia, queda claro para el Tribunal que, aún cuando *prima facie* la evaluación de la situación de necesidad y urgencia le corresponde al Poder Ejecutivo, en el marco de su función constitucional de dirección política, no por ello puede dejar de reconocerse que en el Estado constitucional, dicha potestad debe ser ejercida dentro de los parámetros que la propia Constitución ha establecido para la expedición de los decretos de urgencia, tanto en sus aspectos formales o procedimentales como en sus aspectos sustantivos; estos últimos representados básicamente por el *thelos* que la Constitución asigna a estas normas legislativas expedidas por el Poder Ejecutivo. En este contexto, puede concluirse que si bien la Constitución habilita una solución constitucional para los momentos de emergencia o crisis económica, a través de los llamados decretos de urgencia, nuestra Carta Magna también pretende que la utilización de estos decretos excepcionales, sea racional y ponderada, no admitiéndose bajo ninguna circunstancia su uso indiscriminado y arbitrario, fuera de todo cauce constitucional.

7.2. El control constitucional del derecho de gracia presidencial

Desde otra perspectiva, otro caso de control constitucional de los actos del Poder Ejecutivo es el que se haya constituido por el control de la *prerrogativa presidencial de la gracia*, que históricamente siempre se halló exenta de cualquier tipo de control. La Constitución peruana de 1993 establece en su artículo 118 las funciones que le corresponden al Presidente de la República, dentro de las cuales, prevé al titular del Poder Ejecutivo la facultad de “[c]onceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los pro-

62 STC 0008-2003-AI/TC, FJ 60.

cesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”⁶³.

Las gracias presidenciales reconocidas en nuestra Constitución tienen como fin la evaluación de la necesidad de la pena. En tal sentido, su utilización sólo se justifica cuando resulte innecesario el cumplimiento de la pena para el caso del *indulto* y la *conmutación de la pena*, así como la persecución penal para el caso del *derecho de gracia*.

Tanto el *derecho de gracia* como el *indulto* presentan características similares, puesto que ambas extinguen la acción penal y la condena, y eliminan cualquier tipo de antecedentes penales y judiciales al beneficiado con su concesión.

Como claramente puede advertirse del artículo 118° de la Constitución, este dispositivo ha establecido supuestos para la concesión del derecho de gracia, a saber: a) que el beneficiado tenga la condición de procesado; y, b) que se encuentre en la fase de instrucción y que el proceso haya excedido en el doble de su plazo más su respectiva ampliatoria. Asimismo, no debemos olvidar que nuestra Carta Magna prevé como requisito de validez de todos los actos que emite el Presidente de la República, que éstos tengan refrendo ministerial, al señalar que “[...] son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial”⁶⁴.

Debido a la configuración que la propia Constitución le ha otorgado a la institución que nos ocupa, su naturaleza es la de un *acto discrecional*, es decir, una actividad estatal que no encuentra mayor grado de justificación en su otorgamiento que la observancia de los requisitos anotados anteriormente, sin que medie ninguna razón técnica adicional para su adopción.

Esta característica propia de las gracias presidenciales ha sido siempre cuestionada a lo largo de la historia, aduciéndose que fomenta la impunidad y que se presta a juegos políticos. En nuestro país, las gracias presidenciales, cuya concesión se entiende como un acto excepcional, ha servido como paliativo para solucionar la crisis penitenciaria que sufrimos, y ha sido utilizado como un mecanismo ordinario para luchar contra el hacinamiento de las cárceles. Surge

63 Artículo 118°, inciso 21) de la Constitución Política del Perú.

64 Artículo 120° de la Constitución Política del Perú.

entonces la necesidad de reflexionar respecto de si tal facultad otorgada al titular del Poder Ejecutivo puede ser objeto de control constitucional o si es que únicamente le corresponde el control político por parte del Congreso de la República cuando nos encontramos ante concesiones cuestionadas.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con respecto del derecho de gracia en el caso *Jalilie Awapara vs. Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima*⁶⁵, desarrollando los límites, naturaleza y fines de dicho instituto.

Al igual que en otras oportunidades, el TC ha partido del principio de fuerza normativa de la Constitución, para afirmar que cualquier acto de poder público o privado que atente contra los valores, principios o derechos constitucionales, puede ser objeto de control constitucional, principio que, como ya se dijo no tiene excepciones en nuestro sistema de jurisdicción constitucional; por lo que, incluso las prerrogativas de los más altos funcionarios del Estado que siempre han estado cubiertas por una amplia discrecionalidad, pueden ser objeto de control constitucional. Además de ello, una razón adicional por la cual el control constitucional de la concesión del derecho de gracia es predicable en nuestra Constitución es la consideración del principio de igualdad que impone una justificación razonable para el tratamiento diferenciado de los procesados; así como los mismos fines constitucionales de la pena y del proceso penal.

El primer punto para realizar el control constitucional de la concesión del derecho de gracia pasa por escudriñar los límites que dicho instituto contiene de su propia configuración y como resultado de una interpretación sistemática de la Constitución, como son, sus límites formales y materiales. Ha sostenido el TC, con respecto a sus *límites formales*⁶⁶ que “[...] [e]s de señalarse que para el caso de la gracia presidencial, es claro que constituyen límites formales de la misma, los requisitos exigidos de manera expresa en el artículo 118, inciso 21 de la Constitución, a saber: 1) Que se trate de procesados, no de condenados 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya men-

65 STC 4053-2007-PHC

66 STC 4053-2007-PHC, FJ 25.

cionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución).”

Asimismo, el TC estableció los *límites materiales*⁶⁷ que debe reunir la decisión, para que esta medida esté de acuerdo con los principios de supremacía constitucional y de unidad de la Constitución. Así, expresó el TC que “[...] En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. [...] Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado. En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.”

Como puede apreciarse, una concesión indebida de la gracia presidencial, que desconozca los límites formales y materiales arriba señalados, no sólo desnaturalizaría la misma institución sino que resultaría atentatoria del principio de igualdad, puesto que en aquellos casos en los que no exista una especial situación del procesado que justifique un tratamiento diferenciado respecto de los demás procesados vulneraría el propio texto constitucional. Como sostiene el Tribunal⁶⁸, en aquellos casos en los cuales “la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger.”

67 STC 4053-2007-PHC, FJ 26 y 27

68 STC 4053-2007-PHC, FJ 28

Finalmente, respecto de la necesidad de justificar las resoluciones supremas que conceden el derecho de gracia presidencial ha sostenido que⁶⁹ “[...] Queda claro, sin embargo, que de cara a futuros casos en los que pueda cuestionarse medidas que supongan el otorgamiento de la gracia presidencial, deberá tomarse en cuenta la necesidad de que toda resolución suprema que disponga dicho beneficio, tenga que aparecer debidamente motivada a los efectos de que, en su caso, pueda cumplirse con evaluar su compatibilidad o no con la Constitución Política del Estado”.

8. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES DEL PODER JUDICIAL

Con relación al control constitucional del Poder Judicial, asistimos a una verdadera paradoja. Se trata de la paradoja del constitucionalismo contemporáneo, que confía a los jueces la custodia última de los derechos fundamentales, sin que ello exima a éstos del propio ejercicio del control constitucional. En concreto, se trata del control de su actuación en cuanto funcionarios que ejercen el poder de *decir el Derecho* en la solución de los conflictos sociales cuya solución se les encomienda.

La puerta de entrada al control de la actividad jurisdiccional del Poder Judicial ha sido, como en muchos otros casos, una puerta creada vía interpretación. Como observa Samuel Abad⁷⁰, al igual que la actual Constitución, la de 1979 dejó abierta la posibilidad del amparo contra la actuación del Poder Judicial, en la medida que su artículo 295, al igual que el actual artículo 200 de la Constitución de 1993, dejaba abierta la posibilidad del amparo frente a “cualquier autoridad, funcionario o persona”.

De ello se dedujo, tempranamente, e incluso antes de la legislación mencionada⁷¹, que los jueces como cualquier *funcionario o autoridad* no podían quedar exentos de control respecto de su actividad jurisdiccional. No obstante, fue la Ley 23506 que en su artículo 6.2, la

69 STC 4053-2007-PHC, FJ 32)

70 ABAD YUPANQUI, Samuel: *El Proceso Constitucional de Amparo*, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 348

71 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El Habeas Corpus Interpretado*, PUCP, Lima, 1971

que, queriendo cerrar la posibilidad del control constitucional de la actividad judicial, estableció que “no proceden las acciones de garantía: contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular”. Sin embargo, dicha fórmula dejaba igualmente habilitada una interpretación que, *contrario sensu*, permitía la posibilidad “legal” del amparo contra decisiones judiciales, cuando tales decisiones no emanaban de “procedimiento regular”⁷². La calificación de lo que debía entenderse por “procedimiento regular” se convirtió, de este modo, en el punto neurálgico en la jurisprudencia constitucional para establecer el control o no de la actividad judicial.

Como es sabido, la Constitución de 1993 constitucionalizó el problema, al reproducir en su artículo 200.2 la literalidad del texto del artículo 6.2 de la Ley N° 23506, conforme al cual: el proceso de amparo no procede “contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”.

No obstante, a la misma conclusión podría llegarse si es que se parte de otro extremo del artículo 200.2 de la Constitución de 1993. Esto es, el extremo en el que se constitucionaliza el régimen general del proceso de amparo, conforme al cual, este proceso constitucional procede, “ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”. De este modo, mientras respecto de resoluciones judiciales hay que estar al concepto de “procedimiento regular”, en cambio en cuanto “autoridad o funcionario” los jueces están sometidos a control no sólo respecto de su actividad jurisdiccional sino también respecto de cualquier tipo de actuación e incluso, llegado el caso, también sería objeto de control las “omisiones” o inacciones de los jueces⁷³.

72 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El Amparo contra resoluciones Judiciales. Nuevas Perspectivas”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Temis, Bogotá, 2001, pp. 157 y ss.

73 Supuesto de inacciones serían, por ejemplo, los problemas a los que se refiere el propio García Belaunde, respecto del derecho de acción, cuando se refiere a la negativa del órgano judicial para calificar la demanda, aún cuando el Profesor García Belaunde considera que el remedio en estos casos, no sería el amparo sino la queja ante el superior y sólo excepcionalmente y ante las frustradas gestiones internas cabría como hipótesis teórica y extrema, el proceso de amparo (Cfr. García Belaunde, “El Amparo contra resoluciones Judiciales. Nuevas Perspectivas”, op. cit., p. 157). En los últimos años la jurisprudencia del TC ha puesto de manifiesto la relevancia del control de omisiones de los órganos judiciales, ello sobre todo si se toma en cuenta la constitucionalización, vía jurisprudencia, del derecho

Con este antecedente, el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) sólo vino a reconocer de manera explícita la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, aunque limitándolo a resoluciones judiciales “firmes” y al agravio a la tutela judicial o el debido proceso “manifiestos”⁷⁴.

8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial

Superada la discusión de la procedencia del amparo contra decisiones judiciales tras su reconocimiento constitucional, en cuanto expresión del régimen general del proceso de amparo; el desarrollo jurisprudencial de los últimos años se ha mostrado fructífero a la hora de delimitar cada uno de los derechos *constitucionales procesales* que comprende su objeto.

El punto de partida para el análisis de la jurisprudencia de esta primera etapa es la convicción de que los órganos judiciales sólo podían efectuar violaciones constitucionales respecto de su actividad procesal. Así el Tribunal Constitucional dirá que“(...) sólo procede evaluar las resoluciones judiciales cuestionadas en la medida en que pudieran afectar algún derecho constitucional procesal (...)”⁷⁵; ello, además, en apa-

al plazo razonable. Aquí se trata del control temporal de la actividad judicial (Cfr. STC N.º 3778-2004-AA/TC).

74 “Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales.- El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo. El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

75 STC 0282-2004-AA/TC, FJ 2 (Caso Gracia Maria Francisco Aljovín).

rente concordancia con lo que al parecer sugería la propia fórmula del artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

No obstante, como lo hace notar Castillo Córdova⁷⁶, si bien la tutela judicial efectiva a la que alude el artículo 4 del C.P.Const. incluye un haz de derechos de naturaleza procesal, el Tribunal también ha incluido en el ámbito de control de las actuaciones judiciales al *debido proceso sustantivo* y en especial los criterios de *razonabilidad* y *proporcionalidad* en la actuación jurisdiccional. En tal sentido, el TC tuvo ocasión de establecer que “*La dimensión sustancial del debido proceso además de tener un control formal del proceso judicial, controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional, es decir un control en cuanto a la razonabilidad y proporcionabilidad con que debe actuar todo juez dentro del marco de la Constitución y las Leyes*”⁷⁷.

La dimensión del control sustancial de las decisiones sería el anuncio de uno de los cambios más relevantes producidos en los últimos años en materia de control de decisiones judiciales. En efecto, como se ha dicho, con la expedición de la STC 3179-2004-PA/TC, de 2 de octubre de 2006, caso Apolonia Ccollcca, el Tribunal Constitucional dejó atrás una corriente jurisprudencial de cerca de 25 años en torno al ámbito de protección del amparo contra resoluciones judiciales⁷⁸.

En la STC 3179-2004/PA/TC, el Tribunal afirmaría que en la medida que *todos* los derechos fundamentales vinculan a *todos* los poderes públicos, el control constitucional de las resoluciones judiciales necesariamente tenía que comprender la tutela de *todos* los derechos fundamentales. Un control, desde luego, que no sólo se dirige a evaluar si en un proceso ordinario los jueces han cumplido con la obligación de “respetar” los derechos, es decir, con no vulnerarlos; sino que comprende también la obligación de “garantizarlos”, esto es, de observar que en la aplicación de la legislación ordinaria se observe el significado correcto de dichos derechos fundamentales.

76 CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Palestra, Lima, 2006, pp. 136 y ss.

77 STC 01209-2006-PA/TC, FJ 28.

78 GRÁNDEZ CASTRO, Pedro y CARPIO MARCOS, Edgar, “El Tribunal Constitucional peruano cumple 10 años. (Reporte de su labor jurisprudencial durante el año 2006)”, en *Anuario Iberoamericana de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N° 11, 2007.

Por cierto, la variación de este criterio jurisprudencial no ha sido ajena a ciertas reacciones. Los temores de que el Tribunal Constitucional pueda cruzar la línea de frontera entre lo que es propio de la jurisdicción constitucional con la que corresponde a la justicia ordinaria, sigue siendo el principal reto que tiene que afrontar el Supremo Intérprete de la Constitución. Pero es un desafío que, dentro de la zona de penumbra con que pueda estar marcada, cuenta ya con importantes parámetros de autorestricción. Con todo lo polémico que ello pueda resultar, la apelación a la *fórmula Heck*, acuñada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y asumida por el Tribunal en las RTC 9746-2005-PHC/TC y en la STC 1209-2006-PA/TC; o a la *fórmula de la cuarta instancia*, expuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y asumida por el Tribunal en la RTC 0759-2005-PA/TC, dichas pautas constituyen ya importantes límites funcionales que marcan, en negativo, el ámbito dentro del cual no puede moverse el control constitucional de las resoluciones judiciales.

8.2. El control de la motivación⁷⁹

Los límites de la intervención del juez constitucional en las labores del juez ordinario, es una discusión, que corre en paralelo, dentro de la jurisprudencia constitucional, con el derecho a la debida justificación de las resoluciones judiciales. Esto es así, toda vez que, en muchos casos, la "*corrección constitucional*" exigida por el Tribunal, supone la evaluación de la *manera* en que los jueces del Poder Judicial entienden los derechos, o incluso, el propio contenido de la Ley.

En el caso peruano, en los últimos años, el Tribunal ha incorporado en su jurisprudencia la denominada *fórmula Heck*⁸⁰ propuesta por

79 Seguimos, en este punto, el esquema de exposición de Pedro Grández, en *La justificación de la sentencia constitucional. Bases teóricas para la construcción de un modelo*, Tesis para optar el grado de Magister en Política Jurisdiccional, PUCP, Lima, 2006.

80 "La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional (...); sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional (...) entrar a conocer el asunto (...). [L]

el Tribunal Federal Alemán como metodología de separación del trabajo entre justicia ordinaria y justicia constitucional, la que permite que determinados supuestos de la actividad judicial ordinaria queden al margen del control de constitucionalidad, ya sea por corresponder al ámbito de una mera legalidad o por constituir actividad de valoración de hechos que no repercuten en el ámbito constitucionalmente protegido de alguno de los derechos protegidos a través del proceso de amparo.

En esta misma línea, el TC peruano también ha recogido la *fórmula de la cuarta instancia*⁸¹, estableciendo por esta vía que el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* para "(...) constituirse en una instancia de prolongación del debate judicial realizado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria". De este modo, el TC ha dispuesto que "(...) no puede ... revisar las sentencias dictadas por los jueces ordinarios que actúen en la esfera de su competencia respetando debidamente los derechos fundamentales de orden procesal (...)"⁸².

El Tribunal peruano, en el caso Bedoya de Vivanco⁸³, estableció que "(...) solo excepcionalmente quepa efectuar un control consti-

os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional (...), siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (BverfGE 18, 85 –sentencia del 10 de junio de 1964–). STC N° 0571-2006-AA/TC, La misma doctrina se volvió a recordar en la STC 2298-2005-PA/TC, donde el Tribunal expresó que "(...) conforme a nuestra reiterada y uniforme jurisprudencia, (...) la determinación de cuál sea la norma aplicable para resolver una controversia suscitada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, es un tema que no está dentro de la competencia *ratione materiae* del proceso constitucional de amparo. Tenemos dicho, en efecto, que el amparo contra resoluciones judiciales no es un instrumento procesal que (...) mediante su utilización el Juez Constitucional pueda evaluar si la aplicación de una norma legal se ha efectuado correctamente (o no) al resolverse un caso. [Fundamento 4]

81 La fórmula de la cuarta instancia ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer parámetros de actuación en torno a su injerencia en el Derecho de los Estados partes de la Convención. Cfr. Caso Villagrán Morales contra Guatemala, Excepciones preliminares; vid. a LANDA ARROYO, César (Compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2005, pp. 339-364.

82 RTC 0759-2005.PA/TC FJ 2.

83 STC 2758-2004-HC/TC.

tucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores”.

El modo de actuar del Tribunal dentro de tal “excepcionalidad” es, desde luego, en el marco de la “razonabilidad” que supone, de entrada, una puesta en escena del poder de “regulación procesal” de parte del Tribunal. Pues las veces que considera que dicha irrazonabilidad se ha producido, ya sea en la calificación jurídica o en la propia valoración de los hechos, la intervención estará legitimada conforme al propio Tribunal. Podría afirmarse, de este modo, que parece irremediable que el Tribunal actúe en estos ámbitos como árbitro de su propia actuación, con relación a las intervenciones en las decisiones del juez ordinario.

Esto queda demostrado si se observa el caso, donde el Tribunal legitima su actuación, ya no para el examen de una “irrazonable” asignación de significados a una determinada norma de carácter legal por parte del juez ordinario, sino que incluso tratándose de una simple liquidación de intereses de una deuda laboral, el Tribunal termina en la práctica, sustituyendo el criterio del juez de ejecución para sugerir que el suyo, resulta para el caso, más “razonable”. De este modo, el Tribunal estima que “Siendo que en el presente caso se comprueba una falta de razonabilidad y legalidad al momento de calcular los intereses de una deuda laboral, conforme a los fundamentos expuestos *supra*, este Tribunal también comprueba una violación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en su manifestación de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales fundadas en Derecho”⁸⁴.

8.3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario

En un intento por dar cierta coherencia doctrinaria a los criterios de intervención en las razones de la justicia ordinaria, se ha pos-

84 STC N° 665-2007-AA/TC FJ 18.

tulado una distinción entre dos extremos o concepciones a la hora del control constitucional de las decisiones del juez ordinario. Así se alude a una *interpretación estricta* y una *flexible* a la hora de “intervenir” en la motivación del juez ordinario⁸⁵.

En el primer caso (*interpretación estricta*) se trataría de un examen teniendo como premisa que los jueces ordinarios han actuado en el ámbito de sus competencias, de modo que se trata de construir una política jurisprudencial de auto limitación o *self restraint* a favor de la justicia ordinaria. Desde esta perspectiva, esta sólo resulta “juzgada”, cuando sea inexorable o el agravio sea “manifiesto” en el ámbito constitucional “reservado” al juez constitucional. En el segundo caso (*interpretación flexible*) el alcance del control es en cambio integral. “En base a la tesis que postula la dimensión objetiva del amparo (...) los jueces constitucionales asumen competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar todo el proceso (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas)”⁸⁶. Al parecer se trataría, por esta vía, de erradicar todo obstáculo que impida un control total por parte del Tribunal sobre el juez ordinario.

El problema de esta estrategia metodológica, si bien permite identificar dos extremos o “actitudes” frente a las decisiones de la justicia ordinaria respecto del control constitucional, no ofrece, sin embargo, claridad ni descriptiva ni prescriptiva a la hora de establecer parámetros para realizar tal control. No es descriptiva, puesto que es posible encontrar que en la práctica jurisprudencial, muchas veces, el control se realiza en términos medios. Es decir, sin entrar en el fondo, pero tampoco limitándose sólo a las formas procesales, como pareciera sugerir una perspectiva “estricta”. No es prescriptiva, porque no nos dice, cuales son los límites, si acaso fuera posible y tampoco postula parámetros para proteger la independencia y seguridad jurídica que debe otorgar todo juez con sus decisiones, de modo que la actuación del juez constitucional, sobre la base de la necesidad de control constitucional, no termine por generar ma-

85 Cfr. LANDA ARROYO, César: “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, en *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra, Lima, 2006, p. 385.

86 LANDA ARROYO, César: *op. cit.*, p. 386.

yores perjuicios con un activismo desbocado por parte del Tribunal Constitucional.

Frente a la ambigüedad y poca utilidad práctica de las fórmulas genéricas, la jurisprudencia constitucional ha postulado también, siguiendo la experiencia comparada, un modelo de control basado en la razonabilidad de la intervención en la justicia ordinaria. De este modo y con base en el caso Lüth resuelto por el Tribunal Federal Alemán⁸⁷, se ha postulado hasta tres *test* para examinar una resolución judicial desde la perspectiva constitucional. “Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un examen de *razonabilidad* y *coherencia* y la medida debe ser materia de un examen de *suficiencia*”⁸⁸.

Estos criterios han sido recogidos por la jurisprudencia constitucional peruana en un caso reciente, donde además se dio cobertura para que vía un proceso de amparo contra una decisión judicial ya no sólo se pueda revisar la violación a la tutela judicial o el debido proceso⁸⁹, sino cualquier derecho fundamental⁹⁰. Así en el caso Apolonia

87 BverfGG 7, 198.

88 *Ibidem.* citando además a Jiménez Campo, Javier, “El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en Rubio Llorente, F. Y Javier Jiménez Campo, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pg. 74 y ss.

89 Debe tenerse en cuenta en este punto, que el Código Procesal Constitucional estableció una lista de derechos que podían ser alegados como violados en un amparo contra resoluciones judiciales. El artículo 4° de dicho cuerpo normativo establece: “*Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de reabrir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.*”

90 Entre otros argumentos el Tribunal estableció que “La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción insitos en cada uno de ellos”. (STC 3179-2004-AA/TC FJ. 18)

Ccollcca (Exp. 3179-2004-AA/TC)⁹¹, el Tribunal asumió una concepción amplia de revisión de toda decisión judicial donde se constate la violación de cualquier derecho que tenga relevancia constitucional. Sin embargo, en la misma sentencia, incorporó también el canon para el control de decisiones judiciales.

Dicho canon interpretativo, a decir del Tribunal, permitiría “realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias” y estaría compuesto, en primer lugar, por un examen de *razonabilidad*; en segundo lugar, por el examen de *coherencia*; y, finalmente, por el examen de *suficiencia*.

- a) *Examen de razonabilidad.* Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
- b) *Examen de coherencia.* El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.
- c) *Examen de suficiencia.* Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

91 Sobre esta decisión, existen comentarios encontrados. De hecho el voto particular del magistrado Vergara Gotelli expresado en la sentencia, muestra ya una posición en contra, desde una perspectiva procesalista que ha sido también asumida por algún sector de la doctrina nacional. Cfr. además, comentarios a esta sentencia de Luis Castillo Córdova, “Amparo contra resoluciones judiciales. Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencia”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 99, Lima, 2006, pg. 55 y ss. Comentarios a favor de las tesis del TC, puede verse el trabajo de Jorge León Vásquez, El control de las resoluciones judiciales. Notas a las sentencia 3179-2004-AA/TC, en *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 100, Lima, 2007, pg. 39 y ss.

La última decisión relevante en materia de control de actuaciones judiciales está contenida en la STC 0728-2008-HC/TC, caso Giuliana Llamuja. La relevancia de este caso radica en que el TC expone esta vez un modelo de control estricto en materia de apreciación del material probatorio que crea convicción en el juzgador penal. La motivación en materia de hechos no había sido puesta de relieve por el Tribunal, de manera que puede establecerse que este caso marca el inicio de un nuevo periplo del Tribunal en la extensión de los controles también al ámbito de la apreciación de la prueba⁹².

La exigencia de una estricta justificación en materia de hechos pone, sin embargo, en una situación de nuevo riesgo al Tribunal. Por un lado, el peligro tantas veces acusado de convertirse en una instancia de calificación del juicio *a quo*; y por otro, de aumentar de manera incontrolable su carga procesal ante la falta de claridad de los criterios de selección de casos y ante el apetito nunca satisfecho de los abogados de llevar las causas hasta el último pedestal de la justicia.

Con todo, bien cabe señalar que el control constitucional respecto a las resoluciones judiciales ha tenido un complejo periplo evolutivo que fue signado, primero, con la vieja posición llamada *tesis negativa* que fue desarrollada tanto por los viejos antecedentes del D. Ley. 17083, luego por la ley 23506, bajo el marco del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales y que habría de extenderse hasta el Tribunal Constitucional; y luego superada esta postura, la llamada *tesis permisiva* que admitió una variante “*débil*”, vía la interpretación *contrario sensu* del art. 6.2. de la 23506, y luego la actual *tesis permisiva* que inaugura el art. 4 del actual C.P.Const.

9. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Constitución Política de 1993 ha asignado en su artículo 159 al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Dicha facultad –ha dicho el TC–, si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio

92 GIACOMETTE FERRER, Ana: *La prueba en los procesos constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008.

Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales⁹³. En dicho contexto, a partir de la sentencia recaída en el caso Fernando Cantuarias Salaverry⁹⁴, el Tribunal Constitucional ha admitido el control constitucional de los actos del Ministerio Público, reconociéndose que el Ministerio Público se encuentra vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido proceso. En dicha sentencia se señaló que la competencia asignada al fiscal para llevar a cabo una investigación no le permite en modo alguno: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. Además de ello, conforme estableció anteriormente en la STC 1268-2001-HC/TC, el proceso prejurisdiccional penal representado por la investigación fiscal también debe respetar los principios y derechos que conforman el debido proceso, trasladando en lo que sea pertinente las garantías otorgadas en el proceso penal a sede fiscal, a fin de evitar un accionar desvinculado de la Constitución y de la dignidad de la persona humana.

El control que se debe ejercer sobre dichos actos vulneratorios del debido proceso y de los principios mínimos de razonabilidad y proporcionalidad que acometa el Ministerio Público no puede ser efectuado, sin embargo, a través del proceso constitucional de hábeas corpus. Como ha entendido el TC, este proceso constitucional en nuestro sistema de jurisdicción constitucional se encuentra conectado con la protección de la libertad personal, y en los términos de artículo 4 del C.P.Const. sólo procede contra la vulneración del debido proceso siempre que ésta involucre dicho derecho constitucional. En los términos expuestos por el TC la denuncia fiscal no constituye tampoco una amenaza contra la libertad individual, pues el juez penal no se encuentra vinculado por la denuncia efectuada por el Ministerio Público. Sin embargo, también ha reconocido el TC que una denuncia fiscal formulada de manera absolutamente arbitraria puede inducir peligrosamente al

93 STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 7.

94 STC 6167-2005-PHC/TC

juez a un error; por lo que en algunos casos excepcionales el Colegiado Constitucional ha ingresado a examinar el fondo del asunto y declarar nula la denuncia formulada por el Ministerio Público⁹⁵. Esta restricción de orden procesal en el acceso al proceso de hábeas corpus expresa, visto en sentido contrario, que el proceso habilitado para dicho control constitucional de la actividad fiscal es el proceso constitucional de amparo, aún cuando el TC no ha efectuado todavía un desarrollo amplio de una suerte de amparo fiscal.

En sucesivas sentencias el Tribunal Constitucional peruano ha seguido delimitando la actividad del Ministerio Público conforme a parámetros constitucionales. Así, en el caso *Chávez Sibina*⁹⁶ el TC señaló que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, las facultades reconocidas a los fiscales se rigen de conformidad con los principios de *autonomía* (mediante el cual se les reconoce el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustada a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, de conformidad con criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario) y *jerarquía*

95 Éste ha sido el caso, fundamentalmente, de la STC 6204-2006-PHC/TC, donde en los fundamentos jurídicos 5 y 6 el TC afirmó “Este criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional [la improcedencia del hábeas corpus contra actos del Ministerio Público], no obstante, debe ser aplicado considerando, permanentemente, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, atendiendo a la tutela del principio de supremacía jurídica de la Constitución y a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; además de las circunstancias objetivas que rodean la controversia a resolver. En tal sentido, si bien en el presente caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal del recurrente, el Tribunal Constitucional estima pertinente ingresar a resolver el fondo de la controversia planteada por dos razones esenciales. En primer lugar, en atención al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, y del principio de economía procesal; en segundo lugar, por la relevancia jurídica de la pretensión propuesta por el demandante que está relacionada con el control constitucional de los actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional, a efectos de dilucidar la tutela o no del derecho que invoca el recurrente, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales”.

96 STC 6204-2006-PHC/TC, FJ 16-18.

(según el cual, los fiscales pertenecen a un cuerpo jerárquicamente organizado, por lo que deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores; ello en la medida de que se pretenda dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales contenidas en el artículo 159 de la Constitución). Sin embargo, también se precisó que el mencionado principio de jerarquía no puede llevar a anular la autonomía del fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones, en razón que ello comportaría una omisión del mandato constitucional previsto en el artículo 159 inciso 4 de la Constitución, que dispone que corresponde al Ministerio Público “[c]onducir desde su inicio la investigación del delito (...)”; así como también de lo dispuesto en el propio artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que prescribe: “[l]os fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución”.

En la misma sentencia (fundamento N° 19) también se señaló que el Ministerio público se encuentra vinculado al derecho a la debida motivación de las resoluciones, reconocido en el artículo 139, inc. 5 de la Constitución, considerando que “[t]an arbitraria e irrazonable es una resolución judicial que adolece de falta de motivación, como aquella denuncia fiscal en la que no existen fundamentos objetivos y razonables –y sí, por el contrario, argumentos subjetivos e injustificados– para que se formule una denuncia penal contra una determinada persona”.

Otro importante desarrollo de la jurisprudencia del TC en materia de control de la actividad del Ministerio Público lo constituye lo relativo al plazo razonable de investigación fiscal. El TC en la sentencia recaída en el caso Gleiser Katz⁹⁷ afirmó que en la medida que legislativamente no se ha determinado un plazo aplicable a la etapa de investigación preliminar (al menos para los procesos no regulados por el Nuevo Código Procesal Penal), es posible -a fin de evaluar la razonabilidad del plazo de la investigación fiscal- hacer uso de los criterios ya reconocidos jurisprudencialmente para evaluar la razonabilidad del plazo de la detención, a saber: la actuación del fiscal, la actuación del investigado y la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

97 STC N° 5228-2006-PHC/TC FJ N° 11-18

10. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

En el marco de la interpretación de la Constitución el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una posición que, a la postre, habría de ser convalidada por el actual C.P.Const. relacionadas a las resoluciones que expide el órgano de justicia electoral en el Perú y que le corresponde al JNE. Así, respecto a la interpretación de los artículos 142 y 181⁹⁸ el TC ha sostenido que tienen por propósito garantizar que ningún otro órgano del Estado se arrogue la administración de justicia sobre los asuntos electorales, pues en esta materia técnico-jurídica, el JNE es, en efecto, instancia definitiva. Así lo ordena la Constitución y bajo el principio de *corrección funcional* ese fuero debe ser plenamente respetado por todo poder constituido, incluyendo, al propio Tribunal Constitucional.

Sin embargo, cuando el JNE ejerce funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, allí sí puede el TC ejercer el control constitucional de las resoluciones del JNE. Para ello, debe existir como presupuesto que dicha resolución se expida en contravención de los derechos fundamentales. En tales supuestos, el criterio del JNE escapa a los asuntos técnico-jurídicos de carácter estrictamente electoral, siendo de inmediata aplicación el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución que dispone que el proceso de amparo “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los (...) derechos reconocidos por la Constitución”. En otras palabras, en tales casos, la jurisdicción constitucional se torna inmediatamente en el fuero competente para dirimir la litis circunscrita a si existió o no violación de la Carta Fundamental. Sin que pueda caber aquí, desde luego, una subrogación en las funciones reservadas constitucionalmente al JNE.

98 El artículo 142 de la Constitución prescribe: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. Por su parte, el artículo 181 prescribe: “El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno”.

Por principio debe aclararse que el TC no se está arrogando competencias electorales, pues estos ámbitos competenciales son competencia exclusiva y excluyente del propio JNE, como marco de su garantía institucional; sin embargo, el Tribunal, analogando el control constitucional que ejerce sobre un juez penal o civil que contraviene los derechos fundamentales, ha establecido que tiene competencia para nulificar los actos de este organismo de justicia electoral si es que éste hubiere violado el orden jurídico constitucional. Es evidente que en tales supuestos el Tribunal Constitucional se limita a impartir justicia constitucional, reponiendo las cosas al estado anterior al momento en que tuvo lugar la afectación del derecho fundamental, para que luego el proceso continúe siendo resuelto por su respectivo juez competente. La secuencia es idéntica en los supuestos de resoluciones expedidas por jueces que imparten justicia electoral. Así pues, no se trata de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional)⁹⁹.

Igualmente el propio Tribunal establece la compatibilización de las resoluciones del JNE que, al ser excepcionalmente objeto de control por el propio Tribunal Constitucional, tiene encaje de armonización con la seguridad jurídica. En efecto, sostiene el TC que “la posibilidad de ejercer control constitucional a las resoluciones del JNE que resulten contrarias a los derechos fundamentales no sólo emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del C.P.Const....”¹⁰⁰.

En efecto, el Colegiado Constitucional sostiene que si bien “la seguridad jurídica –que ha sido reconocida por el propio Tribunal como un principio implícitamente contenido en la Constitución–, es pilar fundamental de todo proceso electoral”¹⁰¹ y, siendo que los procesos electorales ostentan plazos perentorios y preclusivos, y que una de las garantías para la estabilidad democrática es el conocimiento exacto

99 STC 5854-2005-PA, FJ 20.

100 STC 5854-2005-PA, FJ 20. En efecto, el artículo 5, inciso 8 del C.P.Const. prescribe: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 8) Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva”.

101 STC 5854-2005-PA, FJ 37 in fine, 38 y 39.

y oportuno del resultado de la voluntad popular manifestada en las urnas (artículo 176 de la Constitución); “no es factible que, so pretexto del establecimiento de garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales, se culmine por negar la seguridad jurídica del proceso electoral, y con ella, la estabilidad y el equilibrio del sistema constitucional en su conjunto (principio de interpretación constitucional de concordancia práctica)”¹⁰².

Así, el TC se ha visto obligado a precisar tres grandes aspectos que vinculan y relacionan al sistema electoral en su conjunto. Veamos:

- a) El Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201 de la Constitución y artículo 1 de la LOTC), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al Derecho Electoral Constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.).
- b) En atención a la seguridad jurídica que debe rodear todo proceso electoral y a las especiales funciones conferidas a los órganos del sistema electoral en su conjunto (JNE, ONPE, RENIEC – artículos 178, 182 y 183 de la Constitución –), en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en la que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176 de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1 del C.P.Const. Aquí en rigor se trataría de eventuales *procesos de amparo electorales* que no tendrían los efectos de una naturaleza restitutoria puesto que ya se ha convertido en irreparable; empero, ello no impide que se

102 STC 5854-2005-PA, FJ 37 in fine, 38 y 39.

establezca fundada la demanda de amparo como una modalidad de lo que constituye la tipología del *amparo innovativo*.

- c) Igualmente el Tribunal Constitucional estima que es preciso incrementar las garantías que aseguren la celeridad y seguridad jurídica que deben caracterizar a todo proceso electoral, sin que con ello se afecte el plausible control constitucional de una resolución del JNE en materia electoral que contravenga derechos fundamentales. Debe recordarse que con el mismo énfasis con el que la Corte Interamericana ha señalado que todo órgano supremo electoral, “debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación”, el TC ha establecido que “dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral”¹⁰³.

Por otro lado, efectuando un recuento de nuestro constitucionalismo histórico bien podemos apreciar que nuestro sistema de justicia electoral ha pasado por una serie de etapas. Así, en la génesis de nuestra república hasta 1855, una etapa de “consolidación del régimen electoral” (de 1855 hasta 1931), un estadio de la “autonomía electoral” (de 1931 a 1962), el estadio de las “garantías del sufragio ciudadano” (de 1962 a 1979), el estadio de la “ampliación del proceso de participación en el sufragio” (de 1979 a 1993); y luego viene la actual etapa que ha sido calificada como “el periodo del debilitamiento institucional de la organización electoral” y que tendría, a criterio de un prominente funcionario del JNE, dos etapas: la primera del “debilitamiento estructural o del diseño organizacional”, representada por la división del organismo electoral en una estructura tripartita: la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y el propio Jurado Nacional de Elecciones; y la segunda “del debilitamiento de la justicia electoral”, caracterizada por un debilitamiento de la jurisdicción en materia electoral, merced a la intervención activa del Tribunal

103 (STC 5854-2005-PA, FJ 37 *in fine*, 38 y 39).

Constitucional en el control de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones¹⁰⁴.

En conclusión, desde la óptica de los críticos al control constitucional efectuado por el TC en materia electoral, la etapa actual representaría frente al desarrollo histórico de la justicia electoral en el Perú (que habría afirmado una autonomía del JNE) un retroceso o un paso atrás en su consolidación. La intervención del Colegiado Constitucional es valorada, en este sentido, como negativa o perjudicial para la consolidación de nuestro sistema electoral. Sin embargo, bien cabe señalar que todo sistema electoral presupone entre otros fines la gobernabilidad, la representatividad y la legitimidad que subyace en los sistemas políticos occidentales; y en este esfuerzo la judicialización excepcional de las resoluciones de los tribunales, cortes o jurados electorales como el nuestro, no empañan su cometido ni afectan la garantía institucional de sus resoluciones; puesto que al intervenir un tribunal constitucional lo hace para legitimizar dichas resoluciones cuando éstas acusan graves afectaciones a los derechos fundamentales o al contenido esencial de los principios y valores que entraña la Constitución¹⁰⁵.

104 Vid. estas etapas y la crítica al TC en FALCONÍ GÁLVEZ, Juan: "El por qué de la necesidad de algunas reformas constitucionales en el capítulo XIII (del sistema electoral, de nuestra Constitución). Propuesta a contracorriente, a partir de las experiencias sufridas en la última década", en *Limitación del poder y estructura del Estado. Estudios sobre la parte orgánica de la Constitución*, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Gustavo Gutiérrez Ticse (Directores), Grijley, Lima, 2008, pp. 237-245. A dicha crítica habría que contraponer, sólo a manera de precisión que se ajuste más a la verdad, que del universo de procesos interpuestos contra el JNE que suman un total de 34 casos, sólo 3 han sido declarados fundados por el TC, mientras que 25 han sido resueltos como improcedentes y 6 como infundados. Las resoluciones de improcedencia son: 0145-2008-AA Resol., 00252-2004-AA Resol., 01894-2006-AA Resol., 01936-2007-AA Resol., 02119-2002-AA Resol., 02346-2002-AA Resol., 02366-2003-AA, 02510-2007-AA Resol., 02730-2006-AA Nulidad, 02746-2006-AA Resol., 03197-2006-AA Resol., 03276-2007-AA Resol., 03283-2007-AA Nulidad 2, 03285-2006-AA Resol., 03317-2006-AA Resol., 03593-2006-AA, 03981-2004-AA Resol., 04543-2004-AA Resol., 04773-2005-AA Resol., 04840-2004-AA, 05180-2007-AA Resol., 06211-2007-AA Resol., 06649-2006-AA Resol., 06901-2006-AA Resol., 00033-1995-AA; las resoluciones que han declarado infundada la demanda son: 00902-1996-AA, 01061-1999-AA, 02668-2004-AA Resol., 05396-2005-AA, 06377-2007-AA Resol., 06620-2006-AA Resol.; y las resoluciones estimativas son: 02730-2006-AA, 01078-2007-AA y 03283-2007-AA.

105 Vid. un enfoque más amplio en CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima, 2008, pp. 295 y ss.

11. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

En el ordenamiento jurídico peruano existe un órgano constitucional denominado Consejo Nacional de la Magistratura, que a tenor del artículo 150 de la Constitución, se encarga de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales. Por lo que ahora interesa, y como se verá a continuación, cuenta, además, con las atribuciones de ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años (artículo 154.2) y, aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias (artículo 154.3).

Existen, por otro lado, dos cláusulas constitucionales, los artículos 142 y 154.3, que disponen que no son revisables en sede judicial, esto es, son inimpugnables, las resoluciones que el referido órgano constitucional emita en materia de ratificación de magistrados –que, por cierto, no es otra cosa que un proceso de evaluación que se realiza cada siete años– y las que expida a propósito de un procedimiento sancionador.

En el Perú, no han sido pocas las demandas de amparo que ha tenido que resolver el Tribunal Constitucional¹⁰⁶, en las que el

106 En total hasta la fecha han ingresado 343 demandas dirigidas contra el Consejo Nacional de la Magistratura, impugnando tanto decisiones tomadas en ejercicio de su función de ratificación de magistrados como en su función disciplinaria de destitución de jueces y fiscales. De éstas 90 han sido declaradas estimativas, mientras que 199 han sido desestimadas, 50 como improcedentes, 137 como infundadas y 12 rechazadas por otro objeto; quedando aún 54 casos pendientes de resolución. Al respecto, las sentencias declaradas estimativas son las siguientes: 00027-2003-AA, 00040-2003-AA, 00041-2003-AA, 00042-2003-AA, 00049-2003-AA, 00068-2003-AA, 00069-2003-AA, 00107-2003-AA, 00133-2003-AA, 00177-2003-AA, 00199-2007-AA, 00205-2003-AA, 00208-2003-AA, 00216-2003-AA, 00242-2003-AA, 00290-2003-AA, 00321-2006-AA, 00447-2003-AA, 00526-2003-AA, 00578-2005-AA, 00627-2003-AA, 00664-2003-AA, 00736-2003-AA, 00851-2003-AA, 00908-2003-AA, 01057-2003-AA, 01060-2003-AA, 01079-2003-AA, 01112-2005-AA, 01274-2002-AA, 01333-2006-AA, 01411-2004-AA, 01458-2007-AA, 01848-2002-AA, 01904-2002-AA, 01931-2003-AA, 02136-2002-AA, 02284-2002-AA, 02591-2002-AA, 02612-2002-AA, 02614-2002-AA, 02682-2003-AA, 02735-2002-AA, 02808-2002-AA, 02839-2002-AA, 02852-2003-AA, 02858-2002-AA, 02859-2002-AA, 02860-2002-AA, 02871-2002-AA, 02878-2002-AA, 02892-2002-AA, 02895-2002-AA, 02902-2003-AA, 02948-2002-AA, 02963-2002-AA, 02968-2003-

Consejo Nacional de la Magistratura ha sido parte demandada. Así, una primera cuestión a revisar fue la referida a los alcances del artículo 142 de la Constitución, que dispone que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados no son revisables en sede judicial.

Un sentido similar contiene el artículo 154.3 de la Constitución, que prescribe que la resolución de destitución expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura en forma motivada y con previa audiencia del interesado es inimpugnable. Como puede apreciarse, en uno u otro caso el efecto es el mismo: no pueden someterse a revisión, o lo que es lo mismo, no pueden ser impugnadas en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación o destitución de magistrados, aunque en éste último supuesto hay dos presupuestos bien precisos que revisaremos con posterioridad.

En razón a ello surgía la interrogante, ¿cómo dilucidar la controversia, aún si por mandato expreso de determinadas disposiciones constitucionales –artículos 142 y 154.3– estaba vedado revisar, en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y destitución de magistrados? En el caso, había una aparente contradicción entre dichas disposiciones y el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva previsto por el artículo 139.3 de la Constitución¹⁰⁷.

AA, 02989-2002-AA, 04180-2004-AA, 04596-2006-AA, 04602-2006-AA, 04679-2004-AA, 05033-2006-AA, 06105-2005-AA, 06375-2006-AA, 06957-2005-AA.

107 Así, en el *Caso Luis Felipe Almenara Bryson vs Consejo Nacional de la Magistratura*, en el cual las instancias judiciales previas desestimaron la demanda en virtud de una aplicación literal del numeral 142º de la Constitución, el Tribunal estableció que al resolverse de ese modo, se había obviado que también constituye un atributo subjetivo de naturaleza constitucional el derecho de acceder a un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley, según enuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y que detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención America-

Al Tribunal Constitucional le corresponde, en su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al sistema constitucional, la supremacía constitucional y la plena e irrestricta vigencia de los derechos fundamentales. En este sentido, la situación planteada exigía dejar de lado los métodos clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico)¹⁰⁸ y, por el contrario, abarcar otros principios que informen la labor hermenéutica del juez constitucional, esto es, los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución¹⁰⁹.

na de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio. (STC 1949-2002-AA/TC, FJ 2 a 6).

108 LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Tratado de la interpretación constitucional. Homenaje de Karl Loewenstein* (Con la colaboración de Antonio Castagno), 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, Vol. I, p. 163 y ss.

109 La interpretación de la Norma Fundamental -ha dicho el TC- debe efectuarse apelando a determinados principios constitucionales. En primer lugar, al *principio de unidad de la Constitución*, según el cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. En segundo lugar, al *principio de concordancia práctica*, conforme al cual la aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica”, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución). En tercer lugar, al *principio de corrección funcional*, el cual exige al Tribunal Constitucional, como a cualquier juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúen las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. En cuarto lugar, al *principio de función integradora*, de acuerdo con el cual el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad. Y, finalmente, apelando al *principio de fuerza normativa* de la Constitución, que está orientado a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante para

Una lectura aislada del artículo 142, como del numeral 154.3 de la Constitución conducía, inevitablemente, a resultados inconsecuentes con el principio de unidad de la Constitución. ¿Era correcto sostener, entonces, que una resolución del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados, aún cuando pudiera haber sido expedida con afectación de los derechos fundamentales de la persona, no podía ser sometida a control en sede jurisdiccional? Indudablemente que no, toda vez que lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconocía la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, como el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, que como todo organismo, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales.

Por otro lado, una interpretación aislada del artículo 142, como del numeral 154.3, despojaba a los derechos fundamentales de toda garantía jurisdiccional de protección, y resultaba contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y al de corrección funcional, pues no sólo se desconocía el carácter vinculante de la Constitución, sino también la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional por mandato del artículo 201 de la Norma Fundamental. A ello cabe agregar que dicha interpretación confundía la autonomía que ha sido constitucionalmente reconocida al Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150º de la Constitución) con autarquía, pues se pretendía, so pretexto de ello, que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional, aún cuando sean contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución¹¹⁰.

todos los poderes públicos y privados *in toto* y no sólo parcialmente. (STC 5854-2005-AA, FJ 12).

- 110 Así, en el *Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos vs Consejo Nacional de la Magistratura*, el TC sostuvo que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional deben desprenderse de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma; y que cuando el artículo 142.º de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma

A mayor abundamiento, cuando el Consejo Nacional de la Magistratura ejerce sus funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, esto es, cuando expide resoluciones, en el marco de los procesos de ratificación y/o destitución de magistrados, violatorias de los derechos fundamentales, resulta de aplicación inmediata el artículo 200.2 de la Constitución, que establece que los procesos constitucionales proceden contra *cualquier* funcionario, autoridad o persona que vulneren los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Consecuentemente, visto desde esta óptica, tampoco existía justificación constitucional alguna para que el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentre relevado de dicho control.

Por otro lado, la interpretación de los artículos 142 y 154.3 de la Constitución debía realizarse, teniendo en cuenta, también, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 25), que disponen que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, efectivo y rápido ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley. Y es que, conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir, que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable al interior del Estado. Por otro lado, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución deben ser interpretados de conformi-

norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro Texto Fundamental. (STC 2409-2002-AA/TC, FJ 2).

dad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En atención a estos argumentos, esto es, a una lectura sistemática de la Constitución, a una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona, así como a una obligatoria consideración de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, quedó claro para el TC que no existe justificación alguna para que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados no puedan ser sometidas al control constitucional cuando no respeten los derechos fundamentales de la persona. No puede pues alegarse ningún tipo de zona invulnerable al control de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos, toda vez que la limitación que señala el artículo 142 de la Constitución, como la prevista por el numeral 154.3, no pueden entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho se pueden rebasar los límites que impone la Constitución, como que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda impedirlo.

De otro lado, cuando el artículo 5.7º del Código Procesal Constitucional prescribe que no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia del interesado, no ha hecho más que compatibilizar dicho artículo con la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional del artículo 142º de la Constitución.

De ahí que el Tribunal Constitucional entendió¹¹¹ que ello es así siempre que se cumplan irrestrictamente ambos presupuestos: motivación y audiencia previa del interesado; de lo contrario, podrá asumir competencia para determinar la legitimidad constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura. Siendo ello así,

111 STC N.º 3361-2004-AA/TC, Fundamento N.º 2.

debe quedar claramente establecido que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura que eventualmente puedan resultar violatorias de los derechos fundamentales de las personas¹¹².

12. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La adecuación de la justicia militar a los postulados de la Constitución ha sido y es en la actualidad uno de los ámbitos que ha merecido un significativo número de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional. Tales pronunciamientos constituyen una evidencia de la progresiva materialización del control constitucional en uno de los “fueros” en el que se ha verificado de modo considerable intervenciones en los derechos fundamentales de los efectivos militares y policiales. Ciertamente, tal control se ha visto ensombrecido, en cierto modo, por la renuencia del Poder Legislativo a elaborar una legislación compatible con la Norma Fundamental, situación que, como veremos más adelante, no ha disminuido la vocación de control del Tribunal Constitucional en tanto guardián de la Constitución.

La jurisdicción militar fue establecida por la Constitución de 1993 en el artículo 139 inciso 1¹¹³. Anteriormente hizo lo propio la Constitución de 1979 que la reconoció en el artículo 233. Precisamente teniendo en cuenta esta última, el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, dos días antes de que asuma la presidencia el gobierno democrático de don Fernando Belaúnde Ferry, dictó el Decreto Ley N.º 23201, publicada el 26 de julio de 1980, que “actualizó y adecuó a la nueva Constitución la Ley Orgánica de la Justicia Militar”. El cuestionamiento de este Decreto Ley en sede constitucional marca el inicio

112 Ver reciente obra de Cresci Vassallo, Giancarlo: *Criterios del Tribunal Constitucional en materia de ratificación, destitución y nombramiento de jueces y fiscales*, Gaceta Jurídica, Lima 2013 (Nota de Marzo de 2013).

113 Vid. ETO CRUZ, Gerardo: *La justicia militar en el Perú*, Edit. Nuevo Norte - Universidad Nacional de Trujillo - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Trujillo, 2000, pp. 175 y ss.

de una serie de decisiones del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalización de la justicia militar¹¹⁴.

En general, podemos afirmar que son seis los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que dada su relevancia e incidencia en el ámbito de la jurisdicción militar es necesario desarrollar aunque de modo breve.

El primero, se encuentra contenido en la STC 00017-2003-AI/TC, mediante el cual la Defensoría del Pueblo cuestionó la Ley N.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo N.º 749, que regulaba el papel de las Fuerzas Armadas durante los estados de excepción. En esta sentencia, el TC estableció que la jurisdicción militar constituye una “jurisdicción especializada”, precisando los límites constitucionales de la actuación funcional de la jurisdicción militar, estableciendo para dicho efecto las características básicas de los *delitos de función militar*, motivo único por el cual una persona podía ser sometida a dicha jurisdicción especializada. Entre estas características se encontraban: i) que se trate de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encarga; ii) que el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad; y iii) que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, éste lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

El segundo caso de control constitucional sobre la actividad jurisdiccional de las Fuerzas Armadas, se encuentra contenido en la STC 00023-2003-AI/TC, mediante el cual la Defensoría del Pueblo cuestionó la constitucionalidad del mencionado Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar. En dicha sentencia, el TC declaró inconstitucionales las disposiciones que establecían: 1) *El nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo*, pues el Presidente de la República, en tanto Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, no puede ser el responsable directo o indirecto del nombramiento de los jueces militares. Así, en el fundamento 58 sostuvo que “La intervención del Poder Ejecutivo,

114 LOVATÓN PALACIOS, David: *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*, Palestra - PUCP, Lima, 2007, pp. 77 y ss.

directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad". En este punto el TC se basó además en una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso *Castillo Petruzzi vs. Perú* estableció que "(...) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. (...). Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares" (párrafo N.º 130); 2) *La movilidad de los jueces militares*, considerando que si bien los jueces militares pueden desplazarse "excepcionalmente" conforme a las necesidades del servicio, por ejemplo, en estados de emergencia, no es admisible que una norma permita que "todos" los juzgados puedan ser susceptibles de traslado más aún si se tiene en cuenta que normalmente nos encontramos en "tiempos de paz" y no en "tiempos de guerra (fundamentos 61 y ss); 3) *La relación existente entre los órganos de la jurisdicción militar*, considerando que un tribunal inferior no se encuentra subordinado a un tribunal superior (o supremo), pues ambos tribunales gozan de la garantía de independencia, por lo que el tribunal superior (o supremo) no puede revisar "de oficio" cualquier causa, sino sólo cuando se haya interpuesto un medio impugnatorio o se haya previsto la elevación en consulta (fundamentos 47 y ss.); 4) *La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*, considerando que el hecho de que juzgados u órganos colegiados militares sean integrados por "oficiales en actividad" vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, pues, por un lado, los jueces militares son a la vez funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque es incompatible que personas sujetas a los principios de obediencia y subordinación, como los "oficiales en actividad" que ejercen funciones jurisdiccionales, puedan ser al mismo tiempo independientes e imparciales (fundamentos 39 y ss.); 5) *El ejercicio de la defensa técnica por un oficial que no tiene la profesión de abogado*, pues la defensa técnica sólo puede ser ejercida por un profesional del Derecho y no por un oficial sin formación jurídica; y 6) *La existencia del Ministerio Público de la Justicia Militar*, pues no existe en la Constitución ninguna norma que habilite al legislador a crear un Ministerio Público de la Justicia

Militar. Conforme a la Constitución sólo hay un Ministerio Público y a él pertenecen todos los fiscales de la República, así como las funciones de ejercer cualquier acción penal –sea penal ordinaria o penal militar–, entre otros. Cabe precisar que con el fin de evitar que se paralice la justicia militar, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de 1 año (que vencía el 7 de enero de 2006) para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución

El tercero, se encuentra contenido en la STC 00004-2006-PI/TC, mediante el cual la Fiscal de la Nación cuestionó parte de la Ley N.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. Esta ley, que derogó el aludido Decreto Ley N.º 23201, fue objeto de declaración de inconstitucionalidad en las disposiciones que establecían: 1) *El nombramiento de jueces militares por una Comisión Mixta compuesta por representantes de la Justicia Militar y del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) (fundamentos 164 y ss); 2) La movilidad de “todos” los jueces militares, por los mismos fundamentos que en el caso anterior; 3) La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional; por los mismos fundamentos que en el caso anterior y además basándose en otra sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso Palamara Iribarne vs. Chile expresamente sostiene que un juez militar no puede ser a la vez militar en servicio activo. En tal sentencia la Corte “estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares [del ordenamiento jurídico chileno] supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo; estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando; su nombramiento no dependa de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad, y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”; 4) La existencia del Ministerio Público de la Justicia Militar dentro del propio Ministerio Público, no como una especialidad de los fiscales, sino con total autonomía (Fundamentos 95 y ss); y 5) Que solo pueden ser jueces los efectivos militares o policiales en actividad que pertenecen al Cuerpo Jurídico Militar o Policial, considerando que tal disposición, sometida al test de igualdad, es*

inconstitucional pues afecta el derecho fundamental a la igualdad de acceso a los cargos públicos de aquellos oficiales *en retiro* o de abogados especializados en materia penal militar –que por ejemplo posean alta especialización de post grado en esta especialidad. Cabe destacar que, nuevamente, con el fin de evitar que se paralice la justicia militar, el Tribunal Constitucional estableció una *vacatio sententiae* de 6 meses (que vencía el 21 de octubre de 2006) para que en ese tiempo el congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El cuarto, se encuentra contenido en la STC 00006-2006-PI/TC, mediante el cual el Colegio de Abogados de Lima, cuestionó otros extremos de la mencionada Ley N.º 28665. El TC declaró inconstitucionales las disposiciones que establecían: 1) *La equiparación de las remuneraciones, derechos, beneficios y obligaciones de los efectivos militares (administración militar) a los jueces militares (jurisdicción militar);* y 2) *La posibilidad de ejercer simultáneamente la función de juez militar y la de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, considerando los mismos fundamentos contenidos en las anteriores sentencias y además basándose en otra decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Durand y Ugarte) en la que el Estado peruano fue sancionado por violar, entre otros, el artículo 8.1 sobre garantías judiciales. Tal sentencia establece lo siguiente: (...) Por lo que respecta a la afirmación sobre la parcialidad y dependencia de la justicia militar, es razonable considerar que los funcionarios del fuero militar que actuaron en el proceso (...) carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a los responsables por los mismos. Como ha quedado establecido (...) los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial. [énfasis agregado] Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado [peruano] violó (...) los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (...)*”. En este caso, complementando lo dispuesto en la STC 0004-2006-PI/TC se estableció una *vacatio sententiae* que indefectiblemente vencía el 31 de diciembre de 2006, para que en ese tiempo el Congreso pueda expedir una nueva legislación que estime compatible con la Constitución.

El quinto pronunciamiento se encuentra contenido en la STC 00005-2007-PI/TC, mediante el cual el Colegio de Abogados de Lambayeque cuestionó la Ley N.º 28934, que ante la inminencia del vencimiento de la *vacatio sententiae* dictada por el TC, sorprendentemente amplió indefinidamente la vigencia de la normatividad “inconstitucional” que regulaba la justicia militar policial. En tal sentencia el TC confirmó su doctrina respecto del control constitucional de normas derogadas que aún surten efectos y además desarrolló temas como el de la compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático, la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo, y la autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional, declarando inconstitucional el artículo 1º de la Ley N.º 28934, por vulnerar el principio de separación de poderes, la fuerza normativa de la Constitución, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, así como la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional.

Finalmente, el sexto pronunciamiento se produce ante la renuencia del Poder Legislativo para expedir un sistema de justicia militar compatible con la Constitución, y se encuentra contenido en la STC 01605-2006-PHC/TC, publicada con fecha 30 de junio de 2008, mediante la cual, aplicando el control difuso, declaró inconstitucional e inaplicable al caso concreto la Ley N.º 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (que derogó la mencionada Ley N.º 28665), considerando que esta ley “no sólo vulnera la autoridad de cosa juzgada establecida en el artículo 139º inciso 2) de la Constitución, en lo que se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional, constituyendo un abierto desacato a tales pronunciamientos, sino que supone, además, una situación de *rebeldía legislativa*, dado que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías” (fundamento 7).

Todos los pronunciamientos mencionados no hacen sino confirmar una vocación permanente del Tribunal Constitucional por efectivizar los principios y derechos constitucionales en el ámbito de la justicia militar, un ámbito en el que ante la inobservancia de los fallos del Tribunal Constitucional y también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Legislativo, se ha optado por la aplicación del control difuso de constitucionalidad de las leyes, en tanto no exista pronunciamiento en un proceso de inconstitucionalidad. La observancia de las decisiones del Tribunal Constitucional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o de la Justicia Militar, no implica en modo alguno la existencia de niveles de subordinación de éstos respecto de aquellos, sino antes bien la vigencia de la institucionalidad y la efectiva realización de las garantías judiciales contenidas en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las que han confiado en tales órganos jurisdiccionales la interpretación y la defensa última de los derechos básicos de naturaleza procesal¹¹⁵.

13. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

En nuestro ordenamiento jurídico la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial y la unidad y exclusividad de su ejercicio es un principio fundamental de la función jurisdiccional del Estado; sin embargo, la propia Constitución ha dispuesto a lo largo de su articulado una serie de excepciones, a modo de jurisdicciones especializadas, como son la militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139°), constitucional (artículo 202°) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°). Dichos fueros jurisdiccionales especiales, sin embargo, amén de las razones constitucionales para su implementación,

115 Nota del 2013: a la fecha, se ha interpuesto una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 29548, así como contra determinados artículos de los Decretos Legislativos N.ºs 1094 y 1095, en la que se cuestionan diversas disposiciones del Código Penal Policial Militar así como las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las fuerzas armadas en el territorio nacional [*Cfr.* Exp. N.º 0022-2011-AI/TC, resolución de admisibilidad de fecha 3 de mayo de 2012]. Con la emisión de la sentencia de fondo en este expediente, habría un séptimo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, relacionado con el control constitucional de la jurisdicción militar.

sólo pueden ser admisibles, en un Estado Constitucional de derecho, siempre que su ordenación respete los principios y derechos que informan la función jurisdiccional, con las particularidades que cada tipo de jurisdicción requiera.

La jurisdicción arbitral ha sido incorporada en nuestro país como una forma, existente en muchos ordenamientos jurídicos a nivel mundial, de solución pronta y efectiva de controversias jurídicas de carácter particular, donde los actores involucrados eligen libremente a sus jueces y constituyen un tribunal de carácter privado que a través de un laudo decide la incertidumbre jurídica que se le plantea. En el contexto de un mundo globalizado, donde las exigencias de rapidez en las transacciones comerciales son cada vez mayores, la institución del arbitraje encuentra pleno encaje constitucional, teniendo en cuenta además el modelo de nuestra Constitución Económica¹¹⁶. Es por ello que el TC ha destacado la necesidad de dotar a esta institución de las garantías básicas que sustenten su efectiva labor jurisdiccional. Así, el TC ha señalado que el principio de *autonomía de la jurisdicción arbitral* es fundamental en la búsqueda de un adecuado funcionamiento de dicha institución. En dicha labor, resultan esenciales los principios del *"kompetenz Kompetenz"* y de irrevisabilidad de los laudos arbitrales. En virtud a dichos principios los árbitros tienen plena potestad para solucionar las cuestiones que se planteen durante el proceso arbitral y sus fallos van a ser de carácter definitivo, salvo los propios recursos de apelación y nulidad que la ley prevé¹¹⁷.

No obstante la importancia de dotar a la jurisdicción arbitral de dichas "garantías institucionales", el TC ha sostenido, que este modelo alternativo de solución de conflictos no es un poder jurisdiccional que actúe exclusivamente sometido a las normas de derecho

116 En dicho contexto, ha expresado el TC que "la configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional ad hoc a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica" (STC 6167-2005-HC/TC, FJ 4). Vid. a nivel de la doctrina la justificación constitucional del arbitraje en LORCA NAVARRETE, Antonio María: *La anulación del laudo arbitral*, Instituto Vasco de Derecho Procesal - DIJUSA- Universidad de Lebrija - Corte Vasca de Arbitraje, San Sebastián, 2008, pp. 1-4.

117 STC 6167-2005-HC/TC, FJ 13.

privado, sino en tanto concreción de la función jurisdiccional, pertenece también al *orden público constitucional* y debe sujetarse a los derechos y principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva¹¹⁸; por lo que el control constitucional en este caso se encuentra también plenamente habilitado. Sin embargo, cohonestando ambas exigencias, el TC ha establecido que dicho control sólo puede ser ejercido *ex post*, esto es, luego de agotadas las vías que la ley franquea para impugnar el laudo arbitral¹¹⁹.

En concreto, el TC ha habilitado tres supuestos a partir de los cuales se puede ejercer el control constitucional de las decisiones de la jurisdicción arbitral:

- a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser incoada una vez que se haya agotado la vía previa;
- b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben;
- c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)¹²⁰.

Con todo, el estado actual de la jurisprudencia constitucional en torno a este asunto, ha sido modificado a raíz de la emisión del precedente vinculante recaído en la STC N.º 0142-2011-PA/TC (caso Sociedad Minera María Julia), oportunidad a partir de la cual el TC viene entendiendo que el recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071 (y por razón de temporalidad, los recursos de apelación y anulación, previstos en la antigua Ley General de Arbitraje), constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias

118 STC 6167-2005-HC/TC, FJ 11. Vid. también sobre el galantismo procesal en el arbitraje a LORCA NAVARRETE, Antonio María: *La anulación del laudo arbitral*, op. cit., pp. 29 y ss.

119 STC 6167-2005-HC/TC, FJ 14.

120 STC 4972-2006-AA/TC, FJ 17.

para la protección de los derechos constitucionales, lo que determina la improcedencia del amparo en aplicación de la causal de improcedencia prevista en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional; salvo las excepciones previstas en esta misma sentencia¹²¹.

14. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ACTOS DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, UN CASO ESPECIAL: EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La propia idea de controlar la actividad discrecional de la Administración ha sido motivo de permanente debate. Se ha argumentado, en este contexto, que la propia discrecionalidad supone que la decisión adoptada no tenga un parámetro a partir del cual pueda considerarse legal o no. Así, bajo la premisa de la diádica conceptual que formulara Bracton en el siglo XIII, sobre la dialéctica entre el *gubernaculum* y la *jurisdictio*¹²², se estableció que el poder regio gozaba de un ámbito en el cual sus decisiones no podían ser cuestionada por la *jurisdictio*. La autoridad del gobierno era irresponsable siempre que no traspasara este ámbito. De lo contrario, si la autoridad del rey traspasaba los linderos de su facultad de gobierno, la *jurisdictio* podría controlar este tipo de actividades excesivas.

Este criterio dilemático era propuesto también por aquellos doctrinarios que sostenían una autonomía sobre las decisiones que la autoridad alcance en virtud de su poder discrecional. Con todo, resulta pertinente presentar alguna idea que refleje el alcance de lo que se debe comprender por el poder discrecional de la administración. Así,

121 STC N.º 0142-2011-PA/TC, fundamento 20. *Vid.* la bibliografía reciente en torno a este precedente en CASTILLO FREYRE, Mario (coordinador): *Arbitraje y Constitución*, prólogo de Felipe Osterling Parodi, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen N.º 21, Palestra/Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2012; así como el especial dedicado a este sentencia en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 4, Nueva Época, Edición Especial, 2011.

122 KANTOROWICZ, Ernst H: *Los dos cuerpos del rey: un estudio de teología política medieval*, Alianza Editorial, Madrid, 1985; McILWAIN, Charles Howard: *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Nova, Buenos Aires, 1958; PRODI, Paolo: *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Serie Conocimiento, traducción de Luciano Padilla López, Katz Editores, Buenos Aires, 2008.

se ha dicho que: “[L]a esencia de la discrecionalidad radica en la existencia de una pluralidad de soluciones entre las cuales la Administración puede elegir con libertad, supuesto que para la norma habilitante todas ellas son igualmente aceptables, en principio”¹²³.

Esta es la razón por la cual resultaba complicado para la justicia administrativa poder desarrollar pautas o cánones que le permitan establecer parámetros objetivos a fin de revisar adecuadamente las decisiones de la autoridad administrativa. Es por ello que en algún momento se dijo que la competencia de los tribunales contencioso-administrativos, se terminaba al iniciarse la libre discrecionalidad de las entidades administrativas¹²⁴.

La dificultad de no contar con una base objetiva a partir de la cual se pueda juzgar un acto de esta naturaleza generó dificultades que no han impedido que desde la jurisprudencia y la doctrina se hayan planteado algunas premisas a partir de las cuales se construya un *test* que permita aplicar un control sobre estas decisiones.

Así, comprendiendo que la regla es que el funcionamiento de la administración descansa enteramente sobre las reglas que dirijan su actuación, también es cierto que debido a elementos de oportunidad económica, necesidad o utilidad se hace necesario también dotar a la Administración de ciertas facultades que le permitan la toma de decisiones¹²⁵. Por consiguiente, la legislación dota a la administración en al-

123 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y TOMAS-RAMÓN, Fernández: *Curso de Derecho Administrativo*. 2ª reimpresión, Civitas, Madrid, 2001, p.481.

124 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 219.

125 Así, el TC ha establecido que la discrecionalidad con que cuenta la administración puede estar sujeta a diferentes grados de intensidad. De este modo, el TC ha dicho que se puede identificar la discrecionalidad mayor, la intermedia y la menor. “*La discrecionalidad mayor* es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente. Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales. *La discrecionalidad intermedia* es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

gunos casos de una amplia libertad a fin de que cumpla con su misión encomendada legalmente. En tal sentido, los actos discrecionales tiene que estar, en primer lugar, dirigidos al cumplimiento del mandato legal, de lo contrario, tal acto será considerado arbitrario.

El TC peruano desde hace más de un lustro ha incorporado el principio de la *interdicción de la arbitrariedad*¹²⁶ frente a actos discre-

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley. (STC 0090-2004-AA/TC, FJ 9). En la misma sentencia igualmente se hizo referencia a la discrecionalidad normativa, planificadora, política y a la técnica. “*La discrecionalidad normativa*, consiste en el arbitrio para ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas. Como consecuencia del ejercicio de dicha competencia, un ente administrativo puede dictar reglamentos institucionales, en donde se establezcan los aspectos referidos a la organización y funcionamiento administrativo, así como las responsabilidades y derechos de los funcionarios y servidores públicos a él adscritos; reglamentos ejecutivos, que tienen por finalidad principal la especificación de detalles y demás aspectos complementarios de una ley; y reglamentos autónomos, que no se fundan directamente en una ley, aunque coadyuvan al cumplimiento de tareas atribuciones o funciones encomendadas por ella. *La discrecionalidad planificadora* se la entiende como el arbitrio para la selección de alternativas de soluciones en aras de alcanzar racionalidad y eficiencia administrativa. Para tal efecto, será necesario determinar la relación de objetivos, políticas, programas y procedimientos compatibles con los recursos materiales y humanos disponibles. *La discrecionalidad política* es el arbitrio de la determinación de la dirección y marcha del Estado. Por ende, tiene que ver con las funciones relacionadas con el curso de la acción política, los objetivos de gobierno y la dinámica del poder gubernamental. Para tal efecto, define las prioridades en lo relativo a políticas gubernamentales y al ejercicio de las competencias de naturaleza política. Dicha discrecionalidad opera en el campo de la denominada cuestión política; por ello, se muestra dotada del mayor grado de arbitrio o libertad para decidir. Es usual que ésta opere en asuntos vinculados con la política exterior y las relaciones internacionales, la defensa nacional y el régimen interior, la concesión de indultos, la conmutación de penas, etc. Esta potestad discrecional es usualmente conferida a los poderes constituidos o a los organismos constitucionales. *La discrecionalidad técnica* se define como el arbitrio para valorar o seleccionar, dentro de una pluralidad de opciones, un juicio perito o un procedimiento científico o tecnológico.

126 El TC peruano ha aludido al concepto de arbitrariedad en un doble sentido: “a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”. (STC 06167-2005-PHC, FJ 30).

cionales. Así, el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de *razonabilidad* y *proporcionalidad* con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad¹²⁷. Aquí el TC utiliza como parámetro los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de dichos actos discrecionales que pueden estar revestidos de manifiesta dosis de arbitrariedad. En tal perspectiva, el Colegiado Constitucional igualmente ha incorporado para el examen de la arbitrariedad de los actos del poder público, el *test de proporcionalidad*¹²⁸.

Así, un caso particular de intervención en la actividad discrecional de la Administración Pública ha sido la fiscalización de la entidad encargada de la recaudación de tributos, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). Si bien dicha entidad se encuentra facultada con poderosas herramientas para develar la evasión de tributos, pudiendo solicitar la información que para ello estime conveniente, ello no implica que esta no se encuentre sujeta al control constitucional. De este modo, en el plano de la protección efectiva de derechos fundamentales lesionados como consecuencia de un ejercicio arbitrario de las funciones de la administración tributaria, el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse en el caso Fernando Samuel Enrique Vásquez Wong vs. el Auditor de la Intendencia Nacional de Administración Tributaria al considerar que las funciones destinadas al aspecto fiscalizador de la potestad tributaria, si bien resulta discrecional, este a su vez cuenta con límites previamente establecidos y de-

127 STC 00090-2004-PA, FJ 36.

128 Sobre el principio de proporcionalidad puede verse: BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; LOPERA MESA, Gloria Patricia: *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. Vid. igualmente DE ASÍS, Rafael: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, Madrid, 2000.

limitados en la Ley (artículo 62° del Decreto Supremo N.º 135-99-EF) para su ejercicio a fin de combatir la evasión tributaria.

Así, frente a una serie de solicitudes que esta entidad realizó a un administrado, este planteó una demanda de amparo esgrimiendo que con dichas solicitudes se estaba vulnerando su derecho a la intimidad. Luego de que su pedido fue desestimado en las instancias del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional estimó en parte la demanda. En la STC 04168-2006-PA/TC, el Tribunal partió de la premisa de que mientras mayor sea el margen de discrecionalidad de la Administración mayor tendrá que ser la exigencia de motivación de tal acto. Agregó que con ello se permitía distinguir entre los actos arbitrarios y los discrecionales. Por consiguiente, el Tribunal detectó que un aspecto del pedido de información a la persona fiscalizada no se encontraba adecuadamente motivado, precisando que en casos en donde se ponga en riesgo la vulneración de un derecho fundamental (en este caso, el derecho a la intimidad), la Administración debe indicar el nexo causal entre lo solicitado y la finalidad de relevancia tributaria, más aun cuando ésta no es evidente.

En el caso concreto, se denunció que la Intendencia de Aduanas en el ejercicio arbitrario de sus funciones de fiscalización, solicitó al demandante la presentación de documentación detallada no sólo de sus gastos realizados durante el año 2000, 2001 y 2002, sino que además se solicitó la identificación de las personas con las que hubiese realizado viajes en el exterior, situación que consideraba como lesiva a su derecho a la intimidad. Frente a dicha situación y recordando nuevamente que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, el TC consideró que resultaba coherente el pedido de información detallado relacionado a los gastos que hubiese realizado durante el periodo fiscalizado a fin de que la administración tributaria pudiera definir si existía o no desbalance patrimonial en su caso; más no así, respecto del requerimiento realizado para la identificación de la persona con quien hubiese realizado viajes durante el periodo materia de fiscalización, pues “si bien la Administración goza de las atribuciones fiscalizadoras anotadas, ello no implica que no tenga que motivar adecuadamente sus requerimientos, más aún cuando la información requerida no determina por sí misma una finalidad de relevancia tributaria evidente.

Se pone de manifiesto entonces que la Administración no ha cumplido con sustentar adecuadamente tal requerimiento, por lo que, al no contarse con la fundamentación pertinente, tal solicitud deviene en arbitraria, afectándose con ello, sí, el derecho a la intimidad”¹²⁹.

Otro tema analizado por el TC a través de su jurisprudencia es el relacionado a la revisión de las resoluciones emitidas por la administración tributaria en aplicación de las disposiciones legales correspondientes en su mayoría a tributos; sin embargo, dichas pretensiones cuentan con una característica común: el cuestionamiento directo o indirecto de las disposiciones legales cuyo fundamento ha sido el sustento jurídico para la emisión de las resoluciones administrativas.

Cabe recordar, además, que la jurisprudencia constitucional ha tenido dos momentos de evolución, y esto debido principalmente a la legislación procesal constitucional que en su momento se encontró vigente. Así, podemos mencionar que para el caso de la revisión de las resoluciones de la administración antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional¹³⁰, ésta fue de carácter amplio, toda vez que conforme el propio TC lo señalaba, “para este tipo de pretensiones no es necesario interponer demanda contencioso-administrativa, toda vez que la acción de amparo no tiene carácter subsidiario o residual, por lo que el juez constitucional puede conocer la controversia”¹³¹.

En tal sentido, las pretensiones demandadas a través del proceso de amparo, merecían pronunciamiento por parte del TC aún cuando ellas sólo se encontraran vinculadas en forma indirecta a algún derecho fundamental o incluso frente a pretensiones dirigidas a evitar el pago de montos dinerarios que eran considerados arbitrarios por los demandantes, ello debido a que los procesos de amparo eran de carácter alternativo a los procesos ordinarios.

Bajo dicha regulación el TC emitió importantes pronunciamientos evaluando la legislación en materia tributaria en diversos aspectos. Ejemplo de ello, lo encontramos en el incremento, aplicación y cobro del Impuesto a la Promoción Municipal (IPM) previsto por el Decreto Ley N.º 25980, aplicable a las empresas que operaban en zonas de fron-

129 STC 04168-2006-PA, FJ 14.

130 El Código Procesal Constitucional entró en vigencia el 1º de diciembre de 2004.

131 STC 0071-2002-PA, FJ 1 *in fine*. Sentencia publicada el 17 de noviembre de 2004.

tera y que se encontraban sujetas a un régimen de tributación especial por mandato de la Ley General de Industrias (artículo 71° de la Ley N.º 23407), situación que en su oportunidad el TC consideró contraria al derecho a la igualdad, debido a que el incremento de dicho impuesto únicamente era aplicable para dicho sector empresarial y no en sentido general¹³². Bajo dichos argumentos, el TC no sólo inaplicaba en el caso el Decreto Ley N.º 25980, sino que dejaba sin efecto todas aquellas resoluciones emitidas por la administración dirigidas a ejecutar el cobro del citado impuesto.

De otro lado, el Tribunal Constitucional estimó conveniente que el punto de partida del análisis de la imposición tributaria estatal, se desprendía de la propia Constitución, cuando en su artículo 74° se establece un marco de generación de tributos con competencia específica del Poder Legislativo, Gobiernos Regionales y Locales, siendo que éstos últimos tienen sólo capacidad de creación, modificación, exoneración y supresión respecto de contribuciones y tasas.

Así, se estableció que la Potestad Tributaria “es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Esta potestad se manifiesta a través de los distintos niveles de Gobierno u órganos del Estado –central, regional y local–. Sin embargo, es del caso señalar que esta potestad no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen”¹³³.

Los principios tributarios a los que hace mención dicha potestad son los que a nivel de la jurisprudencia se han ido desarrollando en la evaluación de los casos que en materia tributaria, han merecido pronunciamiento por parte del TC. Así, para los casos sobre el Impuesto Extraordinario a los Activos Netos (IEAN)¹³⁴, el TC consideró necesario realizar su evaluación en función del *principio de no confiscatoriedad* y *capacidad contributiva*, a fin de determinar si su imposición resultaba o no lesiva al derecho de propiedad de las diversas personas jurídicas

132 Al respecto revisar STC 2459-2002-PA, STC 0071-2002-PA, STC 2662-2002-PA, STC 1483-2001-PA, STC 1899-2002-PA, STC 415-2002-PA, entre otras.

133 STC 00042-2004-PI, FJ 7 primer párrafo

134 Al respecto revisar STC 2727-2002-PA, STC 0322-2003-PA, STC 1255-2003-PA, STC

demandantes. En tal sentido, y retomando su pronunciamiento recaído en la STC 0646-1996-PA, sobre el impuesto a la renta, estableció que “un límite al que se encuentra sometido el ejercicio de la potestad tributaria del estado, conforme lo enuncia el artículo 74° de la Constitución, es el respeto de los derechos fundamentales, que en el caso de autos no se ha observado, ya que: a) en materia de impuesto a la renta, el legislador se encuentra obligado, al establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier *quantum*. b) el impuesto no puede tener como elemento base de la imposición una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva, que en el caso del impuesto mínimo a la renta con el que se pretende cobrar a la actora, no se ha respetado”¹³⁵.

En tal sentido, el TC consideraba que la vulneración del principio de no confiscatoriedad y de capacidad contributiva no radicaba en el hecho de que éste recayera en el patrimonio, sino que su objeto impositivo resultaba ser la fuente productora de la renta, situación que resultaba incongruente con las finalidades de la imposición tributaria, esto es, gravar la renta.

Pese a la vigencia del C.P.Const., la jurisprudencia constitucional no ha restringido totalmente los supuestos de evaluación en materia tributaria, pues las pretensiones promovidas al respecto siempre se han visto ligadas al análisis en concreto de diversos aspectos vinculados a la protección de derechos o principios constitucionales tanto de personas naturales como de personas jurídicas. Un caso reiterado, fue el tema del Impuesto Temporal a los Activos Netos¹³⁶, donde el TC consideró necesario retomar los lineamientos adoptados con anterioridad en la revisión y análisis de la imposición de impuestos (Impuesto Mínimo a la Renta¹³⁷, Impuesto Extraordinario a los Activos Netos¹³⁸, el Adelanto Adicional

135 STC 0646-1996-PA,

136 Al respecto ver STC 3797-2006-PA, publicada en la página web del TC el 16 de mayo de 2007

137 STC 646-1996-PA

138 STC 2727-2002-PA

del Impuesto a la Renta¹³⁹). Sin embargo, en esta oportunidad consideró que el mismo no resultaba inconstitucional pues advirtió que dicho impuesto se constituía como un adelanto o pago a cuenta del Impuesto a la Renta, situación que le otorgaba la característica de ser un crédito oponible frente a su determinación y cobro. Asimismo, estableció que su imposición a las empresas que hubieran obtenido pérdidas en su gestión no tenía relación directa con posibles afectaciones de sus derechos constitucionales, pues dicha situación resultaba únicamente imputable a la gestión de los órganos directivos de la misma. Finalmente, también se recordó que “no siempre lo antitécnico implica necesariamente una colisión con lo constitucional. Ello, no impide, sin embargo, que se admita la posibilidad de someter a control constitucional una disposición cuando, más allá de su compatibilidad formal o material con la Constitución, de su antitecnicismo se deriven afectaciones a principios y bienes constitucionales, y a los derechos fundamentales de las personas”¹⁴⁰.

En tal sentido, se advierte que la tutela de los derechos fundamentales y principios constitucionales frente a acciones de la administración tributaria a lo largo de la jurisprudencia del TC, ha permitido realizar un análisis constitucional del correcto ejercicio de la potestad tributaria estatal, siendo incluso que, las pautas establecidas a través de los diversos fallos del Tribunal Constitucional han merecido especial atención de parte de los poderes del Estado y han permitido que la legislación tributaria cuente con parámetros o guías constitucionalmente adecuadas para su generación y aplicación a los contribuyentes.

*Lima, 28 de enero de 2009**
Día de Santo Tomás de Aquino

139 STC 033-2004-PI

140 STC 3797-2006-PA, FJ 5.2 párrafo noveno.

* Revisado hasta marzo de 2013

SEGUNDA PARTE
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: NOTAS PARA UN ESTUDIO DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ*

Sumario: Introducción. Primera parte. 1. El Derecho Procesal Constitucional 2. Contenido u objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional. 3. La Jurisdicción Constitucional. 3.1. Contenido de la Jurisdicción Constitucional. 3.1.1. La Jurisdicción constitucional de la libertad 3.1.2. La Jurisdicción constitucional orgánica. 3.1.3. La Jurisdicción constitucional comunitaria e internacional. 3.2. Modelos o Sistemas de Jurisdicción Constitucional. 3.2.1. La Jurisdicción constitucional americana. 3.2.2. La jurisdicción constitucional austriaca, denominada europea o concentrada. Segunda parte. 1. Breve recuento histórico de la jurisdicción constitucional en el Perú. Tercera parte. La jurisdicción constitucional en el Perú. 1. ¿Sistema mixto o dual?. I. Primer bloque: La jurisdicción constitucional de la libertad. 1. Habeas Corpus. 2. Amparo. II. Segundo Bloque: La jurisdicción constitucional orgánica. 1. Acción de Inconstitucionalidad. 2. Acción Popular. 3. El Juicio Político. 4. Partidos Políticos. III. Tercer bloque: la jurisdicción constitucional comunitaria e internacional. 1. La Jurisdicción Supranacional en el ordenamiento constitucional. Balance y perspectiva.

* El presente trabajo se publicó originalmente bajo el sello de Editorial Derecho & Sociedad, Impresiones Gráficas, Trujillo, 1992.

INTRODUCCIÓN

Aunque es probable que muchos desconozcan los aportes del jurista austriaco Hans Kelsen en el campo del derecho constitucional; sin embargo, se debe al autor de la Teoría Pura del Derecho el haber sentado las bases primigenias de una disciplina jurídica que aún está en proceso de formación: el Derecho Procesal Constitucional¹.

Con los planteamientos iniciados por Kelsen² se inaugura una fructífera reflexión en los teóricos, a fin de hacer prevalecer los instrumentos protectores de las normas fundamentales y de los Derechos Humanos y cuya honda preocupación se acrecentó después de las funestas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, en cuyo contexto se ampliaron los Tribunales Constitucionales. Merece también rescatar en esta línea al ius-procesalista italiano Piero Calamandrei que legó un gran filón de aporte a esta disciplina³. Por otro lado existe ya una

1 Quien refiere en ese sentido es el maestro Alcalá Zamora y Castillo, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 3ª. Edición, UNAM-IJ, México, 1991, p. 215.

2 KELSEN, Hans: *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, en Anuario Jurídico, UNAM, N° 1, México, 1974, pp. 471 y ss.

3 El ilustre procesalista azteca Fix-Zamudio dice de Piero Calamandrei: "Como jurista, fue un cultivador eminentísimo del Derecho Procesal, y por ello no es de extrañar que sus últimos trabajos estuvieran dedicados a una de las más recientes disciplinas de esa rama de la ciencia jurídica, y que lleva el nombre de Derecho Procesal Constitucional, que debe considerarse como nueva en su estructuración sistemática; y respecto de la cual corresponde al maestro Florentino, el honor de haber sido el primero en establecer en Italia las bases de esta nueva ciencia procesal". Más adelante señala el maestro Héctor Fix Zamudio en su justiciero elogio: "Calamandrei estableció las bases de la doctrina italiana sobre la Jurisdicción Constitucional; y es así como independientemente de sus discursos parlamentarios, en los cuales orientó con su vivísima luz a los representantes, en los difíciles problemas de su estructuración de un organismo constitucional que carecía de antecedentes directos en su patria, elaboró en el año 1949 una obra, que no obstante el poco tiempo que lleva de haber sido publicada, ocupa un lugar preeminente, como clásica, en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional; nos referimos a "La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile". Puede decirse sin exageración, que este pequeño libro que tiene apenas noventa y ocho páginas inicia en Italia el desarrollo de los estudios sobre la jurisdicción constitucional, y si se nos permitiera la comparación, podemos decir que esta obra significa para el estudio del proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la famosa lección inaugural de Chiovenda: "La acción

pléyade de juristas que vienen reflexionando en torno a esta novísima disciplina, muchos ya fallecidos pero cuya irradiación jurígena aún se patentiza en sus obras. Así, a nivel latinoamericano destacan las obras de los juristas argentinos Linares Quintana, Germán Bidart Campos, Mario Justo López, Jorge A. Vanossi, Néstor Pedro Sagúes, Quiroga Lavié; en Colombia, Carlos Restrepo Piedrahita, Luis Carlos Sánchica; en Brasil, Alfonso Da Silva, Luis Pinto Ferreira; en Chile, Jorge Tapia Valdés, Humberto Noguera Alcalá, Teodoro Ribera Neumann, Lautaro Ríos Álvarez; en Guatemala, Jorge Mario García La Guardia; en México, Héctor Fix Zamudio, Ignacio Burgoa, Felipe Tena Ramírez, Trueba Urbina, Jorge Carpizo, Diego Valadez; en Panamá, César Quintero; en el Uruguay, Héctor Gros Espiell, Arturo Sampay, Enrique Véscovi, Jiménez de Aréchaga; en Venezuela, Humberto J. La Roche, José G. Andueza. A nivel europeo, en Italia destacan los trabajos de los italianos Mauro Cappelletti, Paolo Biscaretti di Ruffia, en España, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Nicolás González Deleito, Pablo Lucas Verdú, Luis Sánchez Agesta, Luis Cascajo Castro, Eduardo García de Enterría, Manuel Aragón, Jesús González Pérez, Francisco Rubio Llorente, Francisco Fernández Segado; en Alemania, Gerhard Leibholz; a nivel norteamericano destacan las obras del profesor J.A.C. Grant entre otros.

Intentaremos en lo que sigue, hacer una breve divulgación de orden conceptual en torno a lo que es el Derecho Procesal Constitucional, su contenido u objeto de estudio; la Jurisdicción Constitucional, los contenidos y sistemas o modelos que existen en el mundo. Finalizada esta parte se hará un breve recuento histórico de la jurisdicción constitucional en el Perú hasta antes de la Constitución de 1979 en el nivel normativo que va desde la Constitución de 1823 hasta la de 1933 y que constituye el período de control político de la constitucionalidad de las leyes; ciclo histórico que se cierra definitivamente con la actual Carta Política. Sin embargo, débese puntualizar también en la introducción del control constitucional difuso en la vigencia de la Constitución de 1933 a partir del Código Civil de 1936, aún cuando no haya tenido eco,

en el sistema de los derechos"; es decir, traslada a Italia la primacía de los estudios del Derecho Procesal Constitucional que fueron iniciados sistemáticamente por Kelsen. Vid. "La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional", en *Rev. de la Facultad de Derecho de México*; T. VI, N° 193; 1956, pp. 192-195).

ni la magistratura ordinaria haya cumplido un verdadero control constitucional de las leyes. Finalmente se establecerá un breve esquema de los grandes lineamientos de la actual jurisdicción constitucional.

PRIMERA PARTE

1. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es indudable que el nombre de una disciplina debe, en lo posible, expresar la naturaleza, el contenido y la finalidad de ella. La primera pregunta de rigor que debería formularse es si existe la disciplina jurídica denominada "Derecho Procesal Constitucional"; y, de ser positiva la respuesta, qué noción debemos por lo menos tener de ella.

En principio, no existe ninguna duda en afirmar que las normas reguladoras del proceso constitucional deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales sustantivas. Lo que aún no está bien definido es si el Derecho Procesal Constitucional sería ya una disciplina que concorra con el mismo *status* que otras disciplinas procesales. Esta duda es similar a otras ramas como el Derecho Procesal del Trabajo o del Derecho Procesal Administrativo que, al decir de varios autores, más que disciplinas jurídicas, serían ramas particulares del Derecho Procesal Civil.

Por lo pronto, aun cuando estimemos que el Derecho Procesal Constitucional está en proceso de formación y cuyos inicios debemos encontrarlo a fines de la década del 20 del presente siglo, no por ello debemos negarle su irrefutable presencia, habida cuenta que existen los presupuestos ontológicos y normativos.

Para el profesor González-Deleito: "Por Derecho Procesal Constitucional ha de entenderse la rama del Derecho Procesal que estudia y regula las cuestiones derivadas de la inconstitucionalidad de las leyes, de las violaciones de derechos y libertades proclamadas en los textos constitucionales y de los conflictos propiamente constitucionales entre Altos Poderes del Estado, entre éste y las Comunidades autónomas, o de éstas entre sí"⁴.

4 GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGO, Nicolás: *Tribunales Constitucionales Organización y Funcionamiento*, Edit. Tecnos, Madrid, 1980, p. 11.

Según el profesor Jesús González Pérez: “Si el Derecho Procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho Procesal Constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional”⁵. Explica más adelante el distinguido jurista español que: “El Derecho procesal puede ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efecto del proceso constitucional”⁶.

Por nuestra parte, podemos ensayar la noción de que el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del Derecho Procesal en General, encargada de cultivar y estudiar los conocimientos teóricos y prácticos para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de los procesos constitucionales. Ahora bien, estos procesos, se diferencian de los demás -civil, penal, etc.- no tanto por que el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional se atribuyan a organismos especializados, como son en la actualidad los Tribunales Constitucionales, sino porque el objeto que está en litigio es estrictamente una *materia constitucional*. Esto es necesario que quede bien delimitado, pues existe una opción en considerar que sólo existe proceso constitucional en aquellos sistemas concentrados, monopolizados en un único órgano dotado de competencias exclusivas para ejercer *iuris dictio* en materia constitucional. Sin embargo, también se da la presencia de los procesos constitucionales en todo sistema en que determinados órganos de la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) resuelven materia constitucional.

Ahora bien, es preciso que se decante con claridad qué cosa es la *materia constitucional*. En verdad, esta materia no es más que la parte sustantiva del texto constitucional: la *parte dogmática* y la *parte orgánica*. La primera comprende a los derechos y libertades fundamentales de la persona, mundialmente conocidos hoy por esa idea-fuerza que son los Derechos Humanos. La parte orgánica comprende a la estructura

5 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980, p. 45.

6 Op. cit., p. 45.

del Estado, esto es los órganos del Estado, sus relaciones, funciones y competencias entre sí, esto es, la regulación de la limitación del Poder Político.

2. CONTENIDO U OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Es de rigor afirmar que toda disciplina académica debe tener un determinado objeto de estudio. En consecuencia, será objeto del Derecho Procesal Constitucional aquello que es materia de su estudio. A *grosso modo*, este objeto comprende tres grandes partes:

- i) una parte principista, que son los principios y que incluyen el sentido de la disciplina, los métodos de interpretación, su naturaleza, los institutos que le son inherentes, el concepto de las garantías constitucionales, etc.;
- ii) una segunda parte que estudia los procesos constitucionales, a nivel teórico y práctico;
- iii) y la tercera que analiza la magistratura, es decir lo que es el juez constitucional, o los órganos jurisdiccionales que imparten justicia en materia constitucional.

Estos ámbitos constituirían el contenido o las tres grandes partes o materias de objeto de estudio de la disciplina procesal constitucional. Ahora bien, dentro de la parte de los procesos constitucionales se analiza el problema de la jurisdicción constitucional. De manera que la jurisdicción constitucional es tan sólo una parte del Derecho Procesal Constitucional, aunque ella resulta ser la más amplia y compleja, tanto en su contenido como en los modelos o sistemas que existen en el mundo.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Históricamente la jurisdicción constitucional estuvo limitada al control de la constitucionalidad de las leyes; por lo menos así lo entendió Kelsen⁷. Sin embargo, dicho objeto fue desbordado a la protección de otros derechos y valores constitucionales, tales como los Derechos

7 *Vid. Supra.*

Humanos, los conflictos entre los órganos del Estado, el enjuiciamiento de los delitos políticos, etc.

La primera vez que se abordó en el mundo el tema de la jurisdicción constitucional fue en Alemania, en Heidelberg en 1961, bajo el auspicio del Max Planck Institute. A nivel iberoamericano se estudió por segunda vez en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional con el patrocinio de la Universidad Externado de Colombia⁸. Recientemente se ha abordado en Santiago de Chile el Primer Seminario Latinoamericano sobre Justicia Constitucional, lo cual confirma ser un tema de palpante actualidad⁹.

Por nuestra parte, mantenemos la noción clásica a que se arribó en Heidelberg, en el sentido de que por jurisdicción constitucional debe entenderse todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución¹⁰.

3.1. Contenido de la Jurisdicción Constitucional

Uno de los arduos problemas que en un comienzo se presentó en el tratamiento de la jurisdicción constitucional, ha sido el de delimitar su objeto dentro del vasto mosaico que ofrece el derecho constitucional comparado. En el citado coloquio de Heidelberg, se centró en cuatro grandes temas que debería ser objeto de estudio, a saber: a) la posición general de la jurisdicción constitucional en el cuadro de la Constitución; b) el control de la constitucionalidad de las leyes; c) los litigios entre órganos supremos del Estado y -en los Estados Federales- entre el Estado Federal y los Estados miembros; y d) los recursos de los particulares por lesión de sus derechos constitucionales¹¹.

8 AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. U. Externado de Colombia. II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1984.

9 AA.VV.: "Primer Seminario Latinoamericano sobre la Justicia Constitucional", en *La Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la U. Central, Santiago de Chile, Enero - Junio 1987.

10 CASCAJO CASTRO, Luis: "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", en *Rev. de Estudios Constitucionales*; N° 199, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 161.

11 CASCAJO CASTRO, Luis: op. cit.

Sin embargo, en la actualidad se ha decantado en forma más sistemática el contenido de esta jurisdicción. Así pues, de acuerdo al esquema planteado por Mauro Cappelletti y divulgado en Iberoamérica por Héctor Fix-Zamudio, la Jurisdicción Constitucional comprende tres aspectos. En buena cuenta, se distinguen pues, tres tipos de contenido de la jurisdicción, que son:

- i) Jurisdicción constitucional de la libertad;
- ii) Jurisdicción constitucional orgánica; y
- iii) Jurisdicción constitucional comunitaria e internacional.

3.1.1. La Jurisdicción constitucional de la libertad

Esta expresión fue acuñada por el profesor italiano Mauro Cappelletti, en su obra que lleva precisamente el mismo título y que fuera traducida por el profesor Fix Zamudio¹². Ahora bien, por jurisdicción constitucional de la libertad debe entenderse a todo el conjunto de instrumentos procesales o “garantías” en sentido estricto, que se han establecido con el objeto de tutelar los derechos de las personas, estos instrumentos o remedios procesales han sido agrupados bajo la expresión de JCL, partiendo de la base de que los derechos del hombre han sido considerados acertadamente como “derechos de libertad”, ya que tales derechos proporcionan a los gobernantes una esfera jurídica protectora para lograr, a través del respeto de su igualdad y dignidad, la plena realización de su destino¹³.

3.1.2. La Jurisdicción constitucional orgánica

La JCO regula fundamentalmente el control de la constitucionalidad de las leyes, además los conflictos de competencia entre los órganos del Estado, entre los Estados Federales y el Gobierno Central, el Estado o Gobierno Central con las Regiones y las Regiones entre sí. Por otro lado, también comprende la responsabilidad de los altos

12 CAPPELLETI, Mauro: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, Traducción de Hector Fix-Zamudio, UNAN, México, 1961.

13 FIX ZAMUDIO, Héctor: “La Protección Procesal de las Garantías individuales en América Latina”, en *Rev. de la Comisión Internacional de Juristas-Ginebra*, Vol IX, N° 2, Diciembre de 1968, p. 77.

funcionarios, esto es, el enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de los órganos constitucionales (llamado juicio político), se incluye también el problema de los partidos políticos.

3.1.3 La Jurisdicción constitucional comunitaria e internacional

La expansión geográfica de la jurisdicción constitucional ha dado lugar a un maravilloso fenómeno de su internacionalización, significando un rico filón normativo, tanto en el contenido jurídico como en su profundidad en el plano político, filosófico y social. Al decir del propio autor que acuñó la expresión “*jurisdicción supranacional*”, Mauro Cappelletti, en la actualidad representa un elemento esencial de un movimiento en expansión del constitucionalismo moderno¹⁴. Pues bien, por jurisdicción constitucional supranacional se debe entender a los diversos mecanismos de protección procesal que tienen las personas para servirse de determinados organismos jurisdiccionales internacionales, a fin de que le sean reconocidos sus derechos fundamentales, cuyo quebrantamiento y vulneración ha provenido de la jurisdicción interna de un país. Esta protección supranacional de la libertad importa que, previamente, sean agotadas la jurisdicción doméstica de dicho país para posteriormente ejercitar la acción en el ámbito internacional. Importa, por otro lado, para su ejercicio, que los Estados hayan reconocido formalmente los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos y que hayan sido incorporados a la legislación interna.

En lo que respecta a la denominada “jurisdicción constitucional comunitaria”, supone el ejercicio de competencia por determinados tribunales para dicha región. Así por ejemplo, existen tribunales a nivel latinoamericano (Corte Interamericana de Derechos Humanos) como también a nivel europeo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). En lo que respecta a la jurisdicción constitucional internacional, aún no se ha configurado un organismo que

14 Vid CAPPELLETI, Mauro: “Giustizia Costituzionale supranazionale”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. U. Externado de Colombia, 1984. Pueden verse también los trabajos de Daniel O’Donnell: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, 2da. edic., Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989 y *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (Varios Autores), 3 Vol., Editor General: Karel Vasak, Edit. Serva/Unesco, Madrid, 1984.

tenga competencia de esa naturaleza. El caso del Comité de Derechos Humanos de la ONU aún cuando es el órgano principal de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, este sólo tiene competencia con los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

3.2. Modelos o Sistemas de Jurisdicción Constitucional

A nivel doctrinario hay consenso en distinguir dos grandes categorías de jurisdicción constitucional que han influido en diversos ordenamientos constitucionales: el sistema americano y el modelo o sistema austríaco. Aquí no comprendemos el modelo o sistema de control político de constitucionalidad, propio de los regímenes socialistas. Veamos algunos lineamientos genéricos de cada sistema, precisando previamente que la problemática constitucional contemporánea tiene un mercado de suyo heterogéneo, en el cual, ciertos “tipos empíricos” de modelos nacionales, ostentan particularidades propias dentro de un bloque de sistema, sea éste de tipo “americano” o “kelseniano”. Así por ejemplo, la actual doctrina viene encontrando que en cada modelo existe, en función al órgano que tiene competencia en materia constitucional, los sistemas jurisdiccionales (judiciales propiamente dichos, o con fisonomía judicial), de los no judiciales (como son los parlamentaristas, comiciales por entes u órganos sui generis como los “Consejos de los Custodios” de Irán o el “Consejo de la Revolución” de Portugal); y dentro de los primeros, los de control difuso (otorgado a cada juez) y de control concentrado (cuando el órgano lo asume o monopoliza un solo cuerpo)¹⁵.

3.2.1. La Jurisdicción constitucional americana

Este modelo se le califica así por haberse establecido, en sus principales lineamientos en la Constitución Norteamericana de 1787 y ha tenido una irradiación en gran parte de América Latina y otros continentes. Este sistema comprende la revisión judicial de las leyes atribuidas a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las normas ordinarias que contravienen por la for-

15 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, T. I, 2da. edic., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 63 y ss.

ma o por el fondo a la Constitución. La inaplicabilidad de la ley opera sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.

Las características generales de este sistema son:

- i) es de carácter “difuso”, en cuanto no se concentra en un solo órgano exclusivamente competente, sino que cualquier juez, sin importar su jerarquía, puede resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes;
- ii) es de carácter incidental, porque los problemas de constitucionalidad no pueden plantearse en vía principal, sino que únicamente debe expresarse en el seno de un proceso ordinario siempre y cuando las partes lo planteen, aunque también en algunos países se plantea de oficio por el juzgador;
- iii) es de carácter especial, toda vez que tiene un efecto limitado a la decisión del caso concreto (inter partes) y no una eficacia general.

En la práctica, estas características aparecen matizadas pues, en diversos países existen elementos sui generis que difieren del arquetipo clásico de control judicial de las leyes.

Por otro lado y tal como lo ha subrayado el profesor Héctor Fix Zamudio¹⁶, la difusión de las instituciones jurídico-políticas de los Estados Unidos de N.A. en los países latinoamericanos fue a través de la obra fundamental de Alexis de Tocqueville “La Democracia en América del Norte”, cuya traducción por el español Sánchez de Bustamante circuló desde el año 1837 en nuestros países. Merece también destacar la no menos valiosa obra de Alexander Hamilton sobre el rol y las funciones del Poder Judicial en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, en *El Federalista*. Sin embargo, fue Alexis de Tocqueville el que produjo una profunda influencia en los juristas latinoamericanos, tal como lo sostiene el Maestro azteca Fix Zamudio: “Como el brillante estilo literario del ilustre pensador francés se adaptaba con mayor facilidad a la comprensión y sensibilidad de los juristas latinoamericanos, que la severa forma del norteamericano, fue la visión de Tocqueville sobre la facultad de los jueces

16 FIX ZAMUDIO, Héctor: “La Justicia Constitucional en Iberoamérica y la Declaración General de Inconstitucionalidad”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op. cit.

estadounidenses para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes en un proceso concreto y con efectos particulares, la que causó una mayor impresión de los redactores de las nuevas constituciones que proliferaron a partir de la independencia de nuestros países”¹⁷.

Al margen de esta apreciación que es válida para la gran mayoría de países latinoamericanos, se debe precisar que en el Perú, dicho modelo norteamericano no fue aceptado en las sucesivas cartas políticas que se han tenido y recién se incorpora a partir de la dación del Código Civil de 1936, tal como se verá en su oportunidad.

El control de carácter difuso, practicado por los tribunales ordinarios al conocer un litigio, se encuentra previsto en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, algunas con particularidades propias. En una brevísima ojeada panorámica, se prevén en la Constitución Argentina (art. 100), Bolivia que establece sólo a la Corte Suprema (art. 127 inc. 5), Colombia que prevé un control preventivo junto con el de Costa Rica (art. 128) y éste a su vez con la Constitución de El Salvador han incorporado en el propio Poder Judicial una “Sala Constitucional” (art. 10 de la Constitución costarricense con su reforma)¹⁸ y art. 174 del texto salvadoreño. Haití mantiene igualmente el control judicial; Honduras le asigna a la Corte Suprema (art. 184); México se inscribe en este sistema a través del Amparo contra leyes; Nicaragua mantiene sólo a la Corte Suprema (art. 164 inc. 4 y 187); Panamá igualmente le otorga a la Corte Suprema (art. 203 inc. 1); Paraguay (art. 200); Uruguay (art. 256) y Venezuela (art. 215 inc. 3 y 4).

A nivel europeo, la mayoría de los casos derivan el control constitucional a los Tribunales Constitucionales o modelos sui géneris. El caso de la Constitución de Irlanda prevé en el art. 26 el sistema americano, cuyo control es tanto represivo como preventivo, por este último se le faculta al Presidente de la República, previa consulta con el Consejo de Estado, someter al Tribunal Supremo cualquier proyecto de ley a fin de que no se pronuncie si es o no contrario a la Constitución. Igual sistema ostenta también Canadá.

17 Ídem, *ibid.*

18 SAGÚES, Néstor Pedro: “La Jurisdicción Constitucional en Costa Rica” (texto aún inédito).

Interesa subrayar que, simultáneamente en el mismo modelo americano, coexisten con los arquetipos de magistraturas constitucionales al puro estilo austríaco diversos regímenes. Igualmente, en el mismo modelo americano, como se ha podido apreciar, existe el control de carácter difuso, vale decir practicado por todos los tribunales ordinarios al conocer un litigio constitucional; como también existe un control de tipo concentrado, esto es, sólo la Corte Suprema de Justicia puede conocer las acciones de inconstitucionalidad. Por otro lado, existe en el modelo americano, variantes de control judicial de carácter *preventivo*, vale decir, ejercido antes de que los proyectos normativos lleguen a ser preceptos legales vigentes; como también de carácter *represivo*, es decir, el de declarar inconstitucional o inaplicable la norma abiertamente inconstitucional, como es en la mayoría de los casos.

3.0.2 La jurisdicción constitucional austríaca, europea o concentrada

La inspiración de este sistema dimana de la Constitución Austríaca en la que Kelsen fue su artífice. Por este sistema, se atribuye el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano específico que esté fuera del Poder Judicial. Este órgano especial es denominado Corte o Tribunal Constitucional. En este sistema, la magistratura ordinaria está impedida de conocer asuntos de constitucionalidad de las leyes; en consecuencia, se debe plantear en la vía principal o de acción por determinadas personas legitimadas procesalmente para tal efecto. El fallo dictado por el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad, teniendo efectos generales o *erga omnes*.

Entre sus características generales se aprecian las siguientes:

- i) es de carácter concentrado, en la medida en que existe un único órgano que ejerce jurisdicción constitucional;
- ii) es de carácter principal, toda vez que se plantea en vía de acción, a través de un juicio especial que es la acción de inconstitucionalidad de las leyes;
- iii) es de carácter general, pues los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad opera para toda la ciudadanía.

La nota fundamental del sistema de jurisdicción constitucional europeo o concentrado son los Tribunales Constitucionales, el mismo que, según expresa García de Enterría, en lugar de competidores del Parlamento, terminan siendo su complemento lógico¹⁹. El mismo autor señala que una Constitución “sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por siempre prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros”²⁰.

A nivel Europeo, y en una brevísima ojeada existe en las constituciones de Alemania Federal denominado “Tribunal Constitucional Federal” (arts. 93, 94); Austria: Tribunal Constitucional (arts. 137 al 148); Chipre: Tribunal Constitucional Supremo (arts. 133 al 151); España: Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165); Francia: Consejo Constitucional, organismo sui géneris no ortodoxamente típico del modelo austríaco (arts. 56 al 63); Grecia: Alta Corte Especial (art. 100); Italia: Corte Constitucional (arts. 134 y 137); Liechtenstein: Tribunal del Estado (arts. 104 al 106); Noruega: Tribunal Constitucional del Reino, órgano mixto semiparlamentario y semijudicial, muy parecido al Tribunal de Dinamarca (art. 59); Portugal: Consejo de la Revolución, institución también singular dentro del modelo europeo (arts. 142 y 149) coexiste con la denominada “Comisión Constitucional” (arts. 283 y 285); Rumania: Comisión Constitucional y Jurídica (art. 53); Suiza: Tribunal Federal, que no es sólo un Tribunal Constitucional, sino también una instancia superior en la jurisdicción ordinaria (art. 189); Turquía; Tribunal Constitucional (arts. 143 a 152); y finalmente Yugoslavia: Tribunal de Garantías Constitucionales (art. 375 a 396). A nivel latinoamericano se prevé en Bolivia (art. 202), Chile (art. 93), Colombia (art. 241), Ecuador (art. 436), Guatemala (art. 272), Perú (art. 201) y República Dominicana (art. 185). Por otro lado, existen Tribunales Constitucionales en Egipto, Malí, Rhodesia, Zaire, la India²¹, Sudáfrica, Corea del Sur y Marruecos.

19 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, España, 1981, p. 58.

20 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo: op. cit., p. 186.

21 GONZÁLEZ-DELEITO, Domingo: *Tribunales Constitucionales organización y funcionamiento*, Edit. Tecnos, 1980.

Entre las atribuciones fundamentales de estas Cortes o Tribunales Constitucionales tenemos que actúan como:

- a) órganos de control de la constitucionalidad, derogando los preceptos legales de carácter inconstitucional;
- b) órganos que resuelven los conflictos de competencias y atribuciones en los Estados Federales o los Estados Unitarios descentralizados políticamente (Italia, Portugal, España, Bélgica, Brasil) con el cual garantizan el equilibrio entre el Estado y las colectividades territoriales regionales o estatales;
- c) órganos que resuelven los conflictos entre los órganos constitucionales;
- d) órganos que resuelven los problemas de violación de los derechos constitucionales de las personas;
- e) órganos con imperio para resolver los problemas constitucionales de los Tratados Internacionales;
- f) órganos que resuelven los problemas contenciosos electorales;
- g) órganos que sancionan los actos o conductas antidemocráticas de los partidos políticos.

Como se podrá apreciar, existe un vasto mosaico en el derecho comparado.

Dentro de esta rápida y a la vez incompleta visión de ambos modelos, el “americano” y el “austríaco”, el ius-procesalista Piero Calamandrei ha señalado que dicho binomio americano-europeo aparecen agrupados en difuso, incidental, especial y declarativo; el primero y concentrado, principal, general y constitutivo, el segundo²². Con todo, en el derecho comparado asume múltiples formas. Es decir, en la realidad existen diversos matices, por lo que no existe un modelo “químicamente puro”, pues coexisten modelos mixtos, el que a su vez, comprende diversas variantes. Con todo, es necesario puntualizar que, en este mercado constitucional, tan heterogéneo, se puede detectar la corriente hacia una demanda ascendente en pro de la jurisdicción constitucional concentrada en un Tribunal Constitucional.

22 CALAMANDREI, Piero: *Estudios de Derecho Procesal*. Vol. 3.

SEGUNDA PARTE

1. BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Resulta de suma importancia hacer una evaluación histórica de la jurisdicción constitucional en el Perú. Veamos cómo ha sido el tratamiento tanto del contenido de la jurisdicción constitucional orgánica, como el de la jurisdicción constitucional de la libertad.

1.1. Desde el punto de vista de la *jurisdicción constitucional orgánica*, el constitucionalismo peruano no le dedicó la atención e importancia a los problemas del control de la constitucionalidad de las leyes. Lo que existió fue el sistema de control político y que existe en la actualidad en la mayoría de los regímenes socialistas.

La primera Constitución de la República peruana fue la de 1823 que sentó las bases del control parlamentario de la constitucionalidad de las leyes (art. 90 inc. 1º, 186 y 187). A partir de dicha matriz normativa se estableció el arquetipo para las demás constituciones que hemos tenido: Constitución de 1826: art. 50 incs. 1º y 2º; Constitución de 1828: arts. 94 inc. 1º, 173 y 174; Constitución de 1834: arts. 101 inc. 3º, 165, 178; Constitución de 1839: arts. 103 inc. 1º y 177; Constitución de 1856: arts. 10, 14, 54, 61; Constitución de 1860: arts. 59 inc. 4º, 107 y 185; Constitución de 1867: art. 59 inc. 4º; Constitución de 1920: arts. 16, 83 inc. 4º, Constitución de 1933: arts. 26,123 inc. 4º.

El control de la constitucionalidad de las leyes encargado al Parlamento, ha sido de innegable influencia europea del pasado siglo. En efecto, en el siglo XIX aún pesaban las palabras de Montesquieu que había sostenido en “El espíritu de las leyes” que “los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor”. Estas ideas, en rigor, expresaban todo el sentimiento europeo del siglo XVIII contra los jueces. ¿Por qué?, porque los jueces habían sido históricamente los instrumentos de los reyes, del soberano absoluto y con el advenimiento de la Revolución Francesa la ley expresaba la libertad. Por esta razón no se le otorgó las facultades a los jueces para decidir la constitucionalidad o no de las normas; sino que se le encar-

gó al propio Parlamento porque era el Poder Soberano, la soberanía radicaba en ella y, por ende, era inconcebible que un juez que no representaba al pueblo, tuviese la virtud de declarar inconstitucional una ley. Hacer lo contrario, esto es, facultarles a los jueces el control judicial de las leyes significaba ir contra toda una tradición filosófica - política del liberalismo europeo. Históricamente pues, en Europa se disminuyó el papel de los jueces, lo que no ocurrió en el proceso histórico y jurídico-político de Norteamérica que, bajo la irradiación jurígena del Juez John Marshall sentó el principio de que cuando un juez se encontraba en conflicto entre la Constitución y la ley, debía preferir la primera y desaplicar la segunda; principio sentado por el famoso fallo "Marbury vs. Madison" en 1803.

A fin de comprender la actual jurisdicción constitucional en el Perú, se impone aunque sea de forma sucinta establecer sus antecedentes de la Carta Política de 1933.

La Constitución de 1933 normó los siguientes aspectos:

"Artículo 26°.- Pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones de la Constitución.

Artículo 123° inc. 4°.- Son atribuciones del Congreso examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

Artículo 133°.- Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros.

La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente".

De acuerdo a lo previsto en la Carta Política del 33 se puede concluir que existió dos niveles de control de la constitucionalidad y de la legalidad: por un lado, el sistema político, ejercido por el propio Parlamento; y, por otro, el control judicial, para dispositivos menores a las leyes.

En rigor, la eficacia del control constitucional de las leyes delegado al Parlamento no funcionó, en todo caso si ocurrió, fue "en for-

ma silenciosa, mediante simple mecanismo legislativo”²³ en virtud del cual el mismo Parlamento utilizaba los propios resortes constitucionales de derogar, modificar o dejar sin efecto cualquier norma; pero nunca cuestionando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de sus propias normas²⁴. Después de todo, como expresa Karl Loewenstein, resulta absurdo dar facultades al propio Congreso para que controle la constitucionalidad de sus propias leyes, es como encomendar a unos conejos que sean guardianes de un jardín de zanahorias²⁵.

El control judicial de dispositivos menores que las leyes estuvo a cargo de la Acción Popular, que sólo llegó a funcionar a partir de 1963 en que se reglamentó a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otro lado si bien la Constitución de 1933 no afrontó una verdadera jurisdicción constitucional, fue el Código Civil en 1936 el que se estableció en el art. XXII del Título Preliminar el típico modelo americano de la revisión judicial de las leyes: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. Sin embargo, como muy bien apunta el constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, esta norma “no tuvo prácticamente vigencia y, cuando fue invocada se arguyeron contra ella tres tipos de argumentos: a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) que en todo caso se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no al derecho público (que es con frecuencia en donde más hallamos este tipo de violaciones), y c) que se trataba de una ley que podría ser exceptuada por otra posterior”²⁶. Habría de transcurrir 27 años para que en 1963 y a través de un Gobierno Militar se reglamentara dicha garantía constitucional en la LOPJ el que dispuso en el art. 8 lo siguiente:

23 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. II Coloquio Iberoamericano del Derecho Constitucional, 1984, p. 423.

24 Uno de los pocos casos excepcionales en que el Congreso resolvió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley, fue en la Ley N° 8929 que habla aprobado espúreamente un plebiscito de reforma constitucional utilizando un procedimiento inconstitucional.

25 LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona., 1987.

26 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: op. cit., p. 425.

“Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad.

Los Jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o las leyes”.

Esta misma LOPJ, hoy derogada por el actual D. Leg. 612 incluyó otro precepto con el cual trataba de cubrir cualquier vacío en torno al control de la constitucionalidad y legalidad:

“Artículo 12°.- Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes”.

Con toda la constelación normativa que ha existido hasta antes de la actual Carta Magna de 1979, la jurisdicción constitucional orgánica ha estado prefigurada, tal como lo ha sintetizado magistralmente Domingo García Belaunde, en los siguientes rubros:

- a) “Para cautelar la constitucionalidad de las leyes: artículo XXII del T.P. del C.C. (de 1936) y art. 8 de la LOPJ, siempre a instancia de parte interesada y en vía de excepción o como quiera la doctrina procesal italiana, en vía incidental o como cuestión prejudicial.
- b) Para cautelar la constitucionalidad y legalidad de decretos y resoluciones emanadas del Poder Ejecutivo: la Acción Popular que establece el artículo 133 de la Constitución de 1933, reglamentada por el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a instancia de parte y en vía de acción.

- c) Para cautelar la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, de oficio por parte del juez a tenor del art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷.
- 1.2. Desde el punto de vista de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, la defensa de los derechos públicos subjetivos se realizó en el Perú, hasta antes de la Constitución de 1979 y específicamente de la Ley 23506, a través del Habeas Corpus. Su evolución legislativa ha sido la siguiente:
- i) Ley de 21 de octubre de 1897 en que regula por primera vez el Habeas Corpus;
 - ii) Ley de 10 de febrero de 1916, N° 2223 (que amplía el Habeas Corpus para la defensa de las “Garantías Individuales” normadas en la Constitución de 1860, vigente en ese entonces);
 - iii) Ley de 26 de setiembre de 1916 (que perfecciona los aspectos procesales de la Ley de Habeas Corpus de 1897);
 - iv) Constitución de 1920 (a partir de esta Ley Fundamental, el Habeas Corpus adquiere recién rango constitucional);
 - v) Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 (que regula los aspectos procesales en los arts. 342 a 355, sus características genéricas son: considera al Habeas Corpus como un recurso, defiende únicamente la libertad corporal en sus diversas modalidades, establece que la detención indebida puede provenir de autoridad policial o judicial y de particulares);
 - vi) Constitución de 1933 (que regula la institución en el art. 69, estableciendo que “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de Habeas Corpus”);
 - vii) Código de Procedimientos Penales de 1940 (regula el Habeas Corpus en los arts. 349 a 360 y procede en los siguientes casos: cuando una persona es sometida a prisión por más de 24 horas sin que el juez competente le haya comenzado a tomar declaración instructiva,

27 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: op. cit, p. 426.

cuando se pone custodia policial en el domicilio de una persona y cuando se violen los derechos individuales o sociales protegidos por la Constitución de 1933);

- viii) D.L. N° 17083 de 24 de octubre de 1968 (que establece las normas procesales para la tutela de las garantías constitucionales bajo dos aspectos: en la vía penal, para los casos de libertad personal, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, tramitándose de acuerdo al Código de Procedimientos Penales; la vía civil, para las demás garantías individuales y sociales; de acuerdo a las normas del mismo D.L. N° 17083); en realidad se trataría del antecedente moderno y directo del amparo, aunque funcionó morfológicamente como hábeas corpus.

Hasta aquí ha sido la evolución legislativa previa a la actual Carta Política de 1979; de todo esto se desprende, como lúcidamente lo ha señalado la versada opinión de Domingo García Belaunde, que el Habeas Corpus atraviesa por tres etapas:

- a) Primer período, que corresponde de 1897 a 1933: aparece el Habeas Corpus para proteger la libertad individual aún cuando se intentó ampliar su ámbito de protección a otras esferas, se mantuvo en su versión primigenia. Destaca en este período su elevación al rango constitucional en la Carta Política de 1920.
- b) Segundo período, que comprende de 1933 a 1979: el Habeas Corpus amplía su radio de acción no sólo para la libertad individual, sino también para todos los demás derechos constitucionales. En este período funcionó en rigor como Habeas Corpus strictu sensu y como Amparo.
- c) Tercer período, que empieza a partir de 1979 con la puesta en vigor de la nueva Carta Magna, el Habeas Corpus retorna a su concepción originaria para la defensa de la libertad individual y se establece por primera vez el Amparo -que hace su ingreso al Perú por la puerta grande a nivel constitucional- para la tutela de los demás derechos constitucionales²⁸.

28 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "La Evolución legislativa del Habeas Corpus en el Perú", en AA.VV. *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, 1980, p. 69. Vid.

TERCERA PARTE

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

1. ¿Sistema mixto o dual?

Se ha sostenido por la mayoría de juristas peruanos que la jurisdicción constitucional en el Perú acusa un modelo mixto o híbrido, habida cuenta que la judicatura constitucional es compartida tanto por el denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales” como por el Poder Judicial. Por este sistema mixto, se comparte el control de la constitucionalidad por un Tribunal Constitucional con la judicatura clásica (PJ). Este régimen híbrido se logra, cuando se le otorga al Poder Judicial competencias jurisdiccionales en determinadas materias constitucionales, pero con efectos “inter partes”, mientras al Tribunal Constitucional se le asignan competencias de control de constitucionalidad con efectos declarativos “erga omnes”. Este modelo o sistema mixto ha aparecido recientemente y con diferentes modos de instrumentación, como son los casos de Grecia, Chile y la provincia de Tucumán en Argentina con su reciente Constitución de 1990. Dentro de esta perspectiva surge la pregunta de rigor ¿cuál sería el sistema peruano? Como se tiene dicho, no bien empezó la andadura constitucional con sus correspondientes instrumentos (TGC, Ley de Habeas Corpus y Amparo) se sostuvo que nuestro sistema era pues, “mixto”. Sin embargo, muy recientemente, Domingo García Belaunde, que en un comienzo también enjuició al modelo peruano como mixto²⁹, porque habían los elementos del sistema “americano” y “austríaco”, ha sostenido que, en realidad nos encontramos ante un modelo dual o sistema paralelo. Su tesis, la resume en los siguientes términos: “Por un lado, tenemos el control al estilo americano, y por otro el sistema europeo a cargo de un Tribunal especializado, llamado de Garantías Constitucionales, que funciona en

también el prólogo que formula Domingo García Belaunde a *El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de Hoy* de Alberto Borea Odría, 1985, p. 11.

29 Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “La nueva Constitución Peruana” (escrito en 1979) y publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIV, número 40, 1982. Del mismo autor: “Control Constitucional” en *Revista El Foro*, N° 2-3-4 1979; y su ensayo “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución”, en *Rev. Derecho*, PUCP, N° 35, Lima, 1980.

forma paralela, y sin interferencias, cada cual dentro de lo suyo. Se da el caso, pues, de una coexistencia de ambos, en forma pacífica y armónica como corresponde a todo régimen democrático. Tan sólo cuando hay casación, esto es, remisión de los actuados en habeas corpus y amparo (pero sólo cuando las resoluciones son denegadas por el Poder Judicial) es que interviene el Tribunal, pero no para fallar sobre la materia objeto de la acción, sino para pronunciarse sobre la forma cómo se falló, y remitir lo actuado a la Corte de origen para que enmiende su fallo, de ser el caso. Esto significa, pues, que al no fallar, sino remitir todo el expediente nuevamente a la Corte Suprema para que emita una nueva resolución de acuerdo a los criterios que sienta el Tribunal de Garantías, estamos ante dos fueros distintos; que son dos órganos constitucionales, no de relevancia constitucional, sino de naturaleza constitucional. Esto es, el Tribunal de Garantías Constitucionales es un órgano del Estado, con la misma prestancia e investidura que el Poder Judicial o el Poder Legislativo. Vistas así las cosas, es fácil deducir que más que ante un sistema mixto -no existe en realidad la mixtura ni el producto síntesis o mixto- estamos ante un sistema dual o paralelo, que podría dar origen o calificar al nuestro como “sistema dual”, o “sistema paralelo” o “control jurisdiccional paralelo”, o algún otro concepto similar³⁰.

No obstante el criterio, por ahora mayoritario en calificar al modelo peruano como un régimen mixto³¹, en realidad nos inscribimos en la actual tesis del distinguido maestro, no sólo por ser una singular y sugestiva tesis, sino porque en realidad existen pues dos jurisdicciones constitucionales en vertientes distintas. Así, el Poder Judicial conoce lo correspondiente a la jurisdicción constitucional de la libertad (Habeas Corpus y Amparo), así como también la inconstitucionalidad como cuestión prejudicial, al estar por el art. 87 y 236 de la Constitución. En cambio la inconstitucionalidad en vía de acción es de competencia

30 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “El Control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú”, en *Ius Et Praxis*, N° 13, U. de Lima, 1989.

31 QUIROGA LEÓN, Aníbal: “La Justicia Constitucional”, en *Derecho*, N° 41, PUCP, diciembre de 1987. SOUSA CALLE, Martha y DANOS ORDOÑEZ, Jorge: “El control jurídico de la Constitucionalidad de la norma jurídica de carácter general”, en AA.VV.: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación legal*, Cult. Cuzco edit., 1987; DANOS ORDOÑEZ, Jorge: “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, en *Lecturas Constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, N° 4, Lima.

exclusiva del TGC. Con todo, evidentemente que la tesis del sistema dual o paralelo de la justicia constitucional en el Perú, requerirá mayor explicación en el futuro. Pues bien, veamos ahora algunas notas sobre el contenido de la jurisdicción constitucional patrio.

2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Como ha expuesto el maestro azteca Héctor Fix Zamudio: “Los juristas italianos han desarrollado admirablemente la teoría de las garantías constitucionales en sentido estricto, es decir, entendidos como instrumentos procesales para lograr la efectividad de las normas de la Constitución, hasta el extremo de incorporarlas al mismo texto de la Carta Fundamental de 1947 bajo el título precisamente de garantías constitucionales”³². En este sentido, las garantías constitucionales son remedios de carácter procesal que pretenden afirmar la parte sustantiva de toda Constitución. La Carta Política vigente ha tomado del texto italiano la fuente normativa y ha delineado 4 aspectos procesales: i) Habeas Corpus; ii) Amparo; iii) Acción Popular; y iv) Acción de Inconstitucionalidad. A este diseño normativo se debe agregar también el juicio político, el mismo que no está comprendido dentro de la estructura sistemática (Título V de las Garantías Constitucionales) de la Constitución pero que, en rigor, forma parte del espectro de la jurisdicción constitucional. De acuerdo a lo expuesto con anterioridad, es fácil ya colegir, que para un estudio de la denominada jurisdicción constitucional de La Libertad, en el Perú, ella comprende el Habeas Corpus y el Amparo; la jurisdicción constitucional orgánica, comprende la Acción Popular y la Acción de Inconstitucionalidad orgánica; la jurisdicción constitucional comunitaria e internacional, comprende lo previsto en el art. 305 de la Constitución y las partes pertinentes de la Ley 23506 (arts. 39 al 41), es decir la jurisdicción supranacional. Veamos en forma panorámica cada uno de estos contenidos de jurisdicción constitucional.

I. Primer bloque: La jurisdicción constitucional de la libertad

Comprende, como ya se ha dicho, el Habeas Corpus y el Amparo. Estas garantías constitucionales se encuentran reguladas constitu-

32 FIX ZAMUDIO, Héctor: “La protección procesal de las Garantías Constitucionales en América Latina”, op. cit., p. 73.

cionalmente en el art. 295 y 298 inc. 2 y la actual 23506, con su reforma de Ley 25011 de 7 febrero de 1989.

1. Habeas Corpus

Este instrumento, como es harto conocido, tiene un thelos exclusivo y bien definido: constituirse como una acción de garantía contra una posible detención arbitraria e ilegal. La Constitución le ha diseñado las siguientes características:

- i) El Habeas Corpus es una acción y no un recurso (art. 295);
- ii) Protege la libertad individual cuando es atacada o amenazada (art. 295);
- iii) No defiende la libertad individual contra normas; sino contra actos u omisiones de autoridades, funcionarios o particulares (art. 295);
- iv) Lo resuelto en el Poder Judicial no pasa a autoridad de cosa juzgada para el agraviado, quien puede insistir ante el TGC. a través del recurso extraordinario de casación contra las resoluciones denegatorias del Habeas Corpus (art. 298 inc. 2);
- v) Agotada la jurisdicción interna a través del TGC. si el agraviado se considera lesionado en su libertad individual, puede recurrir a la jurisdicción supranacional (art. 305).

2. Amparo

Dentro de los marcos constitucionales que ha previsto la Carta Política, el amparo resulta ser en el Perú, un valioso instrumento de control de la constitucionalidad a disposición de las personas (incluyendo las jurídicas) que sufren menoscabo o amenaza a un derecho personal de rango constitucional distinto a la libertad individual que se protege a través del Habeas Corpus. En forma genérica, la Constitución le ha deparado las siguientes características:

- i) El Amparo es una acción y no un recurso (art. 295)

- ii) Tiene como finalidad cautelar el goce efectivo de los derechos constitucionales, excepto la libertad individual (art. 295);
- iii) Procede contra el acto u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona, sea ésta natural o jurídica (art. 295);
- iv) No procede directamente contra normas, sino contra actos u omisiones provenientes de normas (art. 295);
- v) Tiene el mismo trámite del Habeas Corpus, en cuanto le sea aplicable (art. 295);
- vi) Lo resuelto en la jurisdicción ordinaria, no pasa a autoridad de cosa juzgada para el agraviado, quien puede insistir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales a través del recurso extraordinario de casación contra las resoluciones denegatorias de Amparo (art. 298 inc. 2);
- vii) Agotada la jurisdicción interna (a través de la resolución del TGC), si el agraviado se considera lesionado de su derecho constitucional, puede optar por recurrir a la jurisdicción supranacional (art. 305).

II. Segundo Bloque: La jurisdicción constitucional orgánica

El mercado constitucional peruano para este rubro comprende, como ya se tiene apuntado, el control de constitucionalidad y legalidad que se ejerce a través de la acción de inconstitucionalidad (art. 298 inc. 1, 299, 300, 301, 302 de la Carta Política) y la Acción Popular (art. 295 de la Constitución). La acción de inconstitucionalidad se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385 y la Acción Popular en la Ley Procesal de la Acción Popular N° 24968, el primero promulgado el 19.05.82 y publicado el 20.05.82 y el segundo promulgado el 20.12.88 y publicado el 22.12.88. Ahora bien, a nuestro criterio y en sana doctrina, la jurisdicción constitucional orgánica en el Perú también debe comprender el juicio político³³, el mismo que se encuentra normado orgánicamente en los artículos 183 y

33 Domingo García Belaúnde: "Nota sobre las Garantías Constitucionales en el Perú", en *Legislación sobre Garantías Constitucionales*, Ministerio de Justicia, Lima, 1989, p. 92

184, concordantes con los numerales 210 y 297 de la Constitución y su actual regulación ordinaria en la Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos (promulgado el 28.09.1968) y otras disposiciones legales pertinentes. También comprende la resolución de los conflictos entre los órganos del Estado el que la Constitución ha omitido normarlo; así también los conflictos entre un Gobierno Regional y un Gobierno Local, entre Gobiernos Regionales y entre un Gobierno Regional y el Gobierno Central los que a través del art. 71 del Texto Único Ordenado de la Ley de Bases de la Regionalización N° 24650 se le ha encomendado a la Corte Suprema resolverlo (Vid. art. 29 de la actual LOPJ. D. Leg. 612), también es susceptible de ser comprendido a los partidos políticos. Veamos sucintamente cada uno de estos temas.

1. Acción de Inconstitucionalidad

Esta acción es de competencia exclusiva -al más puro estilo concentrado o europeo- del TGC. Las personas legitimadas procesalmente son: Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, sesenta Diputados, veinte Senadores y 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por el JNE. Existe una crítica, muy lícita por cierto, respecto a los 50,000 ciudadanos, pues resulta muy excesivo dicho guarismo para muchas poblaciones que no tienen (algunas provincias) esa población.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad es exclusivamente represivo, de allí que resulte ser la pieza decisiva para discutir a nivel del TGC (arts. 298 inc. 2 de la Constitución y art. 19 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales) los asuntos de constitucionalidad o no de las normas con rango de ley.

Ahora bien, el TGC tiene jurisdicción en todo el territorio de la República para declarar la inconstitucionalidad a una constelación de normas que son las siguientes:

a) *Leyes de Ámbito Territorial Nacional:*

- Leyes Orgánicas (art. 194 de la Const.)
- Leyes de Base (art. 186 de la Const.)
- Leyes Generales (art. 186 inc. 1 de la Const.)

- Leyes Ordinarias (art. 186 inc. 1 de la Const.)
- Decretos Legislativos (art. 188 de la Const. y art. 3 de la Ley del Poder Ejecutivo, D. Leg. 560)
- Resoluciones Legislativas (art. 186 de la Const.)
- Decretos Leyes
- Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 211 inc. 20 de la Const.)

b) *Leyes de Ámbito Territorial Restringido:*

- Leyes Regionales (art. 59 del Texto Único Ordenado de la Ley de Bases de la Regionalización y art. 70 inc. 1)
- Ordenanzas Municipales (art. 109 y 124 inc. 1 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853)

En la actualidad y a dos períodos de régimen constitucional (1980-1985 y 1985-1990) el TGC sólo ha conocido 5 casos de acciones de inconstitucionalidad contra las siguientes leyes:

- Ley de Corporaciones Departamentales N° 23339 (contra el art. 49 de la Ley);
- D. Leg. N° 46 que tipifica el Delito de Terrorismo
- Ley 23903 sobre el caso de los votos nulos y en blanco (art. 6)
- Ley 23903 sobre el caso del “voto preferencial” (art. 10, 11 y 12 inc. 20)

2. Acción Popular

Esta garantía constitucional, que como se ha sostenido con anterioridad fue previsto en la Constitución de 1933 (art. 133), en la actualidad la Carta Fundamental le ha perfilado el siguiente diseño: “Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público”. En esta perspectiva, esta garantía constitucional

se configura como “un instrumento procesal constitucional capaz de movilizar a la jurisdicción ordinaria para que se pronuncie acerca de la legitimidad constitucional y o legal de las normas de rango inferior a la ley”³⁴. En la actualidad y aún con algunas deficiencias que ostenta, la regulación de este remedio en la Ley 24968 es un saludable avance en materia de Derecho Procesal Constitucional. De acuerdo a lo prefigurado tanto en la Constitución como en su regulación ordinaria, la Acción Popular controla cuatro tipos de normas, a saber:

a) *Normas Generales del Poder Ejecutivo:*

- Decretos Supremos (art. 211 inc. 10 de la Const. y art. 3 inc. 2 de la Ley del Poder Ejecutivo, D. Leg. 560);
- Resoluciones Supremas (art. 211 inc. 10 de la Const. y art. 3 inc. 3 de la Ley del Poder Ejecutivo);
- Resoluciones Ministeriales (art. 211 inc. 10, 213 de la Const. y art. 19 y 37 de la Ley del Poder Ejecutivo);
- Resoluciones Directorales.
- Otras normas administrativas (reglamentos, circulares, directivas, etc.)

b) *Normas Generales de los Gobiernos Regionales:*

- Decretos Regionales (art. 70 inc. 2 del Texto Único Concordado de la Ley de Bases de la Regionalización);
- Decretos Ejecutivos Regionales (art. 70 inc. 2 del Texto Único Concordado de la Ley de Bases de Regionalización)

c) *Normas Generales de los Gobiernos Locales:*

- Edictos (art. 124 de la Ley Orgánica de Municipalidades)
- Decretos de Alcaldía (art. 124 inc. 2 de la Ley Orgánica de Municipalidades)

³⁴ DANOS ORDOÑEZ, Jorge: “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, en *Lectura Constitucionales*, N° 4, Comisión Andina de Juristas, Lima.

- d) *Normas Administrativas de carácter general dictadas por otros órganos de Derecho Público*: En este caso, aquellos órganos que tienen autonomía como son el BCR, el JNE, la Contraloría General, la Superintendencia de Banca y Seguros, las Universidades Públicas; igualmente también son pasibles de control las normas de carácter general producidas por diversas entidades del Derecho Público como son la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE), el Instituto de Comercio Exterior (ICE), Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), entre otros³⁵.

En cuanto a la jurisprudencia desarrollada por este instrumento procesal, dado el corto tiempo de vigencia, resulta aún difícil afirmar ya algunas tendencias, pese a que ya existen algunas acciones que se han interpuesto. Con todo, lo destacable a nivel normativo es que los efectos de una sentencia que declara fundada la Acción Popular tiene efectos generales invalidatorios de las normas contrarias a la Constitución o a ley.

3. El Juicio Político

El antejuicio de los delitos políticos cometidos por los altos funcionarios en el ejercicio de sus cargos que gozan de privilegios y prerrogativas procesales es, en rigor, el juicio político. La Constitución de 1933 lo reguló en los numerales 121 y 122 el que, siguiendo una antigua tradición constitucional supone la aplicación de un procedimiento especial para dichos funcionarios el que es decidido por el Senado si ha o no lugar a formación de causa, previa acusación de la Cámara de Diputados. Este mismo procedimiento ha sido adoptado por la actual Carta en el numeral 183 que establece:

“Corresponde a la Cámara de Diputados acusar ante el Senado al Presidente de la República, a los miembros de ambas Cámaras, a los Ministros de Estado, a los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Garantías Cons-

35 DANOS ORDOÑEZ, Jorge: op. cit.

titucionales y a los altos funcionarios de la República que señala la ley, por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en éstas”.

Este precepto, a su vez concuerda con el art. 184 que *in verbis* dispone:

“Corresponde al Senado declarar si ha o no lugar a formación de causa a consecuencia de las acusaciones hechas por la Cámara de Diputados. En el primer caso, queda el acusado en suspenso en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio según ley”.

Entre los altos funcionarios que gozan de esta prerrogativa procesal se encuentran, a nivel constitucional los siguientes:

- El Fiscal de la Nación y los Fiscales Supremos (art. 15 de la Ley Orgánica del Ministerio Público);
- Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (art. 14 del D. Leg. 25);
- Miembros del Jurado Nacional de Elecciones (art. 15 del DL. 14250, Ley de Elecciones Políticas Generales);
- El Contralor General de la República (art. 14 del DL. N° 21486. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control).
- El Superintendente de la Banca y Seguros (D. Leg. 197, Ley Orgánica de la Superintendencia de la Banca y Seguros)
- El Presidente del Directorio del Banco Central de Reserva (art. 4 del DS. N°295-68-HC, Ley Orgánica del BCR).
- Otros funcionarios según Ley.

En la actualidad aun sigue vigente la Ley de 28 de setiembre de 1868 que regula la “Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos”. Sin embargo, iniciado una vez el desafuero, el alto funcionario público queda sujeto al juicio, el mismo que, a tenor del art. 66 inc. 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público dispone:

“Son atribuciones del Fiscal de la Nación:

Ejercitar, ante la Sala de la Corte Suprema que corresponda, las acciones civiles y penales a que hubiere lugar, contra el Presi-

dente de la República, los Senadores y Diputados, los Ministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia, miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales y altos funcionarios de la República que señala la ley, previa declaración por el Senado de que hay lugar a formación de causa”.

Secuencialmente, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 114 regulaba la competencia de la Corte Suprema para conocer en primera y en segunda instancia, dichos procesos. En la actualidad, con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (D. Leg. 612 de 26 de julio de 1990) se ha establecido cinco salas especializadas de la Corte Suprema; una civil, una penal, una agraria, una laboral y una contencioso-administrativa. Esta última conoce:

“Las etapas de investigación y juzgamiento en los procesos penales contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios de la Nación incluyendo los Jueces de Primera Instancia, Vocales Superiores, Fiscales Provinciales y Superiores, Delegados y Directores Regionales, conforme a la Constitución y demás leyes” (art. 37 inc. 5).

Una breve evaluación de esta institución obliga a afirmar que a la fecha, y dentro de la vigencia de los 10 años de la Constitución, no ha prosperado ningún tipo de acusación constitucional; salvo, el único caso en que el Poder Judicial en una sentencia identificó a un Ministro de Estado en ejercicio como penalmente responsable y dio cuenta a la Cámara de Diputados para que procediese de acuerdo a lo previsto en el art. 183 de la Constitución; sin embargo, dicha Cámara jamás logró pronunciarse al respecto³⁶.

4. Partidos Políticos

Al margen de las diversas nociones que se han dado en torno a los partidos políticos, éstos constituyen los instrumentos que medianizan la relación de los ciudadanos con el Poder Político. Los partidos permiten a amplias masas del cuerpo electoral a participar en la forma-

36 Vid. POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge: “El Desarrollo Constitucional del Régimen Político Peruano (Control Parlamentario)”, en *Constitución y Democracia*, Lima, 1989, p. 90.

ción de la voluntad estatal. En la actualidad constituyen el instrumento irremplazable en la formación de la voluntad política de los Estados.

Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, los partidos políticos no fueron regulados por las constituciones. Posteriormente se empezó en forma discreta a otorgarles un rol secundario o extraconstitucional. En la actualidad casi la mayoría de las constituciones liberales los han reconocido, como expresión del derecho de asociación de los ciudadanos. En esta perspectiva, la problemática de los partidos políticos se ubica, dentro de la doctrina, en el ámbito de la jurisdicción constitucional orgánica. Ahora bien, el reconocimiento constitucional de la mayoría de las constituciones, ha llevado a la discusión si deben tener o no una Ley o Estatuto de Partidos Políticos, pues dada su naturaleza jurídica sui generis se debe normar una serie de aspectos, que grosso modo son: los requisitos para su formación o constitución, la organización interna de los partidos, el financiamiento de ellos, su acceso a los medios de comunicación, la relación con los parlamentarios elegidos en las listas electorales, las sanciones por conductas antidemocráticas, la disolución de los partidos, etc.³⁷.

En el art. 68 del texto constitucional peruano se ha normado que:

“Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y a la ley.

Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos”.

En rigor, es la primera vez en la historia del constitucionalismo peruano que se le otorga un tratamiento más orgánico a los Partidos Políticos³⁸. La anterior Carta de 1933 reguló de soslayo y en

37 NOGUEIRA A. Humberto: “Los Partidos Políticos en la Ciencia Política y el Derecho Constitucional”, en *La Revista de Derecho*, U. Central de Chile, Enero Año I, 1987.

38 Existen una gran variedad de trabajos sobre los partidos políticos en el Perú, al respecto pueden consultarse a ROJAS SAMAME, J.: *Los Partidos Políticos en el*

forma negativa, en un solo artículo (53). Por otro lado y vinculado a la problemática de los partidos políticos se encuentra el Jurado Nacional de Elecciones, ambos normados en el D.L. N° 22652 denominada “Ley de Elecciones Políticas Generales” con diversas modificatorias a la actual. Con todo, estimamos que es necesario que se desarrolle una Ley de Partidos Políticos, sin que implique con ello una injerencia o control interno.

III. TERCER BLOQUE: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMUNITARIA E INTERNACIONAL

1. La Jurisdicción Supranacional en el ordenamiento constitucional

El Perú es el único país, a la fecha, que ha incorporado en su Constitución la regulación jurídica de la jurisdicción supranacional, en cuyo numeral 305 se establece:

“Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú”.

Este precepto, debe concordarse con la XVI Disposición General y Transitoria del propio texto que ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas. Igualmente ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 42 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas disposiciones constitucionales se han desarrollado, a nivel de la legislación ordinaria en la Ley Orgánica del TGC, como en la Ley de Habeas Corpus y Amparo. Por otro lado, para los efectos de la condición de procedibilidad a fin de ejercer la jurisdicción supranacional, es necesario que el agotamiento de los recursos previos (jurisdicción

Perú, Lima; CHIRINOS SOTO, E.: *Constitución y Partidos Políticos* y RAMÍREZ, Ramón: *Legislación Electoral y Partidos Políticos*.

doméstica) sean satisfechos de acuerdo al requisito procesal regulado en el art. 47 de la Ley Orgánica del TGC que *in verbis* establece:

“Cuando el Tribunal estime que no ha existido violación, ni falsa o errónea aplicación de la ley o que se han observado las formas prescritas por la ley para la tramitación del procedimiento o para la expedición del fallo, lo declara así, con lo que queda agotada la jurisdicción interna”.

Quiere esto significar que la jurisdicción interna se agota cuando la persona interpone casación ante el TGC y ésta la deniega. Complementan el desarrollo de esta norma los artículos 39 al 41 de la Ley 23506. En esta perspectiva, la persona que se considera lesionada en su derecho constitucional, puede recurrir, alternativamente a los siguientes fueros: El Comité de Derechos Humanos de la ONU, regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, regulado por el Pacto de San José de Costa Rica de la OEA³⁹.

BALANCE Y PERSPECTIVA

“El Perú tropieza con la carencia de una tradición en el campo de la jurisdicción constitucional que pueda orientar el rumbo a su institución”. Así rezaba la Exposición de Motivos de la ley Orgánica del TGC. Y, en realidad, en su momento se estaba en lo cierto. Si embargo, a 10 años de vigencia constitucional es factible hacer un breve balance, el que precisamente no es alentador. En efecto, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad, de los 5 casos que ha conocido el TGC sólo uno culminó con una sentencia que fue el de confirmar la constitucionalidad a la Ley de Corporaciones Departamentales, las demás, por falta de “quórum” en los magistrados, no se llegó a expedir sentencia⁴⁰, pese a que eran temas de suyo trascendentes (caso de los votos nulos y en blanco).

39 Al respecto, puede consultarse a DELGADO GUEMBES, César: “Protección Supranacional de la libertad: el Sistema Americano y el de las Naciones Unidas”, en *Rev. Derecho y Sociedad*, Año 2 N° 2, mayo, 1990.

40 Vid. *Jurisprudencia Constitucional*. Edit. Normas Legales, Trujillo, 1988.

En lo relativo al Habeas Corpus y Amparo, a diferencia de las magras acciones de inconstitucionalidad, han tenido perfiles muy propios: primero que dichas garantías tuvieron un inusitado uso que devino en un abuso de parte de los accionantes, generándose lo que en Venezuela denominan como “*amparitis*”, lo que obligó a que el Legislador reforme el régimen de la medida cautelar⁴¹ y, en la actualidad tiene poco prestigio, el que seguramente será pasajero, dado que, en rigor, es un sacro remedio heroico para afirmar sendos remedios constitucionales. Por otro lado y, como segunda característica, la mayoría de acciones de amparo, se han reportado estadísticamente contra resoluciones judiciales⁴², con el fin de pretender afirmar supuestos derechos públicos subjetivos, cuando en realidad han sido la mayoría, para prolongar ejecuciones de sentencias firmes. En lo que respecta al Habeas Corpus, un grueso de las ejecutorias han sido para afirmar la libertad individual. Con todo, de los 3,000 casos aproximadamente que se han conocido en materia de Habeas Corpus y Amparo, existen algunas tendencias jurisprudenciales⁴³; sin embargo, aún se está lejos de que se perfile una verdadera *jurisprudencia vinculatoria*, conforme lo quiere el art. 9 de la Ley 23506; en todo caso, si hubiere, ésta consiste en una mera aplicación mecánica sin aliento heurístico ni audacia hermenéutica en nuestros magistrados tanto del Poder Judicial como del TGC. Respecto a la Acción Popular, dado su corto tiempo de vigencia, pese a que ya se han planteado algunos casos declarados fundados en las Salas Civiles, aún resulta prematura ver su desarrollo.

Pese a todo lo expuesto, las perspectivas en torno a un desarrollo positivo de nuestra jurisdicción constitucional en su conjunto, con todos sus altibajos, que en la actualidad acusa, es un reto, pues significará afirmar la presencia fundamentalmente de los derechos humanos

41 Sobre el particular, puede verse los trabajos de A. Borea Odría, Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Juan Monroy Gálvez en contra de la reforma cautelar; salvo Aníbal Quiroga León, que muestra su conformidad.

42 ABAD YUPANQUI, Samuel: *La acción de amparo contra resoluciones judiciales: un estudio cuantitativo de jurisprudencia constitucional*, Lecturas Constitucionales, N° 3, CAJ, Lima.

43 Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Tres años de jurisprudencia constitucional peruana”, en *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Vol. I., EDDILI, Lima, 1989; ABAD YUPANQUI, Samuel: *Selección de Jurisprudencia Constitucional*, Lima, Comisión Andina de Juristas; ZUBIATE R.: *Acción de Amparo*, (2da. edic), Cult. Cuzco, Lima.

en un país cada vez más deprimido y convulso por la crisis económica y moral. Reto y una apuesta al sí por la esperanza en que los operadores del derecho sólo utilicen los heroicos instrumentos cuando realmente sean imprescindibles y no se siga por el lamentable camino del desprestigio a dichas instituciones jurídicas. Por otro lado, bien sabemos que en el tráfigo de la vida judicial, una cosa es tener el derecho; otra saberlo pedir y, finalmente, que se lo otorguen. Y, en este último, es necesario apostar por una firme esperanza en que los magistrados deben ir ya sintonizando sus razonamientos y exégesis en frecuencia constitucional, bajo los estándares de una idónea interpretación *desde* la Constitución, sobre todo a partir de la lengua de los derechos iusfundamentales, y no en la frecuencia jurídica propia del derecho privado que no tiene nada que ver con el derecho constitucional que, hoy por hoy, ha venido de ser un *minus inter pares* en relación con las demás disciplinas jurídicas, en un *primus inter pares* en el Perú de hoy⁴⁴.

44 Es evidente que, a raíz de la puesta en vigor de la Carta Política de 1979 se ha generado el “boom del constitucionalismo peruano”, del que otrora fuera el de las Ciencias Sociales, habiendo opacado, sin proponérselo, a las demás disciplinas jurídicas, incluida la civilista. De todo esto, ya ha dado cuenta Domingo García Belaunde en el “Prólogo” a la segunda edición del libro “Derechos y Garantías Constitucionales” del profesor Víctor Julio Ortecho. Reconfortante síntoma de esta situación es la ubérrima bibliografía que se viene produciendo (ETO CRUZ, Gerardo: “Introducción bibliográfica a los Derechos Humanos y Garantías Constitucionales”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 5, Comisión Andina de Juristas, Lima); y los Congresos Nacionales de Derecho Constitucional con dimensiones internacionales [Cfr. ETO CRUZ, Gerardo y José PALOMINO MANCHEGO (editores): *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, Crónicas, I-IV, 1987-1993*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 1996]. En la realidad pues, existe un movimiento constitucional cuyo derrotero fecundo y creador supondrá innegable influencia en el Perú de hoy.

UN ARTÍFICE DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: HANS KELSEN*

Sumario: I. Introducción. II. Kelsen: el escenario de la época. III. Las grandes bases teóricas del derecho procesal en Kelsen: sus obras capitales. IV. Entre la “judicial review” y el control político: el aporte de Kelsen. V. Kelsen: Juez del Tribunal Constitucional de Austria. VI. El caso de las dispensas matrimoniales y la liquidación del Tribunal Constitucional. VII. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Existe en la actualidad una pléyade inmensa de académicos que, al margen de ostentar el símil de *constitucionalistas*, han volcado en los últimos años sus esfuerzos en rigORIZAR una porción del conocimiento del derecho. Nos referimos a la aparentemente novel disciplina del Derecho Procesal Constitucional y que, aquí en el Perú, empieza recién a afirmarse con una vigorosa presencia, aun cuando todavía no se suele rotular con dicho *nomen iuris*.

Interesa aquí, en estas breves notas, hacer un rescate de un gran jurista que, aunque hartO conocido en el mundo del derecho

* Este ensayo salió publicado originalmente en *Derecho Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), 4ª. edición; T. I, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003.

por sus diversos aportes y reflexiones, poco se sabe o se ha divulgado en torno a sus contribuciones y estudio en este campo; con mayor razón, si en las primeras décadas del siglo XX nadie hablaba aún de la existencia del Derecho Procesal Constitucional. Nos referimos al gran sabio checo Hans Kelsen, quien, sin proponérselo y, como con certeza lo destacó Niceto Alcalá-Zamora y Castillo¹ por los años cuarenta, fue el mentor de lo que hoy se conoce precisamente como el Derecho Procesal Constitucional.

No obstante la vinculación que aquí estamos señalando en torno a Kelsen con el Derecho Procesal Constitucional, convenimos en suscribir la objetiva apreciación del profesor argentino Néstor Pedro Sagüés, en cuanto alerta que “si el Derecho Procesal Constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos ‘procesos constitucionales’ del hábeas corpus, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías procesales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Hans Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería”². En rigor, esta apreciación, estimamos que, sin ser falsa, no es del todo cierta, pues no se trata aquí de atribuirle a Kelsen la autoría intelectual de una disciplina académica que él ni siquiera fue consciente de ello. Y, en efecto, es verdad que diversos “procesos constitucionales” son de vieja raigambre histórica y que han existido antes que el propio Kelsen. En este sentido, lo expresado por el distinguido procesalista argentino es correcta, en tanto se le mire en perspectiva histórica; pero también el propio profesor Néstor Pedro Sagüés honra la figura de Kelsen cuando reconoce que el fundador de la Teoría Pura del Derecho “bien puede ser el gran modelador contemporáneo de la disciplina, y quizá el jurista que más contribuyó a definirla en el siglo XX”³.

Kelsen, sin duda alguna, fue el gran jurista que logró aportar un rico filón jurídico a la ya vasta pero inagotable cantera del derecho y tocará, desde luego, a los juristas actuales perfilar con el debido rigor epistemológico los alcances de esta disciplina.

1 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, Auto Composición y Autodefensa*, UNAM, México, 1991, pp. 214-215.

2 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Tomo I, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984 (hay 2.^a edic., 1989), pp. 11 y ss.

3 SAGÜÉS, Néstor Pedro: op. cit., pp. 11-12.

Este trabajo desarrollará algunos aspectos básicos en torno a este gran jurista y su vinculación al Derecho Procesal Constitucional.

II. KELSEN: EL ESCENARIO DE LA ÉPOCA

Se han escrito diversos trabajos sobre la ubérrima producción bibliográfica de Hans Kelsen, así como también existe registrado incluso un trabajo orgánico en torno a su vida⁴. Con todo, ella de por sí está preñada de diversos episodios que van desde su nacimiento mismo en Praga, el 11 de octubre de 1881, hasta su deceso físico en Berkeley, en 1973, habiendo llegado a la cima de los 92 años con una fecunda lucidez afirmada por los años y con un tren incansable de trabajo de toda una vida consagrada, aun con los diversos episodios de muchas adversidades por su descendencia judía, a la reflexión y producción científica. Desde luego, no es la intención aquí hacer algún perfil biográfico en torno a Kelsen, pues de los principales autores que se han ocupado (fundamentalmente Rudolf Aladar Metall, León Gross, Benjamín Akzin, Víctor Alarcón Olguín y, aquí en el Perú, José F. Palomino Manchego)⁵, resulta de por sí difícil agregar otros elementos novedosos en torno a su vida y obra. Sin embargo, y siguiendo a Hegel, el filósofo de la historia viviente que recuerda que toda reflexión se inscribe dentro del horizonte concreto de la vida de una época: "Por lo que concierne al individuo, cada uno es, sin más, hijo de su tiempo, y también la filosofía es al propio tiempo aprehendido con el pensamiento", resulta de vital importancia ubicarse en el contexto y escenario en que surgió el pensamiento del Jefe de la Escuela de Viena.

4 Nota de 2011: En el año 2008, la Universidad Externado de Colombia ha publicado la versión en español de la *Autobiografía* de Hans Kelsen, en su Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 50. El editor de la obra es Matthias Jestaedt y contiene un estudio preliminar suyo. La traducción y presentación corresponden a Luis Villar Borda. El libro fue editado en cooperación con el Instituto Hans Kelsen y está enmarcado en el proyecto de este instituto de publicar las obras completas de quien es considerado el más grande jurista del siglo XX, con motivo del 125 aniversario del nacimiento de Hans Kelsen, que se cumplió el 11 de octubre de 2006.

5 Al respecto, puede verse la Bio-Bibliografía de Kelsen por José F. Palomino en KELSEN, Hans: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, 3ª. edic, Lima, 2001, pp. 111 y ss.

Si bien Kelsen nace en Praga, como ya se tiene dicho, es bueno recordar que la región de Checoslovaquia pertenecía al antiguo Imperio Austro-Húngaro; de allí que se explica que la formación académica de Kelsen se desarrolla fundamentalmente en Viena. Por entonces, Viena era todavía una antigua ciudad imperial, la que luego, y a través de la famosa *Wiener Schule*, pasaría una pléyade de discípulos a degustar la sal de su inteligencia bajo el áurea académica de los años 20 y 30⁶.

En puridad, y en cinematográfica y veloz perspectiva, Kelsen fue profesor de la Universidad de Viena desde 1917 a 1930. De 1930 a 1933 enseñó en la Universidad de Colonia, de donde prácticamente tuvo que salir, pues fue víctima de una intriga antisemita⁷, cuando ya los vientos del nacional-socialismo arreciaban Europa; pasó luego a Ginebra, y de allí, en 1940, a Estados Unidos. En este país, enseñó en parte en la Universidad de Harvard y luego en forma definitiva en Berkeley (California). Allí se jubila en 1952, falleciendo el 19 de abril de 1973⁸.

Pero, no vayamos a raudo vuelo y ubiquémonos en el escenario de los primeros años. Por entonces, el joven Kelsen, en la primera déca-

6 * Nota de 2012: Recientemente se ha publicado la versión española de la magnífica obra de STADLER, Friedrich: *El Círculo de Viena. Empirismo lógico, ciencia, cultura y política*, Traducción de Luis Felipe Segura Martínez, Fondo de Cultura Económica, México, 2010. Allí se puede apreciar *in extenso* la presentación de un vasto estudio científico, histórico en torno al grupo de pensadores y filósofos de la primera mitad del siglo XX. Kelsen es abordado en las páginas 50-52, 73, 81, 83, 194, 379, 401, 404, 407, 506, 507, 525, 527, 566 y 571.

7 Vid. el trabajo de VIDAL, César: *El Holocausto*, Alianza Edit., Madrid, 1995, pp. 163 y ss. Frierich Stadler ha relatado al respecto lo siguiente: "En la terrible situación económica por la que atraviesa Austria tras la primera Guerra Mundial, los trabajadores intelectuales en las escuelas superiores pasan, en general, a formar parte de una clase media política y económicamente pauperizada. El efecto de esta transformación es similar tanto entre los profesores como entre los estudiantes. La mayoría de ellos se convierte en integrante de una falange antidemocrática y antisemita en ascenso en el contexto ideológico del nacionalsocialismo y el catolicismo político. El enemigo a vencer era también aquí el liberalismo en cualquiera de sus vertientes. Según quedó documentado en el capítulo anterior, en la desesperada labor defensiva frente a la acometida nacionalista en las universidades encontramos a profesores de educación superior como Carl Grünberg, Max Adler, Sigmund Freud, Jarl y Charlotte Bühler, Moritz Schlick, Karl Menger, Hans Kelsen, aunque también a Julius Tandler y a muchos otros científicos, sobre todo judíos", en STADLER, Friedrich: *El Círculo de Viena*, op. cit., p. 566.

8 Seguimos aquí toda la referencia de su vida con la magistral obra de ALADAR METALL, Rudolf: *KELSEN. Vida y obra*, UNAM, México, 1976.

da del presente siglo, logró desempeñar diversos cargos prácticamente como un funcionario real del Imperio Austro-Húngaro. Recuértese que hasta antes de la década de los veinte, Austria como tal no existía. Austria, en realidad formaba parte de una unión real con Hungría y que diera nacimiento al Imperio Austro-Húngaro (1867-1918), el que fuera gobernado durante siglos⁹ por diversos emperadores y cuyo último monarca fue el Rey Francisco José I (1830-1916). El régimen del Imperio estaba por entonces prefigurado a través de un jefe de Estado (que era, en Viena, Emperador de Austria, y en Budapest, Rey de Hungría), así como también de los tres ministerios de Asuntos Exteriores, Guerra y Hacienda, además de dos delegaciones legislativas nombradas por cada parlamento para resolver las cuestiones de orden general¹⁰. Kelsen, a la sazón, desempeñaba el cargo de asesor del Ministerio de Guerra, cuya cartera estaba en manos del general Rodolf von Stöger-Steiner. Este período comprende entre los años 1914-1918, etapa en que el joven Kelsen fue llamado, en agosto de 1914, a incorporarse al regimiento y que entró en calidad de “primer teniente, de la reserva”. Años atrás había ya publicado su primer libro bajo el sugestivo título de la *Teoría del Estado de Dante Alighieri*¹¹ aparecida en 1905, y seis años después habría de publicar las primeras bases de su futuro pensamiento jurídico a través de su trabajo *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollada con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Esta edición fue publicada en alemán en 1911. Kelsen, por entonces, frisaba apenas los treinta años.

Lo cierto es que, ya iniciada la segunda década del presente siglo, y siendo asesor del general Rudolf von Stöger-Steiner, irónicamente el último ministro de guerra de la milenaria dinastía de los Habsburgo, la situación política debió ser demasiado conflictiva por los movimientos secesionistas que ya imperaban en la unión real de la doble monarquía. En efecto, ya en 1914, y quizá desde mucho antes, se iba incubando la

9 Sobre estos aspectos, puede consultarse a ROSSEAU, Chales: *Derecho Internacional Público*, Ariel Edit., Barcelona, 1966, pp. 107-108.

10 ROUSSEAU, Charles: *op. cit.*

11 La versión italiana se titula “*La teoría dello statu in Dante*”, Maximiliano Boni Editore, Bologna, 1974, 215 pp., el título original es: *Die staatslehre des Dante Alighieri* (traducción del prof. Wilfrido Sangiorgi), 1995; vid la introducción de Vittorio Frosini: Kelsen e Dante, IX-XXIV. (Nota de 2011: Existe ya la versión española con el título ya aludido: KELSEN, Hans: *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*, Edición y traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK Ediciones, Madrid, 2007).

desintegración del Imperio: Hungría aspiraba a transformar el régimen de una *unión real* a una *unión personal* a través de una separación de tres niveles: económico, militar y, posteriormente, el diplomático. Al no encontrarse una solución que significara el fortalecimiento del imperio a través de una solución que por entonces fue una fórmula tripartita (unión de Austria, Hungría y Croacia) o una alternativa federal; agravado, por otro lado, por las luchas étnicas fue que se desencadenó la separación del sistema dual. En rigor, el sistema Austro-Húngaro descansaba bajo un pedestal que, a la postre, no fue sólido: la dinastía y el ejército.

La muerte del emperador Francisco José (22 de noviembre de 1916), quien estaba en el poder desde 1848, y con anterioridad a ello, el asesinato de su sobrino Francisco Fernando, ocurrido en 1914, que los llevó a declarar la guerra a Serbia y que constituiría el preludio de la Primera Guerra Mundial y la derrota militar misma que sufriera el imperio en 1918, marcó el golpe de gracia definitivo para la separación. En efecto, a la muerte del Emperador, le sucede el último del imperio: Carlos I, quien fuera Emperador de Austria y Rey de Hungría entre 1916 y 1918. Este monarca pretendió dar una solución federalista en su manifiesto del 18 de octubre de 1918; empero, no fue capaz de conseguirlo, pues un mes más tarde abdicaría del trono, el 13 de noviembre de 1918, y se proclama la flamante República de Austria.

En este contexto, y al independizarse Austria, Kelsen deja de ser un funcionario real del imperio y pasa a ser un funcionario demócrata en la nueva República Federal de Austria. Precisamente a Kelsen, quien ya era una luminaria y famoso jurista, se le encomienda que elabore la Constitución para la novel república. Ello ocurre en 1918, una vez que finaliza su asesoría en el Ministerio de Guerra y habría de abandonar el servicio militar. Fue el canciller Karl Renner quien comisionó a Kelsen para que coopere en la preparación de la Constitución austriaca, imparatiéndole solo algunos lineamientos de los que debería tener dicho texto constitucional¹². Hans Kelsen –no es necesario precisarlo– estuvo siempre alejado de todo tipo de vinculación político partidaria, pues no se afilió a ningún partido, pese a que –como muy bien precisa su biógrafo Rudolf

12 Para mayores detalles sobre el iter del Tribunal Constitucional de Austria, véase el trabajo de Pedro CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, específicamente pp. 246-261.

Aladar Metall- le ofrecían que se inscribiera en uno de ellos. En consecuencia, tuvo una amplia libertad al confeccionar el texto constitucional. Y así elaboró diversos proyectos en los que se tomaban en cuenta diversas posibilidades políticas. Pero la intención de Kelsen fue la de codificar, de manera sistemática e inobjetable, los principios políticos que le habían encomendado, pero construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado. En vida, el propio Kelsen habría de referir con orgullo que el establecimiento de un Tribunal Constitucional era la pieza central de la Constitución que él había elaborado. Es decir, el propio Kelsen rescata que la mayor creación que él había puesto en la confección de la Constitución austriaca de 1920 había sido, no cabe duda, la creación sin precedentes y pionera en el mundo de un Tribunal Constitucional que iba a tener la potestad de impartir justicia en materia constitucional. Dígase de paso que, hasta ese entonces, en puridad, no había ningún órgano jurisdiccional distinto al Poder Judicial. Es verdad que un año antes, Checoslovaquia ya había afirmado un Tribunal Constitucional; empero no resulta difícil presumir que los planteamientos teóricos de Kelsen hayan sido tomados en cuenta a través de sus discípulos con lo que trabajarían el texto constitucional checo. Lo propio habría de ocurrir con los juristas españoles como Luis Legaz Lacambra y Luis Recasens Siches, quienes influyeron en las Cortes Constitucionales de la Constitución Republicana de España de 1931, que también crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales¹³.

III. LAS GRANDES BASES TEÓRICAS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN KELSEN: SUS OBRAS CAPITALES

¿Cuáles fueron las grandes obras que habrían de modular o dejar sentadas las bases de lo que hoy se conoce como el Derecho Procesal Constitucional? Indudablemente, la respuesta importa discriminar diversos trabajos de la multifacética producción jurídica. Bien es sabido que la vocación intelectual de Kelsen fue amplia y de intereses diversos; y si bien le ocupó gran parte de su vida la Teoría General del Estado

13 Vid a ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto: *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edic. Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, más específicamente: *Significado y funciones del Tribunal de Garantías. Ensayos de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1943.

y del Derecho reflejado en sus diversas obras, el Jefe de la Escuela de Viena transitó por diversos predios como son la Sociología del Derecho, el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, la Filosofía Política, etc. Pero reparemos, antes de proseguir con este excursio: Kelsen, por principio, no se propuso construir todo un amplio andamiaje para afirmar el nuevo edificio jurídico de lo que es el Derecho Procesal Constitucional. Dejó sentado, como ya se ha sostenido, el cimiento armado y ello fue el gran mérito kelseniano y del cual merece hoy reivindicarlo, como ya en su momento lo sostuviera el profesor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

La infatigable pluma de Kelsen ha dado a luz una impresionante producción que van en más de seiscientas obras. Independientemente de ello, las grandes obras pilares de Kelsen se pueden ubicar en los siguientes trabajos, que aquí –por motivos tan solo expositivos– los podemos rubricar en dos áreas:

Una que aquí podría señalarse como de las grandes bases de su pensamiento, que se desarrollan en las siguientes producciones:

- a) *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (Desarrollado con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, 1911 (la traducción al mundo hispano se ha hecho en 1983);
- b) *Teoría General del Estado* (1925);
- c) *Teoría Pura del Derecho* (edición alemana de 1934; traducción de Luis Legas y Lacambra, Barcelona 1934);
- d) *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945);
- e) *Teoría Pura del Derecho* (edición francesa, 1953), y
- f) *Teoría Pura del Derecho* (edición alemana de 1960).

Si bien la arquitectura principal de su pensamiento descansa en dichas obras, y sin perjuicio de la referencia a sus demás libros y a los cientos de artículos o ensayos publicados a lo largo de su vida, los que sí son definitivamente de indudable estirpe y prosapia del Derecho Procesal Constitucional son los siguientes:

- a) *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, (Traducción española de Rolando Tamaro y Salmorán, aparecida en *Anuario Jurídico*, México I, 1974, pp. 471-515; y la reciente revisión técnica de Domingo García Belaunde, aparecida en *Ius et Veritas*, núm. 9, Lima, 1994);
- b) *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, que apareció en 1930, en versión alemana, y fue traducido al italiano -con el que ha circulado en todos estos años- por Carmelo Geraci en el volumen recopilativo de los estudios del propio Kelsen titulado *La giustizia costituzionale* (Giufre, Milano, 1981, pp. 231-291. En 1996, aparece la versión española por la Edit. Tecnos, a cargo de Guillermo Gasió (estudio preliminar). Traducción y notas de Roberto J. Brie y supervisión técnica de Eugenio Bulygin, 82 pp; estudio preliminar XLIV pp.
- c) *El control de la constitucionalidad de las leyes*. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana traducida del inglés por Domingo García Belaunde y aparecida tanto en el Perú como en España. La versión española en la Revista *Direito*, núm. 1, de la Universidad de Santiago de Compostela (1995). La versión peruana en *Ius et Veritas*, Lima, núm. 6, 1993 pp. 81-90.
- d) *La jurisdicción constitucional y administrativa al servicio del Estado Federal, según la nueva Constitución Austriaca del 1º de octubre de 1920*. Este trabajo reviste una particular característica, y es que a la fecha no se ha traducido al mundo hispanohablante: si bien data su publicación en alemán en 1923, ha sido traducido, como ya se ha indicado líneas arriba, en versión italiana.

Con todo, he aquí las bases primigenias del Derecho Procesal Constitucional que, a decir del notable procesalista Alcalá-Zamora y Castillo, Kelsen fue el fundador de esta moderna disciplina procesal; a lo que el jurista azteca Fix-Zamudio, de manera convencional y en diversos trabajos, fija una fecha de inicio de esta particular rama jurídica: el

año 1928, cuando Kelsen publica su magistral estudio sobre “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”.

Por supuesto que el pensamiento kelseniano no se agota en dichos ensayos, pues éstos no son más que las inquietudes que surgieron en el contexto de vertebrar, para la flamante Austria republicana, un modelo de control constitucional que esté alejado del sistema político y del sistema norteamericano. A ello se suma, como veremos luego, que Tribunal Constitucional, que fue fruto de la capacidad heurística y creativa del sabio austriaco, se agrega una nota importante: él mismo fue su primer magistrado constitucional. En suma, Kelsen, recapitulando, crea en la Constitución austriaca un órgano jurisdiccional *ad hoc* para impartir justicia constitucional: el Tribunal Constitucional; fue a su vez magistrado de dicho tribunal, incluso se le otorgó la membresía de ser magistrado vitalicio; y, años después, cuando el terreno estaba lo suficientemente fértil y maduro, publica su magistral ensayo sistematizando en forma precisa las ideas y los perfiles de la Corte Constitucional austriaca, que sin proponérselo, a la larga, sería el paradigma de la jurisdicción constitucional “concentrada”, “austriaca” o “kelseniana”.

IV. Entre la judicial review y el control político: el aporte de Kelsen

Una primera aproximación que estimamos necesaria describir es la siguiente: el tema de control de la constitucionalidad de las leyes, como también el de la afirmación y tutela de los derechos fundamentales de la persona, no existió –como problema en sí– hasta antes del advenimiento del constitucionalismo; ello, por supuesto, sin desconocer que la lucha de las personas por su libertad frente al poder político ha existido siempre, ya que tuvo cauce institucional en diversas figuras, incluso de la Grecia antigua. En esta perspectiva, lo que queremos señalar es que los Estados, hasta antes del siglo XVIII en que se pretende racionalizar el ejercicio del poder a través de las Constituciones, no pudieron concebir la existencia de los fenómenos del control de la constitucionalidad de las leyes, como de la protección de los derechos humanos, toda vez que no hubo, lo que Adolfo Merkl y Kelsen denominaron como la “estructura jerárquica del orden jurídico”. En efecto, los estados republicanos modernos, a partir del siglo XVIII para adelante, y bajo el marco de los textos constitucionales, generaron lo que Kelsen en su

“Teoría Pura del Derecho” denomina como el proceso de creación del derecho, el que se verifica a través de diversos peldaños normativos, en una suerte de retroalimentación recíproca: las normas deben su validez en otras, y éstas en otras, hasta desembocar en una pirámide jurídica en la que la Constitución expresa el grado superior. A raíz de la construcción escalonada del orden jurídico, es que se plantea que unas normas, al no compatibilizar con la norma mayor, entran en conflicto y requieren ser objeto de un control. He aquí el gran derrotero de la historia constitucional contemporánea y que data desde el origen mismo del constitucionalismo clásico.

Precisado este breve marco situacional, Francisco Fernández Segado ha señalado que el constitucionalismo histórico alumbró dos tipos básicos de sistema de control de la constitucionalidad: el control por los órganos judiciales ordinarios, característico del sistema constitucional norteamericano, y el control por un órgano político, de impronta francesa¹⁴.

¿Cuál fue la opción que asumió Kelsen cuando elaboró la Constitución austriaca? No fue, por principio, ninguno de los dos modelos.

Y es que el modelo norteamericano obedecía a circunstancias históricas y políticas distintas a la europea¹⁵. En principio, el desarrollo histórico europeo es harto conocido. Jamás los ardientes revolucionarios franceses iban a otorgar a los jueces facultades de controlar la constitucionalidad de las leyes¹⁶. La razón, históricamente, era comprensible: los jueces habían sido instrumentos de

14 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La Jurisdicción Constitucional en España*, Madrid, Universidad Autónoma, 1983. (Nota de 2011: Una versión mucho más amplia -de tres soberbios tomos- puede verse recientemente en el primer volumen de FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *La justicia constitucional. Una visión de Derecho Comparado*, T. I. Los sistemas de justicia constitucional, las “Dissenting Opinions”, el control de las omisiones legislativas, el control de comunitariedad. Prólogo de Antonio Ruggeri, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 53-127).

15 DORADO PORRAS, Javier: *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1997.

16 GONZÁLES RIVAS, Juan: *Análisis de los sistemas de Jurisdicción Constitucional*, CEC, Madrid, 2001, pp. 14 y ss.

los reyes en las monarquías absolutas. Se pensaba, entonces, que los jueces, al no ser depositarios de la soberanía (el Parlamento), no podían tener dicha prerrogativa que, en principio, le correspondía al Congreso. Paralelamente a ello, y en el siglo XIX, surgió la teoría de que el Parlamento era la máxima autoridad suprema; es decir el poder supremo. Así pues, si el poder supremo es el Parlamento, porque el Parlamento es expresión del pueblo, y el pueblo en las democracias es lo máximo que existe como representación, los ideólogos de la época se interrogaban por qué un juez va a declarar que una ley no es aplicable. Esto importaba ir contra una tradición filosófica política. Fue así como el pensamiento europeo se entrampó; pues, por un lado se decía que el Parlamento era soberano y hacía lo que quería y, por otro lado, los jueces eran simples autómatas de la ley (recuérdese las famosas palabras de Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes*). Por tanto, los jueces sólo debían aplicar la ley, aun cuando ella pudiera ser inconstitucional. Esto fue, en líneas generales, el gran problema de fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX¹⁷.

Todo este marco de ubicación histórica y de experiencia de cada sistema imperante en la época, habría de servir de referencia para que el pensamiento de nuestro jurista ideara un nuevo control al poder político; configurando una extraordinaria filosofía en los Tribunales Constitucionales¹⁸. No sabemos hasta qué punto bien pudo haber existido un precedente de los Tribunales Constitucionales en los planteamientos esgrimidos al fragor de la Revolución Francesa por Sieyès¹⁹, pero hoy nadie puede dudar que la consolidación de los sistemas democráticos pasa por un control que en su momento fue atisbado por Inmanuel Sieyès.

Por cierto que entender hoy al Tribunal Constitucional de Austria, presupone también reconocer, como lo señala Felix Ermacora, antecedentes en la propia Austria, pues allí existió una virtual

17 FERRERES COMELLA, Víctor: *Justicia Constitucional y Democracia*, CEC, Madrid, 1997.

18 GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Coord.): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson S. L., Madrid, 1997.

19 CARPIO MARCOS, Edgar: "Un antecedente del Tribunal Constitucional: el Juri Constitutionnaire (una lectura heterodoxa de Sieyès)", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 1, Lima, 1999, pp. 565-615.

jurisdicción constitucional a través del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*); esta institución tenía competencia para controlar los actos administrativos en base a recursos individuales por violación de derechos llamados políticos; así como también para resolver ciertos conflictos de atribuciones y de litigios sobre incidentes patrimoniales. Empero, no tuvo competencia para controlar normas generales, dado el régimen monárquico imperante en la época²⁰.

Por otro lado, debe recordarse que Kelsen tuvo ya un camino preliminar transitado por otros académicos, entre los que destaca George Jellinek quien, como recientemente ha aportado en una magnífica tesis Sara Lagi...

Con todo, este Tribunal del Imperio se torna, en el momento de la fundación de la República (1918-1919), en el Tribunal Constitucional.

V. KELSEN: JUEZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA

Si bien Kelsen fue artífice en haber creado el novel Tribunal Constitucional en la Constitución de Austria, no es de llamar la atención que todos los partidos políticos de la Asamblea Nacional lo nombraran como "miembro vitalicio" de la creatura creada por el eximio jurista. En efecto, siguiendo aquí a su biógrafo Rudolf Aladar Metall²¹, precisa algunos aspectos que aquí resumimos en lo siguiente:

1. De acuerdo a la Constitución de Austria, el Tribunal Constitucional había de estar formado por un Presidente, un Vicepresidente y el número necesario de miembros. titulares y suplentes. Hasta esa fecha en que se elabora la Carta Política, la norma constitucional era de carácter meramente programática y debía ser regulada por una ley ordinaria. Ahora bien, la mitad de los magistrados constitucionales, incluyendo al Presidente y el Vicepresidente, debían ser elegidos por la

20 ERMACORA, Félix: "El Tribunal Constitucional austríaco", en AAVV: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984, p. 270.

21 ALADAR METALL, Rudolf: *KELSEN. Vida y obra*, UNAM, México, 1976, pp. 43-54-56.

Asamblea Nacional, con carácter vitalicio, la otra mitad debía ser elegido por el Senado Federal.

2. Después de haber entrado la Constitución en vigor, meses después la Asamblea Nacional promulga el 13 de julio de 1921, la Ley Federal sobre la Organización y el Presidente del Tribunal Constitucional. Ahí se precisaba que el número de miembros sería de doce titulares y seis suplentes. La ley además disponía que el propio Tribunal debería elegir de entre sus miembros vitalicios a los relatores permanentes, y que éstos deberían durar en su cargo tres años.
3. Kelsen, como ya se tiene dicho, fue consensualmente elegido para integrar la magistratura constitucional, hecho éste que lo habría de desempeñar entre los años 1921 y 1930 y sin perjuicio de seguir siendo profesor de la facultad de Derecho de Viena.

Sin embargo, la situación política en Austria comenzó a desarrollarse en un ambiente de conflicto; y uno de los partidos que fue hostil al Tribunal Constitucional, fue el Partido Social-Cristiano. Los directivos de este partido pretendían la influencia del Partido Social-Demócrata y, a través de ellos, enervar o liquidar al Tribunal Constitucional que les resultaba un obstáculo contra ellos. Uno de los primeros objetivos del Partido Social-Cristiano fue robustecer al Presidente de la República que, desde 1924, era Social-Cristiano.

4. El ataque del social-cristianismo contra el Tribunal Constitucional se llevó a cabo a través de un artificio aparentemente lícito, pero malvado: se pretendía “despolitizar” al Tribunal, toda vez que venían cuestionando una serie de sentencias (uno de los últimos casos que el Tribunal había fallado contra el régimen había sido el caso de la policía federal).

VI. El caso de las dispensas matrimoniales y la liquidación del Tribunal Constitucional

La liquidación del Tribunal Constitucional creado por Kelsen tuvo como pretexto un célebre fallo que definían como constitucional, las normas que regulaban la figura de las “dispensas matrimoniales”. En

líneas generales y el contexto en el que se desenvuelven los hechos, son *grosso modo* los siguientes:

El Imperio Austro-húngaro tenía un régimen matrimonial cuya regulación descansaba en el Código Civil de 1811 y que se mantuvo aún en vigor durante la primera República. Dicha normativa regulaba el matrimonio religioso-católico, proclamando que éste era indisoluble y que sólo podía terminar con la muerte de uno de los cónyuges, situación ésta que respondía a la concepción de la Iglesia Católica. Sin embargo, el art. 103 del Código Civil permitía una separación de “mesa y cama”; esto es, se podían suspender los deberes del cónyuge que surgían del vínculo matrimonial; empero tal separación no implicaba una disolución, manteniéndose el vínculo, lo cierto es que se impedía que cualquiera de los cónyuges pudiera volverse a matrimoniar. Ocurre que, cuando entró en vigor el Código Civil en la segunda decena del siglo XIX, durante la época de Metternich, Austria no sólo contaba con el régimen de la influencia decisiva de la Iglesia Católica, sino también de la Monarquía absoluta. En este contexto, el Código mantenía también determinadas disposiciones (como los arts. 83 al 88) según las cuales el monarca o su representante en cualquiera de los territorios austriacos, tenían facultades para otorgar “dispensa” de los impedimentos existentes, es decir, que otorgaba a las personas a volverse a casar. En esta perspectiva, el Código Civil acusaba una contradicción, pues por una parte afirmaba el principio católico de la indisolubilidad del matrimonio; y, por otro lado, regulaba el principio monárquico-absolutista de la ilimitabilidad de las facultades de la Administración para otorgar dispensas acerca de los impedimentos matrimoniales.

Anota Aladar Metall²² que, cuando el Partido Social-Demócrata quiso auspiciar una reforma al régimen matrimonial, asimilándola al derecho alemán que establecía el matrimonio civil obligatorio, los social-cristianos opusieron tenaz resistencia. Sin embargo, se llegó a un acuerdo entre todos los partidos políticos el que, si bien no se auspició la reforma estableciendo el divorcio, se pactó que las autoridades civiles hicieran un uso más liberal de sus facultades para dispensar el impedimento de la existencia del vínculo matrimonial católico. Con esta base, se explica el por qué los funcionarios otorgaron una multitud de dichas dispensas.

22 ALADAR METALL, Rudolf: *op. cit.*, pp. 56-57.

El tema de las dispensas fue una práctica tan usual que no fue cuestionada, ni tan siquiera por un canciller que fue un sacerdote católico, el doctor Ignaz Seipel, pese a que ello habría de significarle una práctica odiosa que repugnaba su fuero cristiano.

Sin embargo, en una oportunidad, frente a una práctica tan usual de las dispensas matrimoniales, un tribunal había resuelto judicialmente declararla inválida, fundándose en que el acto de la Administración era contrario a derecho, en virtud a que no podían concederse dispensas en relación con el impedimento proveniente de la existencia de un matrimonio católico. Como esta sentencia, entraron en vigor otras tantas más y, a la postre, empezaron a multiplicarse los casos en que los tribunales declaraban inválidas las dispensas otorgadas por las autoridades administrativas.

Anota Aladar²³: Con ello comenzó un escándalo único en la historia del derecho austriaco del cual Kelsen informa detenidamente en su autobiografía:

“El mismo Estado, que a través de sus funcionarios administrativos permitía expresamente la celebración de un matrimonio, declaraba a través de sus tribunales al mismo matrimonio como inválido. Apenas si habría una manera más enojosa de conmovier la autoridad del Estado. A eso se añadía que los tribunales eran competentes para comprobar la validez de las relaciones matrimoniales existente, y que bastaba con la simple denuncia de una de las partes para iniciar un proceso de anulación; circunstancia que fue utilizada para extorsiones desvergonzadas. Todo aquel que vivía en un matrimonio “dispensado” por una autoridad administrativa, estaba expuesto al peligro de una extorsión semejante. Más aún, el propio cónyuge, que con ayuda de la dispensa administrativa, había contraído un segundo matrimonio, podía a su entero gusto deshacer este nuevo matrimonio, informando simplemente del hecho de que vivía en un matrimonio dispensado al tribunal competente a través de una tarjeta postal. Yo mismo conocí de un caso en el Tribunal Constitucional, en el que un arquitecto que, habiéndose separado de ‘mesa y cama’ de su primera mujer, había obtenido una dispensa administrativa

23 *Loc. cit.*, p. 57.

para casarse con una acomodada joven holandesa. Después de haberse casado con ella, merced a la dispensa, y de haber dilapidado su fortuna al cabo de unos años, escribió realmente una tarjeta postal al tribunal competente, informándole que vivía en un matrimonio dispensado. El tribunal procedió de oficio a declarar inválido el matrimonio. El acta iba acompañada de un escrito de la segunda esposa, en el que se refería al hecho, para ella desconocido e incomprensible, de que un tribunal austriaco pudiese declarar inválido un matrimonio, fundándose en que la dispensa otorgada por la administración austriaca era contraria a derecho. Ella había contraído matrimonio con plena confianza en el Estado austriaco y en sus funcionarios, y ahora ese mismo Estado le declara que se había equivocado y permite que su esposo, tras dilapidar su fortuna, se deshaga de ella.

La cuestión de los matrimonios dispensados se presentó en el Tribunal Constitucional de la siguiente manera: Un abogado vienés, antiguo discípulo mío, que se vio involucrado en uno de esos procesos de anulación matrimonial, en calidad de defensor de oficio, se acercó a pedirme consejo legal acerca de la cuestión. Le hice notar que existía la posibilidad de plantear un conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional. No había ninguna duda de que, tras de la práctica existente en los tribunales, se presentaba un conflicto semejante. Conforme al derecho vigente, los tribunales ordinarios carecían de competencia para decidir acerca de la legalidad de un acto administrativo. Para la decisión acerca de la legalidad de un acto administrativo era competente única y exclusivamente un tribunal especial: el Tribunal Administrativo. Si un tribunal ordinario, al decidir sobre la validez de un matrimonio, declaraba, aunque fuese como cuestión previa, la ilegalidad del acto administrativo que fundamentaba la celebración del matrimonio, se excedía en la competencia que le estaba establecida e invadía la del Tribunal Administrativo. En este sentido, el Tribunal Constitucional había decidido ya casos de derecho de tránsito: declarar público un camino situado en propiedad privada, estaba dentro de la competencia de las autoridades administrativas. Un propietario, insatisfecho con una de estas decisiones de la autoridad administrativa competente y no creyendo tener posibilidades de lograr que el Tribunal Ad-

ministrativo anulase tal acto administrativo, se había dirigido al Tribunal Ordinario, demandando la invasión de propiedad contra la primera persona que había utilizado el camino declarado público.

El Tribunal Constitucional había admitido la demanda, señalando que el acto administrativo que declaraba público el camino era antijurídico. Acto seguido, el ministerio federal competente había dado aviso al Tribunal Constitucional de la existencia de un conflicto de competencias. El Tribunal Constitucional había resuelto que, al decidir la cuestión previa respecto a la legalidad del acto administrativo, el tribunal ordinario había traspasado su competencia y, en consecuencia, anuló la sentencia del tribunal. La situación jurídica en la cuestión de los matrimonios dispensados era exactamente la misma. De hecho, el mencionado abogado, en su calidad de defensor en el correspondiente proceso de anulación matrimonial, denunció el conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional. Éste, a propuesta mía, decidió, por amplia mayoría, en la misma forma en que se había llevado hasta la fecha.

Desde entonces, todo defensor de un matrimonio dispensado en proceso de anulación se dirigió, naturalmente, al Tribunal Constitucional, el cual decidió siempre de la misma manera, es decir, declarando la incompetencia del Tribunal Ordinario para pronunciarse acerca de la ilegalidad del acto administrativo y anulando, por esa razón, la sentencia que invalidaba el matrimonio. En estas resoluciones, la Corte se encontraba determinada no sólo por la práctica tenida hasta la fecha en caso de conflicto de competencia, sino también por el interés en restaurar la autoridad del Estado, amenazada por el abierto conflicto suscitado entre la Administración y los Tribunales. La actitud del Tribunal Constitucional no tenía nada que ver con la cuestión de la legalidad o ilegalidad del otorgamiento de la dispensa matrimonial hecha por la autoridad administrativa y que constituía el acto reclamado por los tribunales. La Corte se limitaba a cumplir su tarea de mantener los límites de competencia existentes entre tribunales y autoridades administrativas. Precisamente esta actitud de la Corte, conservadora en el mejor sentido de la palabra y según la cual intervenía

debidamente a favor del derecho existente y de la autoridad estatal que descansaba sobre él, la condujo a su disolución.”

VII. LOS ATAQUES CONTRA KELSEN Y LA LIQUIDACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA

Como se podrá apreciar de los recuerdos del propio Kelsen, esta situación llevó a que la más extrema derecha, los círculos clericales y la prensa social-cristiana acosaran contra el Tribunal Constitucional. Incluso un profesor vienés que él mismo vivía curiosamente en matrimonio dispensado, había atacado duramente la concepción de Kelsen y del Tribunal Constitucional, sobre la esencia de los conflictos de competencia. Su biógrafo expresa que Kelsen fue acusado de favorecer la bigamia habiendo por lo demás sido acusado de “regente de harenas”; en todos estos ataques ya asomaba sintomáticamente un tono antisemita²⁴. Sobre el particular veamos los recuerdos de su autobiografía, que hace pocos años se ha publicado y que aquí transcribimos *in extenso*:

“Bajo la presión de la Iglesia Católica comenzó la prensa social-cristiana una vehemente campaña contra el Tribunal Constitucional. También yo personalmente, cuya participación en las decisiones del Tribunal Constitucional era naturalmente conocida, fui objeto de ataques, algunos de ellos sucios. Se me acusó de favorecer la bigamia y cosas semejantes. Recuerdo que un día mis dos pequeñas hijas, cuando regresaban de la escuela a casa, me dijeron con gran consternación que en la puerta de entrada a nuestra residencia estaba fijado un cartel en donde se afirmaban horribles cosas sobre mí. Yo no había visto el cartel, pues todavía no había dejado la casa ese día. En seguida lo retiré. Contenía los

24 Idem, *ibid.*, p. 61. Nota de 2011: En su *Autobiografía*, Kelsen rememora estos sucesos de la siguiente forma: “Recuerdo que un día mis dos pequeñas hijas, cuando regresaban de la escuela a casa, me dijeron con gran consternación, que en la puerta de entrada a nuestra residencia estaba fijado un cartel en donde se afirmaban horribles cosas sobre mí. Yo no había visto el cartel, pues todavía no había dejado la casa ese día. En seguida lo retiré. Contenía los más obscenos ultrajes de tipo sexual: administrador de harenas era uno de los más suaves. El Partido Social Cristiano, bajo la conducción de Seipel, estaba abiertamente decidido a eliminar el Tribunal Constitucional en la primera oportunidad favorable. La reforma constitucional de 1929 ofreció esa oportunidad” (KELSEN, Hans: *Autobiografía*, Edición y Estudio Preliminar de Matthias Jestaedt, Traducción y Presentación de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 146).

más obscenos ultrajes de tipo sexual: administrador de harenes era uno de los más suaves. El Partido Social Cristiano, bajo la conducción de Seipel, estaba abiertamente decidido a eliminar el Tribunal Constitucional en la primera oportunidad favorable. La reforma constitucional de 1929 ofreció esa oportunidad.

Los miembros del Tribunal Constitucional, según la Constitución de 1920, fueron elegidos por el Parlamento con carácter vitalicio. La elección por el Parlamento se prefirió entonces a un nombramiento por el gobierno, pues, por una parte, una de las funciones esenciales del Tribunal era el control de la constitucionalidad de los actos gubernamentales, y por la otra, la anulación de las leyes inconstitucionales, lo cual implica una función legislativa, aunque solo negativa. El plan del gobierno era disolver el Tribunal Constitucional existente y reemplazarlo por otro, cuyos miembros debían ser nombrados por el gobierno. Esto daría al gobierno la posibilidad de organizar el Tribunal Constitucional de tal manera que hiciera imposible la continuidad del tribunal en su doctrina sobre la cuestión de las dispensas en los matrimonios. Una reforma semejante solo era viable mediante una ley constitucional y las dos terceras partes de los votos necesarias en el Parlamento no podían alcanzarse sin la aprobación del partido social-demócrata. Para conseguir la aprobación del partido social-demócrata para la reorganización del Tribunal Constitucional, se declaró dispuesto el gobierno a designar dos de los catorce miembros a nombrar, por propuesta del partido social-demócrata. El entonces presidente del partido social-demócrata y Alcalde de Viena, Kart Seitz, me solicitó –a pesar de que yo nunca había pertenecido al partido- ingresar como hombre de confianza del partido al nuevo Tribunal Constitucional. Yo rechazé decididamente esta solicitud. Primero, porque yo no quería ejercer como hombre de confianza de ningún partido un oficio judicial; esto lo consideraba enteramente incompatible con la independencia judicial. Incluso bajo el presupuesto de que yo, como me lo aseguraba expresamente Seitz, no asumiera ningún vínculo frente al partido. Luego, porque consideraba que era un grave error del partido social-demócrata, aceptar la propuesta del gobierno. Los dos hombres de confianza del partido social-demócrata estarían sin ningún poder frente a los doce hombres de confianza del go-

bierno. Su presencia en el tribunal solo tendría por efecto dar una apariencia de objetividad a sus decisiones. Yo le declaré al alcalde Seitz, que consideraba tanto más funesto el paso de eliminar un Tribunal Constitucional independiente del gobierno, en cuanto las tendencias fascistas del partido social-cristiano en esa época eran ya suficientemente claras. El desarrollo posterior de los acontecimientos me dio razón. Pero el partido social-demócrata creyó que debía aceptar la reforma constitucional propuesta por el gobierno, para salvar la autonomía de Viena, que el gobierno amenazaba limitar para el caso de no aceptación de la reforma de parte de los social-demócratas. Así se decidió por el Parlamento la reforma de la Constitución, incluida la reorganización del Tribunal Constitucional. El nuevo tribunal siguió inmediatamente el curso deseado por el gobierno y decidió, en abierta contradicción con la praxis del antiguo tribunal, que tribunales ordinarios que declararan inválida una dispensa, no sobrepasaban su competencia con respecto a los funcionarios administrativos. Con esto no se hacía imposible en realidad el otorgamiento de una dispensa matrimonial, pero se hacía suficientemente riesgoso contraer un matrimonio de dispensa. Y esto era todo lo que el partido social-cristiano podía aspirar en aquellas circunstancias”²⁵.

Fue en este contexto que el Partido Social-Cristiano impulsó una reforma constitucional y el 7 de diciembre de 1929, el Parlamento lo aprueba, el cual incluía la reorganización del Tribunal Constitucional, en mérito del cual, los magistrados constitucionales con carácter “vitalicio” quedaban separados de sus puestos a partir del 15 de febrero de 1930.

No obstante que algunos miembros del Partido Social-Demócrata le habían pedido a Kelsen que ingresara luego al Tribunal Constitucional, el sabio austriaco –como se ha podido apreciar- lo rechazó decididamente, manteniéndose fiel a la prístina concepción de sus ideas. Es más, Kelsen consideraba que la eliminación del Tribunal Constitucional, como una entidad independiente del gobierno y del poder político, era un ineludible paso funesto, tanto más como que las tendencias del fascismo, dentro del Partido Social-Cristiano, eran ya muy claras en ese

25 KELSEN, Hans: *Autobiografía*, Traducción y Presentación de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia - Instituto Han Kelsen, Bogotá, 2008, pp. 145-149.

tiempo. Los años darían la razón a Kelsen pues, luego de los vientos antisemitas, la consolidación del nacional-socialismo, el Tribunal Constitucional fue suprimido.

En efecto, el 13 de marzo de 1938, después de ser anexionada la nación austriaca por Alemania, las bases democráticas de la jurisdicción constitucional vía el Tribunal Constitucional creado por Kelsen quedó sin efecto, el que luego habría de ser restaurado cuando Austria recupera su independencia, después de la Segunda Guerra Mundial²⁶.

VIII. REFLEXIONES FINALES

En realidad, con el pensamiento kelseniano se logra configurar lo que aquí podríamos señalar como la primera gran etapa de desarrollo de esta singular disciplina, que habrá de vertebrarse como la que estudie los aspectos estrictamente procesales, hoy identificada a través de la jurisdicción constitucional, los procesos constitucionales y la magistratura u órganos constitucionales.

En consecuencia, no resulta desacertado reivindicar que el genio y figura de Kelsen legó a la posteridad muchos aportes en torno al Derecho Procesal Constitucional. Que el futuro de esta disciplina sea desarrollado con mayor precisión y sofisticación por los procesalistas es algo que está de por sí descontado; pero, por ahora, su desarrollo viene siendo impulsado por los predios del Derecho Constitucional. Ello se puede apreciar con la vigorosa presencia de académicos como Jesús González Pérez (*Cfr. Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980), en Argentina a Oswaldo A. Gozaini (*Cfr. Introducción al nuevo Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1988; *El Derecho Procesal Constitucional y los derechos humanos*, UNAM, México, 1995); Néstor Pedro Sagüés: cuatro monumentales volúmenes rotulados *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988. En Brasil, José Alfredo De Oliveira Baracho: *Proceso constitucional*, Saravia, Sao Paulo, 1987; Roberto Rosas: "Dereito processual constitucional", Edit. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 1983. En Colombia, Ernesto Rey Cantor: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Ed. Universidad Libre, Bogotá. Mención aparte es México, a través de la extraordinaria personalidad de Héctor Fix-Zamudio con una producción específica en esta área y sólo para citar su obra *Introduc-*

26 ERMACORA, Félix: op. cit., p. 270.

ción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, 2ª ed., UNAM, México, 1999; y recientemente el colectivo bajo la batuta de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, D. F., 2001. En lo que respecta al Perú, son diversos los trabajos desarrollados por Domingo García Belaunde sobre esta vertiente disciplinaria²⁷.

Con todo, si bien la problemática del Derecho Procesal Constitucional se ha desbordado, las reflexiones pioneras le corresponden a este gran genio del siglo XX: Hans Kelsen²⁸.

27 Vid. nuestro ensayo "El pensamiento del Derecho Procesal Constitucional en Domingo García Belaunde".

28 Actualmente la bibliografía sobre esta disciplina ha ido *in crescendo*; vid. nuestro trabajo: *Syllabus de Derecho Procesal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales; 2ª edic, Lima 2009; existe en preparación la tercera edición del 2013 (Editorial Adrus).

EL PENSAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN DOMINGO GARCÍA BELAUNDE*

Sumario: 1. El derecho procesal constitucional: una visión panorámica. 2. Breve perfil biográfico de Domingo García Belaunde. 3. Introducción general a la producción jurídica de Domingo García Belaunde. 3.1. Las predilecciones académicas. a) Derecho Constitucional peruano. b) Historia constitucional. c) Politología. d) Sistema electoral. e) Constitución económica. f) Mar y Constitución. g) Régimen de excepción. h) Descentralización. i) Parlamento. j) Poder Ejecutivo. k) Poder Judicial. l) Derechos Humanos. m) Defensa Nacional. n) Reforma constitucional. o) Otros temas. 3.2. Los estudios ius-filosóficos de Domingo García Belaunde. 4. Los estudios de derecho procesal constitucional. 4.1. El Derecho Procesal Constitucional. 4.2. La Jurisdicción Constitucional en el Perú. 4.3. El Hábeas Data y su configuración normativa. 4.4. El Amparo Colonial peruano. 4.5. El Hábeas Corpus en América Latina. 4.6. Sobre el control Constitucional. 5. Significado de la obra de Domingo García Belaunde. 6. Epílogo.

* Este trabajo salió publicado como *Estudio Preliminar* a la obra de Domingo García Belaunde titulada *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Marsol, Trujillo, 1998, ya agotado. Posteriormente salió una edición por la Editorial Temis de Colombia (Bogotá, 2001). En dicha edición, por razones de espacio se suprimió el estudio preliminar. Igualmente este ensayo se ha publicado en *Derecho Procesal Constitucional*. T IV, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, y que cuenta ya con la 4ª. edición, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003

1. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN PANORÁMICA

Es probable que el Derecho Procesal Constitucional, como parcela de estudio y conocimiento de un filón del Derecho, venga ya transitando un respetable tiempo en busca de su consagración definitiva como disciplina jurídica con status propio y que compita de igual a igual con sus homólogas disciplinas procesales¹. Esta constatación, en principio, no resulta de la pura voluntad de una comunidad de académicos² que subjetivamente vendrían planteando la existencia de esta aún novel disciplina procesal³; sino que su nacimiento ha sido impues-

1 En esta línea, la Teoría General del Proceso permite desentrañar para cualquier rama procesal la naturaleza jurídica del proceso: ¿qué es el proceso?; la estructura del proceso: ¿cómo está hecho?; y la función del proceso: ¿para qué sirve? Vid. ALCALA-ZAMORA, Niceto: *Proceso, auto Composición y autodefensa*, Imprenta Universitaria. México, 1947, pp. 104-105; COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1951. p. 58 (hay Edic. Depalma, 1985); GIMENO SENDRA, José Vicente: *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 155 y ss.; FAIREN GUILLEN, Víctor: *Ideas para una teoría general del Derecho Procesal*; del mismo autor: *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y Ley Procesal General*, Barcelona, Bosch, 1990.

2 Thomas Kuhn ha definido los marcos en los que debe discurrir una "ciencia normal". Así, al analizar el proceder efectivo de las comunidades de académicos o científicos, deben existir las siguientes condiciones:

a) La existencia de un círculo de personas dedicadas a una actividad científica en un campo determinado (Criterio de pertenencia); b) Este círculo fundamenta sus investigaciones en una hipótesis determinada (Criterio de fundación); c) Esta hipótesis o "paradigma" ha encontrado una o varias aplicaciones en un campo de problemas específicos (Criterio de aplicación); d) El círculo de científicos pretende realizar nuevas aplicaciones del paradigma a la solución de otros problemas (Criterio de ampliación). Véase: KUHN, Thomas S.: *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago. 1970. citado por SCHMILL, Ulises en el Prólogo a la obra de Rudolf Aládar Metall: *Hans Kelsen. Vida y Obra*. UNAM, México, 1976, p 6.

3 Si bien el *nomen iuris* del Derecho Procesal Constitucional viene, por ahora, siendo subsumido bajo los cartabones de la "jurisdicción constitucional", en los últimos años la novel disciplina procesal ha adquirido una significativa presencia en la literatura especializada. Así, en retrospectiva mirada, podemos encontrar una primera etapa a través de los trabajos de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, entre los que destacan sus *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edic. Rev. de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944; *Proceso, Auto Composición y defensa*, Imprenta Universitaria, UNAM, México, 1947. Este autor habrá de insistir en el tema en diversos trabajos posteriores. Así, sobresale: *Veinticinco años de evolución de Derecho Procesal (1940-1965)*, UNAM, México, 1968; *Estudios diversos de Derecho*

to por la necesidad de que algún sector de científicos se ocupen de aquel conjunto de normas de carácter procesal-constitucional que existen en los correspondientes sistemas jurídicos.

No obstante resultar atractivo el rótulo “*Derecho Procesal Constitucional*” que se viene ya esgrimiendo⁴, esta novel disciplina todavía no deja de tener legítimas preocupaciones⁵: ¿Tiene ya una claridad en sus límites y precisión en su contenido?, ¿o es que acaso se encuentra en un período de reajuste y novedad en el que su objeto todavía no tiene la fijeza como las demás disciplinas que gravitan en el firmamento jurídico con luz propia? Si bien somos de la opinión que aún le falta decantar muchas cosas como disciplina jurídica, no por ello debemos dejar de reconocer su irrefutable existencia. En efecto, hoy ya nadie pone en duda que las normas reguladoras de los procesos constitucionales deben ser estudiadas con independencia de las normas constitucionales sustantivas⁶. Sin embargo, décadas atrás, los estudios de

Procesal, Bosch, 1987; *La protección procesal internacional de los Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1975.

También en esta primera etapa de desarrollo se ubican los trabajos de COULTURE, Eduardo J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 3 Vol., Ediar, Buenos Aires, 1948. CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*. 3 Vol., específicamente el tomo 2.

Habría una segunda etapa expresada en una literatura dispersa cuyas publicaciones, si bien ancladas a un contenido y a categorías propias del Derecho Procesal Constitucional, siguen apareciendo en el amplio maremagnum del Derecho Constitucional como revisión judicial, control constitucional y jurisdicción o justicia constitucional: y luego, existe una tercera etapa con una producción que se identifica con el *nomen juris* del Derecho Procesal Constitucional, con contenido propio, y que Domingo García Belaunde, en su primer ensayo de este volumen, divulga quiénes son los principales cultivadores a nivel nacional e internacional.

4 Vid. supra nota 3.

5 Domingo García ha sostenido que: “Desde el punto de vista de la Teoría del Proceso, es evidente que este Derecho Procesal está todavía en ciernes, es decir, en embrión, y por tanto, hay que tomarlo con reserva aun cuando en el futuro esta rama jurídica florecerá” (Cfr.: “Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas - CAJ, 1994, Reimpr. 1995, pp. 255-256. Este parco optimismo nuevamente lo reitera en su ensayo: “El Derecho Procesal Constitucional”.

6 En sentido contrario opina, por ejemplo SAGUES, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional*, T. 1. *Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1984, hay segunda Edic. actualizada, Edit. Astrea, 1989; quien sostiene que el Derecho Procesal Constitucional es de naturaleza mixta, es decir, que pertenece tanto al

los procesos constitucionales eran asumidos por los constitucionalistas con evidentes deficiencias de técnica procesal. En países como Italia, fueron los procesalistas civiles los que, al surgir la jurisdicción constitucional, inmediatamente se adueñaron de esos inexpugnables territorios que no habían sido transitados aún⁷. En la actualidad, no obstante el reclamo de que su estudio requiere una perspectiva estrictamente procesal como lo viene propugnando hace ya buen tiempo Jesús González Pérez⁸, esta disciplina viene, por lo general, siendo diseñada por los propios constitucionalistas y quizás el fermento del tiempo ha podido vadear una serie de dudas y hoy se podría con vigorosa firmeza proclamar que el Derecho Procesal Constitucional tiene ya un sitio en el concierto de las demás ramas del derecho procesal. Lo dicho, por

Derecho Constitucional como al Derecho Procesal; y siendo que las instituciones procesales se encuentran en la propia Constitución, son los constitucionalistas los que tienen mayor preocupación que los procesalistas. Este planteamiento si bien no es del todo falso, no resuelve, como afirma García Belaunde, el problema y se limita tan sólo a señalar una dificultad. Con todo, la granítica personalidad del profesor de la Universidad de Rosario plantea una tesis sobre la cual los demás académicos están, desde luego, llamados a pronunciarse.

- 7 Sólo para citar el caso de Piero Calamandrei quien desarrolló en Italia las bases del Derecho Procesal Constitucional en su clásico trabajo “La Illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile”, en *Estudios sobre el Proceso Civil*, Vol III, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961; y en *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Estudios sobre el Proceso Civil*, Vol. III, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Edit. Librería el Foro, Buenos Aires, 1996. Vid al respecto: CAPPELLETTI, Mauro: “Piero Calamandrei y la Defensa Jurídica de la libertad”; FIX-ZAMUDIO, Héctor: “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho Procesal Constitucional” ambos en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo VI, número 24, 1956.
- 8 GONZALEZ PEREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980. Dígase de paso que este autor, a pesar de provenir de otros “predios jurídicos”, ha sido sin lugar a dudas el pionero en haber estampado una obra con dicho título en España. Posteriormente han sido otros los académicos que utilizan con frecuencia ese rótulo. Así tenemos a GONZALEZ DELEITO, Domingo Nicolás: *Tribunales constitucionales. Organización y Funcionamiento*, Edit. Tecnos, Madrid, 1980; José ALMAGRO NOSETE y Pablo SAAVEDRA GALLO: *Lecciones de Derecho Procesal Laboral, Contencioso Administrativo Constitucional*, Tirant lo Blanch Edit., Valencia, 1990; FAIREN GUILLEN, Víctor: *Estudio de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*; Vol. III, Edersa, Madrid, 1988-1992. Destáquese que el pionero en haber utilizado en España dicho *nomen iuris* fue el recordado procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, aun cuando su obra fue publicada en Buenos Aires: *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Edic. de la Revista de Jurisprudencia, Buenos Aires, 1944 (Vid. específicamente pp. 503 y ss).

otro lado, requiere hacer una comparación para poder comprender lo que aquí venimos sustentando.

Un breve planteamiento demasiado esquemático confirma la existencia de esta rama procesal cuando se observa que, frente al Código Civil y su respectivo código adjetivo, el Procesal Civil, concurren con igual fuerza de estudio las disciplinas jurídicas específicas: el *Derecho Civil* y el *Derecho Procesal Civil*. Lo propio ocurre con el Código Penal, cuyas disciplinas académicas llamadas a estudiarlo son el *Derecho Penal* y el *Derecho Procesal Penal*⁹. En realidad podemos afirmar que, en términos del *episteme jurídico*, las normas jurídicas – sean sustantivas o procesales del derecho civil o penal o de cualquier otra norma “sustantiva”¹⁰ – son simplemente eso: normas de conductas, mandatos, imputaciones que *prescriben algo*¹¹; en cambio, la ciencia jurídica correspondiente en cada materia, *estudia y describe* dichas normas, como *objeto de estudio*¹².

Esta descripción que aquí venimos haciendo, también es aplicable al Derecho Constitucional y al Derecho Procesal Constitucional,

-
- 9 Ya Domingo García, hace más de tres lustros, se pronunciaba en ese sentido: “... así como el Derecho Civil se complementa con el Derecho Procesal Civil y el Derecho Penal hace lo propio con el Derecho Procesal Penal, el Derecho Constitucional se complementa con el Derecho Procesal Constitucional...” Vid. “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979”, en *Derecho*, Rev. de la PUCP, N° 35, junio de 1981, p. 65.
- 10 Al respecto, el profesor Alessandro Pizzorusso señala que la diferencia entre el Derecho Sustantivo (sea civil, penal, administrativo) y el Derecho Procesal viene dado por la circunstancia de que el primero integra las reglas “sustanciales” para la formación de los diferentes tipos de relaciones, en tanto que el segundo establece el modo mediante el cual obtiene del juez la aplicación coactiva de las normas sustanciales en caso de inobservancia. Cfr. *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. 1, 3a. Ed., (Prólogo de Francisco RUBIO LLORENTE), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 10-11.
- 11 Sobre el particular véase a Lothar PHILIPPS: “Teoría de las Normas”, en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, Edición a cargo de Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, Edic. española por Gregorio ROBLES, Edit. Debate, Madrid, 1992, pp. 266-273. Igualmente la obra póstuma de KELSEN: *Teoría General de las Normas* (Traduc. por Hugo Carlos Delory Jacobs), Edit. Trillas, México, 1994.
- 12 Ver el trabajo de GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Edit., Lima, 1982, en especial p. 40. Igualmente a SAARBRUCKEN: “La teoría jurídica de Ulfrid Neumann”, en Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER: *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, op. cit., pp. 351-364.

en términos de disciplinas científicas. El primero estudia a la Constitución, sea en su lectura del texto formal o material o todo lo que ontológicamente se presente como fenómeno constitucional¹³, esté o no normado.

Pero, sumado al texto o código fundamental, existe una suerte de *Código Procesal Constitucional* que se refleja *dispersamente* en una serie de instituciones procesales tendientes a hacer prevalecer la “*parte sustantiva*” de aquel Código Constitucional. En definitiva, se trata de que un virtual Código Procesal Constitucional regule los procesos constitucionales que se reflejan en las diversas “*garantías constitucionales*” y, por tanto, traten de afirmar —pues he ahí la *ratio legis* de dichas normas procesales— la *defensa de la Constitución* a través de los diversos mecanismos procesales que establezca la propia normatividad constitucional¹⁴. A este tipo de instituciones de naturaleza procesal constitucional, distintas a las otras normas, le asiste la respectiva disciplina llamada a cubrir su estudio: *el Derecho Procesal Constitucional*.

En la actualidad existe una pléyade muy importante de académicos que, al margen de ostentar el símil de *constitucionalistas*¹⁵, vienen

13 HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho Constitucional*, 2a. ed., (Selección, traducción e introducción por Pedro CRUZ VILLALON), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, ver específicamente: Concepto y cualidad de la Constitución, pp 3 y ss.; HAURIO, André: *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ariel, Barcelona, 1980.

14 Héctor FIX ZAMUDIO señala que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en su doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, logrando su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. Ver: AA.VV. *La Constitución y su Defensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 15-16. También puede verse en “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano”, en AA.VV.: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica: Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*, Grijley-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 1997, p. 258.

15 Domingo García Belaunde ha ensayado diversas acepciones de lo que debe entenderse por constitucionalista. Vid, el prólogo al libro de CHIRINOS SOTO, Enrique: *Cuestiones Constitucionales 1933-1990*, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1991, pp. 11 y ss.

volcando en los últimos lustros esfuerzos en sistematizar esta porción de conocimiento del Derecho Procesal. En este marco situacional es que se erige la gravitante personalidad de Domingo García Belaunde, quien, a la sazón y sin disputa alguna, es el máximo representante del movimiento constitucional peruano y uno de los más grandes interlocutores del pensamiento jurídico-constitucional latinoamericano entrelazado con Europa y Estados Unidos. Por lo demás, García Belaunde preside actualmente una comisión que está elaborando un anteproyecto de Código Procesal Constitucional^{16*}.

A partir de la presente obra de indudables virtudes, no sólo gráficas en su pensamiento, sino con una rigurosa capacidad de síntesis, ubica y lleva de la mano al lector ora lego, ora especialista, ante una obra de mucha reflexión serena y, a pesar de que no estamos ante un tratado orgánico, podemos decir que la literatura procesal constitucional en el Perú tiene ya en este libro un punto inevitable de partida de clara solvencia académica.

2. BREVE PERFIL BIOGRAFICO DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Domingo García Belaunde, nace en Lima el 13 de julio de 1944, es el segundo de seis hermanos: Margarita, Domingo, José Antonio, Víctor Andrés, Mercedes y María Luz. Su padre fue el insigne procesalista Domingo García Rada¹⁷ (1912-1994), quien siendo magistrado de

16 * Nota de 2011: La referida Comisión presidida por Domingo García Belaunde y conformada por Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordoñez, Francisco J. Eguiguren Praeli, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia, dio a luz un Anteproyecto de Código Procesal Constitucional, que finalmente y con pequeñas modificaciones, fue adoptado por el Congreso de la República, siendo publicado el 31 de mayo de 2004, mediante Ley N° 28237, entrando en vigencia en vigencia en diciembre del mismo año. Sobre el proceso de elaboración y aprobación del Código Procesal Constitucional puede verse en el presente libro nuestro ensayo "En tres análisis. El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales".

17 Domingo García Rada fue profesor de Derecho Procesal desde 1938 hasta 1969 en la Universidad Católica y en San Marcos desde 1952 a 1982. Su producción jurídica es amplísima. Así, ha publicado los siguientes libros: *El Poder Judicial*, Imp. Atlántida, Lima, 1944, 340 pp.; *Prontuario de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1963, 37 pp.; *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Imp. El Cóndor, Lima, 1965, 491 pp.; *La Instrucción*, volumen primero: *El inculpado*, Sanmarti Impresores, Lima, 1967,

carrera habría de coronarla ocupando la presidencia de la Corte Suprema, defenestrado por la dictadura militar (1968-1980), fue rehabilitado por la Constitución de 1979, cargo sin embargo al que renunciaría. No obstante, accede a la presidencia del Jurado Nacional de Elecciones, es decir, nuestro máximo órgano de justicia electoral.

A raíz, precisamente, de estar presidiendo dicho Jurado sufrió un alevoso atentado perpetrado por el terrorismo homicida de Sendero Luminoso. Pese al *animus necandi* de los bárbaros, Domingo García Rada salió con vida, pero gravemente herido. En realidad, en el curso de su existencia, García Rada afirmó todo un arquetipo de lo que debe ser un buen juez: brilló con dignidad y coraje en los momentos en que el poder político pretendía avasallar al Poder Judicial¹⁸. Su digna esposa, doña Mercedes Belaunde Irigoyen¹⁹ (n. 1917) es hija nada menos

368 pp.; *La Instrucción*, volumen segundo: *La Prueba*. Sanmarti Impresores, Lima, 1968, 378 pp.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Imprenta Carrera SA., Lima, 1979, 256 pp., 6a. Ed., Imprenta Sesator, Lima, 1980, 436 pp., con reimpresión; *Sociedad anónima y delito*, Sanmarti Impresores, Lima, 1972, 159 pp., 1985; *El Delito Tributario (con especial referencia al Derecho Peruano)*, Tipografía P.L. Villanueva, Lima, 1975, 366 pp.; *Comentarios al Decreto-Ley sobre celeridad procesal penal*, Imp. Sesator, Lima, 1978, 144 pp.; *Memorias de un Juez*, Edit. Andina, Lima, 1978, 430 pp. Aparte de dichas obras, ha publicado los siguientes ensayos: "Consideraciones sobre la justicia en los Estados Unidos de América", en *Revista del Foro*, enero-abril 1955; "Los sueros de la verdad en el proceso penal", en *Libro Homenaje a la memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo, 1957; "El Poder Judicial en el Siglo XX", en *Visión del Perú en el siglo XX*, Edit. Studium, Lima, (AA.VV., Edil. José Pareja Paz-Soldán), 1963; "Los sueros de la verdad en el proceso penal peruano", en *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, abril-junio 1965; "El juicio sumario en el procedimiento penal" (Decreto-Ley 17.110), en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, años 1969, 1970 y 1971; "Los derechos humanos y el proceso penal peruano", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, 1977; "Don José Gregorio Paz-Soldán, Fiscal de la Corte Suprema" en *Revista del Foro*, Organó del Colegio de Abogados de Lima, 1980; "La interpretación de la ley procesal penal", en *Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, AA.VV., Edit. Cuzco, Lima, 1990.

18 Vid. PALOMINO MANCHEGO, José F.: "Domingo García Rada y la custodia de la Constitución", *Dominical de El Comercio*, Lima, 30 mar. 86; del mismo autor: "Domingo García Rada, patricio octogenario", en *Dominical de El Comercio*, Lima, 27, dic. 92, y "Domingo García Rada: Juez de la constitucionalidad", en *Dominical de El Comercio*, Lima 22 jun. 97. Vid, igualmente ETO CRUZ, Gerardo: "Domingo García Rada. El Honor de un Juez", artículo periodístico publicado en el diario *La Industria*, Trujillo, y en el diario *La República*, Lima, 16 jun 95.

19 El día 15 de diciembre de 1997, la madre de Domingo García Belaunde, doña Mercedes, recibió de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con ocasión

que del ilustre pensador peruano Víctor Andrés Belaunde²⁰, de quien Domingo García Belaunde gozó y saboreó la sal de su inteligencia en sus últimos años²¹ y que, sin duda, habría de influir mucho dada la férrea y gravitante personalidad de quien fuera uno de los más brillantes patriarcas del pensamiento político peruano²².

Domingo García Belaunde se formó bajo el imperturbable respiro de una familia de arraigadas convicciones católicas que fueron

de una nueva edición de la obra de don Víctor Andrés Belaunde: *La Constitución inicial del Perú ante el Derecho Internacional*, un homenaje tributado a su padre.

- 20 El abuelo de Domingo García Belaunde, don Víctor Andrés Belaunde, es una figura polifacética y sobresale como uno de los *primus inter pares* de la brillante generación peruana del novecientos. Orador, escritor, maestro, diplomático, ensayista, líder religioso, filósofo, ideólogo y, en sus años mozos, político. Como se podrá apreciar, el pensamiento de Víctor Andrés Belaunde es amplio y heterodoxo. Existe una edición de sus *Obras Completas. Primera Serie. El Proyecto Nacional de Víctor Andrés Belaunde*. El Vol. I lleva el título de: *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*, textos introductorios de Raúl Porras Barrenechea, Félix Alvarez Brum, César Pacheco Velez y Franklin Pease G.Y.; Epílogo de Pedro Planas Silva (Lima, 1987). El Vol. II titulado: *Meditaciones Peruanas*, con textos introductorios de Jorge Basadre, Javier de Belaunde, Luis Jaime Cisneros y César Pacheco Velez; Epílogo de Fernando Iwasaki C. (Lima, 1987). El Vol. III rotulado como *La Realidad Nacional*, con textos introductorios de Luis Alberto Sánchez, Antonino Espinosa Laña y Epílogo de Hugo Neyra. El Vol. IV bajo el epígrafe de *El Debate Constitucional*, con textos de Jose de la Riva Agüero, José León Barandiarán, José Pareja Paz-Soldán y Enrique Chirinos Soto; Epílogo de Eduardo Benavides Torres. El Vol. V es su clásica obra: *Peruanidad*, textos introductorios de Aurelio Miro Quesada S., Raúl Ferrero R., José A. de la Puente Candamo y José Luis Sardán; Epílogo de César Pacheco Velez.

Aparte de esta edición de sus obras completas, existen ediciones sueltas y con algún mayor cuidado; entre las que destacan las obras *La Realidad Nacional* y *El Debate Constitucional*, así como diversas obras que a la fecha vienen editando los herederos (entre ellos Domingo y Víctor Andrés García Belaunde). A ello se suma la edición sanmarquina de su clásico libro: *La Constitución del Perú ante el Derecho Internacional*, 3ra. Edic., Lima, Fondo Editorial de la Univ. Mayor de San Marcos, 1997.

- 21 Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "Víctor Andrés visto por su último secretario", en *Revista Oiga*, N° 205. 23 de diciembre de 1966 y en *Mercurio Peruano*, N° 464, noviembre-diciembre de 1966. Igualmente Domingo García Belaunde, gran catador de la obra de su abuelo, ha escrito a nivel de introducción lo siguiente: Prólogo a Víctor Andrés Belaunde, en el libro: *La Realidad Nacional*, 7a. ed., Edit, Horizonte, 1991. Igualmente: Itinerario bibliográfico de la "Crisis presente". Apéndice a la obra *La Crisis Presente*, 6a. ed., Luis Alfredo Edit., 1994.
- 22 Vid. SINESIO LOPEZ: "Intelectuales y Políticos en el Perú del Siglo XX", en *Pensamiento político peruano 1930-1968*, DESCO, Lima, 1990, pp. 31-43.

en este caso cimentadas por ambos padres²³. Los estudios primarios y secundarios (1951-1960) los realizó y culminó bajo la formación jesuítica del Colegio “La Inmaculada”, bautizada así por la congregación en homenaje a la Virgen María. Posteriormente entró a estudiar en la Pontificia Universidad Católica del Perú, primero en “Letras” luego en la Facultad de Derecho en 1963 y terminó la carrera en 1967. Un hecho de especial relevancia es que cuando Domingo García Belaunde estudiaba Derecho, paralelamente hizo estudios de Filosofía tanto en la Universidad Católica como en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Obtuvo, en consecuencia, el grado de Bachiller en Filosofía, para lo cual presentó su correspondiente tesis²⁴.

23 La confesionalidad católica se pone de manifiesto en su padre, a través de la obra titulada *Memorias de un Juez*, Edit. Andina, Lima, 1978; y la religiosidad de su madre viene de los ancestros mismos del abuelo por vía materna. En efecto, Víctor Andrés Belaunde ha sido en los últimos tiempos considerado como el más grande líder católico de nuestro siglo. Ver la Presentación que hace Domingo García Belaunde a la obra de su abuelo en *El Cristo de la fe y los Cristos literarios*, Fondo Edit. PUCP, Lima, 1993. A todo ello se suma un aspecto poco conocido: el nacimiento de doña Mercedes, la madre de Domingo, está marcado por la muerte misma de doña Sofía, la esposa de Víctor Andrés, en el alumbramiento. Este aspecto, sumado a la educación que tuvo y la circunstancia de que su padre, don Víctor Andrés, marchara al exilio en 1921 y retornara en 1930, fecha en la que recién conoce prácticamente a su padre y el ambiente de la época, habrían de perfilar un marcado acento religioso en la madre de nuestro autor. Vid. BENAVIDES TORRES, Eduardo: “Algunos apuntes sobre la religiosidad de Víctor Andrés Belaunde”, en *Obras completas* de Víctor Andrés Belaunde, Vol. IV, *El Debate Constitucional*, Edic. de la Comisión Nacional del Centenario, Lima, pp. 413-428.

24 Domingo García Belaunde, en lo que va de su vida, ha desarrollado con ciertas intermitencias una inusual producción de innegable hondura ius-filosófica, ya sea divulgando corrientes filosóficas, introduciendo pensamientos jurídicos tanto contemporáneos como clásicos; lo propio, buceando en la filosofía antigua, ora criticando ora replanteando temas de pura cepa ius-filosófica. Así, ha producido diversos ensayos de este tipo, de los cuales deben rescatarse dos importantes libros, el primero: *La Justicia en los Orígenes de la Filosofía del Derecho* (Sociedad Peruana de Filosofía, Lima, 1975), así como su formidable libro: *Conocimiento y Derecho* (PUCP, Lima, 1982), que inaugura una reflexión epistemológica del Derecho.

Con todo, los primeros escauceos de su producción se patentizan en el siguiente íter de publicaciones: “Invitación a Filosofar” (1ra. parte), en *Generación*, año 1, N° 3, 1965; la segunda parte en *Generación*, año 2, N°4, julio de 1966; “La Justicia en el pensamiento de Aristóteles” (a propósito de un ensayo de Hans Kelsen), en *Themis*, año 3, N° 5, Lima, 1967; “Consideraciones esquemáticas en torno al “espíritu de la ley”, en *Themis*, año 4, N°6, 1er. semestre, 1968; “El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio del Vecchio”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVI, Madrid, 1971-1972 y en *Derecho*, PUCP, N° 3, Lima, 1972: “Notas sobre la

Visto en perspectiva, García Belaunde estuvo educado en una tradición jusnaturalista de corte clásico. Así se evidencia en los primeros años de su formación universitaria, a ello se suma el innegable prestigio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos frente a la Pontificia Universidad Católica de aquel entonces. En efecto, por esa época Domingo García Belaunde empieza a volcar su interés no sólo en su formación, sino en organizar la Revista *Themis* de la Pontificia Universidad Católica del Perú que, a la larga, habría de configurarse como una revista que identifica el pensamiento y reflexión tanto de profesores como de estudiantes, si bien la batuta la tenían éstos últimos²⁵.

presencia de la egología en el Perú”, en *Derecho y Ciencias Políticas* (Revista de la U. Garcilazo de la Vega), N° 1, 1983, lo propio en *Ius et Praxis*, N° 5, Lima, 1985; “Tridimensionalismo jurídico: balance y perspectiva”, en *Themis*, 2da. época, N° 2, 1984, lo propio en AA.VV.: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Edit. Cuzco, Lima, 1985 y en *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, Tomo II, Valencia, Venezuela, 1981-1985; “Nota Preliminar al libro de Carlos Fernández Sessarego”, en *El Derecho como libertad*, Edit. Studium, 1987, 2a. Ed., U. de Lima, 1994; “La ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho”, en AA.VV.: *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*, Edit. Cuzco, Lima, 1988. También ha publicado “Variantes hispánicas del tridimensionalismo jurídico”, en AA.VV.: *Conferencias do VII Congresso brasileiro do Filosofia jurídica e social*, Espaço Cultural, Joao Pessoa (Paraíba), 1988 y en *Ius et Praxis*, N° 12, 1988; “La Sociedad Peruana de Filosofía y sus publicaciones”, en *Archivos de la Sociedad Peruana de Filosofía*, Tomo VI, 1988 y en *Revista Venezolana de Filosofía*, N° 24, Caracas, 1988; “Existe un Derecho natural de la Filosofía griega?”, en AA.VV.: *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, Tomo II, UNAM, México, 1987; “En torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos”, en AA.VV.: *Lógica, razón y humanismo (La obra filosófica de Francisco Miro-Quesada C.)*, David Sobrevilla - Domingo García Belaunde, Edit. U. de Lima, 1992; “Un jurista de nuestro tiempo” (a propósito del último libro de Carlos FERNANDEZ SESSAREGO), en *Revista Jurídica*, Trujillo, N° 130, 1991-1992; Presentación al libro de Hans Kelsen: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Luis Alfredo Edic., Lima, 1993; “Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 3; “Contribución jusfilosófica de los dos Villarán”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 2, diciembre 1995, y “América Latina y los orígenes de la Lógica Jurídica”, en *Derecho PUCP*, Núm. 50, diciembre 1996.

- 25 El primer número apareció en los meses de octubre-diciembre de 1965, bajo el epígrafe de *Themis* (editado por los alumnos de Derecho de la Universidad Católica), año 1, número 1. Vid igualmente un artículo sin firma de Domingo García: “El significado de *Themis*”, en *Themis*, año 3, N° 5, 2do, semestre 1967. A dos décadas de su creación, *Themis* aún persiste en la brega. Así, puede verse el artículo de GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “*Themis*, hace veinte años...”, en *Themis*, segunda época, N° 4, 1996 (con errores): completa en *Themis*, segunda época, número 6, Lima, 1987. En una entrevista que se le hiciera a Domingo García, éste ha

Todos estos años de inquieta juventud, a la postre, se van a ir decantando en su formación, cuando entra en contacto directo con el medio académico norteamericano, a través de un Programa Cooperativo entre la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin (USA) y la Universidad Católica del Perú (1969). En rigor, el influjo del “realismo jurídico” habría de determinar mucho la formación jurídica de Domingo García Belaunde, aspecto que, sin lugar a dudas, se verifica en los trabajos que empezaban ya a salir de su incansable pluma, generando con ello toda una ruptura con los moldes clásicos que imperaban en el ambiente académico de aquellos años²⁶.

A no dudarlo, Domingo García Belaunde ha elevado el pensamiento jurídico peruano a una visión cosmopolita sin perder el debido lente inquisidor de nuestro sistema constitucional patrio; ello se debe no sólo a su recia producción académica, sino a sus constantes viajes y sus contactos personales con renombrados juristas en foros académicos internacionales, eventos en los cuales es un invitado natural. Pero no sólo es un serio académico que, bajo su brillante personalidad, ha convocado a un importante sector de juristas en el Derecho Constitucional; sino que, además, es el gran organizador de la comunidad de académicos²⁷ del Derecho Constitucional Peruano.

Desde esta perspectiva, se podría ubicar dos grandes etapas de la organización institucional de los académicos en el área constitucional: a) La primera, que sería a través de la creación del Institu-

sostenido que: “La idea era canalizar la voz de los estudiantes con la colaboración de los profesores más amigos de los estudiantes y también buscando algunas colaboraciones extranjeras. Ese fue el inicio. Y así lo hicimos durante mucho tiempo: durante dos o tres años, hasta que al final quisimos darle una permanencia a esos esfuerzos (...) y de esa idea se originó la Asociación Jurídica Themis, que constituimos en 1967”. Vid. *Themis*, Lima, N° 30, 1994, p. 9.

26 En esta etapa fueron publicados dos magistrales libros que replantearían el enfoque formalista y abstracto, para acercarse a auscultar el “derecho en movimiento”. Así se evidencia en su libro *El constitucionalismo peruano y sus problemas*, Lima, Programa Académico de Derecho, PUCP, 1970, T. I. Suplemento al Tomo I, Lima, 1971; y su magistral trabajo de indudable impronta empírica: *El Hábeas Corpus interpretado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, PUCP, Lima, 1971. Ubícanse en esa perspectiva, y por aquellos años, sus trabajos: “Guía bibliográfica de Derecho Constitucional peruano”, en *Derecho*, Lima, PUCP, N° 29, 1971 y “Aspectos recientes del constitucionalismo peruano (1966-1973)”, en Apéndice al libro *Derecho Constitucional Peruano* de José Pareja Paz-Soldán, 5a. ed., 1973.

27 Vid. *infra*, nota 2,

to Iberoamericano de Derecho Constitucional, cuya sede actualmente está en México, no obstante su creación en Buenos Aires, en 1974. Sus miembros fundadores, recordémoslo, son: Manuel Barquín, Germán J. Bidart Campos, Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Pedro José Frias, Domingo García Belaunde, Jorge Mario García Laguardia, Manuel García Pelayo, Mario Justo López, Alberto Meneses Direito, Luiz Pinto Ferreira, Humberto Quiroga Lavie, Luis Carlos Sáchica, Rolando Tamayo y Salmorán, Diego Valadés, Jorge R. Vanosi y Enrique Véscovi. El Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional afirmó presencia en el Perú en 1977, pues se creó en dicho año la Sección Peruana, que ha venido desarrollando los encuentros bienales a través de los “Congresos Nacionales de Derecho Constitucional”.

Luego vendría una segunda etapa liderada y creada por el propio García Belaunde a través de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional²⁸, que bajo su batuta ha permitido agrupar a los profesores que se dedican al Derecho Constitucional en forma seria, lo que ineludiblemente revela un grado de madurez y estabilidad, no sólo en la permanente reflexión del fenómeno constitucional, sino en la real presencia de una comunidad de académicos.

En este sentido, sin ambages, puede afirmarse que existe todo un vasto movimiento constitucional peruano²⁹ que ya ha organizado cinco Congresos Nacionales, que se celebran cada dos años³⁰ y que se alista a realizar el VI Congreso en la incontrastable ciudad de Huancaayo en noviembre de 1998. Igualmente se debe destacar la presencia de una Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional³¹, que ya tiene

28 Ver los orígenes y entretelones de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional en GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Nuestros primeros pasos”, en *Boletín Peruano de Derecho Constitucional*, Órgano de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, año 1, N° 1, Lima, octubre de 1996, pp. 17-20.

29 Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Sobre el movimiento constitucional peruano”, sobretiro del prólogo al libro de ORTECHO VILLENA, Víctor Julio: *Derechos y garantías constitucionales*, 2a. ed., Marsol Edit., Trujillo, 1990.

30 Véase a ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José F.: *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional*, Edit. Libertad, Trujillo, 1996. (Nota de 2011: Existe una segunda edición de los *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional*, al que se ha incorporado como editor Jhonny Tupayachi Sotomayor, Adrus, Arequipa, 2010).

31 A la fecha, la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional tiene ya publicada una serie de libros que son los siguientes: BOREA ODRÍA, Alberto: *La Defensa*

varias obras en su haber gracias al empuje y dinámica de nuestro

Constitucional: el Amparo; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Constitución y Política*; BOREA ODRÍA, Alberto: *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*; POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge: *Constitución y Democracia*; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Cómo estudiar Derecho Constitucional*; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional*; Gerardo ETO CRUZ y José F. PALOMINO MANCHEGO: *Congresos Nacionales de Derecho Constitucional*; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *El Régimen Socio-Económico y Hacendístico en el Ordenamiento Constitucional Español*; PACHECO, Toribio: *Cuestiones Constitucionales*; Germán J. BIDART CAMPOS y José F. PALOMINO MANCHEGO (coordinadores): *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro Homenaje a Domingo García Belaunde)*; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *Estudios sobre derechos fundamentales* (en prensa); BLUME FORTINI, Ernesto: *El control de la constitucionalidad (con especial referencia a Colombia y al Perú)*; y ETO CRUZ, Gerardo: *Índice analítico de la Constitución Política del Perú 1993*. (Nota de 2011: La lista fue *in crescendo*, con las siguientes publicaciones: GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Trujillo, (1998); CHANAMÉ ORBE, Raúl: *Diccionario de Derecho Constitucional* (2000); BLUME FORTINI, Ernesto: *La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal* (1998); ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto: *El control parlamentario* (1999); PALOMINO MANCHEGO, José F. y REMOTTI CARBONELL, José Carlos (Coordinadores): *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro – Homenaje a Germán J. Bidart Campos* (2002); PAREJO ALFONSO, Luciano: *Constitución, Municipio y Garantía Institucional* (2000); ETO CRUZ, Gerardo: *La Justicia Militar en el Perú*, Trujillo, (2000); TAJADURA TEJADA, Javier: *El Derecho Constitucional y su enseñanza* (2001); ETO CRUZ, Gerardo: *Estudios de Derecho Constitucional*, Trujillo, (2002); GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador): *Constitucionalismo y Derechos Humanos* (2002); PALOMINO MANCHEGO, José F.: *Problemas escogidos de la Constitución de 1993* (en preparación); PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo: *Las fuentes del Derecho (con especial referencia al ordenamiento constitucional)* (2003); GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940 – 1952)* (2002); ROLLA, Giancarlo: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (2008); GARCÍA BELAUNDE, Domingo (Coordinador): *La Constitución y su defensa (Algunos problemas contemporáneos)* (2003); ALZAMORA SILVA, Lizardo: *Estudios constitucionales* (2004); BARKER, Robert S.: *La Constitución de Estados Unidos y su dinámica actual* (2005); PALOMINO MANCHEGO, José F. (Coordinador): *Estudios sobre el Código Procesal Constitucional. Libro – homenaje a Domingo García Belaunde* (2006); GARCÍA TOMA, Víctor: *Legislativo y Ejecutivo en el Perú* (2006); CÁCERES ARCE, Jorge Luis: *La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo peruano*. Arequipa, (2007); TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinador): *Código Procesal Constitucional comentado – Homenaje a Domingo García Belaunde*. Arequipa, (2009); AA.VV.: *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, 2 tomos, Arequipa, (2008); TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny: *Las reglas que nadie quiere cumplir. Los partidos políticos y su financiamiento en el Perú*. Arequipa, (2008); HÄBERLE, Peter y GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El control del poder (Libro homenaje a Diego Valadés)*, (2009); VALADÉS, Diego: *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. Arequipa, (2009); TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhon-

común amigo José F. Palomino Manchego.

Pero no sólo cabe describir a García Belaunde como un académico que se dedica a la investigación y reflexión en forma exclusiva. No estamos ante el prototipo del académico “a tiempo completo”, como ocurre en otros países. En realidad, gran parte de su tiempo lo dedica al ejercicio profesional, a través de un prestigioso bufete de abogados, donde cultiva una de sus grandes pasiones: los procesos constitucionales del amparo, sin que esto empequeñezca su vieja predilección teórica por el Hábeas Corpus.

3. INTRODUCCION GENERAL A LA PRODUCCION JURIDICA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

3.1. Las predilecciones académicas

Domingo García Belaunde, cuya alta personalidad en el campo jurídico-constitucional no es desconocida por todos los conmlitones de la comunidad de constitucionalistas en el Perú, Latinoamérica, Europa y Estados Unidos, ha venido desarrollando su pensamiento en perfecta sintonía con la agenda de prioridad en el mundo académico y en la tratadística del Derecho Público moderno. Y, aunque no queremos en este breve estudio preliminar fatigar al lector, nos parece vital ir auscultando la forma cómo ha venido evolucionando su férrea personalidad en los distintos temas de interés personal.

De plano debemos señalar que García Belaunde ha tenido preferencias divergentes, desde temas que se presentan en plena dinámica constitucional, hasta incursionar en predios de la Teoría General de la Constitución, así como en diversas áreas que van desde la politología, la Filosofía del Derecho y una urdimbre de temas que forman parte del amplio espectro del Derecho Constitucional. En esta perspectiva, resulta importante tener en cuenta dónde se ha venido ubicando y desenvolviendo García Belaunde en los últimos lustros: “Desde hace algunos años —apunta nuestro autor— estamos empeñados en estudiar la rela-

ny: *El precedente constitucional vinculante en el Perú (Análisis, comentarios y doctrina comparada)* Arequipa, (2009); BLUME FORTINI, Ernesto: *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*, Arequipa, (2009)).

ción entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político considerando su punto de entronque, que es el Estado”³².

Vamos a empezar por ir agrupando, no obstante, con cierta arbitrariedad nuestra, los temas preferenciales en el estudio de nuestro autor. Aclaremos que el filón del Derecho Procesal Constitucional lo abordaremos en forma independiente. En suma, García Belaunde ha transitado por diversas áreas del universo constitucional a través de libros, ponencias, artículos, ensayos y monografías con fresca pedagogía y hondura de pensamiento.

Seccionemos algunos rubros, dejando en claro que la selección y clasificación tan sólo obedece a razones expositivas:

a) Derecho Constitucional peruano

Aquí encontramos una serie de trabajos propios de lo que suele denominarse la dogmática constitucional o el estudio del sistema constitucional patrio. Debemos destacar que García Belaunde no ha preferido los estudios amplios y panorámicos, pues su predilección es el ensayo y los artículos donde aborda con rigor y erudición la temática específica. Entre los libros publicados destacan los dos volúmenes de su *Teoría y Práctica de la Constitución peruana* (T. I, EDDILI, Lima, 1989; T. II, Edit. Justo Valenzuela, Lima, 1993), en donde recoge una serie de escritos sobre diversos aspectos de la Constitución de 1979. Allí se verifica el enfoque y análisis de aspectos sustantivos de la norma constitucional. Un trabajo mucho más orgánico – en el sentido de una visión global en torno a la Carta Fundamental de 1979 – es la obra rotulada *Esquema de la Constitución peruana* (Edit. Justo Valenzuela, Lima, 1992). Un enfoque de innegable aliento axiológico es el trabajo hecho al alimón con Pedro Planas titulado *La Constitución traicionada* (Seglusa Edit., Lima, 1993). Un último libro es el relacionado a un enfoque general de la actual Constitución de 1993 facturado como *La Constitución peruana de 1993*, escrito conjuntamente con Francisco Fernández Segado (Grijley, Lima, 1994). En el intermedio de las Constituciones de 1979 y de 1993 se ubica *La Constitución en el péndulo*, Arequipa, 1996.

A nivel de ensayos, y siempre insistiendo en temas propios del Derecho Constitucional peruano, existe una serie de temas que aquí

32 GARCÍA BELAUNDE. Domingo: *Constitución y Política*, Lima, 1981, p. 9.

brevemente precisamos, tales como: “Desarrollo constitucional peruano”, en *Gaceta Informativa Legislación y Jurisprudencia*; “Gobierno de Facto”, en *Boletín Informativo* (Universidad de Arequipa, N° 11, 1976); “La nueva Constitución peruana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (N° 40, México, 1981); “El Presidente del Consejo de Ministros en la nueva Constitución peruana”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, enero-marzo, 1982; “Sanción, promulgación y publicación de la Constitución de 1979”, en *Lecturas sobre Temas de Derecho Constitucional*, CAJ, N°4, Lima, 1990.

Destaca también una visión global de su trabajo “El sistema constitucional peruano”, en AA.VV.: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos* (Edit. Dykinson, Madrid, 1992). En esta línea también se encuentra “Forma de gobierno en la Constitución peruana”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), N° 74, Madrid, 1991 (publicado también en *Ius et Praxis*, N° 19-20, Lima, 1992). Siguen en la misma línea de reflexión diversos temas específicos del ordenamiento constitucional peruano como: “La estructura del Estado en la Constitución”, en AA.VV.: *Perú: crisis y desafío*, VI Congreso Nacional de la Empresa Privada, CONFIEP, Lima, 1992.

Un trabajo de especial relevancia y publicado en diversos países (Colombia, Brasil, Venezuela, España) es su ensayo, de innegable aliento filosófico: “La interpretación constitucional como problema” aparecido por vez primera en *Pensamiento Constitucional*, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994. Una visión global del texto constitucional de 1993 se factura en el ensayo “La nueva Constitución del Perú”, en AA.VV.: *El Derecho Público actual*, Homenaje al Prof. Pablo A. Ramella, Edic. Depalma, Buenos Aires, 1994 (coordinador Alberto M. Sánchez), que apareció, además, en México e Inglaterra. Una singular mixtura desde la óptica constitucional y el derecho administrativo es el ensayo “Elementos de la administración pública en el Perú (una perspectiva introductoria)”, en *Alegatos*, N° 30, México, 1995. Ubicamos también aquí un tema nada pacífico en el régimen político actual: “La amnistía: pro y contra”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 4, octubre-diciembre de 1995. Finalmente se encuentra un último trabajo rotulado “La reforma del Estado en el Perú”, en AA.VV.: *La Reforma del Estado*,

Estudios Comparados, UNAM, Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, México, 1996.

b) Historia constitucional

Destaca en esta área los siguientes trabajos: *El Constitucionalismo peruano y sus problemas* (PUC, Lima, 1970); "El Constitucionalismo peruano en la presente centuria", en *Temas de Derecho Público*, N° 109, Universidad Externado de Colombia. Trabajo hecho con la colaboración de Walter Gutierrez Camacho es la importante compilación de los textos originales de las constituciones nacionales facturados con el título de *Las Constituciones del Perú* (Edic. Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993). Domingo García Belaunde tiene publicado un monumental ensayo: "Cuarenta años de constitucionalismo peruano (1936-1976)", en *Rev. de Derecho y Ciencias Políticas* (UNMSM, Vol. 41, N° 1-2-3, 1977) en el que desarrolla una visión total del entorno político, los problemas constitucionales, la dogmática constitucional, la legislación complementaria, la jurisprudencia constitucional y remata con la copiosa literatura constitucional de las últimas cuatro décadas de reflexión académica peruana.

En esta perspectiva se ubica también otro ensayo: "Perú: 25 años de evolución político-constitucional (1950-1975)", en AA.VV.: *Evolución de la Organización Político-Constitucional en América Latina*, UNAM, México, 1979, T. II. Aunque no incide *strictu sensu* en aspectos constitucionales, igualmente se enmarca en la evolución del Derecho Constitucional su ensayo: "Nuevas tendencias del Derecho Constitucional", en *Revista de Jurisprudencia Peruana* (N° 44-46, 1981).

Existen otros trabajos que siguen la misma impronta histórica, aunque dosificada en función a los acontecimientos más concretos. Así tenemos: "La Constitución, diez años después", en *Asamblea Constituyente. Homenaje al Décimo Aniversario de la Constitución de 1979* (preparado por Enrique Chipoco Tovar). Existe un mirífico ensayo que replantea la presencia del círculo de académicos nacionales titulado: "Sobre el movimiento constitucional peruano" (en Prólogo al libro de Víctor Julio Ortecho Villena: *Derechos y garantías Constitucionales*, 2da. ed., Trujillo, 1990). También destaca: "Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842)", en *Ayer*, N° 8, Madrid, 1992, reproducido

debidamente revisado y corregido en *Pensamiento Constitucional*, año IV, N°4, 1997. De aliento histórico es “La Judicatura en el proyecto constitucional”, en *Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, Huancayo, N°4, diciembre de 1994, y en *Ius et Praxis*, N° 24, Lima, 1995. A la fecha, y montado sobre todo el andamiaje creado por el propio autor, García Belaunde viene trabajando un ensayo que será sin duda de un rigor invaluable en torno a la historicidad del constitucionalismo peruano.

En realidad, este filón sobre el constitucionalismo histórico es uno de los más predilectos dentro de la diversidad temática del constitucionalismo contemporáneo.

Recientemente ha publicado su ensayo: “La reelección presidencial y la constitución histórica”, en AA.VV. *Reelección presidencial y derecho de referéndum*, Alberto Otárola, Coordinador, Lima, 1997.

c) **Politología**

Uno de los filones que ha desarrollado con singular maestría Domingo García Belaunde, es el estudio de la vinculación del Derecho Constitucional con la Ciencia Política. Fruto de estas preocupaciones que ya empezaban a germinar desde su juventud, en la década de los 70, es el formidable ensayo digno de publicarse en cualquier país de sólida cultura; nos referimos a su “Derecho Constitucional y Ciencia Política (a propósito de las relaciones entre el fenómeno jurídico y el fenómeno político)”, aparecido en *Derecho* (PUCP, N° 33, Lima, 1978). Bajo esta atalaya reflexiva, Domingo García Belaunde precisa que: “El Derecho Constitucional en la actualidad no puede permanecer inmutable frente a las asechanzas de nuestro tiempo, y que, sin abandonar la normatividad que le es propia, debe asumir una actitud realista de los problemas que afronta, sin descuidar la tarea interdisciplinaria de las ciencias sociales, de las cuales la moderna Ciencia Política, es la que más le es necesaria”.

Así las cosas, García Belaunde sostendrá que la “finalidad del Derecho Constitucional es encuadrar jurídicamente los fenómenos políticos”. Así, mientras la Ciencia Política estudia los fenómenos políti-

cos tal cual son, desde una perspectiva sociológica, el Derecho Constitucional pretende encauzar jurídicamente dicho fenómeno³³.

Ubicado en este derrotero, Domingo García Belaunde ha venido estudiando el fenómeno político bajo el encuadre del Derecho Constitucional. Fruto de ello, tenemos el libro *Constitución y Política* (Biblioteca de Derecho Constitucional; 1ra. Ed., Lima, 1981; 2da. Ed., EDDILI, Lima, 1991). Aparte de este libro, no cabe duda que toda su producción jurídica está enmarcada dentro de los cartabones de la moderna politología, sin que esto, desde luego, implique que no tenga una visión crítica y axiológica de ambos fenómenos. Pues, como afirma Francisco Fernández Segado, existe una ineludible dimensión valorativa del Derecho Constitucional, no obstante que la politología revele un estudio despojado de criterios axiológicos³⁴.

d) Sistema electoral

Domingo García Belaunde ha enfilado su talento y su pluma al estudio del conjunto de normas, instituciones y prácticas que configuran los procesos electorales del Perú y que hoy se le conoce como "sistemas electorales"³⁵. Un sistema electoral, puntualiza Francisco Fernández Segado, en reciente y meritorio estudio, nos revela la existencia e interdependencia de un conjunto de variables que constituyen el sistema propiamente dicho³⁶. Aclarando así la vastedad del tema que entra en el estudio del sistema electoral, García Belaunde ha publicado los siguientes libros: *Una democracia en transición (Las elecciones peruanas de 1985)*, 1ra. Edic., CAPEL, San José, Costa Rica, 1986;

33 Los planteamientos modernos de la politología en el Perú los debemos a: MIRO QUESADA RADA, Francisco: *Ciencia Política. Actualidad y perspectiva*, Lima, 1976; *Política y Ciencia Política*, I, Francisco Campodónico, editor, Lima, 1981; *Ciencia Política (Manual y antología)*, Studium, Lima, 1986; *Introducción a la Ciencia Política*, (Primera Parte), Cult. Cuzco, Lima, 1994 y (Parte Especial), Cultural Cuzco, Lima, 1997.

34 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional", en *Doctrina Constitucional*, INDEJUC, Trujillo, 1992, pp. 47 y 55.

35 DE CARRERAS, Francesc y VALLES, José M.: *Las elecciones*, Edit. Blume, Barcelona, 1977, p. 99.

36 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997.

2da. Edic., Okura Edit., Lima, 1986 (también apareció en “Síntesis”, N° 3, Madrid, 1987). Aparte de este libro, existen los siguientes ensayos: “Sistema electoral y representación política en el Perú actual”, en AA.VV.: *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, Fundación F. Eber e Instituto de Cooperación Iberoamericana, Vol. II, Madrid, 1986. Reproducido también en *Derecho*, PUC, N°41, Lima, diciembre de 1987, y en forma más completa en *Derecho*, PUC, N°42, Lima, diciembre de 1988. Igualmente es de singular valía el trabajo “Sinopsis de la normatividad electoral peruana”, en AA.VV.: *Legislación electoral comparada (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay)*, CAPEL, Facultad de Derecho y CC.SS. del Uruguay, San José, Costa Rica, 1988.

Desde una óptica politológica se encuentra su ensayo “La participación política en el Perú”, en *Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Cultural Cuzco, Lima, 1992. De igual modo: “Reelección: el caso peruano”, en *Debate Constitucional*, Comisión Andina de Juristas, N° 5, Lima, junio de 1993. En la misma línea y de no muy lejana experiencia: “El referéndum constitucional (Perú 1993)”, en *Boletín Electoral Latinoamericano*, N° X, San José, Costa Rica, 1993 y en *Gaceta Jurídica*, Tomo IV, Lima, abril de 1994. Una actual aproximación al sistema electoral peruano la encontramos en su trabajo: “El nuevo sistema electoral en el Perú”, en *Análisis Internacional*, CAPEL, N° 10, 1995, publicado también en *Gaceta Jurídica*, Tomo 25, Lima, enero de 1996 y en *Scribas*, año 1, N° 1, Arequipa, 1996. Hasta ahora, su último ensayo en esta área es: “Representación y partidos políticos: el caso del Perú”, en *Pensamiento Constitucional*, Maestría en Derecho Constitucional, PUCP, Lima, 1995.

e) Constitución económica

Desde que Beckerath, en 1932, acuñara el término de “Constitución económica” para aludir a la regulación constitucional de materias relativas a la propiedad, el contrato, el trabajo, la forma de intervención del Estado, así como de la organización y la técnica de la producción y la distribución, García Belaunde ha desarrollado varios temas que colmaron un sensible vacío. Así, destacan los trabajos: “Normas económico-financieras en la nueva Constitución” (mesa redonda), en *Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica Bancaria*, N° 3, julio de 1979; “Constitución económica peruana” (fragmento), en *Revista Peruana de*

Derecho de la Empresa, N°20, 1986; el texto completo en *Externado*, N° 3, Bogotá, noviembre de 1986; "Constitución y sistema financiero en la Constitución económica en el Perú actual", en *Ius et Praxis*, N° 10, diciembre de 1987; "Derecho económico y constitución económica" en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 33, 1989; "El Presupuesto de 1991: idas y venidas", en *El Jurista*, Revista Peruana de Derecho, N° 3, agosto de 1991.

f) Mar y Constitución

Domingo García Belaunde ha hecho importantes aportes en el debate prolongado en torno al dominio marítimo. Así, con un espíritu iconoclasta, ha roto mitos en torno aun equívoco y mal entendido nacionalismo sobre el mar peruano. Ha escrito un importante libro titulado precisamente *Mar y Constitución*, U. de Lima, 1984, 1ra. reimpresión, Lima, 1987. Igualmente tiene los siguientes artículos: "El mar en el debate constitucional", en *Revista de la Academia Diplomática del Perú*, N° 19-20, enero-diciembre 1978-1979; lo propio en *Revista de Marina*, N° 1-2, Vol. 365, julio-octubre 1980, y en *Panorama sobre el nuevo Derecho del Mar*, 1981, 1987, 2da. Edic. También ha escrito "El dominio marítimo en la nueva Constitución peruana", en la *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Vol. 44, N° 1-3, 1980 y en *Panorama sobre el Derecho del Mar*, 1981.

g) Régimen de excepción

Sobre esta temática, la bibliografía de García Belaunde registra dos importantes ensayos: "Régimen de Excepción en las constituciones latinoamericanas", en AA.VV.: *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Comisión Andina de Juristas - CAJ, Lima, 1984, y el trabajo: "Suspensión de garantías ¿o de derechos?", en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, T. 1, México, 1988.

h) Descentralización

Este es otro tema que ha merecido un particular interés, aun cuando subyace escepticismo en el pensamiento jurídico, porque las diversas constituciones no le han dado más que un tratamiento de-

clarativo. Así, García Belaunde tiene dos trabajos que son: “Descentralización en el Perú actual”, en *Ius et Praxis*, N° 6, 1985 (una versión preliminar en AA.VV.: *Simposio Internacional de Derecho Autonómico*, Publicaciones de la Generalitat Valenciana, Valencia, España, 1988). El segundo ensayo sobre esta área se titula: “La distribución territorial del poder en Iberoamérica”, en *Derecho y Sociedad*, N° 10, 1995, y en *Revista Jurídica*, N° 13, Trujillo, 1995.

i) Parlamento

Aunque su estudio está disperso en los diversos libros que en forma orgánica ha desarrollado, específicamente tiene un ensayo titulado: “Perfil del Parlamento peruano”, en AA.VV.: *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*, Lima, Edit. Cultural Cuzco S.A., 1986; publicado también en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, N°2, Madrid, 1986 y en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Tomo II, México, 1987. Ha escrito, además, sobre un tema polémico: “¿Alcalde o parlamentario? Un dilema constitucional y una solución administrativa”, en *Advocatus. Revista de Derecho*, Univ., de Lima, N° 1, 1990.

j) Poder Ejecutivo

Igualmente ha abordado este tema en forma amplia en diversos artículos y libros. Así, ha publicado dentro de los marcos de las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo: “Funciones legislativas del Ejecutivo moderno, el caso peruano”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas - CAJ, N°3, 1989, y en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1992. Se ubica también en esta sistemática su ensayo: “Forma de gobierno en la Constitución peruana”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, N° 74, octubre-diciembre 1991; igualmente en *Notarius*, año II, N°2, 1991 y en *Ius et Praxis*, N° 19-20, 1992.

k) Poder Judicial

Los múltiples problemas contemporáneos del Poder Judicial han formado parte de la preocupación y estudio de García Belaunde. Así,

entre sus principales estudios en esta área se encuentran los siguientes: "Preparación, selección y nombramiento de jueces en el Perú" (Ponencia al *Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, Gante, Bélgica, agosto-septiembre de 1977; resumida en la ponencia general presentada por el Prof. Héctor Fix-Zamudio, en "Towards a justice with human face", Ghen, 1977); "El Poder Judicial en el proyecto constitucional", en *Revista de Jurisprudencia peruana*, Número 423, abril de 1979; "La reforma del Poder Judicial en el Perú", en *Ius et Veritas*, número 7, 1993; "La judicatura en el proyecto constitucional", en *Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional*, Huancayo, número 4, diciembre de 1994, y en *Ius et Praxis*, número 25, junio de 1995; "La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales", en *Desafíos constitucionales contemporáneos*, César Landa y Julio Faundez (editores), University of Warwick - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

l) Derechos Humanos

No obstante estar subyacente esta temática en sus diversos libros, ponencias y artículos, dentro de la perspectiva de la Teoría General de los Derechos Humanos ha escrito dos específicos temas: "Los derechos humanos como ideología", en *Derecho Univ. Católica*, N° 36, diciembre 1982; y "Las personas jurídicas, ¿tienen derechos fundamentales?", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N°17, marzo-abril de 1986.

m) Defensa Nacional

Este tema ha sido abordado con el título de "Defensa Nacional y Constitución", en *Defensa Nacional*, Revista del CAEM, N°2, diciembre de 1982.

n) Reforma constitucional

Está subyacente en diversos trabajos que ha abordado García Belaunde; empero, tiene una reflexión específica titulada: "¿Reforma constitucional?", en AA.VV.: *La Constitución, diez años después*, Constitución y Sociedad - Fundación Friedrich Neumann, Lima, 1989.

o) Otros temas

Existen otros temas específicos que, de una u otra manera, amplían el espectro de reflexión de su espíritu cosmopolita. Así tenemos lo que aquí podríamos denominar como propedéutica constitucional, que se expresa en los siguientes ensayos: “La reforma de los planes de estudio de Derecho en América Latina: notas y comentarios”, en AA.VV.: *VIII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho en América Latina*, Uduval - Universidad del Este, San Pedro de Macorís, República Dominicana, 1982; también en *Anuario*, T. V, Rosario, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina, 1983, y en la *Revista Peruana de Ciencia Política y Ciencias Sociales*, N° 1, 1988. Finalmente, ha escrito un estupendo ensayo con el sugestivo título de: “Cómo estudiar Derecho Constitucional”, en *Derecho*, Lima, Univ. Católica, N°39, diciembre de 1985; y reproducido en *Derecho Constitucional General y Teoría del Estado (Selección de lecturas)*, Raúl Chanamé Orbe, José F. Palomino Manchego, Luis Sáenz Dávalos, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994.

Desde otra perspectiva, ubicamos el rubro sobre bibliografía constitucional que se encuentra en dos ensayos: “Guía bibliográfica de Derecho Constitucional peruano”, en *Derecho*, Lima, Univ. Católica, N° 29, 1971, y “Bibliografía de Raúl Ferrero Rebagliati”, en *Economía y Finanzas* (editado por la Academia Nacional de Ciencias Económicas), N° 13, abril de 1978 y ampliado en *Libro de Homenaje a Raúl Ferrero Rebagliati*, 1984.

Finalmente, otros temas conexos al mundo constitucional lo inquietaron desde sus años juveniles. Así, García Belaunde incursionó de pasada en los predios del Derecho Penal y ha escrito: “Breve paralelo entre el Código Penal peruano de 1863 y el de 1924”, en *Themis*, número 3, 2do, semestre de 1966; y “Comentario al proyecto de Código de Procedimientos Penales en lo referente al Hábeas Corpus” (con Alberto Borea), en *Revista del Foro*, número 1, enero-marzo de 1977. También ha escrito, en otro filón del Derecho, “El Derecho Romano en el Perú”, en *Index, International Survey of Roman Law*, N°6, Roma, 1976 y, con adiciones, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Número 44, mayo de 1979.

3.2. Los estudios ius-filosóficos de Domingo García Belaunde

Aunque puede parecer un lugar común, es indudable que el ágora filosófica se patentiza en su plenitud en la Universidad. Así, en el campo de la pedagogía universitaria, advertía Mario Alzamora Valdez, el enseñar es hacer filosofía, “no cuando se entiende la enseñanza como presentación de las doctrinas en boga, sino en cuanto que comprensión y reelaboración del pensamiento filosófico efectuado por el maestro y los discípulos al realizar una de las tareas genuinas de la Universidad. La filosofía, no como la exposición de lo novedoso, sino como reflexión crítica sobre el ser, es ese “preguntar por lo extraordinario”, de acuerdo con Heidegger, en lo cual lo extraordinario no es sólo por lo que se pregunta sino el preguntar mismo”³⁷.

En esta perspectiva, Domingo García Belaunde, a través de las aulas universitarias, el foro y la cátedra, ha utilizado y concebido a la filosofía como el lugar crítico de la ciencia y la experiencia humana, en donde además se hace la “pregunta radical por la verdad radical”.

No pretendemos ubicar el pensamiento iusfilosófico de García Belaunde, ni mucho menos hacer un balance mínimo sobre el quehacer iusfilosófico peruano; en líneas generales ya Francisco Miro Quesada Cantuarias ha planteado al respecto un breve esquema del desarrollo del filosofar latinoamericano y peruano en base a cuatro generaciones: la de los patriarcas o fundadores, la de los forjadores, la técnica o joven y la actual. Por su parte, Augusto Salazar Bondy divide en tres etapas el estudio de la filosofía en el Perú: el positivismo, el espiritualismo y la filosofía actual³⁸. Sin embargo, ambos filósofos, por la generalidad de la reflexión, no nos permiten sistematizar la filosofía particular — la jurídica — a efectos de reseñar la evolución y reflexión del pensamiento de García Belaunde en esta área del saber.

Más bien con David Sobrevilla encontramos una división mucho más rigurosa del filosofar peruano. Así, este autor lo divide en cinco etapas: el positivismo, la reacción espiritual, la generación del centenario, el

37 ALZAMORA VALDEZ, Marco: “La Filosofía del Derecho en San Marcos. 1936-1976”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Vol. 40, N° 1, 2 y 3, enero-diciembre, Lima, 1976.

38 SALAZAR BONDY, Augusto: *Historia de las Ideas Políticas en el Perú Contemporáneo*, Vol. II, Fco. Moncloa Edit., Lima, 1965.

Grupo de los 40 y, finalmente, el Grupo de los años 60³⁹. Estas reflexiones de Sobrevilla han sido complementadas en los últimos años por un monumental trabajo que, no obstante lo amplísimo de la temática, nos permite por lo menos ubicar el estado actual de la reflexión filosófica en el Perú contemporáneo⁴⁰. Esto nos permite afirmar, sin lugar a dudas, que la Filosofía del Derecho en el Perú no ha sido un campo fértil.

Sin embargo, de las contadas personas que han incursionado en este campo, merece destacar, en orden cronológico a Manuel Vicente Villarán, Víctor Andrés Belaunde, Juan Bautista de Lavalle, José de la Riva Agüero, José León Barandiarán, Mario Alzamora Valdez, Francisco Miro Quesada Cantuarias, Carlos Fernández Sessarego, Alfonso Cobian M., Luis Felipe Guerra, Fernando De Trazegnies Granda, Fernando Bobbio, Roque Carrion W., Edgar Salazar Cano, David Sobrevilla y Domingo García Belaunde.

Frente a esta panorámica, García Belaunde opina que en las últimas décadas sólo se han tenido tres grandes panoramas sobre la filosofía jurídica, y son: a) el de Juan Bautista de Lavalle; b) el de José León Barandiarán; y, c) el de Mario Alzamora Valdez. García Belaunde, sin embargo, ha iniciado desde hace ya varios años una moderna reflexión epistemológica en torno al fenómeno jurídico, contribuyendo así a iniciar un enfoque totalmente distinto o, en todo caso, desde otra perspectiva: "Nuestro intento constituye (en este siglo) el cuarto en el orden del tiempo, que pretende contribuir a lo mismo, aun cuando con enfoques totalmente diferentes (...)". Si bien no negamos, sino más bien reconocemos esos antecedentes y su valía, discrepamos sustantivamente de ellos. En este sentido amplio hemos desarrollado lo que por comodidad puede ser denominado como visión analítica del Derecho, tratando de mostrar los cauces modernos y rigurosos por donde discurre o debe discurrir el pensamiento iusfilosófico, para lo cual hemos aprovechado los logros de diversos autores cuyo aporte en cada caso se reconoce (...)⁴¹. Intenta, en consecuencia, mostrar entre nosotros, aun cuando imperfectamente, un nuevo enfoque sobre estos

39 SOBREVILLA, David: "1880-1980: 100 años de Filosofía en el Perú", en *Estado de las Ciencias Sociales en el Perú*, Bruno Podestá Edit., Univ. del Pacífico, Lima, 1978.

40 SOBREVILLA, David: "Las ideas en el Perú Contemporáneo", en *Historia del Perú*, Vol. XI, Edit. Mejía Baca, Lima, 1981.

41 Vid. supra nota.

problemas, alejado tanto del positivismo y sociologismo, como del jusnaturalismo clásico⁴².

Así las cosas, encontramos en Domingo García Belaunde una tímida reflexión en los primeros años que arrancan desde la época estudiantil, que ha venido en la misma línea de preocupación, evolucionando con nuevos criterios de acercamiento al Derecho, la influencia de autores como Norberto Bobbio en Italia, Genaro R. Carrió en Argentina, H.L.A. Hart en Inglaterra, Roscoe Pound en Estados Unidos, Miguel Reale en Brasil, Alf Ross en Dinamarca, y, desde luego, Hans Kelsen en Austria; y, entre nosotros, no cabe duda, Francisco Miro Quesada Cantuarias, han influido hacia una apertura amplia y rigurosa en su espíritu académico.

4. LOS ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Iniciamos aquí una brevísima introducción a cada uno de los cinco ensayos que forman el volumen⁴³.

4.1. El Derecho Procesal Constitucional

Este es uno de los principales trabajos que bajo el mismo título rubrica la obra en su conjunto. Fue objeto de lectura en la ceremonia de incorporación de García Belaunde a la Academia Peruana de Derecho, con fecha 4 de junio de 1997.

Podemos decir, sin temor a equívoco ni a exageración, que nos encontramos ante una granítica reflexión y a partir de hoy en adelante será necesariamente el punto de referencia obligado, por la original y aguda capacidad de haber puesto en una visión integral y quintaesenciada lo que hoy es esta disciplina de indudable impronta moderna.

42 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Conocimiento y Derecho (Apuntes para una Filosofía del Derecho)*, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1982, pp. 13-14. (Nota de 2011: En el 2004 apareció una segunda edición de esta obra, editada por el Centro de Investigaciones Judiciales Manuel A. Olaechea de la Corte Superior de Justicia de Ica).

43 Nota de 2011: Nos referimos a la obra objeto del presente estudio, cuyo título es precisamente *Derecho Procesal Constitucional*, y que está estructurada en cinco ejes temáticos.

Domingo García Belaunde en este trabajo nos presenta la génesis y evolución del Derecho Procesal Constitucional, pasando por diversos planteamientos de inquietante novedad. Su espíritu científico no sólo lleva de la mano tanto al lector medio como al especialista, sino que con maestría de alfarero enfile, da figura y pone al descubierto un rico filón de tópicos donde se evidencia el sincretismo armónico del manejo de categorías del Derecho Procesal con la cosmovisión del Derecho Constitucional. Mas no sólo existen en su lectura temas, instituciones, novedades y más de una polémica sino que, con una postura crítica, replantea con exquisita lucidez toda una posición personal que compromete la divergencia de otros no menos descollantes teóricos.

Por otro lado, el trabajo tiene observaciones críticas a grandes figuras del pensamiento jurídico, lo cual no hace más que confirmar el intenso diálogo no receptivo sino dialéctico y contestatario con el pensamiento europeo y norteamericano. En esta perspectiva, García Belaunde se erige como el más lúcido y representativo interlocutor peruano frente a la comunidad de académicos de otros países.

En esta vertiente hay un antecedente inmediato: su ensayo "Sobre la Jurisdicción Constitucional"⁴⁴. En este singular trabajo, ya Domingo se pronunciaba a favor del *nomen iuris*: Derecho Procesal Constitucional.

Veamos:

"Lo que inicialmente era un simple reconocimiento de facultades jurisdiccionales, conducía al fin y al cabo a la creación de una nueva rama o disciplina jurídica que precisamente se encargase de dar cuenta de toda la problemática teórica surgida a raíz de la creación, por así decirlo, de esta jurisdicción constitucional. Fue así que en la década de los cuarenta el eminente procesalista español, pero afincado en América por más de 30 años, Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, llegó a calificar a Kelsen como el fundador de una disciplina: el Derecho Procesal Constitucional, con fecha precisa: 1928. Esta rama jurídica, de origen recentísimo, no ha tenido hasta la fecha desarrollos teóricos satisfactorios, no obstante la existencia de algunos y bien

44 En QUIROGA LEON, Aníbal (compilador): *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 1990, pp. 27-64.

documentados estudios surgidos a su alrededor. Si bien en el mundo de la *praxis* la disciplina avanza a pasos agigantados – como lo demuestra la legislación y la jurisprudencia en los últimos años – son muy pocos, y todavía no definitivos, los ensayos que se han enderezado a perfilar teóricamente esta nueva rama jurídica, lo que al parecer todavía demorará⁴⁵.

En buena cuenta, podemos decir que la gran base del actual texto se encuentra en el citado planteamiento “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, aun cuando incluso cabe reconocer antiguos trabajos que venían siendo de intermitente preocupación en García Belaunde, por ejemplo en *El Hábeas Corpus en el Perú*, que fue su tesis doctoral.

A pesar de la pluralidad de expresiones en esta disciplina procesal, a saber “control constitucional”, “defensa de la Constitución”, “*judicial review*” o “revisión judicial”, “justicia constitucional”, “jurisdicción constitucional”, etc., predominan las expresiones “justicia constitucional”⁴⁶ y “jurisdicción constitucional”⁴⁷. A la larga, sin embargo, el nombre “Derecho Procesal Constitucional” tendrá mayor futuro. Así lo reafirma García Belaunde en otro trabajo⁴⁸.

Veamos ahora la posición de Domingo en torno a la naturaleza jurídica del Derecho Procesal Constitucional. Cuando publica “Sobre

45 Op. cit., p. 32.

46 Así, por ejemplo, existe el *Annuarie Internationale de Justice Constitutionnelle*, cuya edición se imprime en París y es auspiciada a través del Groupement d’ Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle (GERJC), Aix en Provence, bajo el patronato de Sour le haute patronage de le President de la Cour. Lo propio, el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (CEC) publica el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEC, Madrid, 1997 (primer número).

47 En realidad, como lo aclara el propio García Belaunde, el nombre de jurisdicción constitucional es el que ha causado mayor impacto, incluso a nivel editorial. Vid, a guisa de ejemplo el clásico colectivo: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989. Recientemente otro título homólogo al anterior: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNANDEZ SEGADO, coordinadores), Edit. Dykinson, Ediciones Jurídicas de Lima, Madrid, 1997.

48 En Chile se llevó a cabo las *Segundas jornadas de’ Derecho Procesal Constitucional*, Vid, las ponencias en *La Revista de Derecho* (Facultad de Derecho, Universidad Central), Santiago de Chile, Año V, enero- junio 1991. Vid La crónica de dicha velada internacional por PALOMINO MANCHEGO, José F.: “II Jornadas de Derecho Procesal Constitucional”, en *Ius et Praxis*, N° 17, Lima. 1991.

la Jurisdicción Constitucional” se interrogaba acerca de la naturaleza si era procesal o constitucional y sólo de soslayo aludía a una tercera posición mixta. En la obra que aquí comentamos replantea el tema: ¿es procesal, constitucional o mixta? Aunque esta última postura es cautivante y esgrimida por Néstor Pedro Sagüés, García Belaunde atiende a su naturaleza jurídica que es claramente instrumental, por lo que concluye que es ineludiblemente de carácter procesal. Sin embargo, deja latente algunas preocupaciones. Así, por ejemplo, su honestidad académica le lleva a opinar que: “Su configuración científica dista mucho de estar plenamente constituida y todavía levanta más de una polémica”.

Uno de los planteamientos que ya ha sido en parte señalado en otro trabajo⁴⁹ es el relativo a la crítica que hace Domingo García Belaunde al pontífice del Derecho Procesal Constitucional latinoamericano Héctor Fix-Zamudio⁵⁰. El reputado jurista azteca viene sosteniendo en diversos trabajos⁵¹ que, aparte del Derecho Procesal Constitucional, coexiste otra disciplina: el Derecho Constitucional Procesal. El planteamiento viene teniendo acogida ya en diversos círculos. Sin embargo, a criterio de García Belaunde: “Aquello que pretende estudiar el llamado Derecho Constitucional Procesal puede ser distribuido en dos: los aspectos netamente procesales pueden ir al Derecho Procesal Constitucional y los netamente constitucionales, pueden desarrollarse en el Derecho Constitucional. En última instancia, pueden alojarse en el Derecho Procesal Constitucional, ya que estamos tratando de institucio-

49 “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, op. cit., pp. 33-34.

50 Vid, la entrevista que José E PALOMINO MANCHEGO le formula a FIX-ZAMUDIO: “Un disílogo con Héctor Fix-Zamudio”, en *Ius et Praxis*, Lima, N° 16, 1990, pp. 281-299.

51 FIX-ZAMUDIO, Héctor: “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año X, 1977, pp. 315-348. Así el meritisimo maestro azteca señala que es “aquella rama del Derecho Constitucional que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental, y en cuya creación debemos destacar, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el pensamiento del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. COUTURE, quien fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales” (p. 333). Vid. también del mismo autor: *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, UNAM, México, 1986, p. 17.

nes netamente procesales. El hecho notorio de que hayan sido paulatinamente constitucionalizadas dentro de este fenómeno antes descrito, no nos autoriza a crear una nueva disciplina que, como decimos, pese a su utilidad docente, carece de rigor científico”.

Acerca del contenido u objeto de estudio de la disciplina, García Belaunde reitera su pensamiento con ciertos matices, que ha venido esbozando a fines de la década de los setenta. Así, son estudiadas las categorías de la acción, la jurisdicción y los procesos constitucionales. El erudito trabajo finaliza con los grandes lineamientos sobre el origen y desarrollo de la disciplina en nuestra patria. Con todo, pese a que en nuestro medio vienen publicándose algunas obras de desigual calibre, el insigne constitucionalista limeño ha iniciado una nueva etapa en la aún parca literatura procesal constitucional peruana⁵².

4.2. La Jurisdicción Constitucional en el Perú

A nuestro criterio, Domingo García Belaunde ha venido analizando esta temática a través de tres momentos o períodos: el primero, bajo los marcos constitucionales de la Constitución de 1933 y toda su legislación pertinente; en segundo lugar, con la Constitución de 1979; y, en tercer lugar, con la actual Carta Fundamental, en vigor desde 1993. Veamos brevemente cada uno:

- a) Bajo la Carta de 1933 García Belaunde publicó un análisis titulado precisamente “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”, que fue una ponencia presentada en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional y con el patrocinio de la Universidad Externado de Colombia⁵³; en este sentido, po-

52 Así, por ejemplo, destacan los trabajos de ORTECHO VILLENA, Víctor Julio: *Jurisdicción Constitucional. Procesos Constitucionales* (la. edic, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, 1994, 3a. Edic., Edit. Rhodas, Lima, 1997). BOREA ODRÍA, Alberto: *Evolución de las Garantías Constitucionales*, Lima, Grijley, 1996. De otro lado, también se han publicado las obras de RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito: *Derecho Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 1997; así como: ZA VALETA C. Wilvelder: *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Manuel Chahó E.I.R.L., Lima, 1997. Lo propio GOMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Garantías de Protección de la Persona. Legislación de las Garantías Constitucionales*, Rhodas Edit., Lima, 1996, 343 pp.

53 AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Segundo Coloquio de Derecho Constitucional), op. cit. En el Perú aparece con el mismo título: “La Juris-

dríamos decir que el ensayo que integra el actual volumen y que se encuentra publicado en reciente colectivo⁵⁴ y con un esfuerzo editorial de cuatro países (España, Perú, Uruguay y Venezuela), tiene su precedente en este estudio.

- b) Bajo el marco constitucional de 1979, García Belaunde publicó un breve pero magistral ensayo, con otro título: "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución de 1979" (en *Rev. Derecho*, PUCP, Lima, N°35, 1981, pp. 65-96); aquí analiza en forma integral todas las garantías constitucionales que se habían incorporado en la Constitución de 1979: el Hábeas Corpus, el amparo, la acción popular y la acción de inconstitucionalidad⁵⁵.

En esta etapa también se ubican los siguientes temas: "El Hábeas Corpus en la nueva Constitución", en *Revista Jurídica del Perú*, número III, julio-setiembre de 1980; luego: "Amparo mexicano y Hábeas Corpus peruano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, N° 39, setiembre-diciembre de 1980; y posteriormente "La evolución legislativa del Hábeas Corpus en el Perú (1897-1979)", en AA,VV.: *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1980.

Luego viene un conjunto de reflexiones posteriores al ensayo: "Protección Procesal...", que son las siguientes: "La acción de Hábeas Corpus" (intervención), en *Revista del Foro*, N° 1, enero-junio de 1982; "La influencia española en la Constitución peruana" (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales),

dición Constitucional en el Perú", en la *Revista de la Universidad Católica* (Nueva Serie), Número 3, mayo de 1978. En esta revista la ponencia se ve completada con una importante nota introductoria, citas y bibliografía puntual que, a nuestro criterio, son los planteamientos más sólidos y quintaesenciados del Derecho Procesal Constitucional de aquella época.

54 Vid. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNANDEZ SEGADO, coordinadores), op cit.

55 Este segundo período de reflexión y producción académica, tiene a su vez varios antecedentes que merecen precisarse. Así, la primera publicación un tanto coloquial, en la medida que fue la reconstrucción de una conferencia, aparece en la *Revista del Foro*, con el título "Control Constitucional" (número 2, 3 y 4, abril-diciembre, 1979).

en *Revista de Derecho Político*, Madrid, N°16, invierno 1982-1983; "Constitucionalidad vs, inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, marzo-abril de 1984, año II, Número 5; "La acción de Hábeas Corpus", en *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías - Ley de Hábeas Corpus*, Ministerio de Justicia, edición oficial s/f (1984); "El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Ius et Praxis*, número 4, diciembre de 1984; Prólogo a Alberto Borea Odría: *El amparo y el hábeas corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985; "Inconstitucionalidad del impuesto de salida", en *Ius et Praxis*, Número 7, julio de 1986; "Suspensión de garantías ¿o de derechos?" en AA.VV.: *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, México, 1988; "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales", en AA.VV.: *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo 1986; "Las Vueltas del amparo", en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, Número 3, 1989; "El control de la constitucionalidad de las leyes en Iberoamérica", en AA.VV.: *Libro Homenaje a Ullises Montoya Manfredi*, Lima, Cultural Cuzco SA. Editores, 1989; una versión preliminar apareció en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Tomo XCII, 2da., época, N° 5, noviembre de 1988; "El control de la constitucionalidad de las leyes en el Peru", en *Ius et Praxis*, Número 13, junio de 1989.

Posterior a esta ubérrima bibliografía el espíritu académico de García Belaunde ha transitado finalmente por estos temas: "Sobre la jurisdicción constitucional", en *Revista del Foro*, N° 1, enero-junio de 1989; reproducido también en *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, N° 3. 1990, con el título "La jurisdicción constitucional como concepto"; el texto finalmente completo es el relativo al colectivo editado por Aníbal Quiroga; *Sobre la Jurisdicción Constitucional*, op. cit, y que apareció también en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice, Tomo VI, Bs. As. 1990 (con reimpressiones).

Luego vienen los artículos: "Notas sobre las garantías constitucionales en el Perú", en *Legislación sobre garantías consti-*

tucionales, Edic. Oficial Ministerio de Justicia, 1989, y en la *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, N° 10, 1989; “Tres años de jurisprudencia constitucional peruana”, en *Boletín Informativo*, N° 1, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional México, 1989; “La jurisdicción constitucional en el Perú”, en *La Revista de Derecho*, Santiago de Chile, Univ. Central, N° 1, año II, 1988; “Procesos constitucionales en la Constitución brasileña de 1988”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, Número 6, 1990; “El amparo contra resoluciones judiciales; nuevas perspectivas”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, CAJ, N°6, 1990; “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, en *Lecturas sobre temas constitucionales andinos*, Comisión Andina de Juristas, N° 1. 1991, también salió publicado en México, Argentina y España; “Garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en el Perú”, en AA.VV.: *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, México, 1992, y en el Perú apareció en *Reflexiones Jurídicas*, Chiclayo, Perú, Número 3. mayo 1993; y finalmente, “Los sistemas constitucionales iberoamericanos”, en *Agora*, Número 1, setiembre de 1993.

Toda esta frondosa y dispersa bibliografía cierra el círculo de la vigente Constitución de 1979 y de la Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, así como de la antigua Ley 23385 o Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y de la propia Ley Procesal de la Acción Popular.

- c) El tercer momento, por así decirlo, se encuentra disperso en diversos análisis de temas que analizan tanto la ruptura constitucional⁵⁶, como el análisis global de la propia Constitución de 1993⁵⁷, para luego analizar con mayor detenimiento la actual conformación de la jurisdicción constitucional.

56 Vid, el libro de GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PLANAS, Pedro: *La Constitución traicionada*, Seglusa Edit., Lima, 1993.

57 GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La Constitución peruana de 1993*, Edit. Grijley, Lima, 1994.

Así tenemos su primer análisis: “Las garantías constitucionales en la Constitución de 1993” (en *Lecturas sobre temas constitucionales*, CAJ, Lima, N° 10, 1994, pp. 253-264). Además, su ensayo: “La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales”, en la obra colectiva: *Desafíos constitucionales contemporáneos* (César Landa y Julio Fernández, editores), PUC, Maestría en Derecho Constitucional, Fondo Editorial, Lima, 1996, pp. 35-65.

Visto en perspectiva global, en este estudio que, como se podrá apreciar, viene siendo objeto de diversas reflexiones bajo distintos documentos constitucionales, García Belaunde secciona los contenidos de la jurisdicción constitucional, los cuales, siguiendo a Mauro Cappelletti⁵⁸, quien es divulgado en Iberoamérica por Fix-Zamudio, se distinguen en tres tipos. Así tenemos: a) la Jurisdicción Constitucional Orgánica; b) la Jurisdicción Constitucional de la Libertad; y, c) la Jurisdicción Constitucional Comunitaria e Internacional.

La Jurisdicción Constitucional Orgánica es analizada bajo el epígrafe de “Control de la Constitucionalidad de las Leyes”, haciendo un recuento de sus antecedentes históricos y su actual regulación, los tipos de control que existen, las normas que son objeto de control por parte de los órganos jurisdiccionales encargados, la legitimación procesal y, finalmente, los efectos de las sentencias.

En esta sección, Domingo traza una línea axiológica cuando aborda un comentario sobre la efectividad del control de la constitucionalidad de las leyes. En efecto, aun reconociendo que la Constitución de 1979 posibilitó los dos controles — “concentrado” y “difuso” — y que la actual Constitución los mantiene, Domingo García saca la siguiente cuenta:

- a) Respecto al control abstracto, en el período 1982-1992, el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales reconoció únicamente 13 demandas de inconstitucionalidad, de los cuales sólo derogó íntegramente una ley y tres más fueron declaradas inconstitucionales sólo en parte;

58 CAPPELLETTI, Mauro: *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, (Trad. de Héctor Fix-Zamudio, Prólogo de Mariano Azuela), UNAM, México, 1961.

- b) El control difuso, a la fecha, es muy parco y “casi no hay huella de él”. Sin embargo, reconoce que “donde se dio un amplio control de la constitucionalidad –no muy extenso, pero sí importante– fue al defenderse los derechos fundamentales a través del Hábeas Corpus y el amparo, sobre todo en el período 1980-1990”.

La Jurisdicción Constitucional de la Libertad es analizada bajo el epígrafe de “Instrumentos Procesales Protectores de los Derechos Humanos”. Así, en una visión panorámica, da cuenta de los diversos instrumentos procesales que actualmente integran la jurisdicción constitucional, tales como el Hábeas Corpus, el amparo, el Hábeas Data, la acción de cumplimiento y la acción de inconstitucionalidad. De la lectura de este ensayo, observamos que García Belaunde mantiene cierto escepticismo en torno a la Acción de Cumplimiento, pues sostiene que “en realidad, no sirve específicamente para la protección de los derechos humanos, sino tan sólo para exigir el cumplimiento de una ley o un acto administrativo que, en principio, podrían estar vinculados con los derechos humanos, pero más probablemente con cualquier otra rama del Derecho”. En este sentido agrega que dicha acción de garantías “es un exceso del constituyente, que la introdujo por novelaría o desconocimiento de lo que se trataba”. Luego concluye que “habrá que observar su desarrollo jurisprudencial a fin de tener una visión más exacta de su utilidad”. Con todo, es de augurar que, dada la sempiterna desidia de muchos funcionarios y autoridades reticentes en cumplir los actos administrativos o disposiciones normativas, esta Acción de Cumplimiento afirme un desarrollo en un país tan carente y necesitado de instrumentos idóneos para enfrentar las conductas omisivas⁵⁹.

Por otro lado, Domingo García Belaunde no deja de enfilear duras críticas no sólo a la forma cómo se reguló el tema de la jurisdicción constitucional, sino también a su evolución general, a la conducta de sus miembros, tanto del Poder Judicial como del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales. Así, por ejemplo, comentando los aspectos de las sentencias, precisa que el art. 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo intentó sentar el principio de que la jurisprudencia debe con-

59 ETO CRUZ, Gerardo: “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Doctrina Constitucional*, Instituto de Investigaciones, Divulgación y Estudios jurídico-Constitucionales (INDEJUC), Edit. Libertad, Trujillo, 1992.

tribuir a enriquecer la problemática constitucional, dándole carácter obligatorio. En suma, se aspiraba a lo que la moderna doctrina preconiza: la existencia de un *derecho judicial* en oposición al *derecho legal*. Aquél importa afirmar una doctrina jurisprudencial, en virtud de la cual existe una creación del derecho a golpe de sentencias⁶⁰.

Sin embargo, “ni el Tribunal de Garantías Constitucionales, ni tampoco la Corte Suprema de Justicia (en los que actuó como tercera instancia) tuvo el menor empeño en sentar principios jurisprudenciales válidos y de carácter general. A ello contribuye cierta desidia de los propios órganos jurisdiccionales, el desconocimiento de la problemática constitucional y, además, la ausencia de medios para conocer los fallos existentes que, hasta la fecha, no han sido compilados ni ordenados por ninguna entidad oficial”. En efecto, pese a que la Ley de Hábeas Corpus y Amparo dispone que el Ministerio de Justicia debe editar y patrocinar estudios, publicaciones, textos, jurisprudencia y legislación constitucional, nada de ello existe, a diferencia de lo que ocurre en los países extranjeros. Al cierre del presente estudio llega a mis manos la *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima, W.G. Editores, 1998, 2 volúmenes) versión oficial del Tribunal Constitucional que contiene más de 330 sentencias, sumilladas, con índice cronológico y de materias preparado por José F. Palomino Manchego. Se trata de la primera versión oficial que realiza el Tribunal Constitucional.

4.3. El Hábeas Data y su configuración normativa

El Perú, como se sabe, ha incorporado en la Lex Superior, el Hábeas Data, siguiendo así una reciente tendencia constituyente latinoamericana (Brasil, art. 5 [LXXXII y LXVII]; Colombia, art. 15; Guatemala, art. 31; Paraguay, art. 135 y Argentina, art. 45). Aunque no todos los textos constitucionales lo identifican con el *nomen juris de Hábeas Data*, lo mantienen como tal en forma tácita o en forma innominada. En realidad, el problema generado por la informática surge a partir de la década de los años 70 en los Estados Unidos y en Europa (Alemania, Austria, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Noruega, el Reino Unido y Suecia), países que han venido regulando el derecho de acceso a la in-

60 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “La judicialización del Derecho Constitucional”, en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI; N° 1, enero-junio 1993. pp. 109-115.

formación personal y el derecho de rectificación de los datos inexactos, obsoletos o ilícitamente colectados⁶¹.

En Alemania, la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 15 de diciembre de 1983 configuró el llamado “derecho a la autodeterminación informativa”⁶² en orden al tratamiento automatizado de datos personales. Aclarando el bien jurídico protegido, se ha venido desarrollando un formidable tratamiento doctrinario en torno a esta singular manifestación de los derechos fundamentales⁶³.

A criterio de García Belaunde, el Hábeas Data se instrumentaliza como un proceso constitucional para afirmar el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, planteo de clara inspiración germánica y que hoy viene teniendo mayor sustento y divulgación en Europa⁶⁴. En forma puntual García Belaunde reconoce que el tema del Hábeas Data se plantea en tres posiciones: a) su regulación como figura autónoma, como ocurre en el caso de Brasil⁶⁵; b) regularlo dentro de otra entidad normativa (caso de Argentina, como Amparo⁶⁶; Colombia, como la Acción de Tutela⁶⁷; o México, donde

61 PUCCINELLI, Oscar Raúl: “Hábeas Data: Aportes para una eventual reglamentación”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 17.02.9, pp. 8 y ss.

62 RUIZ MIGUEL, Carlos: “En torno a la protección de los datos personales automatizados”, en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, número 84, abril-junio 1994, p. 241.

63 Vid. LUCAS MURILLO, Pablo: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990; e *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

64 VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, Núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 187 y ss.

65 OTHON SIDOU, J.M.: “Las nuevas figuras del derecho constitucional brasileño. Mandado de Injunção y Habeas Data”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, N° 70, enero-abril 1991, UNAM, pp. 169-187.

66 SAGUES, Néstor Pedro: *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, Vol. 3. 4ta. ed., Astrea Edit., Buenos Aires, 1995, ver específicamente pp. 663-687; del mismo autor: “Hábeas data: su desarrollo constitucional”, en *Lecturas constitucionales andinas*, Vol. 3, CAJ, Lima, 1994, pp. 87 y ss.; PUCCINELLI, Oscar Raúl: *Hábeas data: aportes ...*, op. cit., pp. 8 y ss.

67 REY CANTOR, Ernesto: *Acción de tutela y acciones populares*, Universidad Libre de Cali, Bogotá, 1993.

se subsume a través del Juicio de Amparo⁶⁸; y, c) negar validez a la figura del Hábeas Data⁶⁹, toda vez que ella se torna en innecesaria, ya que puede ejercitarse vía la acción de amparo. El tema, en realidad, trae un abanico de complejidades por la intrínseca novedad de este instituto; además, porque en el Perú, como reconoce el propio García Belaunde, en opinión de Francisco Eguiguren Praeli, el Hábeas Data está mal concebido y peor desarrollado. Si bien a la fecha existe el problema de su regulación legal, ésta, ineludiblemente, habrá de realizarse a través de una Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, tal como prevé el art. 200 infine de la actual constitución.

El ensayo escrito por Domingo García Belaunde tiene como antecedente dos temas específicos: el primero de carácter general, donde da cuenta de los temas y novedades de la Constitución brasileña: "Procesos constitucionales de la Constitución brasileña de 1988" (en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, N°5, 1990); el segundo "Hábeas Data: un nuevo instrumento legal" (en *Justicia*, Número 3, agosto de 1990). En realidad, fue Domingo García Belaunde el primero que dio cuenta del Hábeas Data en el Perú. Luego también lo aborda en otro ensayo: "La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y Garantías Constitucionales" (en *Desafíos constitucionales contemporáneos*, César Landa y Julio Faundez editores, op. cit., pp. 60-61); y, finalmente, la ponencia: "Diferencias entre el Hábeas Data y la Acción de Amparo o Tutela Constitucional en el Perú", en *Ius et Praxis* (número especial dedicado al *Derecho a la autodeterminación informativa y acción de Hábeas Data en Iberoamérica*, Talca, Chile, 1997, pp. 179-188). Finalmente, el ensayo trae como apéndice tres ejecutorias, hasta

68 FIX-ZAMUDIO. Héctor: *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

69 Este es el planteamiento que esgrime vigorosamente en diversos trabajos Samuel Abad, uno de los más grandes exponentes y estudiosos del Amparo peruano. Vid. ABAD YUPANQUI, Samuel: *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, Lima, Comisión Andina de Juristas (CAJ), *Lecturas sobre temas constitucionales*, Núm. 9, 1993. pp. 229 y ss.; "El modelo de jurisdicción constitucionales: reformas y retrocesos (estudio preliminar)", en *Ius et Veritas*, Lima, Núm. 7. pp. 106 y ss.; "La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas", en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas, Konrad Adenauer, Serie *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 4, Lima. pp. 229 y ss. y "La Justicia constitucional en el Perú", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 303-324.

la fecha, probablemente las únicas, en torno a esta flamante garantía constitucional.

4.4. El Amparo Colonial peruano

Aunque se ha escrito una ubérrima bibliografía sobre el Amparo, uno de los importantes temas que es objeto de tratamiento es sobre los antecedentes hispánicos del juicio de amparo mexicano⁷⁰. Así, el amparista Héctor Fix-Zamudio precisa que el Juicio de Amparo fue el resultado de una “lenta y dolorosa evolución en la que se combinan elementos externos y factores nacionales”⁷¹. Así, el reputado jurista azteca, acogiendo la tesis de Lira⁷², sostiene que el amparo mexicano tuvo influencia española, si bien fue “menos evidente” pero inevitable después de tres siglos de “dominación cultural y política en la Nueva España, y por ello es que el nombre mismo del Amparo proviene de antecedentes castellanos y aragoneses”. A criterio de Lira, las aportaciones del derecho de Castilla se aplicaron directamente en las colonias españolas en América. En este marco situacional, se dio un Amparo colonial y del cual había surgido el actual juicio de Amparo.

Teniendo como marco de referencia la existencia de dicho amparo colonial en México, es que García Belaunde ha abordado el ensayo “El Amparo Colonial peruano”. Su reflexión presenta una singular tesis nunca desarrollada en nuestro país y que, a la larga, no hace más que confirmar la tendencia de varios países (Colombia, Venezuela, México y Perú) en el sentido de que existió en la época colonial un procedimiento interdictal, incluso con el *nomen juris* de Amparo. Así, a mediados de la década del setenta, como explica en su ensayo, lo retorna a raíz de la publicación del libro de Jorge A. Guevara Gil: *Propiedad Agraria y Derecho Colonial. Los documentos de la hacienda Santotis* (Cuzco 1543-1822), Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.

70 FAIREN GUILLEN, Víctor: *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, UNAM, México, 1971.

71 FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, UNAM, México, 1993, pp. 23 y ss.

72 LIRA GONZALEZ, Andrés: *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.

El libro de Guevara Gil permite confirmar la existencia en el Perú – pues trae un acopio documental valiosísimo – de la figura del real amparo. En este sentido, Domingo García Belaunde concluye: “desde el punto de vista documental, queda claro que al existir los reales amparos en el virreinato peruano, podemos hablar, en sentido amplio, de un amparo colonial peruano”.

Verificado dicho amparo colonial, García Belaunde se plantea la interrogante si este amparo constituye en rigor un antecedente o acaso el origen de nuestro actual amparo constitucional. Con sencilla pero contundente disquisición entre la noción de “antecedente” y “origen”, llega a concluir que el Amparo colonial peruano no se ha configurado como el origen de nuestra “acción de amparo”; sino más bien “hay que situarlo como un antecedente lejano, con valor referencial e histórico”.

4.5. El Hábeas Corpus en América Latina

Como ha señalado José F. Palomino Manchego⁷³, uno de los más conspicuos discípulos de García Belaunde, la criatura predilecta en la reflexión garcía-belaundiana es, sin lugar a dudas, el Hábeas Corpus. Ello está demostrado, de arranque, desde sus años mozos, cuando en 1971, es decir, a sus 27 años, aborda con diligencia y sin tregua, una aproximación empírica en sede judicial sobre las últimas décadas de la doctrina jurisprudencial en torno al Hábeas Corpus; de ahí saldría publicado *El Hábeas Corpus interpretado (1930-1971)*, Lima, Pontificia Universidad Católica, 1971, Instituto de Investigaciones Jurídicas. A caballo con dicha jurisprudencia peruana, empieza luego una reflexión más serena; y así da a luz, fruto de su tesis doctoral, el libro *El Hábeas Corpus en, el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979. A partir de estos libros, García Belaunde ha venido insistiendo en la temática y ha producido una compacta reflexión que, diríase, casi no ha dejado resquicio libre que no haya sido estudiado o reflexionado en torno a este singular instituto anglo-romano. En esta perspectiva, tenemos los siguientes trabajos: “Los orígenes del Hábeas Corpus”, en *Derecho* (Univ. Católica), Núm. 31, 1973; “Naturaleza jurídica del Hábeas Corpus”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, UNMSM, Núm.

73 Ver la “Presentación hecha conjuntamente con Germán J. Bidart Campos al libro *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde)*, op. cit., pp. 7-15.

1, 2, 3, enero- diciembre d 1975; “El Hábeas Corpus en la nueva Constitución”, en *Revista Jurídica del Perú*, Núm. III, julio-setiembre de 1980; “Amparo mexicano y Hábeas Corpus peruano”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, N°39, setiembre-diciembre de 1980; “La evolución legislativa del Hábeas Corpus en el Perú (1897-1979)”, en AA.VV.: *La nueva Constitución y el Derecho Penal*, Grupo Nacional Peruano, Asociación Internacional de Derecho Penal, 1980; “La acción de Hábeas Corpus” (intervención), en *Revista del Foro*, N° 1, enero-junio de 1982; “La acción de Hábeas Corpus”, en *La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías - Ley de Hábeas Corpus*, Ministerio de Justicia, Edic. oficial s/f, ¿1984?; Prólogo a la obra de Alberto Borea Odría: *El amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, Lima.

Aparte de esta copiosa producción específica, García Belaunde lo ha desarrollado en diversos trabajos propios en un eje común de articulación sobre las garantías constitucionales que ha venido escribiendo en los últimos lustros.

La reflexión que concita el ensayo “El Hábeas Corpus en América Latina” no alude específicamente a la institución peruana, sino a una aproximación de su trayectoria en América Latina. En efecto, con el correr del tiempo, el instituto hoy se ha redimensionado, si bien sigue siendo el exclusivo instrumento procesal *non plus ultra* para afirmar la tutela de la libertad individual en sus diversas dimensiones; por eso este ensayo presenta manifestaciones de aplicación y específicos análisis y descripciones de las tendencias actuales que viene presentando el régimen del Hábeas Corpus. “El Hábeas Corpus en América Latina” es sumamente esclarecedor en la medida que hace un análisis de corte histórico-constitucional de su aparición en los diversos países latinoamericanos. En forma panorámica, y en esto consiste el plato fuerte del ensayo, nos presenta un sesudo análisis de los siguientes tópicos: a) La evolución del Hábeas Corpus en Latinoamérica, en relación con el modelo sajón; b) la presencia del Hábeas Corpus al lado de otros instrumentos protectores; c) Hábeas Corpus y derechos humanos; d) Hábeas Corpus y abusos de los particulares; e) Hábeas Corpus y su ubicación procesal; f) Hábeas Corpus y juez competente; g) Hábeas Corpus y proceso penal; y, h) Hábeas Corpus y regímenes de excepción.

En buena cuenta, el tema del Hábeas Corpus sigue siendo en el pensamiento garcía-belaundiano de constante preocupación y no hace más que confirmar una singular labor de catequesis, desde su perspectiva académica, en pro de afirmar la tutela de la libertad individual.

4.6. Sobre el control Constitucional

Este es el último tema, sustentado en una entrevista que le formulara José F. Palomino Manchego a nuestro autor y, dado el estilo coloquial, resulta ser una ágil lectura que engloba diversos aspectos dentro de la amplitud de aristas del control constitucional. Ahí se aborda con bastante claridad aspectos académicos, pero que atenden en torno a los problemas concretos que ha venido atravesando en historia reciente el novel Tribunal Constitucional peruano.

Por cierto, García Belaunde ha reflexionado sobre el tema en más de una oportunidad. Así, ha estampado el ensayo "Control Constitucional", en *Revista del Foro*, N° 2-3-4, Abril-diciembre de 1971; igualmente "El control de la constitucionalidad de las leyes en el Perú", en *Ius et Praxis*, número 13, junio de 1989; lo propio "La Acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado", en *Lecturas constitucionales andinas*, Comisión Andina de Juristas, Número 1, agosto de 1991; también apareció en *Derecho* (Buenos Aires) 30 y 31 de enero de 1992 y en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*; Vol. 42, México, No. 181-182, enero-abril de 1992. En lo que atañe al Tribunal Constitucional, independiente por la apuesta al sí por la esperanza que le ha venido imprimiendo en las sinnúmeras conferencias a lo largo y ancho del Perú, ora a nivel universitario, foros académicos y encuentros entre juristas extranjeros, García Belaunde ha estampado también de su pluma: "La influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)", en *Revista de Derecho Político* (Madrid), N° 16, invierno 1982-1983; "El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Ius et Praxis*, Número 4 de diciembre de 1984; y "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales", en AA.VV. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986.

En realidad, tanto el entrevistador como el entrevistado — discípulo y maestro— han tenido una mira muy presente en este diálogo

go: aclarar los diversos problemas que aquejaban a nuestra jurisdicción constitucional, como consecuencia de las singulares resoluciones que expidiera el Tribunal Constitucional y que, a la postre, habrían de ser defenestrados algunos de sus jueces⁷⁴. El problema de la acción de inconstitucionalidad que entablara el entonces Decano del Colegio de Abogados de Lima, Vladimir Paz de la Barra, contra la Ley de reelección motivó encontradas opiniones y, entre las de madera académica siendo aún tales, acusaban desconocimiento; y los más hablaban de lo que no conocían, salvo lo móviles políticos en favor o en contra del tema que inevitablemente habrá de reabrirse cuando la coyuntura se presente⁷⁵. Sin embargo, más allá de todas estas discusiones, el diálogo sobre el control constitucional resulta ilustrativo tanto a los académicos como para los legos. Se trata de respuestas claras y precisas, sin ningún matiz político, antes bien con criterio académico y espíritu sereno de una autoridad en la materia.

5. SIGNIFICADO DE LA OBRA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

En la historia y evolución del Derecho Procesal Constitucional aparece la imagen de Kelsen⁷⁶, acaso el pionero en haber sentado las bases preliminares de esta disciplina⁷⁷, en abierta polémica con otro

74 Al respecto, debemos recordar que Hans Kelsen, siendo el primer magistrado del Tribunal Constitucional austríaco y, a la sazón con membresía vitalicia del mismo (1921-1930) a raíz del caso de los matrimonios dispensados que están narrados al detalle por su biógrafo Rudolf Aladar Metall, generó todo un problema que devino en ribetes políticos. Fue así como el 7 de diciembre de 1929, el Parlamento, con la mayoría necesaria, aprobó la reforma constitucional que incluía la reorganización del Tribunal Constitucional, por la cual los jueces electos con carácter "vitalicio quedaban separados de sus puestos a partir del 15 de febrero de 1930" Ver: ALADAR METALL, Rudolf: *Hans Kelsen, Vida y Obra* (UNAM, México, 1976, ver específicamente pp. 54-63).

75 El profesor Elvito A. Rodríguez Domínguez en su libro *Derecho Procesal Constitucional* (Grijley, Lima, 1997), tiene una valiosa recopilación de opiniones periodísticas y jurídicas (pp. 455 y ss.).

76 KELSEN, Hans: *La giustizia costituzionale* (traducción al italiano por Carmelo Geraci; presentación por Antonio La Pergola), Giufre Editore, Milano, 1981.

77 Puede verse a ETO CRUZ, Gerardo: "Las reflexiones ius-filosóficas de Hans Kelsen y sus aportes al Derecho Procesal Constitucional", en *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*, I Convención Latinoamericana de Derecho (José F. PALOMINO

no menos descollante jurista y fascinante teórico político⁷⁸, Carl Schmitt. De la vieja polémica de los años treinta que aún se mantiene⁷⁹ sobre el planteamiento de quién debe ser guardián o custodio de la Constitución⁸⁰, han surgido una estela de brillantes personalidades pugnando ya no en el intermezzo polémico entre Kelsen-Schmitt, sino replanteando nuevos tópicos con nuevos escenarios. Acaso las terribles experiencias que nos dejara la Segunda Guerra Mundial habrían no sólo de expandir el tema de la internacionalización de los Derechos Humanos, sino, y fundamentalmente, la ampliación de los diversos instrumentos protectores para su vigencia, así como la judicatura llamada a impartir la justicia en el ámbito constitucional, sea a través del modelo americano o “difuso”⁸¹ o el europeo o “concentrado”⁸².

MANCHEGO y Ricardo VELASQUEZ RAMIREZ, coordinadores), Edit. Grijley, Lima, 1997, pp. 35-43.

- 78 AA.VV.: *Estudios sobre Carl Schmitt* (Coord. Dalmacio NEGRO PAVON), Colección Veintiuno, Madrid, 1996.
- 79 Al respecto, son diversos los trabajos que se han publicado en torno a la gran polémica que mantuvieron estas personalidades. Sobre el particular, puede verse a ZANON, Nicolás: “La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la Justice Constitutionnelle”, en *Anuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. V, 1989, pp. 177-189; igualmente a MIGUEL HERRERA, Carlos: “La polémica Schmitt - Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), Núm. 86, octubre-diciembre 1994, pp. 195-227; BLUME FORTINI, Ernesto: “La Constitucionalidad en Kelsen”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, enero-junio de 1997, N° 27. pp. 17 y ss., HERNANDO NIETO, Eduardo: “Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional”, en *Pensamiento Constitucional*, N° 3, Lima, 1996, pp. 209-230.
- 80 Carl Schmitt, como se sabe, escribió en 1931 *La defensa de la Constitución* (traducción de Manuel Sánchez Sarto, Prólogo de Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1983). Kelsen respondió con el escrito: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, (Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Traducción y notas de Roberto J. Brie, Supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Tecnos, Madrid, 1995, dígame de paso que la traducción hispana se ha hecho después de 64 años.
- 81 Cuadernos y Debates (AA.VV.): *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1991; igualmente BIDART CAMPOS. German: *La Corte Suprema: El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Buenos Aires, Ediar. 1989.
- 82 CRUZ VILLALON. Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

En esta perspectiva, y a mediados de la década de los cuarenta, le cupo a Piero Calamandrei⁸³, en Italia, desarrollar desde una perspectiva procesal, la problemática teórica y práctica de la Corte Constitucional, convirtiéndose en el gran modelador de esta disciplina procesal, reconociendo la influencia de otro gran coetáneo: Francesco Carnellutti. Sigue en este breve y vertiginoso recorrido a otro gran iuspublicista del Mediterráneo: Mauro Cappelletti, quien, con una infatigable pluma, se ha convertido en uno de los más grandes exponentes europeos del Derecho Procesal Constitucional.

Desde una perspectiva ibérica, vemos a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien vivió en México, país donde pasó casi toda su vida de madurez y producción, convirtiéndose en el más grande procesalista y en el gran animador de una generación de reputados juristas mexicanos entre los que destaca, con mérito y luz propia, el gran maestro azteca Héctor Fix Zamudio. Hoy, el pensamiento español en nuestra disciplina es apabullante, teniendo grandes figuras contemporáneas, tales como: Pablo Lucas Verdú, Eduardo García de Enterría, Francisco Fernández Segado, Pedro Cruz Villalón, Gumersindo Trujillo, José Luis Cascajo Castro, entre otros.

En Francia tenemos la presencia de Luis Favoreau con la formidable jurisprudencia del Conseil Constitutionnel. En Alemania se erige la figura de Konrad Hesse, profesor de Friburgo y *Juez del Tribunal de Karlsruhe*, quien fuera discípulo de R. Smend y maestro, a su vez, de Peter Häberle, A. Hollerbech, F. Muller y H.P. Schneider, entre otros; dígase de paso que el Tribunal Constitucional Federal Alemán es uno de los más gravitantes intérpretes e innovadores de la jurisprudencia constitucional. Portugal, que también cuenta con un Tribunal Constitucional, afirma la presencia en esta rama procesal, entre otros, a dos grandes maestros lusitanos: Jorge Miranda y Joaquín Gomes Canotilho.

Desde el otro lado del Atlántico, América Latina cuenta con una impresionante reflexión y con graníticas personalidades. Así, en Argentina, que es uno de los principales países que ejerce una importante influencia en Latinoamérica, tiene en su seno un vasto movimiento de académicos que trabajan y estudian los temas y categorías propias del

83 CALAMANDREI Piero: *Estudios sobre el proceso civil*, op. cit. Vol. 2.

Derecho Procesal Constitucional. Entre éstos cabe señalar a Germán J. Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, Jorge Reinaldo Vanossi, Humberto Quiroga Lavié. Brasil, igualmente, tiene valiosas personalidades y grandes interlocutores, entre los que podemos referir a José Afonso da Silva, Luiz Pinto Ferreira, José A. de Olivera Baracho; Bolivia, el profesor Benjamín Miguel Harb; Colombia a Carlos Restrepo Piedrahita, Luis Carlos Sachica, Jaime Vidal Perdomo y, en las recientes generaciones, Ernesto Rey Cantor; Chile a través del profesor Humberto Nogueira Alcalá; Costa Rica, el profesor y gran animador del Derecho Procesal Constitucional desde hace muchos años, Rubén Hernández Valle; Guatemala, a Jorge Mario García Laguardia; México cuenta con una importante presencia, entre los que cabe citar a Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Jorge Madrazo, entre otros; Panamá a César Quintero; Paraguay a Justo José Prieto; Uruguay a Héctor Gross Espiell y Eduardo Esteva Galicchio; Venezuela a Allan Brewer-Carias y Carlos Ayala Corao.

En este marco situacional la presencia del profesor Domingo García Belaunde no hace más que afirmar el desarrollo de esta ciencia jurídica dentro de los marcos iberoamericanos. Esta obra compuesta de varios ensayos —y no por cierto los únicos— está llamada a convocar a los conmlitones del Derecho Procesal a seguir desarrollando, dentro de los marcos de la tolerancia y respeto académico, el fortalecimiento de una disciplina que debe, sin duda alguna, convertirse acaso en la más sublime aventura para afirmar la tutela de los derechos fundamentales de las personas y la filosofía de una democracia que permita en la realidad limitar los excesos del poder político, a través de los diversos instrumentos hoy denominados, con rigor, procesos constitucionales.

Finalmente, debemos señalar que este “Estudio Preliminar” no es el lugar pertinente para abordar algunas consideraciones críticas en torno a la obra global garcía-belaundiana. Lo que nos ha animado es hacer un breve marco introductorio y bio-bibliográfico dirigido tanto al lector iniciado como al especialista. Por ende, no parece correcto hacer preceder a este conjunto de ensayos, alguna crítica. Por lo demás, *in globo*, asumimos casi la totalidad del pensamiento del profesor García Belaunde. Otros más adelante formularán sus desacuerdos, acuerdos y discrepancias con una obra tan importante como realmente pionera,

si nos atenemos a la bibliografía publicada en el Perú bajo el rótulo de Derecho Procesal Constitucional.

6. EPÍLOGO

En los últimos tiempos, la producción y reflexión de este pensador peruano se ha concentrado en la misma ruta del conocimiento de esta disciplina, claro síntoma de este afán son sus obras posteriores a este trabajo como son los diversos artículos y ensayos, los que se han estampado en dos volúmenes posteriores: *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, cuya primera edición fue publicada en México, por la editorial Porrúa (2008), y una segunda edición, corregida y aumentada, por la editorial IDEMSA (Lima, 2009); el otro ensayo lleva como título: *En torno al Derecho Procesal Constitucional (un debate abierto y no concluido)*, publicado igualmente en México, editorial Porrúa, 2011, y cuya segunda edición corresponde a editorial Adrus, Arequipa, 2011. A todo ello, se agregan los siguientes títulos: *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2002; *En cuesta sobre Derecho Procesal Constitucional* (con Eloy Espinosa-Saldaña B.), Jurista Editores, Lima 2006, y editorial Porrúa, México, 2006 (con prólogo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor); *Diccionario de jurisprudencia constitucional*, obra de la cual fue director, editorial Grijley, Lima, 2009; *Propuestas de reforma al Código Procesal Constitucional* (con Jhonny Tupayachi Sotomayor), editorial Adrus, Arequipa, 2011; y finalmente *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, AAVV, cuya coordinación la compartió Peter Häberle, 2 tomos, México, 2011; segunda edición corregida y ampliada, UNAM / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2 tomos, Lima, 2012.

JOHN MARSHALL Y LA SENTENCIA MARBURY VS. MADISON*

*En ningún otro país del mundo tiene la Suprema Corte
tanto poder y respeto como en los Estados Unidos.*

Karl W. Deutsch

Política y Gobierno.

Fondo de Cultura Económica México 1976, .386.

Sumario: I. Los hechos y las circunstancias. II. Marshall y el escenario de la época. III. Marshall: genio y figura. IV. Las reglas de interpretación de Marshall: un muestreo de casos. V. La sentencia de Marbury vs. Madison y la Constitución de los Estados Unidos. VI. La singular Exposición de Motivos de la Constitución norteamericana que inaugura la revisión judicial en Marbury vs. Madison: El Federalista. VII. Marshall: pionero de la Teoría de la Argumentación Jurídica. VIII. Algunas características del judicial review a partir de la sentencia de Marshall.

* Este ensayo salió publicado originalmente en la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 1, Tribunal Constitucional del Perú, Lima, octubre de 1999; así como en la *Revista Jurídica* (Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad) N° 134, Trujillo, 1999. También ha sido publicado en *Derecho Procesal Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), 4ª. edición; T IV, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2003. E, igualmente, en el colectivo, CIENFUEGOS SALGADO, David (compilador): *Marbury contra Madison. Una discusión histórica para la justicia constitucional*, Editorial Laguna, México, 2005, pp. 35-61; y más recientemente en Argentina, en MANILL, Pablo Luis (director): *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 189-215.

NOTA PRELIMINAR

Si las revoluciones francesa y americana, con sus grandes declaraciones de derechos, pueden considerarse como el hito histórico a partir del cual se inicia el largo periplo del derecho constitucional en la afirmación de la dignidad humana y los valores de libertad e igualdad, la sentencia dictada el 24 de febrero de 1803 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*, puede ser considerada también como el hecho histórico más importante que ha marcado una ruta vital en la protección jurisdiccional de dichos valores: la concreción tan explícita que hizo el *Chief Justice*, John Marshall, de la posibilidad de que los jueces examinen la constitucionalidad de las leyes.

La impronta creadora de Marshall no tendría, sin embargo, un efecto inmediato. La doctrina de la *judicial review* por él expuesta en el famoso fallo, no sería aplicada sino hasta muchos años después por la Corte Suprema estadounidense en el otro no menos famoso caso *Dred Scott vs. Sanford*, en 1857; no obstante, la huella de Marshall ha sido determinante en la asunción de dicha facultad por los jueces norteamericanos y, por ende, en la evolución misma de su derecho constitucional. Hoy, Marshall es considerado uno de los mejores jueces de la historia norteamericana y el caso *Marbury vs. Madison* uno de los más emblemáticos fallos de la Corte Suprema y su estudio imprescindible en cualquier manual de derecho constitucional de este país.

En el derecho norteamericano no existen procesos constitucionales específicos que tutelen los derechos fundamentales enunciados por su Carta Magna*. La defensa de los derechos en el sistema judicial norteamericano se hace difusamente a través de cualquier proceso judicial, donde una vez detectada la afectación de algún derecho o, lo que es lo mismo, la vulneración de algún precepto constitucional, los justiciables pueden acudir al Tribunal Supremo con el fin de que éste revise la constitucionalidad de la ley o acto que ha dado lugar a la afectación

** Vid. a Herman PRITCHETT: *La Constitución Americana*, tipográfica Argentina, 1965, específicamente pp. 185 - 210.

de la Constitución. Por ello, a pesar de no existir procesos constitucionales *ad hoc*, la defensa de los derechos y libertades se haya altamente judicializada, asumiendo en este contexto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos un rol preponderante¹.

Recientemente Miguel Beltrán y Julio González García en su trabajo sobre las sentencias básicas del Tribunal Supremo, han enfatizado que “la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos es particularmente interesante, porque es la historia de la conquista de los derechos de las personas frente a la tiranía y la discriminación. Es también la historia, en algunos casos, de la tiranía, la represión y la discriminación causada por esos mismos jueces”². Esta historia de los derechos en los Estados Unidos, que para bien o para mal está entroncada directamente con la historia del Tribunal Supremo, no hubiera sido posible sin la paradigmática sentencia del caso Marbury versus Madison, que inauguró el modelo difuso de control de constitucionalidad de las leyes o lo que es lo mismo la *judicial review*.

La sentencia más famosa de los Estados Unidos de Norteamérica y que, a la postre, habría de inaugurar el singular modelo de la *judicial review*, es el relacionado al caso de Marbury vs. Madison³. En rigor, el fallo tiene un profundo significado universal, por ser la que afirma la técnica del control de la constitucionalidad de las leyes, luego extendida en todo el mundo⁴.

1 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2008, pp. 84-85.

2 BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, op. cit., p. 10.

3 En cierto sentido, puede decirse con exactitud que el control judicial por jueces federales se ejerció por primera vez en los años 1790. Varios presidentes de tribunales de circuito se negaron a poner en vigor una ley del Congreso que imponía obligaciones no judiciales sobre ellos en Hayburn’s Case. El propio Tribunal Supremo explícitamente llevó a cabo el control sobre una ley del Congreso para determinar si era constitucional en el *Carriage Tax Case (Hyllton vs. United States)*, en 1795, aunque mantuvo el impuesto. Vid. al respecto a WOLFE Christopher: *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Traducción de Maria Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, Civitas, Madrid, 1991, p. 115.

4 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 161.

I. LOS HECHOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS

A fin de comprender el contexto histórico en que se dicta la sentencia, es bueno tener presente los hechos, y fueron, en líneas generales, los siguientes:

El Presidente de los Estados Unidos John Adams le había propuesto a John Jay, a la sazón, el primer Presidente del Tribunal Supremo de la nación (1789-1795) para que siguiera en el mismo cargo; esto es, fuera reelecto. Era el año 1800. Jay, sin embargo, había rechazado mantenerse nuevamente en el cargo. A su criterio, estaba convencido de que el Tribunal no obtendría la energía, el peso y la dignidad esenciales para prestar el debido apoyo al gobierno nacional⁵. En vista de ello, y ya en los tramos finales de la presidencia de John Adams, éste en el interregno entre la elección presidencial y la transmisión de poderes, hizo dos nombramientos si bien con aprobación del Senado, lo fue a última hora. Por un lado, nombró a John Marshall como *Chief Justice* del máximo organismo jurisdiccional de los Estados Unidos: el Tribunal Supremo de la Federación. Marshall, en realidad, era uno de los hombres de confianza del saliente presidente Adams, pues había sido su Secretario de Estado⁶. Igualmente nombra a otro miembro de su partido: a Marbury para el cargo de Juez Federal del distrito de Columbia.

Luego del gobierno de John Adams, le sucede en la presidencia de los Estados Unidos, el flamante mandatario Jefferson⁷. En estas

5 WOLFE, Christopher: op. cit., p. 61.

6 A criterio de algunos autores, John Marshal era pariente del saliente presidente Adams; y el flamante presidente entrante Jefferson "aborrecía y deseaba humillar" cfr: ELIOT MORISON, Samuel, STEELE COMMANGER, Henry, y LEUCHTENBURG, William E. : *Breve historia de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, Mexico Cuarta Edición, en Segunda reimpresión, 2003 p 192 y SS. (Nota de marzo de 2013).

7 La versada autoridad de Gustavo R. Velasco, informa que, en la elección presidencial de 1801, los candidatos Jefferson como Aarón Burr obtuvieron el mismo número de votos, por lo que la decisión pasó al Congreso. No obstante que el primero era el jefe del partido contrario, que entre él y Hamilton existía una gran rivalidad política y que Jefferson lo había ofendido gravemente, Hamilton ejerció toda su influencia para que fuera designado, debido a la mala opinión que tenía de Burr. La patriótica actitud de Hamilton motivó un resentimiento profundo de parte de Burr, quien frustrado de nuevo en 1804, por culpa de Hamilton, en sus esfuerzos para ser gobernador de Nueva York, lo retó al duelo en que lo privó de la vida, en tanto que Hamilton disparaba su pistola....al aire. *Vid el Prólogo*

circunstancias, el decreto de nombramiento para el cargo del Juez Federal aún no había sido enviado a Marbury. Fue así como éste había petitionado que se le entregara la credencial correspondiente. La credencial debía ser otorgada por el Secretario de Estado, quien recaía en la persona de Madison, nombrado flamante Secretario de Estado por la administración del Presidente Jefferson y calificado como uno de los más notables de su partido. Sin embargo, éste se resistía a cumplir con entregar a Marbury su decreto de nombramiento del gobierno saliente. Y, en honor a la verdad, era el mismo Presidente Jefferson quien había ordenado a Madison que retuviese la credencial.

Frente a tales hechos, Marbury entabla una acción judicial ante el Tribunal Supremo a través de una especie de *mandamiento* (*Writ de mandamus*) a fin de que se le notificara a Madison para que cumpla con entregar el decreto de su nombramiento, invocando una Ley, la *Judiciary Act* de 1789, que permitía, en casos semejantes, expedir tales nombramientos.

La sentencia del Tribunal, presidida por Marshall, reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste a que se le notifique dicha credencial; igualmente reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del Presidente y del Secretario de Estado. Pero luego razona también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789 al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librara órdenes a la Administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo debía declarar inaplicable por esta razón.

El fallo, en realidad conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, pero en este caso, no sobre alguna ley específica, sino sobre la *Judiciary Act* de 1789. La sentencia entiende, pues, que dicha competencia contradecía a la Constitución, en base a lo cual, inaplicándola, el Tribunal Supre-

del jurista mexicano Gustavo R. Velasco a HAMILTON, Alexander; MADISON, James y John JAY: *El Federalista Los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison y Jay escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana*, 3ª. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. xx.

mo rehusa pronunciarse y declara en terminología actual la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción⁸.

II. MARSHALL Y EL ESCENARIO DE LA ÉPOCA

Como ya se tiene dicho, Marshall había sido nombrado a última hora por el Presidente John Adams. Cuando asume la presidencia del Tribunal Supremo, en 1801, la Capital de la nación recién se había trasladado a Washington. Se había construido luego el Capitolio. La sede del Tribunal Supremo todavía no existía de lo que más tarde sería el *Marbel Palace*.

Frente a una ausencia de local institucional, el Tribunal Supremo encontró acomodo provisional en una sala situada debajo de la Cámara del Senado. Hasta 1790, el Tribunal había resuelto apenas cinco casos. A la llegada de Marshall el número se incrementó a 55. Y, en sus 34 años de liderazgo en el Tribunal Supremo (1801-1835) se decidieron 1,215 casos⁹. Pero, muy al margen de estos elementos fácticos, las circunstancias que rodean la sentencia de Marbury y Madison, no dejan de tener ribetes políticos. En efecto, Marshall y la mayoría del Tribunal Supremo eran Federalistas así como el propio Marbury, alineado al gobierno saliente de John Adams. No deja de constatarse, pues, la tendencia histórica de que los mandatarios, a su salida, dejan tras de sí, a magistrados a fin de cubrirles las espaldas, dicho esto, sin que se tome como una afirmación categórica. El nuevo mandatario, Jefferson, del Partido Demócrata Republicano, así como su Secretario de Estado, Madison, resultaban adversarios políticos, tanto del ex-mandatario saliente Adams, como de los magistrados nombrados por él¹⁰.

8 FERNANDEZ SEPÚLVEDA, Ángel: *Derecho Judicial y Justicia Constitucional: Una aproximación al tema*, Colección Temas Constitucionales N° 7; Madrid, 1985, p. 75-76. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 171.

9 G.E. White: *The American Judicial Tradition*, Oxford University Press, New York Oxford, 1988; p. 34; citado por AHUMADA RUIZ, María Angeles: "El Certiorari. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de Apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*: Madrid, Año 14, N° 41, 1994, p. 90.

10 Jefferson, quien fue uno de los padres fundadores más prestigiosos de la Constitución, expresaba ya en 1804 a John Adams, sin la menor ambigüedad: "Nada en la Constitución ha dado a los jueces un derecho para decidir sobre el Ejecutivo,

III. MARSHALL: GENIO Y FIGURA

Marshall, a decir verdad, constituye uno de los más grandes magistrados, cuya extraordinaria personalidad llevó a los demás integrantes del Tribunal Supremo a identificar consensualmente sus convicciones jurídico-políticas, abriendo camino sobre su propio andar, a través de sus magistrales fallos.

Como anota Colmes, "si el Derecho americano, hubiera de estar representado por un solo hombre, tanto los escépticos como los incondicionales, estarían sin duda alguna de acuerdo en que ese puesto sólo puede corresponder a una persona: John Marshall"¹¹. Holmes ha señalado igualmente que quizá le correspondió a Marshall ocupar el lugar más alto a que jamás llegó juez alguno¹².

Hace varios lustros, se consultó a los especialistas en Derecho Constitucional que clasificaran a los jueces del Tribunal Supremo: sólo Marshall fue catalogado por unanimidad como grande¹³.

En rigor, a través de Marshall, y conforme han pasado los años, los más grandes principios constitucionales de Norteamérica fueron contenidos en sus fallos.

Bernard Schwartz ha quintaesenciado algunas características que elevan al *Chief Justice* del Tribunal Supremo de la Federación al magnífico puesto que hoy pervive:

- a) En primer lugar, se evidencia claramente en la cosmovisión política de Marshall su profunda convicción de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte. Asi-

como tampoco al Ejecutivo para decidir sobre ellos. Ambas magistraturas son igualmente independientes en las esferas de acción respectivamente asignadas a cada una... La Constitución quiere que los poderes coordinados se contrapongan y balanceen entre sí. Pero la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no sólo en su propia esfera de acción, sino también en las del Legislativo y el Ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico". Vid. GARCIA DE ENTERRIA. Eduardo: *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, op. cit. p. 194.

11 O.W. Holmes; *Men and Ideas in The Mind and Faith of Justice Holmes* (194) p. 385; citado por SCHWARTZ, Bernard: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, Traducción de Enrique Alonso, Civitas, Madrid, 1990, p. 21.

12 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 385.

13 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 21.

mismo, Marshall asume inflexiblemente la idea que el Tribunal Supremo era el que debía elaborar la doctrina constitucional.

- b) En segundo lugar, se constata en Marshall su liderazgo judicial. En efecto, si bien en la actualidad se acostumbra a designar a los Tribunales por el nombre de su presidente¹⁴; en el caso de Marshall, cuando éste lo presidió, se hablaba ya del Tribunal Marshall. Y este Tribunal, como se sabe, duró 34 años bajo la batuta de este hombre cuyos orígenes paradójicamente no fueron de formación jurídica, sino de predios castrenses. Anota Bernard Schwartz: “El Presidente debe ser un líder y Marshall lo era en grado sumo”¹⁵.
- c) En tercer lugar, el liderazgo no sólo radicaba en la formalidad del cargo de Presidente del Tribunal Supremo; sino, y básicamente, por la forma en cómo llevaba a sus colegas a sentenciar los grandes casos que se le presentaban. Es posible que el tacto y tino político, el don de persuasión y el dominio de las circunstancias, muchas adversas, perfilaban una extraordinaria personalidad en este magistrado.
- d) En cuarto lugar, Marshall sigue siendo el mejor juez de la historia del Derecho norteamericano debido a la calidad de sus sentencias¹⁶.

Desde luego, como diría Ortega y Gasset, el hombre es él y su circunstancia. Hegel, el filósofo de la historia viviente expresaba que toda reflexión se inscribe dentro del horizonte concreto de la vida de su época: “por lo que concierne al individuo, cada uno es, sin más, hijo de su tiempo...”. Una ojeada en retrospectiva mirada en que le tocó vivir a este gran juez, permite señalar que la afortunada circunstancia de haber sido llevado a cabo su labor judicial, se debe a que la Constitución Norteamericana todavía era maleable y plástica¹⁷.

14 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 26.

15 Loc. cit., p. 27.

16 Ibídem

17 Ibídem, p. 27.

IV. LAS REGLAS DE INTERPRETACION DE MARSHALL: UN MUESTREO DE CASOS

Bernard Schwartz y Christopher Wolfe han quintaesenciado algunos casos más sonados que aquí los tomamos de ambos autores.

En primer lugar, tenemos el caso de *McCulloch vs. Maryland* en las que se crea y desarrolla la teoría de los *poderes implícitos* a partir del artículo I, Sección 8, número 18 de la Constitución¹⁸. Este proceso

18 Se cita aquí el íntegro de la Sección VIII:

Sección 8. El Congreso estará Facultado para crear y recaudar Impuestos, Derechos, Contribuciones y Alcabalas, para pagar las Deudas y proveer para la Defensa común y el Bienestar general de los Estados Unidos: empero, todos los Derechos, Contribuciones y Alcabalas habrán de ser uniformes en la totalidad del territorio de los Estados Unidos;

Para tomar en préstamo Dinero bajo el crédito de los Estados Unidos:

Para regular el Comercio con Naciones extranjeras y entre los distintos Estados del país, así como con las Tribus Indígenas:

Para establecer una Regla uniforme de Naturalización, y Leyes uniformes para los casos de Bancarrota en todo el territorio de los Estados Unidos;

Para acuñar Moneda, regular el Valor de la misma y de Monedas extranjeras, y para determinar la Norma patrón de Pesas y Medidas;

Para disponer la Sanción correspondiente en casos de falsificación de los Valores y de la Moneda corriente de los Estados Unidos;

Para establecer Oficinas Postales y Rutas de correos;

Para promover el Progreso de la Ciencia y las Artes útiles, garantizando a los Autores e Inventores, por Tiempo limitado, el Derecho exclusivo al usufructo de sus respectivos Escritos y Descubrimientos;

Para constituir Tribunales inferiores a la Corte suprema;

Para definir y castigar Actos de Piratería y Delitos Graves que se cometan en alta Mar, e Infracciones al Derecho Internacional;

Para declarar la Guerra, conceder Patentes de Corso y Represalia, y para elaborar Reglas acerca de Capturas en Tierra y Agua:

Para formar y mantener Ejércitos, pero ninguna Asignación Monetaria destinada a ese Fin podrá concederse por un Período mayor de dos Años;

Para crear y mantener una Marina de Guerra;

Para dictar Reglas destinadas al Gobierno y Regulación de las Fuerzas terrestres y navales; Para disponer la movilización de la Milicia a fin de hacer cumplir las Leyes de la Unión, sofocar Insurrecciones y repeler Invasiones;

Para disponer la organización, los pertrechos y la disciplina de la milicia, y para determinar la Parte de ésta que habrá de alistarse en el Servicio de los Estados Unidos, quedando a discreción de los Estados respectivos el Nombramiento de

se ubica en el contexto de la polémica partidista de la época entre Jefferson y Hamilton acerca de la creación de un Banco Federal. Bernard Schwartz lo sintetiza así: Los Bancos de los Estados federados emitían papel-moneda. Esta facultad no estaba suficientemente restringida por las leyes de los Estados, por lo que los Bancos extendían normalmente mucho más papel del que autorizaban sus reservas, billetes que circulaban entre todos los Bancos, incluido el Banco de América. El Banco reaccionó a menudo negándose a aceptarlo. Ello motivó la contrarreacción de los Bancos de los Estados, que persuadieron a las asambleas legislativas para que promulgaran leyes restrictivas de las actividades de las sucursales del Banco Nacional. En concreto, el Estado de Maryland promulgó una ley por la que se sometían a imposición los billetes de la sucursal del Banco de América en Baltimore. Al negarse a pagar el impuesto, su cajero, J. W. McCulloch, fue demandado y condenado. Recurrió McCulloch en apelación ante el Tribunal Supremo, que revocó la sentencia, estableciendo los poderes implícitos de la Federación. El caso motivó la discusión de la propia posibilidad de existencia jurídica del Banco Federal, que no estaba expresamente recogida en la Constitución, pero que podía entenderse implícita dentro de las medidas necesarias y convenientes que, para el ejercicio de sus poderes, otorga el artículo I, 8,18 de la Constitución al Congreso y, por tanto, a la Federación¹⁹.

En el caso de *McCulloch vs. Maryland*, Marshall reflexionó sobre la naturaleza de una Constitución expresando literalmente que:

los Oficiales y la Autoridad para entrenar a la Milicia según la disciplina prescrita por el Congreso;

Para ejercer Legislación exclusiva, a todos los Efectos prácticos que pudieran presentarse, sobre un Distrito (que no exceda una superficie cuadrangular de diez Millas por lado) que, en virtud de la Cesión de algunos Estados en particular y con la Anuencia del Congreso, se convierta en la Sede del Gobierno de los Estados Unidos, y lo faculta para que ejerza dicha Autoridad sobre todos los Lugares que sean adquiridos con el Consentimiento de la Legislatura del Estado afectado, en los cuales se procederá a la Edificación de fuertes, Polvorines, Arsenales, Astilleros y todas las demás Construcciones que pudieran requerirse; y Para dictar las Leyes necesarias y apropiadas para el Ejercicio de los Poderes antes mencionados y todas las demás facultades que la presente Constitución confiere al Gobierno de los Estados Unidos o a cualquier Secretaria o Funcionario del mismo.

19 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 23. Puede verse también a SWISHER, Carl Brent: *El Desarrollo Constitucional de los Estados Unidos*. T.1, Traducción de Hugo Charny, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 91.

“... Una Constitución, si detallara con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, sería tan prolija como un código legal y no podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería entendida por la gente. Por tanto, su naturaleza requiere que únicamente se perfilen sus rasgos generales, que se designen sus grandes objetos, y que los componentes menores de estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los propios objetos. Que esta era la idea de los que elaboraron la Constitución estadounidense no se deduce sólo de la naturaleza del instrumento, sino también el lenguaje. ¿Por qué, si no, se introdujeron algunas de las limitaciones contenidas en la sección novena del primer artículo?. También está justificado, hasta cierto punto, por el hecho de que hayan omitido el uso de cualquier término restrictivo que pueda dificultar una interpretación justa y correcta. Así pues, al considerar este tema nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”²⁰.

En realidad, este fallo es uno de los más importantes de Marshall, pues el Tribunal por él presidido abogó una amplia interpretación de los poderes implícitos del Congreso y afirmó que la cláusula de supremacía era incompatible con un poder del Estado potencialmente destructivo de imponerse a instrumentos federales.

Otro caso famoso y que afirmó toda una posición doctrinaria, es el litigio entre *Cohens vs. Virginia*, cuyo marco situacional hay que ubicarlo y encuadrarlo dentro de la lucha que desde sus inicios mantuvo el Tribunal Supremo con los Tribunales de los Estados. “Lo que se cuestionaba, anota Bernard Schwartz, en esta lucha era la posibilidad misma de que el Tribunal Supremo revisara las sentencias de los Tribunales estatales que aplicaban el Derecho Federal, aunque no sólo se limitaba a las discrepancias entre los Tribunales, sino también entre todo tipo de autoridades federales y de los Estados miembros de la Unión. El propio *McCulloch vs. Maryland*, ya visto, es un reflejo claro de este enfrentamiento”²¹. Sin embargo, la lucha fue más crispante desde

20 WOLFE, Christopher: op. cit., p. 69, 77, 78.

21 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 23-24. Se cita aquí el Art. III y la Enmienda XI de la Constitución:

sus orígenes. En esta perspectiva, el primer caso del Tribunal Supremo, refiere Schwartz, no fue el célebre caso de *Marbury vs. Madison*, sino el

Artículo III

Sección 1. El Poder Judicial de los Estados Unidos será confiado a una Corte suprema y a los Tribunales menores cuya formación sea ordenada por el Congreso en distintas oportunidades. Los Jueces de la Corte Suprema y de los Tribunales menores desempeñarán su Cargo mientras observen buena Conducta y, a intervalos convenidos, recibirán Retribución por sus Servicios, la cual no podrá ser reducida durante su Cargo.

Sección 2. El Poder judicial se extenderá a todos los Casos de Derecho y Equidad que surjan bajo esta Constitución, a las Leyes de los Estados Unidos y a los Tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo su Autoridad; a todos los Casos que involucren a Embajadores, Cónsules y otros Ministros públicos; a todos los Casos de Almirantazgo y Jurisdicción marítima; a las Controversias en las que los Estados Unidos sean una de las Partes; a las Controversias entre dos o más Estados; (entre un Estado y los Ciudadanos de otro Estado;)* entre Ciudadanos de diferentes Estados, entre Ciudadanos del mismo Estado que reclaman Tierras bajo Concesiones de otros Estados, [y entre un Estado, o los Ciudadanos del mismo, y Estados extranjeros, Ciudadanos o Súbditos] (Modificado por lo Undécima Enmienda).

En todos los Casos en que estén involucrados Embajadores, Cónsules y otros Ministros públicos, y en aquéllos en que un Estado sea una de las Partes, la Corte suprema tendrá la Jurisdicción original. En todos los demás Casos mencionados, la Corte Suprema tendrá la Jurisdicción de apelación, tanto por Ley como de Hecho, con las Excepciones y bajo los Reglamentos que el Congreso estipule.

Todos los Delitos, salvo en los Casos de Impugnación, serán procesados por Jurado y el Juicio correspondiente se celebrará en el Estado donde los presuntos Delitos fueron cometidos; sin embargo, si no fueron cometidos dentro de un Estado determinado, el Juicio se celebrará en el Lugar o los Lugares que el Congreso haya designado conforme a la Ley.

Sección 3. La Traición a los Estados Unidos consistirá únicamente en hacerles la Guerra o aliarse a sus Enemigos, proporcionándoles Auxilio y Aliento. Ninguna Persona será convicta de Traición a menos que se cuente con el Testimonio de dos Testigos del mismo Acto flagrante o se presente la Confesión correspondiente a una Corte pública.

El Congreso estará Facultado para determinar el Castigo correspondiente a la Traición, pero la Muerte Civil por Traición no implicará la Corrupción de la Sangre, y el Decomiso prevalecerá sólo durante la Vida de la Persona que se hizo acreedora a la sanción.

Enmienda XI (La Undécima Enmienda fue ratificada el 7 de febrero de 1795).

No deberá interpretarse el poder Judicial de los Estados Unidos como un recurso que abarque litigio alguno de derecho o equidad, iniciado o instruido contra cualquiera de los Estados Unidos por Ciudadanos de otro Estado, o por Ciudadanos o Súbditos de cualquier Estado Extranjero.

Chisholm vs. Georgia, en que Chisholm y otros ciudadanos de Carolina del Sur interpusieron acción contra el Estado de Georgia por confiscaciones durante la revolución. El Tribunal Supremo, en 1793, sentenció que los ciudadanos de otros Estados podían demandar a un Estado en base al artículo III, 2 de la Constitución. La reacción de Georgia fue tal que su Asamblea promulgó una ley por la que se condenaría a muerte (en la horca) al Marshall federal o a cualquier otra persona que recurriera a los writs para acudir al Tribunal Supremo. Precisamente fue esta sentencia la que motivó la Enmienda 11 de la Constitución en 1794²² (ratificada en 1798). Virginia y Pennsylvania fueron los Estados que después se enfrentaron con más asiduidad.

En este caso de *Cohens*, Marshall sostuvo que el peligro de la interpretación defendida por Virginia (es decir, que las decisiones del tribunal estatal relativas a cuestiones federales no están sujetas a control del tribunal federal) también deben ser sometidas a especial consideración (Este peligro es que “postraría... al gobierno y las leyes a los pies de cada Estado en la Unión”). Literalmente Marshall sostuvo:

“No pretendemos decir que la jurisdicción de los tribunales de la Unión deba interpretarse como coextensiva con el legislativo, simplemente porque es conveniente que así sea; pero pretendemos decir que esta conveniencia nos proporciona un argumento para la interpretación de la Constitución que nunca debe pasarse por alto, y que ha de ser objeto de especial consideración cuando nos preguntamos si las palabras del instrumento que pretenden establecer este principio han de reducirse con objeto de destruirlo”²³.

Existe otro caso, *Gibbons vs. Ogden*, donde se presenta por vez primera el caso en el que se entabla judicialmente la llamada “cláusula de comercio”. Siguiendo aquí a Schwartz, se discutía la constitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York al amparo de la cual algunos concesionarios habían obtenido el monopolio del tráfico mediante buques de vapor en las aguas del Estado. La finalidad de la ley era la de fomentar el desarrollo del buque de vapor en un momento en que su futuro no parecía claro. En pocos años, el tráfico de vapor alcanzó

22 Ibídem, p. 24.

23 WOLFE, Christopher: op. cit., p.70-71.

gran éxito y motivó el enriquecimiento de los concesionarios, quienes intentaron extender el monopolio al tráfico por aguas que ponían en conexión el Estado de Nueva York con los restantes Estados. Estos reaccionaron con leyes restrictivas para los buques de vapor de otros Estados, empezando a producirse un caos en el comercio interestatal semejante al que existía antes de la promulgación de la Constitución. Gibbons, anota Bernard Schwartz²⁴, que tenía una concesión de la Federación para operar en el tráfico costero, pero no tenía autorización del monopolio de Nueva York, navegaba entre la ciudad de Nueva York y Elizabethown, en Nueva Jersey. Ogden, concesionario de Nueva York se opuso. El caso implicaba, pues, la necesidad de trazar una línea divisoria entre el poder de los Estados federados en sus asuntos internos y el de la Federación en el comercio interestatal. La sentencia se ocupa, en primer lugar, de incluir a la navegación dentro del término comercio del artículo I, 8, 3, de la Constitución. Aquí, Marshall define al comercio en sentido amplio, no sólo como tráfico, compra y venta, sino abarcando todas las formas de relación entre las naciones y partes de las naciones, incluyendo la navegación. “El comercio entre los distintos Estados no se detiene ante la línea fronteriza del Estado -es el comercio “entrelazado de” los Estados, que se extiende al interior-. La regulación del comercio es el poder de prescribir la norma por la que va a regirse el comercio, “que es” completa en sí misma, plenaria, limitada únicamente por prohibiciones constitucionales”²⁵. El fundamento de la sentencia reside, afirma Schwartz, en el reconocimiento expreso de la dejación de la soberanía por los Estados federados a la Federación en materias concretas, en este caso comercio interestatal. En último término, recurre por ello a la interpretación casi exclusivamente gramatical de la atribución de competencias en materia de comercio a la Federación. Con este razonamiento, se empezaba a delinear la cláusula de comercio que ha sido la que ha motivado el mayor centralismo del sistema norteamericano. Dicho en otras palabras: con esta sentencia, se ayudó a establecer el primer mercado común americano²⁶.

24 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 25.

25 WOLFE, Christopher: op. cit., p. 79-80.

26 SCHWARTZ, Bernard: op. cit., p. 25.

Otros casos similares de la cláusula de comercio resueltos por el Tribunal Marshall es el de *Wilson vs. Blackbird Creek*, *Brown vs. Maryland*; y en parte el de *New York City vs. Miln*²⁷.

Como se podrá apreciar, el Tribunal Marshall delineó, a través de singulares razonamientos jurídicos prácticos, diversos casos que fueron afirmando las grandes pautas hermenéuticas e interpretativas de la Constitución norteamericana de 1787. Entre la ubérrima cantidad de fallos, el proceso que entablara Marbury contra el Secretario de Estado Madison, en el régimen de Jefferson, es el que brilla con luz propia en el mundo cosmopolita del Derecho.

V. LA SENTENCIA DE MARBURY VS. MADISON Y LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

El gran marco del modelo norteamericano de jurisdicción constitucional con el que inaugura la célebre sentencia en comentario, reposa, sin lugar a dudas, en la Constitución norteamericana; y esta *Lex Superior*, como se sabe, no se limitó a enunciar derechos formales y a confiar que los poderes públicos los respetaran, sino que se elabora un marco garantista imprescindible el control judicial que debe afirmar la presencia de jueces neutrales e inamovibles, totalmente aislados del proceso político, con el poder y el deber de anular la actuación pública, a petición de cualquier ciudadano, si el magistrado reputa que aquélla viola los derechos fundamentales contenidos en la Carta Política²⁸.

Por otro lado, se debe destacar que originalmente en la Constitución norteamericana no se encontraba ninguna declaración de derechos y garantías individuales. Los constituyentes, más que el interés de determinar las facultades y la situación legal de los ciudadanos, tuvieron las preocupaciones de definir los derechos y los deberes del gobierno, considerando que la misma tradición histórica de América daba por sobreentendidos los derechos individuales²⁹. De acuerdo con su propósito de establecer a grandes rasgos la construcción de un poder

27 WOLFE, Christopher: op. cit., p. 80, 81, 82.

28 NEUBORNE, Burt: *El Papel de los Juristas y del Imperio de la ley en la sociedad americana*, Traducción de Montserrat Cuchillo Foix, Civitas, Madrid, 1995, p. 54.

29 SCHWARTZ, Bernard: *A Commentary on the Constitution of the U.S.*, T. I, New York, 1963.

enteramente nuevo, los constituyentes dejaron a un lado las cuestiones que no consideraban entonces como previstas de un carácter federal. "Se mostraron maravillosamente sagaces en las disposiciones que tomaron, dice James M. Beck, pero estuvieron aún mejor inspirados en la elección de los puntos que no debían ser reglamentados". Marshall, escribía en el mismo sentido lo siguiente:

"Si se hubiese prescrito los medios por los cuales el gobierno debería ejercer para siempre en el porvenir sus poderes, se hubiera modificado enteramente el carácter de la Constitución y se le hubiera atribuido la propiedad de un código legal. Se hubiese emprendido, así, una tarea equivocada al tratar de proveer mediante reglas inmutables a necesidades que, aún cuando hubiesen podido ser previstas, no se lo habrían sido sino confundidamente, y que era preferible enfrentar a medida que fueran surgiendo"³⁰.

Muchos hoy encuentran una mitología que arranca desde la sentencia de 1803 en la Corte Suprema americana cuyos casos son inacabables. En primer lugar, la *judicial review* técnicamente no se encuentra expresamente en la Constitución, sino propiamente usurpada; o al menos autoatribuida.

Con todo, el Tribunal Supremo es reverenciado y acatado como la representación más alta de la ideología americana, de la propia identidad nacional. Hay incluso toda una mitología religiosa al respecto, que considera a la Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el Marbel Palace, en el Palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad.

30 DE VEDIA Y MITRE, Mariano: *Historia General de las Ideas Políticas*. Vol. IX, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1946, p. 244-245.

VI. LA SINGULAR EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA CONSTITUCION NORTEAMERICANA QUE INAUGURA LA REVISION JUDICIAL EN MARBURY VS. MADISON: EL FEDERALISTA

Luego de concluidas las labores de la Convención Constituyente en Filadelfia, aparece una monumental obra analítica de la Constitución de 1787. Dicha obra es conocida como *El Federalista*³¹. Sus autores: Alejandro Hamilton, delegado a la Convención por el Estado de Nueva York, y Jaime Madison, por el de Virginia, contribuían con una de las obras más importantes de la Ciencia Política, a la que enfilaron sus baterías para interpretar la flamante Constitución. En realidad, estos autores fueron sus primeros exégetas; y si bien no constituye una exposición de motivos oficial, la autoridad de sus autores queda sin discusión puesto que dos de los autores habían participado en la Convención, terciando en los debates y escuchando las objeciones presentadas contra cada artículo, ya que habían salido de ellas con notas y

31 El *Federalista*, ha sido calificado como el gran depósito de la Ciencia Política. Si bien los autores perseguían un fin práctico de que el pueblo se adhiriera a la Constitución, no descuidaron las especulaciones filosóficas: aparecen las doctrinas que ilustran la Ciencia Política de la época: Hobbes, Locke y toda la elaboración política de Inglaterra en los siglos XVII y XVIII. Es quizá, Montesquieu quien mayor influencia ejerció. Vid MAYER, J.P.: *Trayectoria del Pensamiento Político*; 2ª. edición española, Fondo de Cultura Económica; México, 1961, p. 258.

En igual perspectiva se ubica James A. C. GRANT, quien acuñó por la década de los 60 en un famoso ensayo de que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es una contribución de las Américas a la Ciencia Política y precisa GRANT que: En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislación nacional es una contribución de las Américas a la Ciencia Política (Cfr. "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, N° 47, 1962, p. 419). No obstante esta aseveración, CAPPELLETTI en un extenso ensayo aclara que la seductora tesis de James Grant no es del todo correcta históricamente (p. 46). Sin embargo, el propio tratadista italiano reconoce que la revisión judicial de las leyes ha sido iniciado efectivamente por la Constitución Norteamericana de 1787 y por la valerosa jurisprudencia de Marshall Cfr.: CAPPELLETTI, Mauro: *La Justicia Constitucional (Estudio de Derecho Comparado)*: UNAM, México, 1987; p. 45-46.

memorias repletas precisamente de la clase de información necesaria para la tarea que emprendieron³².

Las teorías expuestas en *El Federalista*, aparecieron primero como artículos de polémica en diarios de Nueva York. Fueron 85 artículos escritos por Hamilton; 29 por Madison y 5 por Jay. Y, en realidad, fueron escritos con el objeto de defender la Constitución³³.

El planteamiento de Hamilton, Madison y Jay que sirviera de fundamento a Marshall, lo encontramos en el artículo de Hamilton³⁴ que aquí se transcribe *in extenso*:

“El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir brevemente las bases en que descansa.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud

32 MCMASTER: *Historia del Pueblo de los Estados Unidos*, Vol. I, p. 484; citado por Gustavo R. VELASCO, Prólogo a HAMILTON, Alexander; MADISON, James y John JAY: *El Federalista*; op. cit. p. x.

33 Véase a MOSCA, Gaetano: *Historia de las doctrinas políticas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941; traducción de la 3ª edición italiana por Luis Legas y Lacambra; GETTEL, Raymond G.: *Historia de las ideas políticas*; Vol. II, Traducida del inglés y prólogo de Teodoro González García; Labor S.A, Barcelona - Buenos Aires, 1930; p. 92-123. MAYER, J.P.: *Trayectoria del pensamiento político*, op. cit., ver específicamente pp. 258-303.

34 HAMILTON, Alexander; MADISON, James y John JAY: *El Federalista*, op. cit., pp. 332-333.

de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay; una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquélla que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

El ejercicio del arbitrio judicial, al decidir entre dos leyes contradictorias, se ilustra con un caso familiar. Sucede con frecuencia que coexisten dos leyes que se oponen en todo o en parte, ninguna de las cuales contiene una disposición o expresión derogatoria. En semejante caso les corresponde a los tribunales esclarecer y fijar su significado y su alcance. Si es

posible que una interpretación razonable las concuerde y armonice, la razón y el Derecho aconsejan de consuno que así se haga; pero si ello es impracticable, se impone la necesidad de aplicar una con exclusión de la otra. La regla que ha prevalecido en los tribunales para determinar la validez relativa de las leyes dispone que la última en tiempo sea preferida a la anterior. Pero se trata de una simple regla de interpretación, que no deriva de un precepto positivo, sino de la naturaleza de las cosas y de la razón. Esta regla no está impuesta a los tribunales por alguna disposición legislativa, sino que ha sido adoptada por ellos, considerándola conforme a la verdad y la utilidad, con el objeto de normar su conducta en su calidad de intérpretes de las leyes. Les pareció razonable que entre dos actos incompatibles de una autoridad igual gozase de primacía la que representaba la última irradiación de su voluntad”.

Este planteamiento fue también divulgado en América Latina por el brillante Alexis de Tocqueville³⁵ en su obra *La Democracia en América*. Tocqueville expresa que:

“Lo que más trabajo le cuesta comprender a un extranjero en los Estados Unidos es la organización judicial. No hay, por decirlo así, acontecimiento político en el que no oiga invocarla autoridad del juez, deduciendo de ello, naturalmente, que en los Estados Unidos el juez era una de las primeras fuerzas políticas...”.

El juez americano se parece en todo, pues, a los magistrados de otras naciones. Pero está revestido de un inmenso poder políti-

35 Tocqueville nació en 1805 y murió en 1854, logró un gran éxito con el trabajo publicado en parte en 1835 y parte en 1840 titulado *De la Democracia en América*. Tocqueville en realidad había ido en 1831 a los Estados Unidos para estudiar el sistema penitenciario y durante el año que permaneció allí tuvo tiempo para estudiar las instituciones y las costumbres públicas y privadas de aquel país en el que las corrientes democráticas se imponían cada vez más. A criterio de Gaetano Mosca, “Aun reconociendo en Tocqueville la cualidad de observador imparcial que generalmente le fue atribuida por sus contemporáneos, no puede negarse que su *Democracia en América* es hoy un libro que debe considerarse superado” (Cfr. *Historia de las Doctrinas Políticas*; op. cit., p. 210). No obstante, el libro de Tocqueville, expresó mayor influjo que su similar *El Federalista* en las flamantes repúblicas latinoamericanas, el mismo que se patentizó en los modelos de control judicial de leyes. Vid. Al respecto, FIX-ZAMUDIO, Héctor: *El Juicio de Amparo*; Porrúa, México, 1964; p. 211.

co. ¿Cuál es la razón?. El juez se mueve dentro del mismo círculo y se vale de los mismos medios que los otros jueces.

¿Por qué, pues posee un poder de que éstos carecen?. Este sólo hecho es la causa: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales.

Sé que este derecho ha sido a veces reclamado por los tribunales de otros países; pero jamás se les ha concedido. En América está reconocido por todos los poderes; no hay partido ni hombre siquiera, que se lo discuta”³⁶.

VII. MARSHALL: PIONERO DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACION JURÍDICA

Desde hace casi cuatro décadas, los científicos en el Derecho han observado que la práctica del Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. Pero ¿Qué significa argumentar jurídicamente? ¿Hasta qué punto se diferencia la argumentación jurídica de la argumentación ética, o de la argumentación política o, incluso, de la argumentación en la vida ordinaria? ¿Cómo se justifica razonablemente las decisiones jurídicas? ¿Cuál es el criterio de corrección de los argumentos jurídicos? ¿Suministra el Derecho una única respuesta correcta para cada caso? ¿Cuáles son, en definitiva, las razones *del* Derecho: no la razón de *ser* del Derecho, sino las razones jurídicas que sirven de justificación para una determinada decisión?³⁷

Estas y otras interrogantes más son las que a inicios de la década de los cincuenta empezaron a formularse. En rigor, hay consenso en afirmar que los modernos replanteamientos de la Teoría Jurídica curiosamente surgen a partir de los años cincuenta en las que confluyen los intentos hasta ahora más serios en responder a la problemática metodológica en el Derecho. En este marco situacional, surgen en el tapete de discusión el tema casi contemporáneo de la *retórica*, la *tópica*

36 TOCQUEVILLE, Alexis: *La Democracia en América*; 3ª. reimpresión, Traducción de Dolores Sánchez de Aleu, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 92 a 99.

37 ATIENZA, Manuel: *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 9.

y la *dialéctica*. Y la impresión aún más sorprendente es comprobar que no se da de autor a autor, sino de país en país. Así, mientras en Bélgica Perelman³⁸ recuperaba para el Derecho la retórica, en Alemania Viehweg³⁹ hace lo propio con la Tópica, y en Francia Michel Villey⁴⁰ se remitía a la Dialéctica antigua. A ello agregamos a otro no menos descollante germano: Robert Alexy⁴¹.

Sin embargo, existe, a nuestro criterio, un gran precedente en la literatura jurídica: John Marshall. La sentencia de *Marbury vs. Madison* constituye una gran pieza de razonamiento. En este caso, estamos específicamente ante un razonamiento práctico⁴².

Carlos S. Nino, ha sostenido que la sentencia de Marshall en *Marbury vs. Madison* pone de manifiesto una lógica en apariencia arrolladora que la denomina *la lógica de Marshall* y que se presenta quintaesenciado en lo siguiente:

Premisa 1: El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.

Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

38 PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L: *Tratado de la Argumentación Jurídica. La Nueva Retórica*, Traducción de Julio Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989; *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Traducción de L. Diez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979.

39 VIEHWEG, Theodor: *Tópica y Jurisprudencia*, Traducción de Luis Diez-Picazo, Prólogo de E. García de Enterría, Taurus, Madrid, 1969.

40 VILLEY, Michel: "Nouvelle Rhétorique et Droit Naturel", en VILLEY, M.: *Critique de la pensée juridique moderne (Douze autres essais)*, Dalloz, París, 1976.

41 ALEXY, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

42 Relacionado con la teoría del razonamiento jurídico y de la argumentación, el tipo de justificación que la coherencia narrativa trata de proporcionar al desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional como test de verdad o probabilidad en cuestiones de hecho o hechos en litigio para los que se carece de una prueba directamente deductiva mediante la observación, introducen materia de razonamiento práctico (Cfr. CALVO, José: *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Madrid-Barcelona, 1996; pp. 7-8).

Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, ésta segunda deja de ser una ley válida.

Premisa 5: La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.

Premisa 6: El Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial.

Este razonamiento jurídico, a criterio de Nino, parecería plenamente válido: si se reconoce la supremacía de la Constitución, de allí se sigue necesariamente el control judicial de constitucionalidad: los jueces no deben aplicar las normas contrarias a la Constitución⁴³. Sin embargo, Nino sostiene que dicha lógica no es tan sólida.

El hecho de que una norma, según Nino, no sea ley de acuerdo a lo establecido por la Constitución no quiere decir que ella no pueda ser obligatoria, de acuerdo tal vez a cláusulas tácitas, pero contingentes, de la misma Constitución. "Y así como Marshall admitiría que esto es el caso cuando la Corte Suprema, incorrectamente, la ha declarado constitucional o antes de que la haya declarado inconstitucional, esas cláusulas tácitas de la misma Constitución podrían establecer que los mismos jueces y la misma Corte están obligados a aplicar la ley en cuestión si ella no es derogada por el órgano que la dictó o declarada inconstitucional tal vez por otro órgano político"⁴⁴. Nino sigue en su crítica, cuestionando el razonamiento de la Sentencia de Marbury sosteniendo in extensu que: "Marshall replicaría que si una Constitución establece expresa o tácitamente la obligatoriedad para los jueces de una ley que la contradice se autodestruye como instrumento para limitar el gobierno y se autoconvierte en una ley ordinaria, puesto que admite

43 NINO, Carlos S.: "Los fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad"; en AA.VV.: *Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Madrid, 1991; p. 100.

44 NINO; op. cit., p. 106.

que puede ser modificada por quienes dictan leyes ordinarias. Pero eso confunde un problema lógico con un problema práctico. Lógicamente es concebible que una Constitución como la consuetudinaria inglesa o como ocurrió tradicionalmente en Francia limite al Parlamento imponiéndole la prohibición de dictar ciertas normas, aunque no haya otro órgano que esté autorizado a derogar o anularlas normas que infrinjan esa prohibición..."⁴⁵.

Concluye Nino sosteniendo que "no es cierto que un sistema no cuente con un control judicial de constitucionalidad sea una imposibilidad lógica o excluya la supremacía de la Constitución. Las premisas 4 y 5 del razonamiento de Marshall carecen de sustento, y, por lo tanto, lo mismo ocurre con la conclusión de su razonamiento. La facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos, que puede no darse aun cuando cuenten con una Constitución suprema"⁴⁶.

Con todo, Nino acepta que en el caso de *Marbury vs. Madison* respecto al control judicial de constitucionalidad, se evidencia otro tipo de razonamiento. Sostiene que: "Una norma jurídica sólo juega un rol justificatorio en el razonamiento práctico de los jueces y de otros actores sociales en la medida en que ella sea aceptada en virtud de la aceptación de un juicio moral que otorga legitimidad a cierta autoridad y de un juicio descriptivo de las prescripciones de esa autoridad"⁴⁷.

La consecuencia de este teorema es que un juez no puede justificar una decisión cualquiera sobre la base de una norma jurídica, como una ley del Congreso, si no fundamenta expresa o implícitamente la legitimidad de esa norma a la luz de ciertos principios morales. En consecuencia, si se concibe a la Constitución, bajo un concepto normativo, como la expresión de esos principios morales que otorgan legitimidad a la creación de normas jurídicas de niveles inferiores, se debe concluir "que los jueces no pueden sino ejercer permanentemente un control de constitucionalidad"⁴⁸.

45 Loc. cit., p. 107.

46 Ibídem.

47 Ibídem, pp. 110-111.

48 Ibídem, p. 111.

El razonamiento que plantea este destacado jurista argentino resulta, visto en la perspectiva actual, válido; empero la ubicación y el contexto histórico en que surge la sentencia de Marbury, resulta ser, ineludiblemente, la gran heurística jurídica de inaugurar el modelo del control constitucional de las leyes a través del Poder Judicial. En consecuencia, el fallo viene a ser a todas luces, una pieza de razonamiento que antecede a la actual teoría de la argumentación jurídica. Y es que Marshall no encontró más que una norma y, a partir de ella la Constitución afirmó un razonamiento práctico formidable. Marshall se encontró con un papel –la Constitución– y lo hizo poder. Se encontró con algo muerto y lo revistió de carne y hueso⁴⁹.

Se debe aclarar, por otro lado, que el preponderante rol de los magistrados americanos al momento de proteger los derechos fundamentales de las personas, no se van a valer expresamente de los valores fundamentales expresamente enmarcados en la Constitución⁵⁰. En efecto, el texto constitucional de los Estados Unidos no dice expresamente nada sobre el control judicial. Este control, en rigor y visto en perspectiva histórica, fue deducido implícitamente por el Juez John Marshall en la sentencia de Marbury.

En puridad, Marshall pergeña una sólida argumentación jurídica. Razonó que el Congreso le había otorgado las prerrogativas y facultades al Poder Judicial de resolver los conflictos sobre el significado y la aplicación de la ley. En consecuencia, los magistrados debían tener la facultad de decidir cuál era la ley aplicable.

Marshall llegó al razonamiento jurídico de que cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria, fruto de un poder constituido; y una Constitución, fruto de un poder constituyente, el juez debe preferir a la Constitución y desaplicar a la ley que acusa una manifiesta incompatibilidad con el comando mayor de la norma. En consecuencia, para que un juez americano tenga el poder de declarar inconstitucional una ley, el problema debe suscitarse en el curso de un proceso concreto (*case or controversy*) en la cual los litigantes afirmen sus pretensiones en

49 SCHWARTZ, Bernard: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*; op. cit., p. 22.

50 CLAVERO, Bartolomé: *Los Derechos y los Jueces*; Civitas, Madrid, 1988; pp.19-34; específicamente pp. 19-20.

conflicto, debiendo el Juez resolver la controversia identificando a la ley que debe resolver el caso.

La sentencia de Marshall en el caso de Marbury, hoy conocida también como el modelo de jurisdicción constitucional americana o difusa, ocurre, por otro lado, de acuerdo a las circunstancias del momento. Si atendiéramos a lo que precisa Fernández Sepúlveda, se podría abreviar la siguiente fórmula: iusnaturalismo puritano⁵¹, más Revolución, más independencia, más Constitución, más Derecho de creación judicial, igual a *judicial review*⁵².

En esta perspectiva, no se le puede quitar filo a la aguda reflexión de Marshall respecto a la sentencia de Marbury, pues tiene todos los elementos de un razonamiento que en la actualidad sigue siendo impecable, pese a los diversos cuestionamientos como el que formula Nino y diversos académicos más. No es una simple alegoría que el gran exégeta de la Constitución Norteamericana, Bernard Schwartz sin disputa, el primer administrativista norteamericano y, a la vez, el último gran comentarista de su Constitución diga de Marshall:

“Todavía resurge la admiración cada vez que contemplamos de nuevo la obra de Marshall. El carácter magistral de sus opiniones, que marchan con la cadencia justa hacia la inevitable conclusión, jamás ha sido igualado, ni mucho menos mejorado, a lo largo de la historia judicial. Conclusión, claridad, elocuencia... es el sello de Marshall que hizo irresistible sus opiniones al combinarse con lo que Edward S. Corwin ha llamado su ‘instinto del tigre por la yugular’, su rigurosa búsqueda de las consecuencias lógicas, su facilidad para plantear-resolver un caso, la ironía de su cuidado de lenguaje, la energía y el equilibrio de su estilo y el desarrollo in crescendo de su línea argumental. Son los suyos unos de los escasos textos jurídicos que pueden leerse y entenderse perfectamente, tanto por los juristas como por los profanos. Y todo ello procede de un

51 APARISI MIRALLES, Ángela: “Los Derechos Humanos en la Declaración de independencia Americana de 1776”; en *Derechos Humanos. Concepto. Fundamentos. Sujetos*, Jesús Ballesteros (Editor), Tecnos, Madrid, 1992, p. 224 y ss.

52 FERNANDEZ SEPÚLVEDA, Ángel: *Derecho Judicial y Justicia Constitucional*, op. cit. p. 73.

hombre que no había estudiado formalmente ni Derecho ni Literatura. Si no estuviéramos absolutamente seguros de los datos históricos, dudáramos de que un solo individuo hubiera podido escribir estas piezas maestras que proporcionaron el fundamento doctrinal de una gran nación, piezas maestras calificadas como tales por gente que además venera a este isabelino por su creación de uno de los mejores productos literarios de la lengua inglesa”⁵³.

VIII. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA JUDICIAL REVIEW A PARTIR DE LA SENTENCIA DE MARSHALL

La sentencia de Marbury vs. Madison de 1803, como se sabe, inicia formalmente el modelo de jurisdicción constitucional americano, en oposición al modelo europeo que se expresa en un órgano concentrado: el Tribunal Constitucional. Así, mientras el modelo kelseniano, austríaco o europeo es de carácter concentrado, en la medida en que existe un único órgano que ejerce jurisdicción constitucional; el modelo americano es de carácter *difuso*, en cuanto no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, pues cualquier juez, sin importar su jerarquía, puede resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. El modelo europeo es de carácter principal, toda vez que se plantea en vía de acción, a través de un juicio especial que es una acción de inconstitucionalidad de las leyes; en el modelo americano es de carácter *incidental*, porque los problemas de constitucionalidad no pueden plantearse en vía principal, sino en el seno de un proceso ordinario siempre y cuando las partes lo planteen, aunque también en algunos países adscritos al modelo americano, se plantea de oficio por el juzgador. En el modelo europeo los efectos de la sentencia es de carácter general o *erga omnes*; en el modelo americano, los efectos son de carácter especial y funciona para el caso concreto (*interpartes*). Esto, sin embargo, no siempre es así, pues llegado el caso, se puede presentar la situación del *stare decisis*. Veamos un poco más extenso este tema.

Normalmente, la revisión judicial se agota a casos concretos y tiene sólo efectos entre las partes en conflicto. Sin embargo, puede ocurrir que la decisión judicial sienta un precedente que resulte vin-

53 SCHWARTZ, Bernard: *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, op. cit. pp. 28-29.

culante para todos aquellos tribunales que, en el futuro, se enfrenten a situaciones similares o idénticas. Aquí no sólo funciona respecto al resultado de la decisión, sino también al razonamiento mismo. Así, la doctrina de *stare decisis* proyecta la decisión judicial inicial hacia el futuro, tanto en el tiempo como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean ampliaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso. Esta es una de las razones por las cuales los jueces americanos dedican tanto tiempo y energía a la descripción de su modo de razonar en sus elaboradas resoluciones judiciales. El propio razonamiento es una limitación significativa y una clave para la adopción de futuras posiciones judiciales. Sin duda alguna, la clave del éxito de la magistratura americana en los casos constitucionales, es el carácter vinculante de *stare decisis*, y el consiguiente proceso de búsqueda en casos pretéritos de un principio duradero que marque el camino hacia el futuro⁵⁴. Por cierto, debe quedar aclarado que no siempre el juez americano debe encarrilar su razonamiento al precedente judicial. En rigor, *stare decisis* es solamente un regla de decisión presumible. Los jueces americanos, en todo caso, pueden modificar- como así ocurre- el precedente anterior.

Por otro lado; y siguiendo aquí a Karl W. Deutsch, la sentencia que inaugurara Marshall; esto es, la facultad del poder judicial de determinar la constitucionalidad o no de la legislación y de los actos del ejecutivo, presentan en la actualidad cinco consecuencias principales. Primera, los tribunales deciden pacíficamente muchos conflictos políticos serios. Segunda, constituyen uno de los principales instrumentos de equilibrio en el sistema político estadounidense, al limitar el poder de las otras ramas del gobierno y al proteger a los individuos y a las minorías. Tercera, a menudo vuelven más lento el cambio, hasta que resulte aceptable para una gran mayoría del pueblo. Cuarta, en ocasiones, aceleran el cambio o imponen cambios inmediatos cuando fallan las otras ramas del gobierno. Quinta, los tribunales ofrecen en todos estos sentidos un canal de comunicación adicional entre el pueblo y

54 NEUBORNE, Burt: *El papel de los Juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, op. cit., p. 57-58.

gobierno, y un circuito de retroalimentación de largo plazo que le permite al sistema político dirigirse solo⁵⁵.

IX. EPÍLOGO

A más de 200 años de la famosa sentencia dictada en el caso *Marbury vs. Madison*, esto es, a más de 200 años de inaugurado el sistema de revisión judicial de las leyes en Estados Unidos, la evolución de esta potestad jurisdiccional, base no sólo del sistema jurídico norteamericano, sino también de su propio sistema político⁵⁶, ha sido muy amplia y el control de los jueces sobre la política ha abarcado materias muy diversas que van desde el comercio hasta el polémico tema del aborto. Del mismo modo, el carácter de dicho control también ha sufrido muchos cambios, que van desde iniciales épocas de acentuada restricción como en la era *Lochner*, donde la Corte Suprema y los jueces eran más bien permisivos a las medidas dictadas por el Congreso y el Gobierno, hasta momentos de gran activismo judicial como en la época del no menos famoso *Chief Justice* Earl Warren.

Con todo, haciendo un breve recuento y siguiendo aquí a Robert S. Barker⁵⁷, podemos quintaesenciar dicha evolución a través de las siguientes tendencias:

- 1) Entre 1940 y 1980, la Corte Suprema desarrolló con gran amplitud los derechos y garantías de los acusados, siguiendo una tendencia favorable a proteger de modo fuerte a éstos frente a leyes y reglamentos que los limitasen.

55 DEUTSCH, Karl W.: *Política y Gobierno*, Traducción de E.L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 326-327.

56 La Constitución americana es la última y suprema expresión de la ideología de la Revolución Americana. Como tal, en los dos siglos de su existencia se ha convertido en objeto de un escrutinio y comentario mas elaborado y detallado del que se le haya dado a ningún otro documento excepto la Biblia "Vid. a: BAILYN, Bernard: *Los orígenes ideológicos de la Revolución Norteamericana*, antecede un enjundioso Estudio Preliminar de Víctor Méndez Baiges, traducida de Alberto Vanasco, la cita la tomamos del Postscriptum del mismo Bernard Bailyn, Tecnos, Madrid; 2012 (nota a marzo de 2013).

57 BARKER, Robert: *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Grijley - Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, pp. 60-65.

- 2) Por otro lado, a partir del famoso caso *Brown vs. Board of Education*, en 1954, la Corte tomó una postura muy marcada a favor de los derechos civiles y políticos, enfocado con gran fuerza en la superación de toda forma de discriminación, en especial la que históricamente había generado la segregación racial. En este contexto, afirmó con mucha fuerza la implementación de medidas afirmativas y toda aquella medida que facilitase la mentada igualdad, por ejemplo en el tema de la reforma de los distritos electorales.
- 3) En tercer lugar, la Suprema Corte interpretó la cláusula de interdicción de establecimiento de una religión o libertad religiosa, en sentido favorable a la laicidad del Estado, declarando inconstitucionales disposiciones que establecían ayuda gubernamental a determinado credo.
- 4) Una tendencia destacada en la Corte también ha sido la interpretación rígida del principio de separación de poderes, restringiendo la asunción de poderes por parte de alguna autoridad estatal cuando invadía la competencia de otra. Así, en 1986, por ejemplo, declaró inconstitucional una sección de una ley que otorgaba poderes al Contralor General, agente del Congreso, para decidir cuestiones presupuestales, inicialmente de competencia del Ejecutivo.
- 5) Otra decisión trascendental en el curso de la evolución de los derechos fundamentales en Estados Unidos fue el caso *Griswold vs. Connecticut*, donde la Corte derivó de una serie de disposiciones constitucionales, el derecho a la intimidad o lo que se ha conocido como *privacy*, que llevó a tomar otras decisiones tan importantes como la permisión del aborto en el caso *Roe vs. Wade*.
- 6) Finalmente, en el paroxismo del activismo judicial, no solo la Corte Suprema sino muchos jueces federales han llevado a cabo un control constitucional no sólo de leyes o actos de las autoridades estatales, sino también de omisiones consideradas inconstitucionales, ordenando en consecuencia, acciones positivas a favor de la protección de derechos fundamentales. Así, con el objeto de poner fin a la segregación racial se ha ordenado

la construcción de escuelas, con el fin de asegurar mejores condiciones de vida a los presos se ha dispuesto también la edificación de más cárceles; todo ello a través de decisiones judiciales, muy criticadas a su vez por resultar muchas veces invasivas de competencias legislativas o ejecutivas, aún cuando altamente satisfactorias de los derechos fundamentales.

ANEXO:

**SENTENCIA EN EL CASO MARBURY CONTRA MADISON,
SEGÚN PROYECTO DEL PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE
DE LOS ESTADOS UNIDOS, JOHN MARSHALL⁵⁸**

En la sesión anterior, con vista de promociones que fueron presentadas al Secretario y leídas por él, se dictó un acuerdo en este caso, requiriendo al Secretario de Estado para que expresara las razones por las cuales no procede una orden de *mandamus*, que le ordenara a entregar a William Marbury su nombramiento como Juez de Paz al Condado de Washington, en el Distrito de Columbia.

Ninguna razón ha sido expresada, y la promoción bajo consideración es una petición de *mandamus*. Lo muy delicado del presente caso, la novedad de algunas de sus circunstancias y la verdadera dificultad que rodea a los puntos que en él se sostienen, requiere una exposición completa de los principios sobre los cuales se basa esta Sentencia de la Corte.

Estos principios han sido muy hábilmente expuestos en estrados por el peticionario. Al expresar la Corte su parecer, habrá algunos cambios de forma, aunque no de fondo, de los puntos señalados en dicha exposición.

En el orden en que esta Corte ha estudiado el caso, las siguientes cuestiones han sido consideradas y resueltas:

- 1o. ¿Tiene el promovente derecho al nombramiento que solicita?

⁵⁸ Versión tomada del libro de GONZÁLES OROPEZA, Manuel: *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 109 y ss.

- 2o. Si tiene tal derecho y ese derecho le ha sido negado, ¿las leyes de su país le ofrecen un remedio?
- 3o. Si le ofrecen tal remedio, ¿ese remedio es un *mandamus* que expida esta Corte?

El primer objeto de nuestro estudio es: ¿tiene el promovente derecho al nombramiento que solicita?

Su derecho emana de una Ley del Congreso, expedida en febrero de 1801, con relación al Distrito de Columbia.

Después de dividir al Distrito en dos Condados, el artículo 11 de esta Ley ordena que “se nombraran dentro de cada Condado, un número de personas de discreción, para que sean Jueces de Paz, número que deberá ser fijado de vez en cuando por el Presidente de los Estados Unidos, según él estime útil, y quienes han de permanecer en sus puestos por un periodo de cinco años”.

Aparece de las declaraciones juramentadas, que en cumplimiento de esta Ley, se firmó, por John Adams, entonces Presidente de los Estados Unidos, el nombramiento en favor de William Marbury como Juez de Paz para el Condado de Washington; después de lo cual se fijó a dicho nombramiento el sello de los Estados Unidos; pero tal nombramiento nunca se entregó a la persona en favor de quien fue expedido.

Para dictaminar si tiene derecho a este documento, es necesario averiguar si verdaderamente ha sido nombrado para el puesto. Pues si se considera nombrado, la ley ordena que siga en funciones durante cinco años y tiene derecho a poseer las pruebas de su derecho al puesto, las cuales, desde que quedan perfeccionadas, se convierten en bienes de su propiedad.

La fracción II del artículo 2o. de la Constitución declara que: “El Presidente postulará, y previo Consejo y consentimiento del Senado, nombrará Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules y todos los demás empleados de los Estados Unidos, cuyos nombramientos no estén sujetos a reglas especiales”.

La fracción III ordena que el Presidente “extenderá los nombramientos de todos los empleados de los Estados Unidos”.

Una Ley del Congreso ordena al Secretario de Estado que “guarde el sello de los Estados Unidos; que redacte, registre y fije dicho sello a todos los nombramientos de empleados de los Estados Unidos, que sean nombrados por el Presidente con consentimiento del Senado o por el Presidente solo; estipulándose que dicho sello no se fijará a ningún nombramiento antes de que éste no haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos”.

Éstos son los preceptos de la Constitución y de las Leyes de los Estados Unidos que afectan a este aspecto del asunto. Aparentemente prevén tres actos distintos:

- 1o. La postulación. Éste es un acto exclusivo del Presidente y completamente voluntario para él.
- 2o. El nombramiento. Éste también es un acto del Presidente y también es un acto de su voluntad, pero no puede ejecutarse sin el consejo y consentimiento del Senado.
- 3o. El nombramiento escrito. El extender un nombramiento escrito a la persona nombrada podría, quizá, estimarse como una obligación impuesta por la Constitución. “Deberá – dice dicha Ley – extender los nombramientos de los empleados de los Estados Unidos”.

Este acto de nombrar a un puesto y de extender el nombramiento a la persona nombrada, no puede considerarse como un solo acto; pues la potestad para ejecutarlos se da en dos preceptos distintos de la Constitución. La distinción entre el nombramiento y el documento que lo acredita, se hace más clara al estudiar las palabras de la fracción II del artículo 2o. de la Constitución, que autorizan al Congreso “para otorgar mediante leyes, el derecho de nombrar a los empleados inferiores que juzgue conveniente, en manos del Presidente, de los Tribunales y de los Jefes de Departamento”; así previendo los casos en que la Ley puede ordenar al Presidente que expida el nombramiento de un empleado nombrado por los Tribunales o por los Jefes de Departamento. En tales casos, el expedir el nombramiento es patentemente un deber distinto del acto de nombrar, cuya ejecución quizás no podría ser legalmente exigible.

Aunque la cláusula de la Constitución que ordena al Presidente a extender los nombramientos de los empleados de los Estados Unidos

nunca haya sido aplicada a empleados nombrados por personas otras que el Presidente mismo, sin embargo, sería muy difícil negar al Poder Legislativo el derecho de imponer tal obligación. En consecuencia, la distinción constitucional entre el nombramiento de un puesto y el documento que acredita que un empleado ha sido nombrado, sigue existiendo como si en la práctica el Presidente hubiera extendido los nombramientos a empleados nombrados por una autoridad distinta que la suya propia.

Es consecuencia, también de la existencia de esta distinción, que si un nombramiento ha de ser comprobado por un documento público distinto del expedido por el Presidente, el otorgamiento mismo de ese documento daría su carácter de tal al funcionario; y si éste no fuere de los que el Presidente puede remover libremente, tal documento le daría derecho a su nombramiento escrito o lo habilitaría para desempeñar sus funciones aun sin él.

Estas observaciones se hacen únicamente con objeto de hacer más inteligible las consideraciones que son más directamente aplicables al caso particular bajo consideración.

Éste es un nombramiento hecho por el Presidente con el consejo y consentimiento del Senado y no está comprobado por ningún otro documento que aquel en que se hace constar el nombramiento mismo. En tal caso se ve que el nombramiento por escrito y el acto de nombrar aparecen inseparables; siendo casi imposible comprobar el hecho del nombramiento en forma distinta que mediante la comprobación de la existencia del nombramiento escrito. Sin embargo, el nombramiento escrito no es el nombramiento mismo, aunque es prueba plena de él. Pero, ¿en qué momento llega a constituirse esta prueba plena? La contestación a esta pregunta aparece patente. El acto mismo del nombramiento, siendo un acto del Presidente, queda plenamente comprobado cuando se demuestra que ha hecho todo aquello que debió haber sido ejecutado por él.

El último acto que debería hacer el Presidente es la firma del consentimiento escrito. Entonces es cuando ya ha obrado bajo el consejo y con el consentimiento del Senado después de la postulación.

El momento de deliberación ha pasado. El Presidente ya ha decidido. Su juicio, una vez que el consejo y el consentimiento del Senado

han aprobado a su candidato, ha sido rendido y el empleado ya está nombrado. Este nombramiento queda patentizado por un acto abierto e inequívoco, y siendo éste el último acto que se requiere de la persona que hace el nombramiento, necesariamente excluye la idea de que dicho nombramiento sea un negocio aun no terminado.

Tiene que haber un punto en el tiempo que marque el momento en que el poder del Ejecutivo sobre un empleado que no puede remover a su arbitrio cese. Este momento tiene que ser aquel en que el poder ha sido ejercitado. Y este poder ha sido ejercitado cuando el último acto que se requiere de la persona que tiene el poder, ha sido ejecutado. Este último acto es la firma del nombramiento escrito. Esta idea parece haber prevalecido en el Congreso, cuando aprobó el decreto que convirtió al Departamento de Asuntos Exteriores, en Departamento de Estado. Mediante ese Decreto se estableció que el Secretario de Estado guardará el sello de los Estados Unidos, "y redactará y registrará y fijará dicho sello a todos los nombramientos de empleados civiles de los Estados Unidos nombrados por el Presidente"; "Se ordena que dicho sello no se fijará a ningún nombramiento, antes de que éste haya sido firmado por el Presidente de los Estados Unidos; ni se fijará en ningún otro instrumento o documento sin una orden expresa del Presidente para ello".

La firma es la orden expresa para la fijación del gran sello al nombramiento escrito; y el gran sello sólo se le fija a un documento que ya esté completo. Da fe, por un acto que se supone que es de notoriedad pública, de la autenticidad de la firma presidencial.

Nunca deberá ser fijado a un nombramiento que no esté firmado, porque la firma que da fuerza y efecto legal al nombramiento escrito es la prueba contundente de que el nombramiento ha sido hecho.

La obligación inmediata del Secretario de Estado queda fijada por la ley y no puede ser derogada por el arbitrio del Presidente. El Secretario debe fijar el sello de los Estados Unidos al nombramiento escrito y lo debe registrar. Éste no es un procedimiento que pueda variarse a juicio del ejecutivo, si no que es un acontecimiento preciso, establecido por la ley en forma indubitable y que debe ser cumplido estrictamente. Es deber del Secretario de Estado ajustarse a la ley y a este respecto es un

empleado de los Estados Unidos obligado a obedecer a las leyes. Obra, en este respecto, como muy propiamente se ha dicho en los estrados, bajo la autoridad de la ley y no por instrucciones del Presidente. Éste es un acto ministerial que la ley ordena a determinado funcionario público, con una finalidad determinada.

Si se supusiera que la solemnidad de la fijación del sello es necesaria no sólo para la validez del nombramiento escrito, sino para completar el hecho del nombramiento mismo, aun entonces, cuando el sello se fija, el nombramiento está hecho y el nombramiento escrito es válido. Ninguna otra solemnidad se requiere por la ley; ningún otro acto debe ser ejecutado por parte del Gobierno. Todo lo que el Ejecutivo puede hacer para investir a la persona con su puesto ha sido hecho. Y si para entonces no ha quedado perfecto el nombramiento, nunca podrá llegar el Ejecutivo a nombrar a nadie.

Después de una búsqueda minuciosa de principios sobre los cuales se podría basar una opinión en contrario, no se ha encontrado ninguno que aparezca de suficiente validez para sostener una doctrina opuesta.

Todos aquellos que la imaginación de la Corte pudo sugerir, han sido examinados puntualmente y después de permitirles todo el peso que aparece posible darles, no han logrado alterar la opinión formada.

Al considerar esta cuestión se ha hecho la conjetura de que el nombramiento escrito puede asemejarse a un título de propiedad raíz, para la validez del cual el acto de entrega es esencial (Principio del *Common Law*). Esta idea se funda en la suposición de que el nombramiento escrito no es únicamente prueba de la existencia del nombramiento mismo; una suposición que no es del todo incuestionable. Pero para examinar esta objeción equitativamente concedamos que el principio en que se basa para sostenerla ha quedado establecido.

Ya que el nombramiento, según la Constitución, ha de ser hecho por el Presidente, personalmente, entonces la entrega de la escritura de nombramiento, si ésta es necesaria para que el nombramiento quede completo, también tiene que ser hecha por el Presidente. No es necesario que la entrega del documento se haga personalmente al nombrado para el puesto; nunca se hace así. La ley, al parecer, supo-

ne que la entrega del documento se haga personalmente al nombrado para el puesto; nunca se hace así. La ley, al parecer, supone que la entrega se hará al Secretario de Estado, pues ordena a éste que fije el sello al nombramiento escrito después de que ha sido firmado por el Presidente. Si, pues, el acto de entrega es necesario para darle validez al nombramiento escrito, éste ha sido entregado cuando se ha firmado y se ha entregado al Secretario para su sello, registro y envío a la persona interesada.

Pero en todos los casos la ley requiere ciertas solemnidades que son prueba de la validez del instrumento. Una entrega formal a la persona no está entre tales solemnidades. En el caso de nombramientos, la firma autógrafa del Presidente y el sello de los Estados Unidos constituyen esas solemnidades. La objeción bajo estudio no afecta, pues, al caso.

También se nos ha ocurrido como posible, aunque muy poco posible, que la entrega del nombramiento escrito y la aceptación del mismo puede estimarse necesaria para completar los derechos del actor en este caso.

La entrega del nombramiento escrito es una práctica derivada de la conveniencia, mas no fundada en la ley. No puede, pues, ser parte esencial del nombramiento, el cual tiene que ser su antecedente y es un acto exclusivo del Presidente. Si el Ejecutivo insistiere en que toda persona

nombrada para un puesto público tuviere que gestionar la expedición de su nombramiento escrito, el nombramiento no dejaría de ser válido por esa razón. El nombramiento es un acto exclusivo del Presidente; la entrega del nombramiento escrito es un acto de aquel empleado a quien dicha obligación ha sido asignada y puede ser acelerada o retardada por circunstancias que no pueden tener nada que ver con el nombramiento mismo. Un nombramiento escrito se le entrega a una persona que ya ha sido nombrada y nunca a una persona que puede llegar a ser nombrada o no, pues si el nombramiento escrito se depositara en el correo, podría llegarle o perderse.

Podría ser útil para la claridad de este punto, el preguntarse si la posesión del nombramiento escrito original es indispensablemente necesaria para autorizar a una persona nombrada a un puesto públi-

co, para que ejecute las labores de su puesto. Si fuere necesaria, entonces la pérdida del nombramiento escrito equivaldría a la pérdida del puesto. No sólo por negligencia, sino por accidente o por fraude, por incendio o por robo, se podría privar a una persona de su puesto público. En un caso de esta naturaleza yo creo que no puede dudarse que una copia del registro expedida por el Secretario de Estado sería desde cualquier punto de vista igual al original. El decreto del Congreso lo estableció así expresamente. Para darle a esa copia validez, no sería necesario comprobar que el original había sido entregado y después perdido. La copia sería prueba plena de que el original había existido y de que el nombramiento se había hecho, pero no de que el nombramiento escrito original se hubiere entregado al nombrado. Aún más, si apareciese que el original se hubiere traspapelado en la oficina del Departamento de Estado, esa circunstancia no operaría sobre la validez de la copia. Cuando todos los requisitos, que autorizan a un empleado registrador a registrar un documento de cualquier naturaleza, han sido cumplidos y cuando se ha expedido la orden con ese fin, el instrumento, de acuerdo con la ley, se considera como registrado, aun si la labor manual de su inscripción en un libro que se guarda para ese efecto no se hubiese hecho.

En el caso de nombramientos escritos, la ley ordena que el Secretario de Estado los registre. Así, pues, cuando quedan firmados y sellados, la orden de que se registre ya fue dada, e insértese o no en el libro, legalmente ha quedado hecho el registro.

Una copia de este registro se declara igual al original y los derechos que debe pagar la persona que solicita la copia, están fijados por la ley. ¿Puede acaso el encargado de un registro público borrar de él un nombramiento que ha sido registrado? o ¿puede rehusar una copia a la persona que la pide, fundando su petición en ley? Una copia de esta naturaleza, al igual que el original, autorizaría al Juez de Paz para proceder al cumplimiento de sus deberes, puesto que al igual que el original, daría fe de su nombramiento.

Si la transmisión del nombramiento escrito no se considera necesaria para darle validez al nombramiento, mucho menos puede considerarse necesaria la aceptación. El nombramiento es un acto exclusivo del Presidente; la aceptación es un acto exclusivo del empleado y el sentido común indica que tiene que ser posterior al do-

cumento. Como puede renunciar, puede rehusarse a aceptar; pero ni la renuncia ni el hecho de rehusarse a aceptar son capaces de hacer inexistente el nombramiento.

Que el Gobierno entienda así las cosas es aparente, por su conducta misma.

Un nombramiento escrito tiene fecha y el sueldo del empleado comienza desde el momento de su nombramiento, no desde el momento en que se le haga entrega o en el que él haya aceptado el nombramiento escrito. Cuando una persona nombrada para un puesto se rehúsa a aceptarlo, se designa un sucesor en lugar de la persona que se rehusó a aceptar y no en lugar de la persona que desempeñaba con anterioridad el puesto y que creó la vacante original.

Así pues, es decididamente la opinión de esta Corte, que cuando un nombramiento escrito ha sido firmado por el Presidente, el nombramiento ha quedado perfeccionado; y que el nombramiento escrito es perfecto cuando el sello de los Estados Unidos queda fijado al documento por el Secretario de Estado.

Cuando un empleado puede ser removido al arbitrio del Ejecutivo, el hecho de que su nombramiento quede perfeccionado no tiene importancia, pues el acto es revocable en cualquier tiempo, y el nombramiento escrito puede ser detenido si todavía está en la oficina. Pero cuando el empleado no es removible al arbitrio del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable y no puede ser anulado. Ha conferido derechos legales que no pueden ser retirados. La discreción del Ejecutivo se ejercita hasta el momento en que se hace el nombramiento; pero una vez hecho el nombramiento, su poder con relación al puesto ha terminado en todos los casos en que, por ley, el empleado no es removible a su arbitrio. El derecho al puesto desde entonces pertenece a la persona nombrada y él mantiene el poder absoluto e incondicional de aceptarlo o de rehusarlo.

El señor Marbury, pues, desde que su nombramiento fue firmado por el Presidente y sellado por el Secretario de Estado, quedó nombrado; y como la ley que creó el puesto le da al empleado el derecho a permanecer en funciones durante cinco años, independientemente del Ejecutivo, el nombramiento no es revocable, sino que dio derechos legales al empleado, que están protegidos por la ley de su país.

El retener su nombramiento escrito es, pues, un acto que esta Corte estima que no está fundado en la ley, sino que es violatorio de derechos legales adquiridos.

Esto nos trae a la segunda pregunta que es: si tiene tal derecho y ese derecho ha sido violado, ¿las leyes de su país le ofrecen un remedio?

La quintaesencia de la libertad civil de seguro consiste en el derecho de todo individuo a reclamar la protección de las leyes siempre que recibe una injuria. Uno de los deberes primordiales del gobierno es el otorgarle tal protección. En la Gran Bretaña el Rey mismo es demandado en forma respetuosa de una *petition*, y nunca deja de cumplir con la sentencia del tribunal.

En el tomo III de sus "Comentarios" (p. 23), Blackstone cita dos casos en que se da el recurso "ipso jure".

"En todos los otros casos", dice, "es regla general e indisputable que donde quiera que hay un derecho legal también hay defensa de ese derecho mediante juicio o acción siempre que el derecho es invadido".

Y posteriormente, en la página 109 del mismo tomo, dice: "Entro en la consideración de cuáles son las injurias que dan acción ante los tribunales del *Common Law*. Y en esto, por lo pronto, sólo apuntaré que toda clase de injurias posibles, que no caen dentro de la jurisdicción exclusiva de los tribunales eclesiásticos, militares o marítimos, queda, por esa misma razón, dentro de la jurisdicción de los tribunales de justicia del *Common Law*, pues es un principio fijo e invariable de las leyes de Inglaterra que todo derecho, cuando se veja, tiene que tener un recurso y que toda injuria debe tener su remedio".

Al Gobierno de los Estados Unidos se le ha llamado enfáticamente un Gobierno de derecho y no un gobierno de hombres. Indudablemente dejaría de merecer este alto calificativo si las leyes no otorgaran un remedio contra la violación de todo derecho legal adquirido.

Si este baldón ha de ser arrojado sobre la jurisprudencia de nuestra patria, tendría necesariamente que surgir de una característica peculiar del caso.

Nos es pues necesario indagar si en el caso a estudio hay algún ingrediente que dé motivo a eximirlo de que sea investigado judicialmente, o que prive a la parte dañada del remedio legal. Al perseguir esta investigación, la primera cuestión que se presenta es la de si este caso puede ser clasificado entre aquellos que caen bajo la descripción de *Damnum absque injuria*, de un juicio sin violación de ley. Esta clase de casos nunca se ha considerado que incluya puestos de confianza, de honra ni de provecho. El puesto de juez de paz en el Distrito de Columbia es un puesto de esta naturaleza; es pues digno de la protección y de la vigilancia de las leyes; ha recibido atención y vigilancia; Ha sido creado por una ley del Congreso y su desempeño ha sido asegurado, en tanto cuanto las leyes puedan dar seguridad a la persona nombrada para desempeñarlo por un término de cinco años. No es pues por falta de valor de la cosa que se persigue, que la persona injuriada en este caso pueda decirse que queda sin recurso legal.

¿Estará en la naturaleza del acto la razón por la cual se puede negar el remedio? ¿Acaso el hecho de entregar o no entregar el nombramiento escrito debe ser considerado como un acto de política que pertenezca exclusivamente al Ejecutivo y para el cumplimiento del cual plena confianza ha sido otorgada por nuestra Constitución en el Jefe del Ejecutivo, con relación a su incumplimiento el perjudicado no tiene recurso? Que existan casos de esta naturaleza no está sujeto a dudas, pero que todo acto o deber que debe ser cumplido por cualquiera de los grandes Departamentos del Gobierno está revestido de esta naturaleza, no puede ser admitido.

Conforme a la ley sobre inválidos, aprobada en julio de 1794 (tomo III, p. 112), al Secretario de Guerra se le ordena que ponga en la lista de pensiones a todas las personas cuyos nombres se encuentran incluidos en una lista que con anterioridad fue presentada por dicho funcionario al Congreso.

Si se rehusare a cumplir ¿quedaría sin recurso el veterano mutilado? ¿Se va a sostener que cuando la ley en términos precisos ordena la ejecución de un acto en que un individuo está interesado, la misma ley es incapaz de asegurar la obediencia a su propio mandato? ¿Acaso se debe esto al puesto que desempeña la persona contra la cual se endereza la queja? ¿Se va a sostener que los Jefes de Departamento quedan fuera de las leyes de su propio país? Cualquiera que haya sido

la práctica en casos especiales, en teoría este principio nunca podrá ser sostenido. Ninguna Ley del Congreso confiere privilegio tan extraordinario ni podrá encontrarse su base en las doctrinas del *Common Law*. Después de afirmar que la injuria personal cometida por el Rey contra un sujeto se presume imposible, Blackstone (tomo III, p. 275) dice: "Pero las injurias a los derechos de propiedad son casi imposibles que puedan ser cometidas por la Corona sin la intervención de sus funcionarios, con relación a quienes la ley, en materia de derecho, no tiene ningún respeto ni delicadeza, sino que más bien al contrario, otorga varias medidas para esclarecer los errores y los incumplimientos de deberes de aquellas personas por conducto de las cuales el Rey ha sido engañado o inducido a cometer una injuria transitoria".

Por Ley aprobada en 1796, que autoriza la venta de los terrenos situados arriba de la desembocadura del río Kentucky (tomo III, p. 299), el comprador, mediante el pago del precio, adquiere pleno dominio sobre la propiedad comprada y con mostrarle al Secretario de Estado el recibo del Tesoro y conseguida la certificación de aquél, según lo requiere la ley, se autoriza al Presidente de los Estados Unidos a que le extienda su título. Además se prevé que todos los títulos llevarán la contrafirma del Secretario de Estado y se registrarán en su oficina. Si el Secretario de Estado se negare a entregar este título, o si dicho título llegare a perderse, ¿el Secretario podría rehusarse a expedir una copia de él? ¿Puede imaginarse que la ley no da recurso a la parte perjudicada? No creemos que haya persona alguna que pudiera sostener tal absurdo. Se sigue, pues, que la cuestión de si la legalidad de un acto del titular de una Secretaría puede ser motivo de controversia ante los tribunales o no, tiene que resolverse siempre según la naturaleza del acto. Si algunos actos pueden ser revisados por los Tribunales y otros no, tiene que haber alguna regla de derecho que guíe al Tribunal en el ejercicio de su jurisdicción. En algunos casos, puede haber dificultad al aplicar una regla al caso particular, pero no se crea que se tropieza con grandes dificultades para establecer la regla.

Según la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente queda investigado con ciertos poderes políticos de importancia, en el ejercicio de los cuales ha de usar su propia conciencia. Para auxiliarle en el cumplimiento de estos deberes, se le ha autorizado que nombre ciertos funcionarios que obren bajo su autoridad y conforme a sus instrucciones.

En tales casos, los actos de ellos son actos de él, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre el modo que se ha utilizado la discreción ejecutiva, no existe ni puede existir poder alguno que controle tal discreción. Los objetos de ella son políticos. Se refieren a la nación, no a derechos individuales, y estando encargado de ellos el Ejecutivo, la decisión del Ejecutivo es definitiva. La aplicación de lo anterior puede percibirse al referido a la Ley del Congreso que establece el Departamento de Negocios Extranjeros. El titular, según quedaron establecidas sus obligaciones por dicha Ley, tendrá que sujetarse en todo a la voluntad del Presidente. Es meramente el órgano mediante el cual dicha voluntad se hace patente. Los actos de dicho funcionario como tal nunca pueden ser revisados por los tribunales. Pero cuando el Congreso le impone al mismo funcionario otros deberes; cuando se le ordena perentoriamente la ejecución de ciertos actos; cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de tales actos, ejercita en esos casos funciones establecidas por ley, y es responsable ante esa ley de su conducta, y no puede a su arbitrio pisotear los derechos de otros. La conclusión del anterior razonamiento es que cuando los Jefes de Departamento son agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo, meros ejecutores de la voluntad del Presidente o más bien personas que obran en los casos en que el Ejecutivo posee una discreción constitucional o legal, nada puede ser más claro que el que sus actos sólo son revisables políticamente. Pero cuando la ley les fija un deber específico y hay derechos individuales dependientes del cumplimiento de ese deber, parece quedar igualmente claro que el individuo que se considera perjudicado tiene derecho a recurrir a las leyes de su país para remediar su situación.

Si tal es la regla, veamos cómo se aplica al caso que la Corte viene considerando.

La facultad de presentar candidatos al Senado y la facultad de nombrar a la persona aceptada son poderes políticos, que se ejercitan por el Presidente, sujetos a su propia discreción. Cuando ha hecho el nombramiento, ha ejercitado todo su poder y su discreción ha quedado agotada en el caso. Si, de acuerdo con la ley, el funcionario puede ser removido al arbitrio presidencial, entonces se puede hacer un nuevo nombramiento y los derechos de tal funcionario han cesado, pero como un hecho que ya ha existido no pue-

de dejar de existir, el nombramiento no puede ser aniquilado y, en consecuencia, si el funcionario no puede ser removido al arbitrio del Presidente, los derechos que ha adquirido quedan protegidos por la ley y no pueden ser reasumidos por el Presidente. No pueden ser extinguidos por la autoridad del Ejecutivo y el funcionario tiene el privilegio de hacerlos valer en forma idéntica que si los hubiera adquirido de cualquier otra fuente.

La cuestión de si un derecho ha quedado adquirido o no, es, por su naturaleza, una cuestión jurídica y tiene que quedar sometida a la autoridad judicial. Si por ejemplo, el señor Marbury hubiere tomado el juramento como Magistrado y hubiera comenzado a desempeñar sus funciones, a consecuencia de las cuales se le hubiera demandado y su defensa consistiera en que realmente era Magistrado, la validez de su nombramiento tendría que ser determinada por el Tribunal ante quien se le demandara.

Así, si él estima que en virtud de su nombramiento tiene derecho legal a que se le entregue el nombramiento escrito que ya ha sido firmado, o una copia de tal nombramiento escrito, ésta también es cuestión que puede examinar un tribunal y la decisión del tribunal sobre el punto tiene que depender de la opinión del tribunal sobre la validez de su nombramiento. La cuestión de tal validez ya ha sido discutida y la opinión es que el momento más próximo en que se puede considerar que quedó perfeccionado el nombramiento fue el momento en que, después de la firma del Presidente, el sello de los Estados Unidos quedó fijado al nombramiento escrito.

Es, por consiguiente, opinión de la Corte:

10. Que al quedar firmado el nombramiento escrito del señor Marbury, el Presidente de los Estados Unidos lo nombró Juez de Paz para el Condado de Washington en el Distrito de Columbia y que el sello de los Estados Unidos que se fijó a ese documento por el Secretario de Estado, hace prueba perfecta de la autenticidad de la firma y de que el nombramiento quedó hecho; y que dicho nombramiento le confiere el derecho legal al puesto por el término de cinco años.
20. Que teniendo como tiene, título legal al puesto, tiene por consiguiente derecho a la tenencia de su nombramiento escrito; y que

al rehusarse a entregárselo es una clara violación de tal derecho, contra la cual las leyes de su país, le dan un remedio eficaz.

Réstanos considerar si tiene derecho al recurso que solicita. La solución de esto depende, primero, de la naturaleza del recurso que ha hecho valer; segundo, de los poderes de ese Tribunal.

1o. Naturaleza del recurso.

Blackstone, en el tercer tomo de sus “Comentarios” (p. 110), define al *mandamus* como un mandamiento que se expide a nombre del Rey por el Tribunal de la Banca del Rey y que se dirige a cualquier tribunal inferior dentro de los dominios del Rey, requiriéndoles a hacer una cosa cierta especificada en dicho mandamiento, que se refiera al desempeño de sus funciones u obligaciones, y que la Corte de la Banca del Rey ya a determinado previamente que está de acuerdo con el derecho y con la justicia, o cuando menos que dicha Corte estima que lo está. Lord Mansfield, en el caso del Rey contra Baker y otros (3 Burrows Reports 126), enumera con mucha precisión y exactitud los casos en que el *mandamus* puede darse.

“En todos los casos — dice este muy hábil Juez — en que existe derecho a la ejecución de una función, al otorgamiento de un servicio, al ejercicio de una franquicia (y más particularmente en materia que concierne al bien público o que aprovecha a particulares), y a una persona se le impide el ejercicio o se le desposee de tal derecho y no tiene un recurso legal específico, este Tribunal debe remediar su situación por medio de *mandamus*, por razones de justicia, según la propia redacción de la sentencia y por razones de orden público, para conservar la paz, el orden y el buen gobierno”.

En el mismo caso dice también: “El *mandamus* debe ser utilizado en todos los casos en que la ley no ha establecido un recurso específico y en que tanto en justicia como para el buen gobierno, debe haber un remedio”.

Además de las autoridades que se citan, los abogados del quejoso citan muchas otras que vienen a indicar hasta qué punto la práctica se ha conformado con las doctrinas generales que acaban de citarse.

Este *mandamus*, si se otorga, sería dirigido a un funcionario del Gobierno y su mandamiento al tal funcionario sería, para usar las pa-

labras de Blackstone, “que ejecute un acto cierto específico, que es de su competencia y su deber y que el tribunal ha determinado que es conforme al derecho y a la justicia”.

O, en las palabras de Lord Mansfield, el solicitante en este caso tiene derecho a ejecutar actos que conciernen al bien público y se le ha negado el ejercicio de tal derecho. Las circunstancias anteriormente anotadas, seguramente que existen en el presente caso.

Sin embargo, para que el *mandamus* sea el recurso legal apropiado, el funcionario contra el cual ha de expedirse, debe ser uno de aquellos contra quienes, de acuerdo con los principios de ley, tal *mandamus* puede ser expedido, y la persona que lo pide tendrá que estar privada de otro recurso legal.

Con relación al funcionario contra quien se dirigió, la relación política íntima que existe entre el Presidente de los Estados Unidos y los jefes de los Departamentos, necesariamente hace que la investigación judicial de los actos de cualquiera de estos altos funcionarios sea tan molesta cuanto delicada y ha de surgir cierta vacilación con respecto de la propiedad de emprender tal investigación. A menudo se reciben impresiones sin gran reflexión o examen, y no es de sorprender que en casos de esta naturaleza lo aseverado por el individuo sobre sus reclamaciones ante un tribunal de justicia, con relación a las cuales pretende que es obligación del tribunal protegerlo, a primera vista se consideren, por algunas personas, como una intención de inmiscuirse dentro del Gabinete y de mezclarse en las prerrogativas del Ejecutivo.

Esta Corte no necesita declarar que nunca ha pretendido tener una jurisdicción de tal naturaleza. Una extravagancia tan excesiva no podría ni siquiera ser considerada. La competencia de la Corte es sólo para decidir sobre derechos de los individuos y no el indicar la forma en que el Ejecutivo o los funcionarios del Ejecutivo deben cumplir con deberes en que tiene discreción. Las cuestiones que de su propia naturaleza son políticas o que por la Constitución o las leyes quedan sometidas al Ejecutivo, nunca pueden ventilarse en esta Corte.

Pero si ésta no es una cuestión de tal naturaleza; si lejos de ser una intromisión en los secretos del Gabinete se relaciona con un documento que de acuerdo con la ley ya está registrado, y con la copia de dicho documento a la que la ley da derecho mediante el pago de 10

centécimos; si no se está inmiscuyendo en una materia sobre la cual se puede considerar que el Ejecutivo tenga control alguno, ¿en qué puede influir el muy alto puesto de funcionario para excluir al ciudadano de demandar ante una Corte de Justicia, sus derechos legales y cómo puede prohibírsele a la Corte el escucharlo legalmente y el expedir un *mandamus* que ordene el cumplimiento de un deber que no depende de la discreción del Ejecutivo, sino de leyes expedidas por el Congreso y de los principios generales de derecho?

Si alguno de los Jefes de Departamento comete un acto ilegal —solapando dentro de su puesto—, por medio del cual a un individuo se le causa una injuria, no puede pretenderse que su puesto, por sí solo, lo exime de ser demandado dentro del procedimiento legal ordinario y de que pueda ser compelido a obedecer la sentencia del tribunal. Entonces, ¿cómo podrá su puesto eximirlo de que en esta misma forma se decida sobre legalidad de su conducta, si el caso es uno en que si fuere cualquier otro individuo el demandado, el procedimiento sería el adecuado?

No es por el puesto de la persona contra quien se dirige un *mandamus*, sino por la naturaleza de la cosa, del acto que debe ejecutarse, que la propiedad o impropiiedad de su expedición debe determinarse. Cuando el Jefe de un Departamento obra en un caso en que la discreción Ejecutiva debe ejercitarse, en que es meramente un órgano de la voluntad Ejecutiva, volvemos a repetir que cualquier petición a un tribunal para que controle en cualquier forma su conducta se rechazaría sin vacilación.

Pero cuando la ley ordena ejecutar cierto acto que se refiere a los derechos de los individuos, para el cumplimiento del cual no está sujeto a la discreción del Presidente y la ejecución de la cual el Presidente no puede prohibirle legalmente y, por lo tanto, nunca puede presumirse que se la haya prohibido —como por ejemplo, el registro de su nombramiento, de un título sobre tierras en el cual todas las solemnidades legales han sido cumplidas, o a la expedición de una copia del registro—, en tales casos no se ve sobre qué base pueda sostenerse que los tribunales del país quedan eximidos de su deber de dar sentencia ordenando que se respeten los derechos del individuo injuriado al igual que si se tratara de persona que no fuere titular de una Secretaría.

Parece que esta opinión no es la primera vez que se sostiene en este país.

Debe recordarse que en 1792 una ley que ordenaba al Secretario de Estado a poner en la lista de pensiones a los oficiales y soldados inválidos de quienes los Tribunales de Circuito le dieron cuenta, ley que en cuanto imponía esta obligación a los tribunales se consideró inconstitucional, pero algunos jueces, estimando que la ley podría ser cumplida por ellos en su carácter de comisionados, procedieron a actuar y a dar cuenta como tales.

La ley se consideró inconstitucional en los Tribunales de Circuito, fue abrogada y se estableció un sistema distinto; pero la cuestión de si las personas sobre las que ya habían dado cuenta los jueces, en su carácter de comisionados, tenían derecho, en virtud de la cuenta dada, a ser colocados en la lista de pensiones, era una cuestión legal que los tribunales tuvieron que decidir, aunque el acto de incluir a dichas personas en la lista había de ser ejecutado por el titular de una Secretaría.

Para que esta cuestión quedara arreglada definitivamente, el Congreso otorgó una ley en febrero de 1793, estableciendo que era el deber del Secretario de Guerra, en unión del Procurador General de Justicia, tomar las medidas que estimaren necesarias para obtener sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, sobre la validez de los derechos que se reclamaban, conforme a la ley que se viene comentando.

Aprobada esta ley, se pidió un *mandamus*, que debió dirigirse al Secretario de Guerra, ordenándole a colocar en la lista a una persona que se decía estar incluida en la lista de los jueces.

Hay, pues, mucha razón para estimar que esta manera de llegar a establecer el derecho legal del reclamante fue estimada por el Secretario y por el funcionario legal más alto de los Estados Unidos, como la más apropiada al objeto.

Cuando el punto llegó a conocimiento de la Corte, la sentencia no fue en el sentido de que no procedía el *mandamus* contra el Secretario que le ordenara la ejecución de un acto ordenado por la ley, al cumplimiento del cual el individuo tenía un derecho adquirido, sino que no debería otorgarse un *mandamus* en ese caso la decisión se basó

en que la lista hecha por los comisionados no dio al reclamante un derecho legal.

La sentencia, en este caso, se entiende que decidió en cuanto al fondo todas las reclamaciones de esa naturaleza, y las personas que habían sido incluidas en el informe de los comisionados encontraron necesario seguir el sistema prescrito por la nueva ley que abrogó a aquella que se había juzgado inconstitucional, para lograr su inclusión en la lista de pensiones.

Así, pues, la doctrina que aquí se establece no puede considerarse como una novedad.

Es cierto que el *mandamus* que hoy se solicita no es para la ejecución de un acto expresamente mandado por una ley. Es para que se entregue un nombramiento escrito, materia sobre la cual las leyes del Congreso permanecen en silencio. No se considera, sin embargo, que esta diferencia afecte al caso. Ya se ha dicho que el peticionario tiene un derecho legal adquirido al nombramiento escrito, derecho del que no puede privarlo el Ejecutivo. Ha sido nombrado a un puesto del cual no es removible a voluntad del Ejecutivo, y ya que ha sido nombrado tiene

derecho al nombramiento escrito que el Secretario ha recibido del Presidente para uso del peticionario. La ley del Congreso, a decir verdad, no ordena al Secretario de Estado que envíe dicho nombramiento escrito a su titular legal, pero tal nombramiento se ha entregado en sus manos para la persona que tiene derecho a él, y no puede ser retenido legalmente, ni por el Secretario ni por ninguna otra persona.

Se pensó en un principio que podría ser que la acción de *detinue* (acción real dada al legítimo dueño para recuperar bienes muebles ilegalmente retenidos por otros), era la acción procedente para lograr la entrega del nombramiento escrito al señor Marbury, y en ese caso, el *mandamus* no procedería. Pero la duda sobre este particular se ha esfumado ante la consideración de que la sentencia en juicio de *detinue* condena a la entrega de la cosa o de su valor. El valor de un puesto público que no puede llegar a determinarse, y el peticionario, o bien tiene derecho al puesto mismo, o bien no tiene derecho a nada. Obtendrá el puesto mediante la obtención del nombramiento escrito o de una copia certificada de él.

El presente, pues, es un caso de *mandamus*, bien para entregar el nombramiento escrito o una copia certificada de él; y lo único que queda por investigar es si el *mandamus* puede provenir de este Tribunal.

La ley que establece los Tribunales de los Estados Unidos autoriza a la Suprema Corte “a expedir órdenes de *mandamus*, en los casos en que proceden, conforme a los principios y uso de la Ley, contra cualquiera de los Tribunales existentes, o contra las personas que desempeñan puestos públicos bajo la soberanía de los Estados Unidos”.

El Secretario de Estado, siendo persona que desempeña un puesto bajo la soberanía de los Estados Unidos, queda exactamente dentro de la letra del precepto citado; y si este Tribunal no está autorizado para expedir una orden de *mandamus* contra dicho funcionario, tendrá que ser porque la ley citada es inconstitucional y, por lo tanto, absolutamente incapaz de conferir la autorización y asignar los deberes que sus palabras parecen conferir y asignar.

La Constitución depositó todo el Poder Judicial de los Estados Unidos en una Suprema Corte y en tales otros tribunales inferiores como el Congreso en cualquier tiempo ordene que se establezcan. Este poder expresamente se entiende a todos los asuntos que surjan por aplicación de las leyes de los Estados Unidos; y, en consecuencia, en alguna forma tiene que ser ejercitado sobre el presente caso, puesto que el derecho que se reclama ha nacido de una ley de los Estados Unidos.

Al distribuirse este poder, la Constitución declara que “la suprema Corte tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a Embajadores, otros ministros públicos y Cónsules y aquellos en que un Estado sea parte. En todos los otros casos, la Suprema Corte tendrá jurisdicción apelada”.

Se ha insistido en los alegatos que en vista de que el otorgamiento de jurisdicción a la Suprema Corte y a los tribunales inferiores se hace en forma general, y que como la cláusula que asigna jurisdicción original a la Suprema Corte no contiene palabras negativas ni restrictivas, el Poder Legislativo sigue con el poder de asignar jurisdicción original a dicha Corte en casos distintos de aquellos que se especifican en el artículo que ha sido transcrito, con tal de que dichos casos pertenezcan al Poder Judicial de los Estados Unidos.

Si se hubiera tenido la intención de dejar a discreción del Legislativo la división del Poder Judicial entre la Suprema Corte y los Tribunales inferiores, de acuerdo con su propia voluntad, necesariamente hubiera sido inútil el hacer más que definir dicho Poder Judicial y enumerar los tribunales en los cuales se deposita. En este caso, lo que sigue del artículo citado saldría sobrando, no tendría sentido alguno, si tal fuera la recta interpretación. Si el Congreso queda en libertad para dar a esta Corte jurisdicción apelada en los casos en que la Constitución ha declarado que su jurisdicción original en los casos en que la Constitución ha declarado que ésta será apelada, la distribución de jurisdicción que hace la Constitución es una forma sin subsistencia.

A menudo, las palabras afirmativas en su aplicación resultan negativas de objetos distintos de aquellos que afirman. Y en este caso, un sentido negativo o excluyente tiene que dárseles, para que no queden sin sentido.

No puede presumirse que la intención del Constituyente haya sido de que parte alguna de la Constitución quede sin efecto; y, por lo tanto, una interpretación que lleve a este resultado es inadmisibile, a menos que las palabras así lo requieran.

Si la solicitud de la convención respecto a nuestra paz con las potencias extranjeras la hubiera inducido a establecer una disposición para que la Suprema Corte tomara jurisdicción original en los casos en que se supone podrían verse afectadas, entonces el precepto se hubiera limitado a esos casos, si no se hubiera querido poner mayor restricción a las facultades del Congreso. Que tuviera la Corte jurisdicción apelada en cualesquiera otros casos con las excepciones que el Congreso quisiera establecer, no es una restricción, a menos que las palabras se entendieran como excluyentes de la jurisdicción original.

Cuando una ley que organiza fundamentalmente un sistema judicial lo divide entre una Suprema Corte y tantos tribunales inferiores como el Legislativo puede ordenar o establecer, y procede a distribuir dicho poder hasta tal grado que define la jurisdicción de la Suprema Corte, mediante declaración de que tendrá jurisdicción original en algunos casos y que en otros tendrá jurisdicción apelada, el alcance claro de las palabras parece ser que en una clase de casos, su jurisdicción es original y no apelada, y que en la otra clase es apelada y no original. Y

el hecho de que cualquiera otra interpretación haría vano al precepto es una razón adicional para rechazar otra interpretación distinta y para avenirse al sentido obvio de las palabras.

Para que pueda, pues, esta Corte expedir un *mandamus* tiene que demostrarse que este acto sea en ejercicio de su jurisdicción apelada, o que sea necesario para que pudiera la Corte ejercitar tal jurisdicción apelada.

Se ha alegado que la jurisdicción apelada puede ejercitarse en varias formas y que si fuere la voluntad del legislador que para ejercitarla se utilizara del *mandamus*, dicha voluntad tendrá que ser obedecida. Esto es verdad; pero, sin embargo, la jurisdicción tiene que ser apelada y no original.

Es criterio esencial para definir la jurisdicción apelada, que revise y corrija los procedimientos en un litigio ya iniciado, y no la creación de tal litigio. Así, pues, aunque un *mandamus* puede ser expedido contra tribunales, sin embargo, la expedición de un *mandamus* a un funcionario, para la entrega de un documento, equivale a dar cabida a una acción original, con relación a dicho documento y, por lo tanto, parece que no pertenece a la jurisdicción apelada, sino a la original. Tampoco puede decirse que en este caso es necesaria la expedición del *mandamus*, para que la Corte pueda ejercitar su jurisdicción apelada.

Así pues, la autorización que se le da a la Suprema Corte mediante la ley que establece los tribunales judiciales de los Estados Unidos, al expedir *mandamus* a los funcionarios públicos, aparentemente no está basa en la constitución; y surge la pregunta de si una jurisdicción conferida en tal forma puede ser ejercitada.

La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución puede llegar a ser una ley válida, interesa profundamente a los Estados Unidos, pero afortunadamente no es tan intrincada como interesante. Nos parece que sólo es necesario tomar en cuenta ciertos principios ya por largo tiempo establecido, para decidirla.

Que el pueblo tiene el derecho original para establecer para su futuro gobierno los principios que en su opinión mejor logren su propia felicidad, es la base sobre la cual todo el sistema americano ha sido erigido. El ejercicio de ese derecho original requiere un gran esfuerzo, que no puede ni debe ser frecuentemente repetido. En consecuencia,

los principios así establecidos se estiman fundamentales. Y como la autoridad de los cuales emana es suprema y no puede obrar con frecuencia, la intención al establecerlos es de que sean permanentes.

Esta voluntad original y suprema organiza al gobierno y asigna a sus diversos departamentos sus poderes respectivos. Puede marcarse un alto ahí o bien establecerse ciertos límites que no pueden ser propasados por ninguno de dichos departamentos.

El Gobierno de los Estados Unidos encaja dentro de la última descripción. Los poderes del Legislativo quedan definidos y limitados, y para que esos límites no puedan ni equivocarse ni olvidarse fue escrita la Constitución. ¿Con qué objeto se consignan tales límites por escrito, si esos límites pudieran en cualquier tiempo sobrepasarse por las personas a quienes se quiso restringir? La distinción entre gobiernos de poderes limitados y los poderes ilimitados, queda abolida si los límites no contienen a las personas a las cuales les han sido impuestos y si lo prohibido y lo permitido se equiparan. Éste es un razonamiento obvio para dejar lugar a dudas y lleva a la conclusión de que la Constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante, pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la Constitución por medio de una Ley común.

Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso, y como tales leyes, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.

Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbíbida en una constitución escrita y, en consecuencia, este tribunal tiene que considerarla como uno de los prin-

cipios fundamentales de nuestra sociedad. No puede, pues, perderse de vista al seguir considerando el problema que se estudia.

Si una ley del Legislativo contraría a la Constitución es nula; a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que si fuera ley? Esto equivaldría a desechar de hecho lo que ya ha sido establecido en teoría y a primera vista parecería una cosa tan absurda, que ni siquiera se aprestara a discusión. Sin embargo, merecerá aquí ser estudiada con mayor atención.

Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si dos leyes están en conflicto una con otra, los tribunales tienen que decidir sobre cuál es la aplicable. Así, si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esto es de la verdadera esencia del deber judicial.

Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

Así, pues, aquellos que desechan el principio de que la Constitución tiene que ser considerada por los tribunales como la Ley Suprema, quedan reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos con relación a la Constitución y mirar únicamente a la ley ordinaria.

Esta doctrina echaría por tierra el fundamento mismo de toda Constitución escrita. Establecería que una ley que de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno es completamente nula, sin embargo, en la práctica es completamente obligatoria. Establecería que si el Legislativo hiciera aquello que le está expresamente prohibido, este acto, a pesar de la prohibición expresa, en la realidad de las cosas

produce efectos. Sería darle al Legislativo una omnipotencia práctica y real, al mismo tiempo que aparentemente se restringen sus poderes dentro de límites estrechos. Equivale a establecer límites y declarar al mismo tiempo que esos límites pueden ser traspasados a placer.

El hecho de que así se reduce a la nada lo que hemos estimado que es el mayor adelanto que han alcanzado las instituciones políticas, a saber una Constitución escrita, sería suficiente en América, donde las Constituciones escritas se han visto revestidas de tanto prestigio, para desechar tal interpretación, pero las expresiones peculiares a la Constitución de los Estados Unidos, dando argumentos adicionales en contra de su aceptación.

El Poder Judicial de los Estados Unidos se extiende a todos los casos que surgen por aplicación de la Constitución.

¿Podría haber sido la intención de quienes dieron este poder, que al ejercitarlo, la Constitución no fuere tomada en cuenta? ¿Podría darse, que un caso que surgiera por aplicación de la Constitución se decidiera sin examinar el instrumento que se trata de aplicar? Tal cosa es demasiado extravagante para que pudiera sostenerse.

En algunos casos, pues, los jueces tienen que examinar la Constitución, y si pueden examinarla, ¿podría haber alguna parte de ella que les estuviera prohibido leer y obedecer?

Hay muchas otras partes de la Constitución que servirían para ilustrar esta materia.

Se declara en ella que “no se impondrá ningún impuesto ni derecho sobre ningún artículo exportado por ninguno de los Estados. Supongamos que se estableciera un derecho sobre ninguno de los Estados”. Supongamos que se estableciera un derecho de exportación sobre el algodón, el tabaco o la harina y que se iniciara un juicio para recuperar lo pagado, ¿podría dictarse sentencia en un caso de esa naturaleza? ¿O deberían cerrar los ojos los jueces con relación a la Constitución y sólo ver a la ley que estableció el impuesto?

La Constitución declara que “ningún *bill of attainder* ni ley *ex post facto* podrá ser dictada”. (El *bill of attainder* es un decreto común al Parlamento inglés hasta el siglo XIX, conforme al cual se declaraba

a una persona reo de determinado delito y se establecía la pena que debería sufrir.)

En el caso de que fuera aprobado un *bill of attainder* y se castigare a una persona conforme a él, ¿podría permitir la Corte que se ajusticiara a la víctima a la cual la Constitución quiere ajusticiar?

Dice la Constitución: “Ninguna persona podrá ser declarada reo de traición, a no ser que haya dos testigos sobre el mismo acto ostensible, o que medie confesión ante el tribunal en audiencia pública”. Aquí el lenguaje de la Constitución se dirige especialmente a los tribunales. Impone en forma directa a ellos, una regla sobre prueba que no puede infringirse. Si el Legislativo cambiare esa regla y declarare que un testigo o una confesión extrajudicial fueren suficientes para condenar, ¿podría el precepto constitucional ceder lugar a la ley del Congreso?

De éstos y muchos otros ejemplos que podrían darse aparece que los constituyentes vieron en la Constitución una ley que debería aplicarse a los tribunales tanto como al Poder Legislativo.

Si no, ¿por qué ordena que los jueces tomen juramento de obedecerla? Este juramento indudablemente que se aplica en forma especial a su conducta dentro de su carácter oficial. ¡Cuán inmoral sería el imponerles tal juramento si hubieran de ser usados como instrumentos y, lo que es peor, como instrumentos conscientes, para la violación de aquello que juraron mantener!

El juramento, al tomar el puesto, según fórmula establecida por el Congreso, demuestra claramente la opinión del Legislativo sobre este punto. La fórmula es la siguiente: “Solemnemente juro que administraré justicia sin respeto a las personas y daré igual derecho al pobre que al rico y que fiel e imparcialmente desempeñaré todas las obligaciones que me incumben en mi carácter de [...] de acuerdo con mi mayor habilidad y entendimiento, conforme a la Constitución y a las leyes de los Estados Unidos”.

¿Por qué razón se haría jurar a un juez cumplir con sus deberes conforme a la Constitución de los Estados Unidos, si tal Constitución no constituye una regla para el desempeño de sus funciones? Si para él es un libro cerrado, si por él no puede ser examinada?

Si éste fuera el verdadero estado de cosas, ésta sería más que una abierta burla. El ordenar que se tomara tal juramento y el tomarlo serían dos crímenes.

También no deja de ser digno de tomarse en cuenta que al declarar la Constitución la ley suprema del país se menciona a sí misma en primer lugar, y no menciona las leyes de los Estados Unidos en general, sino sólo a aquellas que se hubieren hecho de acuerdo con la Constitución. Así la fraseología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirma y fortalece el principio que parece ser esencial a todas las constituciones escritas de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, tanto como los demás Departamentos del Gobierno, están obligados por dicha Constitución.

La petición tiene que negarse.

PODER JUDICIAL

VS.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Sumario: 1. Nota preliminar. 2. Carácter preferente de la protección de los Derechos Fundamentales por la jurisdicción ordinaria. 3. Las penumbras del modelo peruano: ¿puede el Poder Judicial disentir de los fallos o sentencias del Tribunal Constitucional? 4. Hacia una relación de coordinación y convergencia entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Nota Bibliográfica

1. NOTA PRELIMINAR

De acuerdo a lo dispuesto en la Primera Disposición General de la LOTC, “Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Viene esta cláusula normativa a significar que, en la práctica y en los hechos, el Tribunal Constitucional se erige como el Intérprete Supremo¹ de la Constitución, no sólo cuando realiza su control

* Este trabajo apareció por vez primera en nuestro libro *Régimen legal del Hábeas Corpus y Amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999; y fue posteriormente publicado en la *Revista Jurídica de Cajamarca*, 3, 7, abril-junio de 2002.

1 Samuel Abad precisa que “Hubiera sido conveniente que se definiera al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución, lo cual constituye una característica esencial de esta clase de tribunales (...). Pese a ello, la Ley 26435 ha introducido puntuales dispositivos que nos permiten concluir que aunque no se le diga en forma

abstracto de constitucionalidad de las leyes, sino cuando, bajo la singular singladura del modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional que tiene el Perú², se permite que las típicas garantías constitucionales ordinarias sean residenciadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso extraordinario. Adviértase aquí que las garantías constitucionales o, más específicamente, las pretensiones de los actores, son conocidas prima facie por los jueces comunes en dos instancias; luego, y denegadas sus acciones, los justiciables acuden ante el Tribunal Constitucional, que conoce en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial.

2. CARÁCTER PREFERENTE DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

A estas alturas, se puede apreciar que en el Perú el modelo dual o paralelo, acuñado así por Domingo García Belaunde, tiene una línea de confluencia clara, pero no exenta de algunas confusiones³. Por principios, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional realizan tareas materiales: resolver conflictos jurisdiccionales concretos y abstractos. Es obvio que el Poder Judicial realiza un control concreto al conocer primariamente las garantías constitucionales relacionadas al Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento. También el Tribunal

expresa, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución". El sustento de esta afirmación, se encuentra en el art. 39, 48 y la primera disposición general de la LOTC. Vid.: "La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: Antecedentes, balances y perspectivas", en *Una mirada a los Tribunales Constitucionales. Las Experiencias Recientes*, CAJ, Lima, Serie Lecturas Constitucionales Andinas, N° 4, 1995, p. 218. Por otro lado, puede consultarse también a BLUME FORTINI, Ernesto: "El Tribunal Constitucional peruano como Supremo Intérprete de la Constitución", en *Derecho*, PUCP, Lima, N° 50, Diciembre 1996; LANDA, César: "Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano", en *Pensamiento Constitucional*, N° 2, 1993.

2 García Belaunde formuló sus primeros planteamientos en "El Control de la Constitucionalidad de las leyes en el Perú" en *Ius et Praxis*, No 13, junio de 1989; luego en: "La Acción de Inconstitucionalidad en el derecho comparado", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, CAJ, Lima, N° 1, agosto de 1991. Más recientemente y bajo los marcos de la actual Constitución de 1993 lo ha sustentado en: "La Jurisdicción Constitucional y el modelo dual o paralelo", en *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX*, Revista del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional, Edit. Palestra, Año VII, N° 6, Huancayo, 1998, pp. 139-154.

3 GARCIA BELAUNDE, Domingo: "¿Difuso o confuso?", en *Síntesis*, Lima, 05.03.99.

Constitucional afirma un control jurisdiccional concreto cuando revisa precisamente las resoluciones denegatorias de los justiciables que residen ante el Juez ordinario sus pretensiones vía alguna garantía constitucional. Lo que resuelve el Tribunal Constitucional determina y define la incertidumbre jurídico-constitucional entre las partes en conflicto. A su vez, los jueces ordinarios también cumplen un control abstracto de control, básicamente del principio de legalidad de las normas infralegales, cuando resuelve procesos de Acción Popular. Lo resuelto, como se sabe, tiene efectos *erga omnes* y deroga la norma en cuestión. Aquí también se da, por parte del Poder Judicial, la *cosa juzgada constitucional* en forma exclusiva y excluyente en materia de Acción Popular. Lo propio, y más nítidamente, claro está, el Tribunal Constitucional realiza su labor que le es consustancial: el control de la constitucional de las leyes. Este es el control abstracto de las normas con efectos abrogatorios y *erga omnes*⁴.

De todo esto, cabe señalar, desde una perspectiva del garantismo formal, que en el Perú la protección ordinaria de los Derechos, incluidos los Derechos Fundamentales y Constitucionales corresponde, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, a los jueces ordinarios; y habría una protección extraordinaria constitucional que le corresponde al Tribunal Constitucional.

En esta perspectiva, el juez común, en materia de protección directa de los Derechos Fundamentales, cumple una función directamente constitucional. A ello se contrae, entre otros, cláusulas como el art. 138, que afirma el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, afirmado más propiamente en el inc. 1 del art. 139; y el inc. 3 de dicha norma, cuyo principio de la función jurisdiccional definitivamente es la tutela judicial efectiva.

No obstante esto, existen ciertos aspectos no tan claros entre el ligamento de las garantías constitucionales, por ejemplo la Acción de Amparo con la revisión que realiza el Tribunal Constitucional vía recurso extraordinario, a las resoluciones que deniegan las garantías constitucionales.

Aunque lo anterior será abordado con mayor amplitud, debemos por ahora señalar y reconocer que existe un carácter preferen-

4 BRAGE CAMAZANO, Joaquín: *La Acción de Inconstitucionalidad*, UNAM, México, 1998, pp. 79 y ss.

te de protección jurisdiccional ordinaria. Es decir, nuestro sistema de protección jurisdiccional de los Derechos, incluidos los Derechos Fundamentales o los Valores Constitucionales, son, ante todo, objeto de tutela por un sistema judicial. Se colige entonces que, si la imparición de la justicia ordinaria se presta adecuadamente en materia de garantías constitucionales en resolver en forma correcta e idónea, prácticamente el Tribunal Constitucional no podrá entrar a conocer el caso objeto de una garantía constitucional⁵.

Sin embargo, cuando la jurisdicción ordinaria decide, atendiendo a ciertas razones y criterios, denegar al justiciable su pretensión vía el Amparo, por ejemplo, recién entra en escena el Tribunal Constitucional, cuando obviamente el litigante ha transitado la jurisdicción ordinaria. Es así cómo, cuando el Tribunal Constitucional decide acoger fundada alguna garantía constitucional denegada por el juez ordinario, habrá de significar que lo que resuelve el Tribunal Constitucional debe ser acatado por la magistratura ordinaria. Así, con lo resuelto por el Tribunal Constitucional se corona la *cosa juzgada constitucional*; es decir, como “el efecto que pueda tener una sentencia dictada en materia constitucional, mediante un proceso constitucional, por un órgano jurisdiccional de la magistratura constitucional”⁶. En tal sentido, tiene su *ratio legis*, la cláusula primera de la LOTC. Y ello debe ser así, puesto que lo que resuelve el Tribunal Constitu-

5 Samuel Abad expresa “En nuestro modelo de jurisdicción Constitucional el trámite de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento corresponde tanto al Poder Judicial --dos instancias-- como al Tribunal Constitucional que conoce en última instancia las resoluciones denegatorias. Por ello, si en segunda instancia el Poder Judicial acoge favorablemente la demanda, la resolución adquirirá carácter de cosa juzgada. Precisamente, en fecha reciente, la 4ta. disposición transitoria de la Ley 26435, interpretada por la Ley 26446, ha regulado transitoriamente este trámite en tanto no se apruebe la nueva ley de garantías o procesos constitucionales. Se ha dispuesto que por regla general, las “acciones de garantía” se interpondrán ante el Juzgado Civil o Penal que corresponda y que la Corte Superior respectiva conocerá en segunda instancia. En caso que la resolución sea denegatoria, se acudirá directamente al Tribunal Constitucional, evitando el paso por la Corte Suprema”. “El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol. II, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, CAJ, Lima, N° 11, 1995, pp. 246-247.

6 SAGÜES, Néstor Pedro: “Cosa Juzgada Constitucional. Modelos y correcciones”, en *Revista Jurídica*, Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, No 133, enero-diciembre de 1995, pp. 179-180.

cional a de entenderse que son los carriles procesales jurisdiccionales que los justiciables perdedores en la jurisdicción ordinaria tienen para que su lesión o su agravio de naturaleza constitucional, vía el Amparo o el Hábeas Corpus -como los demás, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento-, sea revisado por la máxima institución de la jurisdicción interna: el Tribunal Constitucional.

3. LAS PENUMBRAS DEL MODELO PERUANO: ¿PUEDE EL PODER JUDICIAL DISSENTIR DE LOS FALLOS O SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

Sin embargo, viene a colación los problemas que, dentro del particular modo, muy especial, de jurisdicción constitucional, se puede presentar en la constante interpretación constitucional, por lo menos en el ámbito del contenido de la jurisdicción constitucional de la libertad, cuya expresión concreta se manifiesta en los procesos constitucionales ordinarios del Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.

Se trata, en efecto, de responder a la pregunta si acaso ¿puede el Poder Judicial disentir⁷ de los fallos y sentencias del Tribunal Constitucional --estimativas de recursos extraordinarios o no-- resueltos en las aludidas garantías? Al estar por la cláusula de la Disposición Transitoria Primera de la LOTC, lo resuelto por dicho Colegiado ineludiblemente deberá ser la pauta hermenéutica que ha de tener como atalaya la judicatura ordinaria. Empero, si bien es de suponerse que, siendo esto así, cabría afirmar que lo que resuelve el Tribunal Constitucional vía recurso extraordinario, deberá ser lo paradigmático a seguir; es decir, si siempre, y en todos los casos, lo que resuelve el Tribunal Constitucional habrá de reputarse como una interpretación constitucional vinculante al Poder Judicial, en la medida en que dicho órgano jurisdiccional es la máxima instancia a la que el Poder Judicial se obliga a asumir, según así se ha concebido y es práctica uniforme en el Derecho Constitucional Comparado⁸.

7 Vid, al respecto a MORTATI, Costantino: "Le opinioni Dissenzienti del Giudice Costituzianali ed Internazionali", *Quaderni della Giuriprudeza costituzionale*, Dott A. Giuffrè - Edit, Milano, 1964.

8 Véase al respecto a FAVOREU, Luis: *Los Tribunales Constitucionales* (Prólogo y supervisión de la edición española de Marc CARRILLO), Ariel, Barcelona, 1994; y

En realidad, nos encontramos ante un tema opinable y hasta cierto punto contestatario por los propios miembros del Poder Judicial. Veamos más en extenso el asunto.

¿Qué pasa si, vía un recurso extraordinario, el Tribunal Constitucional fija cierta pauta hermenéutica de interpretación constitucional que ciertamente es asumida por la judicatura ordinaria? Hasta aquí, no pasaría nada, pues se estaría cumpliendo fielmente el engranaje sistémico de la jurisdicción constitucional dual o paralela que prevé la aludida Cláusula Primera de la Disposición General de la LOTC. Mas, como bien dice la doctrina norteamericana, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no es la última palabra porque sea infalible; si no que es infalible porque es la última palabra; vale decir, es el último tribunal a donde se definen todas las causas de los demás Estados en la Federación Norteamericana.

Así, bajo este marco situacional, el Tribunal Constitucional peruano, bien podríamos decir que, cuando controla los segmentos constitucionales, los derechos fundamentales o los valores constitucionales que son defendidos por el Amparo, el Hábeas Corpus y las demás garantías ordinarias y luego los declara fundada lo que fue denegado por el Poder Judicial, se torna en cumplimiento obligatorio para la judicatura ordinaria, pues remueve el temperamento adoptado y fallado por el juez común y afirma en su plenitud hermética una tutela favorable para el justiciable que postula tal demanda. En esta perspectiva, los fallos del Tribunal Constitucional que revoca las sentencias del Poder Judicial y, reformándolas, declara fundadas las garantías constitucionales demandadas, ahí estamos ante la figura análoga al Tribunal Supremo de los Estados Unidos; esto es, el Tribunal Constitucional no es la última palabra porque sea infalible, sino que es infalible porque es el órgano de cierre a nivel nacional de las contiendas constitucionales de las personas que residencian alguna Garantía Constitucional ordinaria.

Sin embargo, este temperamento no podría ser aplicado en casos en que el Tribunal Constitucional deniegue a los justiciables la garantía constitucional que se les somete a examen, a través del recurso extraor-

más recientemente a GARCIA BELAUNDE, Domingo y FERNANDEZ SEGADO, Francisco (Coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

dinario, en tanto, en conformidad con el art. 45 de la LOTC, con lo resuelto por el Tribunal Constitucional se termina la jurisdicción interna o doméstica, puede ser revisado por la jurisdicción supranacional. Tan es así esto último que, cuando el Tribunal Constitucional deniega los recursos extraordinarios, eventualmente y a criterio de los justiciables, residencian su litigio vía revisión a un Tribunal Internacional, según sea el de la Convención Americana o el del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Lo que resuelve dichos tribunales se debe cumplir según lo dispuesto por la Cláusula Cuarta de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, en concordancia con el art. 51 de la misma. Así, el Perú se ve obligado a aplicar lo fallado por las cortes internacionales en materia de Derechos Humanos⁹.

Pero, por otro lado, viene una última interrogante necesaria de esclarecimiento. Si, a tenor de lo que se venía apreciando, el Tribunal Constitucional resulta ser el "Intérprete Supremo" de la Constitución y si, en tal sentido, la doctrina jurisprudencial fallado por el Tribunal Constitucional, debe seguir siendo acatado por el Poder Judicial. ¿Qué pasa si éste, es decir, la judicatura ordinaria, podría apartarse de determinada tendencia jurisprudencial proveniente del Tribunal Constitucional y replantea otro tipo de fallo, alegando por ello, desde luego, un razonamiento judicial distinto al parecer de lo que ha venido fallando el Tribunal Constitucional y ha venido siguiendo el propio Poder Judicial?

A la pregunta si el Poder Judicial puede apartarse de lo que dispone el Tribunal Constitucional, de nuestra parte contestamos que sí; que el Poder Judicial, puede, igualmente no discrepar, pero sí, bajo los marcos de determinada argumentación jurídica, afirmar su parecer, puesto que:

- a) No siempre y necesariamente lo que el Tribunal Constitucional falla es jurídicamente correcto;
- b) Los fallos del Tribunal Constitucional, como cualquier tipo de fallo jurisprudencial, es falseable; por ende, puede ser corregido, variado o modificado;

9 Los arts. 39 y 40 de la Ley de Hábeas Corpus y Anparo siguen vigentes. Y ello guarda perfecta concordancia con el art. 45 de la LOTC y art. 205 de la Constitución de 1993. En tal sentido, la decisión del Estado peruano de apartarse de la Convención Americana aún no es un caso cerrado.

- c) La sentencia del Tribunal Constitucional, no empece ser el más alto órgano, ello no supone que el Poder Judicial sea el más bajo dentro de la singladura del modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional;
- d) En materia de interpretación constitucional entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, si bien el *primus inter pares* es este último, lo es no porque sea “infalible”, sino porque resulta ser la última instancia, dentro de la jurisdicción doméstica o interna y porque los fallos denegatorios del Poder Judicial son decididos en última instancia por el Colegiado Constitucional^{10*}.
- e) *A contrario sensu*, lo resuelto favorablemente por el Poder Judicial a través de las Salas Civiles (Hábeas Data, Acción de Amparo y Acción de Cumplimiento) o Salas Penales (Hábeas Corpus) en segunda y última instancia favorable al justiciable, puede ser enervado por otro proceso como reciente jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional ha decantado: la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta. Es más, el propio Poder Judicial puede apartarse del criterio de sus propios magistrados, pues, entre la misma judicatura de igual clase no puede existir una vinculación absoluta en tanto exista el criterio de correspondencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios¹¹.
- f) Lo resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional en las garantías constitucionales ordinarias, si son estimativas o favorable al justiciable al que le fue denegado por el Poder Judicial, es cosa juzgada y no puede ser enervado. Ergo, termina ahí la instancia jurisdiccional y no podrá cuestionarse por cualquier otro recurso; ni mucho menos el propio juez ordinario no podrá conocer, vía nulidad de cosa

10 * El clásico fraseo norteamericano es “La Suprema Corte no es la última palabra porque sea infalible, sino que es infalible porque es la última palabra”.

11 GARCIA BELAUNDE, Domingo: “El Amparo y la Cosa Juzgada Fraudulenta”, en *Síntesis*, 16 de octubre de 1998. Igualmente a QUIROGA LEON, Aníbal: “La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la Acción de Amparo Constitucional”, en *Derecho*, PUCP, N° 45, Lima, 1995. Nota de 2012: Sin embargo, es bueno tener en cuenta la diferencia entre el *overruling horizontal*, que opera entre la jerarquía de los mismos jueces, y el *overruling vertical*, donde los jueces de jerarquía inferior no pueden apartarse de lo dispuesto por los jueces de jerarquía superior.

juzgada fraudulenta, una acción que enerve precisamente lo que ha revisado el Tribunal Constitucional.

- g) Entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, el primero puede apartarse de lo resuelto por sus propios magistrados, como ya se tiene dicho; pero también puede apartarse de lo resuelto por el Tribunal Constitucional (sea cualquier tipo de fallo, fundado o infundado, procedente o improcedente, etc.) vía nuevos casos, con nuevas motivaciones o razonamiento, y el fundamento jurídico-positivo se encuentra alojado en las cláusulas 138, 139, incs. 1 y 2, 146, inc. 1, de la Lex Legum y art. 9 de la Ley 23506, concordante con el art. 8 de la Ley 25398 y art. 22 de la LOPJ¹².
- h) Los fallos del Poder Judicial que se apartan del Tribunal Constitucional o de su doctrina jurisprudencial vinculante, sólo es admisible si es que termina en segunda instancia favorable al justiciable; puesto que si el Poder Judicial se aparta de alguna posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional y decide denegar al justiciable demandante alguna garantía constitucional, éste tendrá siempre expedito el recurso extraordinario y el Tribunal Constitucional, en su sede, bien podría:
 - i) Revocar el fallo de los jueces ordinarios y seguir manteniendo su posición jurisprudencial con fuerza vinculante; o
 - ii) Asumir el parecer de los jueces ordinarios y confirmar la denegatoria al justiciable, lo cual no hace más que confirmar que, en última instancia, será siempre el Tribunal Constitucional y no el Poder Judicial el último y Supremo Intérprete de los valores constitucionales. En suma, será, pues, el propio Colegiado Constitucional el

12 Samuel Abad Yupanqui, uno de los más lúcidos exponentes del Derecho Procesal Constitucional en el Perú sostiene que, respecto a la “obligatoriedad de la jurisprudencia” que los jueces sí pueden apartarse del precedente (entre ellos mismos) con la debida fundamentación. “Esta afirmación... resulta válida tratándose de decisiones del Poder Judicial, mas no cuando se trata de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, pues en tal caso es de aplicación la primera disposición general de la LOTC. Dicha norma subordina la interpretación del Poder Judicial a la del Tribunal Constitucional”. (Cfr. “El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano”, op. cit., p. 249).

que decida si mantiene o no sus propios temperamentos jurisprudenciales ya desarrolladas¹³.

13 Con una construcción más acabada, la doctrina alemana plantea algunos criterios materiales para determinar el grado de fijación o definitividad de las sentencias del Tribunal Constitucional:

- 1) El primero que es el relacionado a la cosa juzgada, el que no resulta absolutamente aplicable en su rigidez al Derecho Procesal Constitucional. En efecto, la doctrina acepta que se puede volver a examinar las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional por él mismo, y en la medida en que tales decisiones completarían de modo vinculante y sucesivo la Constitución misma, la flexibilidad, la capacidad de adaptación del texto a las mutaciones de la realidad cotidiana.
- 2) En segundo lugar, una vinculación total del Tribunal Constitucional a sus propias decisiones, la necesidad de aceptar las sentencias anteriores sin poder volver sobre ellas, sería problemático en aquellos casos en los que la primera decisión vinculante fuera errónea o equivocada. Aun estimando en la alta calificación profesional de la magistratura constitucional, no puede de ningún modo excluirse. En consecuencia, es necesario abandonar el dogma de que solamente una interpretación de una determinada disposición podría ser considerada como correcta.
- 3) Finalmente, si la fijación de las sentencias del Tribunal Constitucional fuera tan absoluta que no se admitiera una vía a la revisión por él mismo de sus propias decisiones, habría que aceptar, inevitablemente, que una decisión equívoca del Tribunal Constitucional cambiaría de hecho la Constitución, en cuanto es evidente que, en tal caso, habría que atenerse, no al texto constitucional, sino necesariamente a la decisión del Tribunal Constitucional.

Desde luego, esto no impide señalar que el ideal es que las sentencias del Tribunal Constitucional expresen una fijación o estabilidad y que se ciña a criterios jurídicos y resuelva definitivamente. Es decir, el Tribunal Constitucional debe crear una claridad jurídica y evitar futuros conflictos afirmando una seguridad jurídica. Esta necesidad de que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier tipo de procesos que vienen por recurso extraordinario, resuelvan definitivamente las contiendas constitucionales, con la consiguiente característica de su vinculatoriedad es, al mismo tiempo que una exigencia para el cumplimiento de las funciones que una institución de esta naturaleza tiene encomendadas, también un requisito imprescindible para el mantenimiento de su independencia, expresamente afirmada en la cláusula constitucional que establece "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución", así como en su LOTC. La eliminación de eventuales "sentencias inconstitucionales", que exige una cierta apertura al nuevo enjuiciamiento de cuestiones ya resueltas, y los principios de seguridad jurídica que impidan el replanteamiento indefinido de las mismas cuestiones. Tensión que debe ser resuelta de acuerdo con el principio de la "concordancia práctica", en la búsqueda de un equilibrio o un compromiso que garantice la vinculatoriedad o fijeza de las sentencias constitucionales en la medida necesaria para la terminación de las controversias, y la apertura y capacidad de

- iii) Esto quiere significar, por otro lado, que sólo procede un apartamiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional por el Poder Judicial, cuando el Tribunal, habiendo denegado al justiciable una Garantía Constitucional que, vía recurso extraordinario, se le sometió a examen, cuando el propio Poder Judicial ha decidido cambiar igualmente lo que con anterioridad había fallado. Es decir, estamos aquí ante este esquema gráfico:

	Poder Judicial	Tribunal Constitucional
CASO A	Juez de 1ra. Inst. Sala Civil o Penal Fallo Favorable al Actor o Demandante (a')	
CASO B	Juez de 1ra. Inst. Sala Civil o Penal Fallo denegatorio por Sala Recurso Extraordinario	Confirmando (b') Revoca y declara fundada Garantía Constitucional (c')

- a') Ahora bien, si los jueces del Poder Judicial fallan declarando favorable alguna garantía constitucional, el Tribunal Constitucional no entra a revisar nada. Se afirma el carácter preferente de la protección de los Derechos Fundamentales por la Jurisdicción Ordinaria.
- b') Si el Tribunal Constitucional confirma el temperamento de los jueces ordinarios, esto significa que deniega la garantía constitucional al justiciable o actor.

cambio en cuanto no ponga en peligro la función de pacificación del Tribunal Constitucional. Vid. BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, pp. 26-29.

c') Si el Tribunal Constitucional revoca la resolución denegatoria de la garantía constitucional y, reformándola, la declara "fundada"; esto significa que el Poder Judicial debe aceptar la doctrina jurisprudencial impuesta por el Colegiado Constitucional. En este extremo, y no en otro, ha de entenderse la Cláusula Primera de la Disposición Final de la LOTC. Pues, si el Tribunal Constitucional confirma la resolución denegatoria del Poder Judicial, no sienta nueva doctrina jurisprudencial. A lo más, lo que hace es darle consagración jurisprudencial que dimana del propio Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional.

Si el Tribunal Constitucional deniega el recurso extraordinario, esto significa que asume el parecer o por otros pareceres o razones atendibles que no necesariamente pueden ser los del propio Poder Judicial; pero, en definitiva, deniega el recurso extraordinario, repetimos, y al ocurrir esto, las compuertas de la jurisdicción supranacional se abren, para que, a opción o discrecionalidad del justiciable, pueda acudir a los tribunales internacionales de los cuales el Perú es parte.

El problema de la vinculación de las sentencias constitucionales, así como su existencia misma, y su extensión no es un sólo problema de naturaleza procesal, sino que estamos ante un problema de mayor envergadura, que compromete al Derecho Constitucional sustantivo; esto es, los principios constitucionales que inspiran la atribución de los diversos órganos constitucionales.

La Constitución de 1993, manteniendo el temperamento del art. 296 de la antigua Constitución de 1979, reafirma en el actual art. 201 que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Esta cláusula, independientemente de los debates que hubo en el seno del Congreso Constituyente, que hasta el último momento pretendieron afirmar el modelo americano de la revisión judicial de las leyes, permite hoy señalar inequívocamente que el Tribunal Constitucional tiene una especial atribución frente a los demás órganos constitucionales.

Si bien se debe señalar que en materia de interpretación constitucional, como lo ha destacado García Belaunde, se puede configurar una pluralidad de intérpretes, en el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional ha de primar este órgano jurisdiccional

frente a los demás, cuando llegado que fuere un proceso constitucional, debe resolverlo este Colegiado Constitucional.

Y es que, lo que resuelva el Tribunal Constitucional, sus decisiones sobre la naturaleza y el alcance de la vinculación de las decisiones constitucionales, no supone otra cosa en los hechos, más que decidir sobre la distribución de poderes entre los más altos órganos constitucionales, y decidir, en consecuencia, sobre un elemento esencial de la estructura constitucional, en cuanto que un grado mayor o menor de fijación o de vinculatoriedad de las resoluciones del Tribunal Constitucional -y frente a lo que ocurre en el proceso ordinario- despliega efectos cuya trascendencia es vital sobre los demás órganos constitucionales y sobre la propia Constitución.

Así las cosas, en el Perú aún no se presentan problemas de una envergadura tal, que lleve a un serio conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial; sin embargo, no se descarta a futuro, sobre todo cuando la plenitud de sus integrantes del futuro Tribunal Constitucional, verdaderamente más democrático, afirme su presencia real, en el complejo organigrama de la jurisdicción constitucional peruano.

4. HACIA UNA RELACIÓN DE COORDINACIÓN Y CONVERGENCIA ENTRE EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No obstante lo ya expuesto, somos de la opinión que, sin desconocer que el Tribunal Constitucional peruano, aunque expresamente no lo diga así la norma reguladora de su Ley Orgánica, es el "Intérprete Supremo" de la Constitución. Sin embargo, esto no significa que el Poder Judicial pueda apartarse, y disentir de los fallos del Colegiado Constitucional. Así las cosas, el reciclaje sería dentro de los marcos de una armonía y no de contradicciones jurisdiccionales. En efecto, si los jueces ordinarios se apartan de lo que dispuso el Tribunal, es porque acaso está denegando una garantía constitucional; empero, a la larga, nuevamente vía recurso extraordinario, el justiciable tratará de que el Tribunal afirme su propio temperamento o su "precedente". Y, en consecuencia, vemos cómo, en última instancia, el círculo se cierra, ineludiblemente, ante el propio Tribunal Constitucional. Con todo, somos del parecer que esto no habrá de significar que el Poder Judicial, y

más específicamente sus integrantes, sean jueces civiles o de las cortes superiores, dentro de los cánones de su autonomía jurisdiccional, disientan, y el Tribunal Constitucional confirme o no sus resoluciones.

En suma, los vasos comunicantes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en los marcos de las garantías constitucionales ordinarias del Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento etc., estarán imbricados a través del Recurso Extraordinario. A la postre, la doctrina del Tribunal Constitucional a la que el Poder Judicial se obliga a cumplir, debe ser siempre y necesariamente bajo los marcos de los criterios de una sana doctrina de la interpretación de los Derechos Humanos: *pro libertatis*; es decir, una preferencia por los derechos humanos¹⁴; o el respeto a lo que la doctrina europea denomina el contenido esencial de los derechos fundamentales o, como apunta Francisco Fernández Segado, “el principio del mayor valor de los Derechos”. A ello se debe sumar el empleo de lo que Germán Bidart Campos denomina la “regla de oro”: que la Constitución, y con ella los Derechos Humanos, se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en los que el Estado se hace parte.

Por otro lado, debemos hacer la siguiente constatación y no otra cosa: cuando el Poder Judicial ha decidido “apartarse” de la posición dominante del Tribunal Constitucional, estamos, obviamente, ante un caso denegatorio de tutela judicial al justiciable demandante. Esta posición no debe, desde luego, ser criticable, pues el Poder Judi-

14 BIDART CAMPOS, Germán: *Teoría General de los Derechos Humanos*, op. cit. pp. 386 y ss.; HERRENDOR, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán: *Principios de Derechos Humanos y Garantías*; op. cit.; PECES-BARBA, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, U. Carlos III de Madrid, op. cit., pp. 569 y ss.; PEREZ LUÑO, Antonio: *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 25 y ss.; del mismo autor: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., pp. 132 y ss.; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *La Dogmática de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 57- 82; LUCAS VERDU, Pablo (Compilador): *Prontuario de Derecho Constitucional*, Edit. Comares, Granada, 1996, pp. 127 y ss.; MIRANDA, Jorge: *Manual de Derito Constitucional*, Vol. IV, Coimbra Edit., 2da. Edic., 1993, pp. 31 y ss.; SALDAÑA, Javier (Coordinador): *Problemas actuales sobre Derechos Humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México, 1997; BALLESTEROS, Jesús (Editor): *Derechos Humanos. Concepto. Fundamento. Sujetos*, Tecnos, Madrid; AA.VV.: *Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema* (Edición a cargo de Antonio-Enrique Perez Luño), U. de Sevilla, 1979; FERNANDEZ, Eusebio: *Teoría de la Justicia de los Derechos Humanos*, Colección Universitaria, Editorial Debate, Madrid, 1987.

cial o sus integrantes tienen legítimo derecho, dada las contingencias de la vida y nuevos hechos frente a situaciones anteriores similares o análogas, decidir no admitir fundada alguna garantía constitucional, por ejemplo una Acción de Amparo. A la larga, será el Tribunal Constitucional el que, si es que se entabla el recurso extraordinario, definirá dicho apartamiento. Será, en todo caso, el Tribunal Constitucional --reiteramos-- el que, horqueteado por nuevas razones de los jueces ordinarios; quizá bajo la entelequia de una sólida y contundente teoría de la argumentación jurídica¹⁵, admita o no la nueva tendencia jurisprudencial. Pues no siempre el demandante o actor es el que ha de corresponderle el derecho; sino y, por el contrario, al supuesto agresor o demandado que, a la larga, viene a ser otro justiciable más con la misma impertérrita vara de la igualdad de armas en el marco de la tutela judicial efectiva a que tiene derecho.

En buen cuenta, y aquí apelamos a las reflexiones del tratadista español Eduardo García de Enterría, al Tribunal Constitucional se le asigna una cierta función vigilante general del sistema judicial ordinario en materia de Derechos Fundamentales y Constitucionales, campo donde le deja normalmente actuar, y en el que sólo interviene si se observa que alguna práctica judicial o alguna situación concreta puede requerir una definición de la recta doctrina constitucional, definición que él -el Tribunal Constitucional- se reserva para sí¹⁶.

Por otro lado, el Tribunal constitucional peruano, no puede sustituir a toda la Administración de Justicia; su misión básica de defensa de la Constitución y depuración del ordenamiento no puede desviarse continuamente en la atención a vulneraciones individuales que deberían ser reparadas en otras instancias.

De esta forma, debe ejercer esa función suprema garantizando la adecuación a la Constitución de los centros productores de decisiones jurídicas, desde el control de constitucionalidad de los órganos ju-

15 ETO CRUZ, Gerardo: "Algunas consideraciones en torno a la Teoría de la Argumentación Jurídica de Theodor Viehweg, Chaïn Perelman y Robert Alexis", en *Revista Jurídica*. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad. 75 años. Edición Especial. N° 134, Trujillo, Enero-1996 Julio-1999, pp. 395 y ss.

16 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 10, p. 44.

diciales. No se trata, por ende, de introducir, hay veces por la puerta falsa, el recurso extraordinario contra la jurisprudencia del Poder Judicial, sino, al contrario, de respetar al máximo el ámbito autónomo de la misma en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo menos eso es lo que se evidencia cuando del arsenal de recursos extraordinarios que llegan ante el Colegiado Constitucional, un impresionante porcentaje resulta simplemente confirmado por el Tribunal.

Con todo, como muy bien afirma el profesor Miguel Aparicio Pérez, siempre hay materias en que los dos sectores -Poder Judicial y Tribunal Constitucional- se interpenetran. O, dicho de otra forma: siempre habrá un campo donde la actividad del Tribunal Constitucional será necesaria más allá del mero control de la actuación jurisdiccional ordinaria, especialmente cuando dicho ámbito se refiere al tratamiento de los derechos fundamentales que, por definición, son de permanente textura abierta y cuya continua actualización corresponde en último extremo al propio Tribunal Constitucional¹⁷.

Así las cosas, en el modelo peruano de jurisdicción constitucional deben existir ciertas pautas a tenerse en cuenta para:

- a) Los supuestos en que el Tribunal Constitucional estimara conveniente modificar su propia jurisprudencia en materia de derechos fundamentales. Con este criterio se permite eliminar las inevitables y frecuentes contradicciones de los fallos o sentencias de las Salas Civiles o Penales de las Cortes Superiores de los respectivos Distritos Judiciales y garantizar la seguridad y unidad de la propia doctrina ante la exigencia de su seguimiento por parte de la jurisdicción ordinaria.
- b) La señalización y apertura de nuevos contenidos en los derechos fundamentales. Aquí estamos, pues, ante una posible interpretación de los derechos fundamentales, redimensionándolos no sólo como aquellos derechos humanos o naturales positivizados; sino también para aquellos derechos fundamentales innominados; o para aquellos derechos que, vía las pautas hermenéuticas que la propia Constitución estable-

17 APARICIO PEREZ, Miguel A.: "La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del Amparo Constitucional", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 3, Mayo-Agosto 1989.

ce en el art. 3 de los derechos implícitos. En suma, la atalaya de cotizar qué tipo de derechos deben ser objeto de tutela por las garantías constitucionales, habrá de corresponderle, en su momento, al propio Tribunal Constitucional, en caso que el Poder Judicial acuse una postura conservadora frente a los justiciables.

- c) La corrección de la doctrina jurisprudencial ordinaria en materia de derechos fundamentales. Que es lo que hemos venido extensamente desarrollando. Se trata aquí de revisar la doctrina sobre la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.

Finalmente, seguimos aquí, *in extensu*, las reflexiones del notable magistrado y ex-Presidente del Tribunal Constitucional español, asesinado por la intolerancia del terrorismo de la ETA, don Francisco Tomas y Valiente, de quien, en torno a su experiencia, bueno es que los miembros y futuros miembros del Tribunal Constitucional peruano tomen debida nota:

- a) La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar. Su posición es eminente, la propia de un juez. Pero su imparcialidad objetiva y la independencia de criterio de sus magistrados no son garantía intangible a los ojos de muchos, porque afectando sus resoluciones a temas clave de la organización del Estado y de la esfera de libre acción de los ciudadanos en la sociedad, es inevitable que los conflictos salpiquen al órgano que lo resuelve. Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal. Lo imposible es que la sentencia, adoptada con plenitud de independencia, satisfaga a todos los contendientes, es decir, a quienes litigaron como partes procesales de los contendientes, es y a quienes lo hicieron libre, pero no desinteresadamente, en el gran foro de los medios de comunicación.
- b) El Tribunal no debe obsesionarse nunca por el eco de sus resoluciones. Ni ha de buscar el aplauso ni ha de huir de la censura,

porque en una sociedad democrática dotada de las libertades que el propio Tribunal ampara, siempre habrá, en cada caso, ante cada sentencia no rutinaria, aplausos y censuras, sea cual sea la intensidad relativa de unos y otros, y sean quienes sean en cada ocasión los conformes y los disconformes.

- c) El Tribunal debe facilitar información acerca de lo que hace, llegando en ese camino hasta la frontera del debido secreto. Y ha de hacerlo tratando por igual a todos los medios de comunicación, sin preferencias disimuladas, ni canales abiertos por los que inadvertida e involuntariamente puedan circular en un momento dado indicios informativos privilegiados o cosa que lo parezca.
- d) Por último, y como reflexión *ad intra*, quizá la principal enseñanza que tuvo el caso en cuestión para quienes lo vivimos en el Tribunal, fue la concerniente a la importancia de las deliberaciones y a la conveniencia de que éstas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas. La exhaustividad de la deliberación se alcanza cuando ya nadie tiene nada nuevo que decir y se repiten los argumentos a favor o en contra del fallo. Sacar éste a votación siquiera sea un momento antes de que se produzca el punto de exhaustividad es un error psicológico y procedimental, apenas disculpable por la existencia de tesones e impacencias que el Tribunal jamás debe interiorizar¹⁸.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía peruana sobre el Tribunal Constitucional viene desde la existencia del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales y más reciente sobre el actual Tribunal Constitucional con la problemática que ella suscita en relación a la jurisprudencia y a sus relaciones

18 TOMAS Y VALIENTE, Francisco: "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 15-34, específicamente pp. 18 y 19.

con el Poder Judicial. Así, en lo que respecta al antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, se ha desarrollado lo siguiente:

AA.VV.: *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, Comisión Andina de Juristas y Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1986; AGUIRRE ROCA, Manuel: "Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica", en *Rev. Themis*, PUCP, 1982; "Los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica", en *Rev. Themis*, Año I, N° 3, PUCP, 1985; BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto: "El Tribunal de Garantías Constitucionales: un proyecto de ley que no ofrece garantías", en *Rev. Qué Hacer*, Lima, N° 10, 1981; "La irretroactividad de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Revista Derecho*, PUCP, Lima, N° 36, 1982; BLUME FORTINI, Ernesto: "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Ius et Praxis*, U. de Lima, 1983; CARDENAS QUIROS, Carlos: "El Tribunal de Garantías Constitucionales: y la Constitución del Perú de 1979", en *Rev. El Foro*, Año LXVIII, No 2, Lima, 1981; CORSO MASIAS, Alfredo: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Prontuario*, Edigrap Edit., Arequipa, 1984; FERRERO R., Raúl: "El control de la constitucionalidad de las leyes", en *Revista Jurídica del Perú*, N° III, 1960; FIX ZAMUDIO, Héctor: "Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica", en *Revista Jurídica del Perú*, Año XXXIII, No 1, 1982; GARCIA BELAUNDE, Domingo: "La influencia española en la Constitución Peruana (A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)" en *Revista de Derecho Político*, Madrid, N° 16, 1982; LINARES A., M. Octavio: *Derecho Procesal Civil*, Vol II, Edit. Sudamericana S.A. Lima, (vid. pp 261 a 323), 1984; LEON BARANDIARAN, José: "El Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad"; en *Revista del Foro*, N° 1, enero-junio 1969; PELAEZ BAZAN, Mario: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Y un Anteproyecto de su Ley Orgánica*, Imp. Edit. Vicente Solsol, Lima, 1980; *Hacia la Justicia Constitucional*, Edit. Andina, Lima, 1984; POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge: *Constitución y justicia*, Edit. Andina, Lima, 1984; PALOMINO MANCHEGO, José F.: "Notas sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales", *Revista Juris*, UNMSM, Lima, 1982; VALLE RUESTRA, Javier: *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y en blanco*, Edit. Labrusa, Lima, 1986; VIDAL COBIAN, Ana María: "Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Rev. El Foro*, Año LXXI, N° 2, 1984.

La actual bibliografía y, en parte, otra anclada al antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, es la siguiente: ABAD YUPANQUI, Samuel: "El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano", en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 11, CAJ, Lima, 1995; del mismo autor: "La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993, balance y perspectivas", en *Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes*, Serie: Lecturas Constitucionales Andinas, N° 4, CAJ, 1995, pp. 191-240; BLUME FORTINI, Ernesto: "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución", en *Derecho*, PUCP, N° 50, Lima, 1996; DANOS ORDOÑEZ, Jorge: "Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional", en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*. Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 10, CAJ, Lima, 1994; EGUIGUREN PRAELLI, Francisco: "Relaciones entre el Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas", en *Pensamiento Constitucional*, Año V, No 5, PUCP, Lima, 1998, del mismo autor y con anterioridad: "El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y la decepciones de la realidad", en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 7, CAJ, Lima, 1991; FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado", Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional en Huancayo, por aparecer en *Pensamiento Constitucional*; GARCIA BELAUNDE, Domingo: "Las garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993", en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, CAJ, Lima N° 10, 1994; del mismo autor: "La nueva Constitución del Perú: Poder Judicial y garantías constitucionales", en *Desafíos constitucionales contemporáneos*, César Landa y Julio Faúndez (editores), University of Warwick - PUCP, Lima, 1996 y más recientemente su obra: *Derecho Procesal Constitucional*, Marsol Edit., Trujillo, 1998; LANDA ARROYO, César: "La sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la constitucionalidad de la Ley de la Bolsa de Trabajo y los principios de igualdad y libertad", en *Derecho*, PUCP, N° 45, Lima, 1994; del mismo autor: "Notas acerca del Proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en *Derecho y Sociedad*, N° 8-9, Lima, 1994; igualmente: "Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano", en *Pensamiento Constitucional*, PUCP, Lima, 1995; MARAVI SUMAR, Milagros: "Las

relaciones del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el Perú a partir del análisis de la jurisprudencia”, en *Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencia y Relaciones, Ius et Praxis*, Año 4, No 1 (Talca, Chile), 1998; SAGÜES, Néstor Pedro: “Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol. III, CAJ, Lima, 1996, pp. 103 y ss.; de la misma fuente también se encuentran los trabajos de ROTH, Joachim: “El control constitucional: Función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”; STEIN, Torsten: “Criterios de interpretación de la Constitución”; del mismo autor: “Tipos de sentencias constitucionales”; REVOREDO, Delia: “Los retos actuales del Tribunal Constitucional”; LOSING, Norbert: “Los retos del Tribunal Constitucional en América Latina”, en *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios*, Vol III, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, No 12, 1996. Más recientemente puede verse en: *La Justicia Constitucional a finales del siglo XX (Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional, Año VII, N° 6, Huancayo, 1998)*, cuyos trabajos corresponden a BIDART CAMPOS, Germán: “Justicia Constitucional y Reforma del Poder Judicial” (pp. 9-28); SAGÜES, Néstor Pedro: “Problemas de absorción de causas por el órgano superior de control de la constitucionalidad” (pp. 29-51); FERNANDEZ SEGADO, Francisco: “Los nuevos desafíos para la protección jurisdiccional de los derechos” (pp. 53-137); GARCIA BELAUNDE, Domingo: “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo” (pp. 139-154); VILCAPOMA IGNACIO, Miguel Pedro: “La Constitución y las Resoluciones Judiciales” (pp. 201-220).

VEINTE AÑOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERU*

No quería dejar pasar en el inicio de este año 2003 una fecha importante para el Derecho Constitucional Peruano. Efectivamente, el 1 de diciembre de 1982, como se recordará, fue promulgada la Ley 23506 que regula al Habeas Corpus y Amparo; esta Ley entró en vigor el 24 de diciembre del mismo año. En estos días, como se sabe, acaba de cumplirse 20 años de Justicia Constitucional. La fecha invita a cierta reflexión.

I

Son miles los justiciables que han solicitado amparos contra los abusos, y miles los que han vertebrado afiladamente el Habeas Corpus para que se les restituya las libertades conculcadas. Por principio, toda persona tiene derecho a pedir tutela de sus Derechos Fundamentales que pueden ser enervados por alguna autoridad, funcionario o persona. La Ley 23506 con dos décadas a cuestas, ha proyectado una heterodoxa jurisprudencia, muchas a la altura de lo que debe ser el *thelos* de la protección de esta garantía constitucional: restituir los derechos violados o amenazados.

* Publicado en el *Diario Nuevo Norte* de Trujillo, el 01 de enero de 2002.

Pero se debe advertir, sobre todo para aquellos magistrados despidados, que la Ley 23506 no sólo debe entenderse en su sentido literal en lo que prescribe el artículo 1 de la citada ley; esto es que solo procede cuando se viola o amenaza por acción o por omisión los derechos constitucionales. En rigor, los derechos constitucionales se agotan con su sólo enunciado del texto positivo. Sin embargo el amparo básicamente protege a) los derechos constitucionales; b) los derechos fundamentales; c) los principios constitucionales; y d) los valores fundamentales. Visto en esta perspectiva, bueno es reivindicar una heurística jurisprudencial, sobre todo la que dimana del Tribunal Constitucional; empero, existen otras jurisprudencias, que no merecen ser calificadas como tales, pues solo revelan la miseria humana de quienes visten la toga: magistrados pusilánimes o bien timoratos ante el poder político; o bien por desconocimiento. En ambos extremos se peca, pues creemos que, cuando se trata de resolver procesos constitucionales, los jueces deben asumir un rol protagónico sin que ello suponga un activismo judicial pernicioso.

II

El Hábeas Corpus y el Amparo no son los únicos instrumentos procesales con los que se conoce a la jurisdicción constitucional. Existen otros más que batallan en otros campos protectores. Así, el Habeas Data tutela sólo dos específicos derechos fundamentales: el acceso a la información de las entidades del Estado; y, por otro lado, la autotutela de la información personalizada. A su turno, la Acción de Cumplimiento es otro proceso que aun no cuaja en nuestro sistema de jurisdicción constitucional, pues es una garantía *sui géneris*: no tiene un derecho constitucional líquido que proteger; pues sólo supone activar una conducta positiva de algún funcionario o autoridad que no cumple con desarrollar lo que dispone una norma o un acto administrativo. La Acción Popular y la Acción de inconstitucionalidad, son los otros instrumentos procesales del control abstracto de las normas, la primera para afirmar y tutelar el principio de legalidad y de constitucionalidad de las normas infralegales; la segunda para afirmar el principio de constitucionalidad de las leyes. Ambos procesos se caracterizan, frente a las demás ya citadas, porque sus efectos son *erga omnes*; mientras el Hábeas Corpus, el Amparo, el Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento tienen efectos sólo entre las partes

en conflicto. Fuera de estos procesos existe el llamado Conflicto de Competencia y de Atribuciones, que tiene poco desarrollo jurisprudencial pero que, con las futuras regiones va a desplegar un inusitado rol integrador.

III

Pero lo que nos interesa en estas breves cuartillas es rescatar los 20 miríficos años de la Ley 23506 y cuyos autores, entre otros, fuera nuestro querido amigo y maestro Domingo García Belaunde, quien presidiera la Comisión que elaboró el Anteproyecto, cuando estaba a la sazón, como Ministro de Justicia, el desaparecido iusprivatista Elías Larosa, y en el que destaca también el fogoso tribuno Alberto Borea Odría, entre otros.

Cualquiera que de una ojeada estadística al amplio maremagnum de controversias constitucionales, podrá advertir que el Hábeas Corpus y, en especial, el Amparo, se llevan los mejores trofeos cuantitativamente en demandas y la explicación es muy sencilla: en un país como el nuestro, las intermitentes violaciones de los derechos humanos provienen no sólo de Corporaciones o entidades privadas; sino y principalmente del Estado. De allí que el grueso de estas acciones de garantías se dirijan contra el Estado.

IV

20 años de justicia constitucional supone escudriñar las bondades y defectos, no sólo a nivel de su norma, sino del propio sistema constitucional en su conjunto, lo cual debe significar, de cara a la realidad, hacer un balance del propio modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional (esta expresión, por suerte, ya viene tomando carta de ciudadanía, pues fue acuñada por Domingo García Belaunde y alude o comprende, con dicha expresión al modelo peruano que tenemos desde la Carta de 1979: es decir, que ni es ortodoxamente “americano” o “difuso”; ni mucho menos europeo –“kelseniano”, “austriaco” o “concentrado”).

Un primer reparo que debe ya formularse es el siguiente: la Ley 23506 es una muy buena ley, en su versión primigenia; lo que pasa es que, posterior a ella, ha sido objeto de innumerables reformas que dan vértigo; y muchas de ellas con el torvo y siniestro fin de restarle filo a esa espada protectora de las libertades; sobre todo para

el Habeas Corpus. Por ahora necesita que se rescate en su versión primigenia; pero a futuro, en rigor lo que se quiere es que exista una normatividad orgánica de toda la legislación de garantías constitucionales. La Constitución de 1993 prescribe que debe desarrollar una Ley Orgánica de Garantías Constitucionales. Probablemente la Asociación Peruana de Derecho Constitucional tenga mucho que decir sobre esto, pues cuenta con un Anteproyecto de una Ley Orgánica que en algún momento deberá ser objeto de debate. Este documento no fue entregado al régimen de Fujimori, pues era un chiste de mal gusto; pero cuando exista el momento y la coyuntura adecuada, creemos que puede servir como un marco de los grandes lineamientos, para que se discuta una especie de un futuro Código Procesal Constitucional.

V

La doctrina jurisprudencial sobre la protección de los Derechos Fundamentales, de una u otra manera va progresando; tampoco hay que ser mezquinos, aunque todavía falta mucho por recorrer, sobre todo de que se concientice no sólo en la labor de los abogados que utilizan impunemente este instrumento procesal que, en nuestra opinión es de naturaleza residual, excepcional o heroica; y que otros, acaso por “comodidad” o interés de litigar, afirman la tesis “alternativa” u “optativa”; pero también, repetimos, se debe formar conciencia en la magistratura que falta actualizarse en los conocimientos mínimos del razonamiento en frecuencia constitucional. Aun tenemos muchos jueces legales (que son aquellos, muy correctos por cierto, pero que, al momento de la etapa decisoria del proceso “razonan” bajo un simple y esquemático análisis de la ley; mas no de los principios y valores constitucionales). Con todo, algo se está avanzando. Así, se puede apreciar un rol vital de la Academia de la Magistratura, no sólo para los que se inician como futuros magistrados; sino para los duchos; lamentablemente muchos de ellos, los “duchos”, en rigor, creen que todo lo saben; mas no tienen en cuenta los estándares de razonamiento y de la interpretación de los Derechos Humanos, llegando a realizar una labor negativa en la defensa jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

La disciplina del Derecho Procesal Constitucional debe imponerse como una pauta donde todos los magistrados deben reciclar cono-

cimientos a partir del rol de formación de la Academia Nacional de la Magistratura, pues esta disciplina resulta más que vital hoy en día; sobre todo en el convulsionado mundo de nosotros, los países globalizados (los “globalizantes”, como se sabe, son USA y Europa).

Veinte años significa o debe significar un alto a la labor; veinte años debe significar una reflexión serena y pausada no sólo en quienes tienen los más altos cargos en la Magistratura del Poder Judicial; sino de los miembros del Tribunal Constitucional; pero también son veinte años que deben llevar a una pasión por la lucha de los Derechos Humanos en estos predios; pero no como la defensa de muchos abogados que, discúlpenme colegas, a tontas y a locas, plantean sendos Hábeas Corpus o Amparos sin un norte fijo; estos dos instrumentos, paradigmáticos por excelencia, deben servir contra el poderoso que no sólo debe resbalar, sino contra el abusivo que debe caer y, en suma contra el agresor de nuestras libertades consustanciales.

Nunca como hoy, la Ley 23506 brilla con luz propia dentro de las miles de leyes huera que tenemos, dentro de la *hiperinflación* intrascendente de normas a que los parlamentos latinoamericanos nos someten a normas vacías¹, sin la trascendencia debida de estos legisladores que, entrampados en sus negociaciones políticas o de interés personal, nos tienen acostumbrados.

Sin pretensiones de zahorí, la Ley 23506, no sólo remontó a la Constitución de 1979; sino también a la de 1993 y probablemente sea el norte o guía de una futura carta cuya incertidumbre de este Congreso o una constituyente no está del todo clara, pero este ya es otro problema sobre la legitimidad o no del actual parlamento para reformar totalmente a la Carta de 1993.

1 Al respecto puede verse nuestro trabajo, incluido también en este volumen: “La función legislativa y la calidad de la legislación. Una aproximación al caso peruano”.

ÍNDICE GENERAL

TOMO I

Nota Preliminar	7
-----------------------	---

PRIMERA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

APOSTILLAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..	15
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1979	15
CAPITULO I DE LA PERSONA	15
DERECHOS FUNDAMENTALES: FUENTES Y ANTECEDENTES	43
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL	55
ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	56
1. INTRODUCCIÓN	56
2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	60
3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	61
a) Principios jurídicos fundamentales	64

b)	Principios políticos constitucionales	65
c)	Principios económicos, sociales y culturales	66
d)	Principios en la Administración de Justicia	67
4.	LA AMBIGÜEDAD IDEOLÓGICA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1979	68
5.	FACTORES PARA LA VIGENCIA DE UNA CONSTITUCIÓN	70
6.	LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	71
7.	CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	72
8.	LAS LEYES DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	74
9.	APRECIACIONES FINALES	80
	ADDENDA BIBLIOGRÁFICA	83
	ANEXO: 10 años de Legislación Constitucional en el Perú (1980 - 1990)	87
	EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ .	95
1.	Introducción	95
2.	Las relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional	97
3.	Hacia una definición del Derecho Civil Constitucional en el Perú	98
3.1.	Nota preliminar	98
3.2.	Definición del Derecho Civil Constitucional	103

ÍNDICE GENERAL

EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ DE AYER Y HOY	109
1. EXORDIO CONCEPTUAL: LAS DIMENSIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	110
1.1. El orden Normativo	110
1.2. El orden de la realidad existencial	111
1.3. Orden Axiológico	113
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ DE AYER	114
2.1. Ojeada Preliminar	114
3. EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO DE HOY ...	123
3.1. Características del constitucionalismo peruano de hoy	124
4. PERSPECTIVA ACTUAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	136
Post scriptum	142
 LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS: A PROPÓSITO DE LAS CLÁUSULAS DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	145
 NOTA PRELIMINAR	145
1. INCORPORACION EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS DE LOS DERECHOS IMPLÍCITOS DE LOS DERECHOS HUMANOS	147
2. INCORPORACION DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS	153

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y SU INFLUENCIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO	157
I. INTRODUCCIÓN	158
II. TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y REFORMA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA: BREVE OJEADA EN SUS GESTACIONES CRONOLÓGICAS	161
2.1. Breve recordatorio: La transición democrática en España	161
2.2. Las gestaciones cronológicas de las constituciones latinoamericanas	164
III. LA RECEPCIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	175
3.1. A nivel del texto constitucional español	175
3.2. A nivel de la doctrina constitucional española. ..	178
3.3. No obstante, la influencia de la doctrina, bueno es tener presente el mercado de opiniones	181
IV. LA RECEPCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS	183
4.1. Contexto de influencia del Tribunal Constitucional español en Latinoamérica	185
4.2. El actual panorama de la jurisdicción constitucional en América Latina	186
A) La presencia de Tribunales Constitucionales strictu sensu (fuera del Poder Judicial)	187
B) Presencia de Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial	189

ÍNDICE GENERAL

C)	Presencia de Salas Constitucionales pertenecientes a las Cortes Supremas	190
V.	LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL constitucional EN LATINOAMÉRICA	191
VI.	OTRAS INFLUENCIAS DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LATINOAMÉRICA	192
VII.	EPÍLOGO: LAS CARACTERÍSTICAS Y LAS TENDENCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN EL SIGLO XXI	194
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL		201
I.	INTRODUCCIÓN	202
II.	BREVE BROCHAZO PANORÁMICO DE MODELO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	203
III.	NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN	203
IV.	PRINCIPALES LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DEL TC EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	205
A)	Determinación del contenido de los derechos fundamentales	205
B)	Derechos civiles y políticos	207
1.	Prohibición de discriminación	207
2.	Derechos de libertad protegidos por el hábeas corpus	207
2.1.	Dimensiones de la libertad personal	207
2.2.	Desaparición forzada	208

2.3.	Detención preliminar	208
2.4.	Arresto Domiciliario	208
2.5.	Cadena perpetua	209
2.6.	Derecho a la visita íntima	209
2.7.	El indulto y la gracia presidencial	210
3.	Derechos de los niños y adolescentes	210
4.	Derecho a la identidad personal	211
5.	Tutela del derecho al honor y a la buena reputación a través del amparo	212
C)	Derechos económicos, sociales y culturales	212
1.	Posición del TC frente a los derechos sociales. ...	212
2.	Derecho a la salud	213
3.	Tutela constitucional de derechos económicos ...	215
3.1.	Derecho a la libertad de contratación	215
3.2.	Derecho a la libertad de empresa	216
3.3.	Derecho a la libertad de comercio	217
3.4.	Derecho a la libertad de trabajo	217
3.5.	Derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios	218
4.	Derechos culturales.	218
4.1.	Identidad cultural y étnica	218
4.2.	Derecho al territorio	218
4.3.	Derecho a la libre determinación	219
4.4.	Derecho a la consulta previa	220

ÍNDICE GENERAL

5.	Derecho al medio ambiente	220
D)	Derechos creados jurisprudencialmente por el TC	221
1.	Derecho a la verdad	221
2.	Derecho al agua potable	221
3.	Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad	222
4.	Derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos	222
5.	Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	223
6.	Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas	223
7.	Derecho de los consumidores y usuarios	223
8.	Derecho a la objeción de conciencia	224
E)	Derechos procesales implícitos	224
LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO		227
I.	Preliminares	227
II.	Interpretación de la Constitución	229
2.1.	Definición	229
2.2.	Diferencia entre interpretación constitucional y mutación constitucional	230
2.3.	La pluralidad de intérpretes en la interpretación constitucional	230
2.4.	Principios de la interpretación constitucional	231
III.	Interpretación constitucional de la ley	232

3.1.	El sustento conceptual de la interpretación conforme: la distinción entre “disposición” y “norma”	233
3.2.	Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)	233
3.2.1.	Sentencias reductoras	235
3.2.2.	Sentencias aditivas	236
3.2.3.	Sentencias sustitutivas	237
3.2.4.	Sentencias exhortativas	237
3.2.5.	Sentencias estipulativas	239
3.3.	El principio de conservación de la ley	239
3.4.	El principio de interpretación desde la Constitución	240
IV.	Interpretación de los derechos fundamentales	240
4.1.	Principio pro homine	241
4.2.	La interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales	241
4.3.	La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales	242
4.4.	El principio de proporcionalidad	243
FUENTES DEL CONSTITUCIONALISMO GADITANO. CON ESPECIAL REFERENCIA A SU INCIDENCIA EN LOS MECANISMOS DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN		245
I.	Los modelos constitucionales americano, inglés y francés en las Cortes de Cádiz.	245

ÍNDICE GENERAL

II.	La influencia de la Constitución francesa de 1791 y el carácter normativo de la Constitución	248
III.	Las infracciones a la Constitución como mecanismo de defensa de la Constitución	255

CAPÍTULO II

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN

LOS INUSITADOS ROLES DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES	267
1. PRELIMINAR	267
2. PERFIL TRADICIONAL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES	268
3. LA INICIATIVA EN LA FORMACION DE LAS LEYES	269
3.1. ¿Sobre qué materias?	270
3.2. Cuidado con el simple protagonismo político	271
3.3. El procedimiento en la iniciativa de formación de las leyes	271
3.4. Iniciativas legislativas y Demandas sociales	272
4. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	273
4.1. Alcances de la norma	273
4.2. La legitimación de los Colegios Profesionales	274
4.3. Normas objeto del control de constitucionalidad	275
4.4. La materia objeto de cuestionamiento	276

LA REGIONALIZACIÓN EN EL PERÚ: BALANCE Y PERSPECTIVAS	279
1. INTRODUCCIÓN	279
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA	279
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	281
2. VISIÓN PANORÁMICA DE LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL EN EL PERÚ	282
3. LA ETAPA INTERMEDIA	283
4. LA ETAPA ACTUAL	284
5. PERFILES CONSTITUCIONALES DEL ORDENAMIENTO REGIONAL EN EL PERÚ	285
5.1. ¿Cómo están conformadas las Regiones?	285
5.2. La Estructura actual de los Gobiernos Regionales.	286
5.2.1. El Consejo Regional:	286
5.2.2. El Presidente Regional:	286
5.2.3. El Consejo de Coordinación Regional:	286
5.3. Las Competencias de los Gobiernos Regionales:	287
6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS REGIONES	287
A. El Consejo Regional	287
B. La Presidencia Regional	288
7. LAS PERSPECTIVAS DE LOS GOBIERNOS REGIONALES EN EL PERÚ	288
DIEZ AÑOS DE CONSTITUCIONALISMO PERUANO ..	291
1. Balance necesario	292

ÍNDICE GENERAL

2.	La constitucionalidad de un gobierno	292
3.	La vigencia constitucional	292
4.	Necesarios correctivos	293
5.	Las leyes de desarrollo constitucional	293
6.	La legislación delegada	294
7.	Decretos presidenciales de urgencia	294
8.	Correctivos a los decretos presidenciales	295
LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN		297
Introducción		298
1.	Ubicando el problema	300
2.	Ojeada preliminar de las distintas manifestaciones de inconstitucionalidad	302
2.1.	Inconstitucionalidad material y formal	303
2.2.	Inconstitucionalidad por acción y por omisión ..	303
2.3.	Inconstitucionalidad total y parcial	304
2.4.	Inconstitucionalidad originaria y sobreviniente .	304
2.5.	Inconstitucionalidad de normas constitucio- nales	307
3.	Primer Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en general y las omisiones legislativas en especial	308
3.1.	Inconstitucionalidad por omisión latu sensu	308
3.1.1.	Inconstitucionalidad por omisión de actos políticos o de gobierno	309
3.1.2.	Inconstitucionalidad por omisión indirecta .	310

3.2.	Inconstitucionalidad por omisión en sentido estricto	313
3.2.1.	Presupuestos de la inconstitucionalidad por omisión	315
3.2.2.	¿En el marco de todas las constituciones vigentes se pueden generar manifestaciones de inconstitucionalidad por omisión?	318
3.2.3.	Diferencias entre la inconstitucionalidad por acción y la inconstitucionalidad por omisión	319
3.2.4.	El sistema de jurisdicción constitucional en la fiscalización de la omisión inconstitucional	321
3.2.5.	La razonabilidad del tiempo para editar la ley	323
3.2.6.	Variantes de la omisión inconstitucional: la relevante y la parcial	326
3.2.7.	¿Existe responsabilidad del legislador por las omisiones que incurre?	327
4.	Segundo Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado	330
4.1.	El régimen constitucional de Alemania	331
4.2.	El régimen constitucional de Portugal	333
4.3.	El régimen constitucional de Yugoslavia	335
4.4.	Régimen constitucional de Brasil	335
4.5.	Régimen constitucional de la Argentina. La Provincia de Río Negro	338
5.	Tercer Bloque: La inconstitucionalidad por omisión en el Perú	340

ÍNDICE GENERAL

5.1.	Visión panorámica	340
5.2.	La Jurisdicción Constitucional en el texto de 1979	341
5.3.	El debate en el Proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo	343
5.4.	Los casos de inconstitucionalidad por omisión: un breve registro en el texto constitucional de 1979	348
5.5.	Mecanismos de fiscalización de la omisión inconstitucional en el sistema peruano	354
5.5.1.	Fiscalización indirecta	354
5.5.2.	La fiscalización directa	356
6.	Reflexiones finales	358
BONDADES Y DEFECTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993		361
1.	INTRODUCCIÓN	362
2.	OJEADA PANORÁMICA A LA CONSTITUCIÓN DE 1979	365
2.1	Relación de Proyectos de Ley de Reforma Constitucional presentados en el Congreso de la República durante los dos periodos constitucionales de 1980 - 1985 y 1985 - 1990.	374
	CÁMARA DE SENADORES	374
	CAMARA DE DIPUTADOS	390
3.	ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL	400
4.	LAS BONDADES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1993	402
4.1.	De la Persona y de la Sociedad	403

4.2.	Del Estado y la Nación	405
4.3.	Del Régimen Económico	405
4.4.	De la Estructura del Estado	406
4.5.	Garantías Constitucionales	415
5.	LOS DEFECTOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1993	419
5.1.	De la Persona y de la Sociedad	420
5.2.	Del Estado y la Nación	423
5.3.	Del Régimen Económico	423
5.4.	De la Estructura del Estado	425
5.5.	De las Garantías Constitucionales	431
6.	VISIÓN GLOBAL DE LA CONSTITUCIÓN EN TORNO A SUS "DEFECTOS"	431

	LUCES Y SOMBRAS A MEDIO SIGLO DE UNA PROPUESTA. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES	435
I.	Preliminares	435
1.	Los planteamientos de Otto Bachof	438
2.	El criterio rector de Otto Bachof para la tipología de las normas constitucionales inconstitucionales: la Constitución formal y material	438
3.	Los planteamientos de Bachof: el derecho constitucional escrito formal	439
a.	La inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales	439
b.	Inconstitucionalidad de ley de elaboración de la Constitución	440

ÍNDICE GENERAL

c.	Inconstitucionalidad de normas constitucionales en virtud de contradicción con normas constitucionales de grado superior	441
d.	Inconstitucionalidad resultante de la alteración de naturaleza de normas constitucionales. Cesación de vigencia sin disposición expresa	442
4.	Violación del derecho constitucional no escrito	443
a.	Inconstitucionalidad por infracción de los principios constitutivos no escritos del sentido de la Constitución	443
b.	Inconstitucionalidad por infracción de derecho constitucional consuetudinario	444
c.	Inconstitucionalidad (invalidez por infracción de derecho supra-legal no positivado)	445

EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA MILITAR EN EL PERÚ

449

I.	INTRODUCCIÓN	449
1.	Antecedentes legislativos	449
2.	El Fuero Militar: Nociones preliminares	455
3.	Bases históricas y fundamentos	456
II.	LA AMPLIACIÓN DE COMPETENCIA DE LOS FUEROS MILITARES: DE LA CONSTITUCIÓN DE 1979 A LA DE 1993	459
1.	Nota preliminar	459
2.	El tono significativo de las declaraciones	460
3.	La propuesta de Alan García: "Interpretar la Constitución"	463
4.	Los proyectos de reforma en el Congreso	464

5.	Las Reformas del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional	465
5.1.	La legislación antisubversiva	467
5.2.	D.L. 25475 (Ley de Terrorismo)	469
6.	Los perfiles de la Justicia Militar en la Constitución de 1993	471
UNA MIRADA AL ORDENAMIENTO MUNICIPAL DESDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: BALANCE DE SU JURISPRUDENCIA		481
I.	INTRODUCCIÓN	482
II.	DERECHO CONSTITUCIONAL MUNICIPAL TRIBUTARIO	483
1.	Marco constitucional de los Arbitrios Municipales	483
1.1.	Limpieza pública	484
1.2.	Mantenimiento de parques y jardines	485
1.3.	Serenazgo	485
2.	Imposición de tributos municipales a las Universidades	486
3.	Inconstitucionalidad del pago de tasas para impugnar decisiones administrativas	486
4.	Pago indebido de tasas municipales derivados del costo del servicio	487
5.	Taxatividad de las exoneraciones al pago de impuestos de los espectáculos públicos no deportivos	487
III.	EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO MUNICIPAL	488
1.	Ambulantes desalojados y derecho al trabajo	488

ÍNDICE GENERAL

2.	Clausura de establecimiento de guarda de menores y adolescentes y derecho a la libertad de reunión	489
3.	Licencias y fiscalización de discotecas	491
4.	Mototaxis y derecho al trabajo	494
5.	Taxis y libertad de tránsito	496
6.	Libertad de expresión y el caso de los periódicos en los kioscos	498
7.	Regulación sobre horarios de funcionamiento de establecimientos nocturnos	498
8.	Regulación de venta de alcohol (libertad de comercio, libertad de conciencia, tutela del consumidor)	499
8.1.	El caso Taj Mahal Discoteque	501
8.2.	El caso Saenz Valles	502
9.	Paralización de obra y derecho de propiedad y libre tránsito	504
LA FUNCIÓN CONSULTIVA Y LA CALIDAD DE LA LEGISLACIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL CASO PERUANO		505
I.	Introducción	506
II.	Ausencia de una teoría sobre la racionalidad de la legislación: razones explicativas	509
2.1.	Razones explicativas de la ausencia de racionalidad de la legislación	509
a)	Razones políticas	510
b)	Razones teóricas	511
c)	Razones funcionales	512

d)	Razones técnicas	513
2.2.	En defensa de la racionalidad legislativa: las tesis minimalista y maximalista	515
III.	Un brochazo panorámico a la producción normativa en el Perú	519
3.1.	La Constitución como fuente del Derecho	519
3.2	La producción de las constelaciones normativas reguladas por la Constitución	521
A)	Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley: Las leyes en sentido material	521
1.	Las leyes de reforma constitucional	522
2.	Ley ordinaria	523
3.	Ley de Presupuesto de la República	523
4.	Ley de la Cuenta General de la República	523
5.	Ley Orgánica	523
6.	Resoluciones legislativas	524
7.	Tratados	526
8.	Reglamento del Congreso	528
9.	Decretos Legislativos	529
10.	Decretos de urgencia	530
11.	Las ordenanzas regionales	533
12.	Las ordenanzas municipales	534
IV.	¿Tiene el Perú un órgano consultivo que garantice mí- nimamente la calidad de la legislación?	536
4.1.	Antecedentes históricos del Consejo de Estado en el Perú	536

ÍNDICE GENERAL

4.2.	El Proyecto del Consejo de Estado en el régimen del Presidente Alejandro Toledo	537
V.	Racionalidad legislativa en el Perú: primeros pasos	538
VI.	Epílogo. El Tribunal Constitucional y la calidad de la legislación: los retos que se le presenta	543
6.1.	La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional frente a la falta de calidad legislativa: reglas para restaurar la coherencia normativa	544
a)	Principio de plazo de validez	545
b)	Principio de posterioridad	545
c)	Principio de especificidad	545
d)	Principio de favorabilidad	546
e)	Principio de envío	546
f)	Principio de subsidiariedad	546
g)	Principio de complementariedad	546
h)	Principio de suplementariedad	547
i)	Principio de ultractividad expresa	547
j)	Principio de competencia excluyente	547
6.2.	Las sentencias exhortativas del Tribunal Constitucional y la declaración de la inconstitucionalidad sobreviniente como formas de coadyuvar a la plenitud del sistema de fuentes	547
CONTROL CONSTITUCIONAL Y PODER POLÍTICO. NAVEGANDO POR LOS ARCHIPIÉLAGOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO		549
1.	Excurso introductorio	550

2.	La enigmática tríada del poder y su legitimidad	551
3.	Acerca del control constitucional y sus presupuestos ..	552
4.	Características generales del control constitucional en la jurisdicción constitucional peruana	557
5.	La autopercepción del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional	560
6.	El control constitucional de las leyes de reforma constitucional	562
7.	El control constitucional de la facultad normativa del Poder Ejecutivo y de las prerrogativas presidenciales	567
	7.1. El control constitucional de los decretos de urgencia	567
	7.2. El control constitucional del derecho de gracia presidencial	570
8.	El control constitucional de las decisiones del Poder Judicial	574
	8.1. Desarrollo jurisprudencial del control constitucional de la actividad judicial	576
	8.2. El control de la motivación	578
	8.3. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario	580
9.	El control constitucional de los actos del Ministerio Público	584
10.	El control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones	588
11.	El control constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura	593
12.	El control constitucional de la jurisdicción militar	599

ÍNDICE GENERAL

13.	El control constitucional de la jurisdicción arbitral	605
14.	El control constitucional de los actos discrecionales de la Administración Pública, un caso especial: el control de la Administración Tributaria	608

SEGUNDA PARTE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: NOTAS PARA UN ESTUDIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ			619
INTRODUCCIÓN			620
PRIMERA PARTE			622
1.	El Derecho Procesal Constitucional		622
2.	Contenido u objeto de estudio del Derecho Procesal Constitucional		624
3.	La Jurisdicción Constitucional		624
3.1.	Contenido de la Jurisdicción Constitucional		625
3.1.1.	La Jurisdicción constitucional de la libertad .		626
3.1.2.	La Jurisdicción constitucional orgánica		626
3.1.3	La Jurisdicción constitucional comunitaria e internacional		627
3.2.	Modelos o Sistemas de Jurisdicción Constitucional .		628
3.2.1.	La Jurisdicción constitucional americana ..		628
3.0.2	La jurisdicción constitucional austriaca, europea o concentrada		631
SEGUNDA PARTE			634

1.	Breve recuento histórico de la jurisdicción constitucional en el Perú	634
	TERCERA PARTE	640
	LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ ...	640
1.	¿Sistema mixto o dual?	640
2.	Las Garantías Constitucionales	642
I.	Primer bloque: La jurisdicción constitucional de la libertad	642
1.	Habeas Corpus	643
2.	Amparo	643
II.	Segundo Bloque: La jurisdicción constitucional orgánica ..	644
1.	Acción de Inconstitucionalidad	645
a)	Leyes de Ámbito Territorial Nacional	645
b)	Leyes de Ámbito Territorial Restringido	646
2.	Acción Popular	646
a)	Normas Generales del Poder Ejecutivo	647
b)	Normas Generales de los Gobiernos Regionales	647
c)	Normas Generales de los Gobiernos Locales	647
3.	El Juicio Político	648
4.	Partidos Políticos	650
III.	Tercer bloque: la jurisdicción constitucional comunitaria e internacional	652
1.	La Jurisdicción Supranacional en el ordenamiento constitucional	652

ÍNDICE GENERAL

BALANCE Y PERSPECTIVA	653
UN ARTÍFICE DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: HANS Kelsen	657
I. Introducción	657
II. Kelsen: el escenario de la época	659
III. Las grandes bases teóricas del Derecho Procesal Constitucional en Kelsen: sus obras capitales	663
IV. Entre la judicial review y el control político: el aporte de Kelsen	666
V. Kelsen: juez del Tribunal Constitucional de Austria	669
VI. El caso de las dispensas matrimoniales y la liquidación del Tribunal Constitucional	670
VII. Los ataques contra Kelsen y la liquidación del Tribunal Constitucional de Austria	675
VIII. Reflexiones finales	678
EL PENSAMIENTO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	681
1. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN PANORÁMICA	682
2. BREVE PERFIL BIOGRÁFICO DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	687
3. INTRODUCCIÓN GENERAL A LA PRODUCCIÓN JURÍDICA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	695
3.1. Las predilecciones académicas	695
a) Derecho Constitucional peruano	696
b) Historia constitucional	698

c)	Politología	699
d)	Sistema electoral	700
e)	Constitución económica	701
f)	Mar y Constitución	702
g)	Régimen de excepción	702
h)	Descentralización	702
i)	Parlamento	703
j)	Poder Ejecutivo	703
k)	Poder Judicial	703
l)	Derechos Humanos	704
m)	Defensa Nacional	704
n)	Reforma constitucional	704
o)	Otros temas	705
3.2.	Los estudios ius-filosóficos de Domingo García Belaunde	706
4.	LOS ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	708
4.1.	El Derecho Procesal Constitucional	708
4.2.	La Jurisdicción Constitucional en el Perú	712
4.3.	El Hábeas Data y su configuración normativa	718
4.4.	El Amparo Colonial peruano	721
4.5.	El Hábeas Corpus en América Latina	722
4.6.	Sobre el control Constitucional	724
5.	SIGNIFICADO DE LA OBRA DE DOMINGO GARCÍA BELAUNDE	725

ÍNDICE GENERAL

6. EPÍLOGO	729
JOHN MARSHALL Y LA SENTENCIA MARBURY vs. MADISON	731
NOTA PRELIMINAR	732
I. Los hechos y las circunstancias	734
II. Marshall y el escenario de la época	736
III. Marshall: genio y figura	737
IV. Las reglas de interpretación de Marshall: un muestreo de casos	739
V. La sentencia de Marbury vs. Madison y la Constitución de los Estados Unidos	745
VI. La singular Exposición de Motivos de la Constitución norteamericana que inaugura la revisión judicial en Marbury vs. Madison: El Federalista	747
VII. Marshall: pionero de la Teoría de la Argumentación Jurídica	751
VIII. Algunas características de la judicial review a partir de la sentencia de Marshall	757
IX. Epílogo	759
ANEXO: SENTENCIA EN EL CASO MARBURY CONTRA MADISON, SEGÚN PROYECTO DEL PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, JOHN MARSHALL	761
PODER JUDICIAL VS. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	789
1. Nota preliminar	789
2. Carácter preferente de la protección de los Derechos Fundamentales por la jurisdicción ordinaria	790

3.	Las penumbras del modelo peruano: ¿puede el Poder Judicial disentir de los fallos o sentencias del Tribunal Constitucional?	793
4.	Hacia una relación de coordinación y convergencia entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional	801
	Nota Bibliográfica	806
	VEINTE AÑOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ	811

CONSTITUCIÓN Y PROCESOS CONSTITUCIONALES
TOMO I

Se terminó de imprimir en julio de 2013, a doscientos diez años
de la publicación de la sentencia Marbury vs Madison,
en los talleres gráficos de:

© **ADRUS D&L EDITORES S.A.C.**
Av. Tacna 535 Of. 704-B
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
adrusdyleditores@hotmail.com

