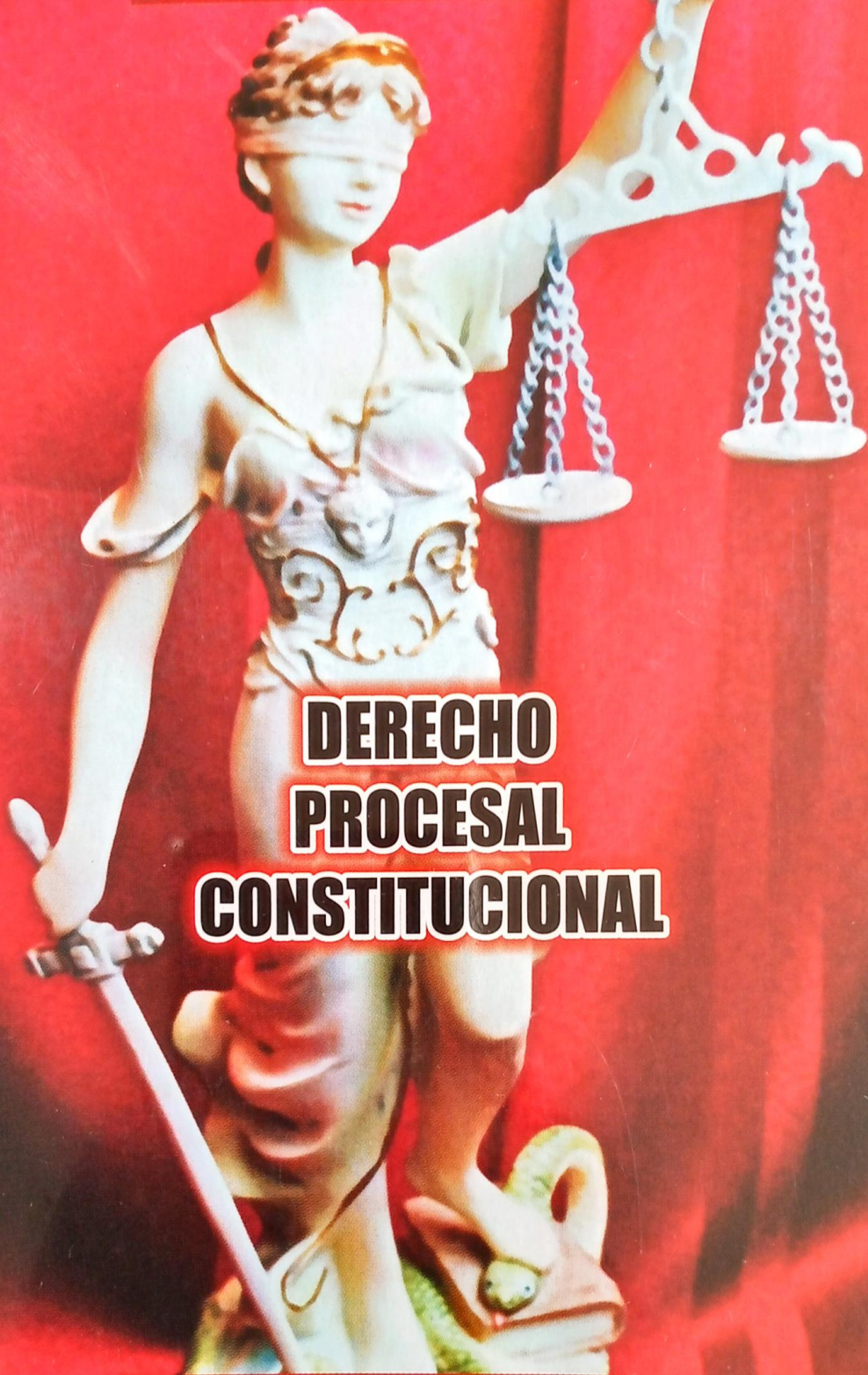


HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS



**DERECHO
PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

Editores:
Estudio Jurídico
"CHAVEZ & ASOCIADOS"
Trujillo - Perú



HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS

Natural de la Provincia de Chota, Cajamarca, realizó estudios de educación primaria en la Escuela de Varones N° 791 de su tierra natal, actualmente Distrito Choropampa, sus estudios de educación secundaria en la GUE Antonio Raimondi de la ciudad de Pacasmayo, concluyendo en 1977. En marzo de 1978 ingresó a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, y durante los estudios universitarios siguió la especialidad Jurídico

Empresarial además de la currícula ordinaria, y el 31 enero de 1986 se gradúa de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, luego estudia dos semestres académicos más para ser candidato al Título Profesional de Abogado. El último semestre consistió en la Pasantía, asignado por la Facultad a la Primera Fiscalía Provincial Penal de Trujillo.

Habiendo concluido con los estudios y prácticas, a su solicitud la Facultad nombró el Jurado Presidido por el Dr. Florencio Mixán Mass, los doctores Francisco Urquiza Vega y Luis Guerrero Díaz, quienes convocaron al Graduando para ser sometido examen de grado el 13 de marzo de 1987, sustentando los informes de investigación de dos procesos judiciales concluidos con sentencias de la Corte Suprema sobre «Desahucio por ocupación precaria» y «El delito de apropiación ilícita y estafa en la compraventa de vehículos a plazos con reserva de propiedad» Acto público que tuvo lugar en el Auditorio de la Casa del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, y después de múltiples interrogaciones fue aprobado por unanimidad.

Por Resolución Rectoral de la Universidad Nacional de Trujillo, se resolvió el otorgamiento del Título Profesional de Abogado en acto público que se ejecutó el 31 de marzo de 1987 conforme al Estatuto Universitario, y estaba a cargo del Decano de la Facultad Dr. Sigifredo Orbegoso, quien le tomó el juramento de ley y procediendo a otorgar el Título de Abogado a Nombre de la Nación. Posteriormente fue incorporado a la Orden del Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad el 09 de abril del mismo año. Ha realizado estudios de Maestría en Derecho Civil Empresarial en la Universidad Privada San Pedro – Filial Trujillo.

En la época universitaria fue Profesor en el Colegio Nacional Javier Heraud en la ciudad de Trujillo, teniendo a su cargo el Curso de Lengua y Literatura. Es fundador del Estudio Jurídico «CHAVEZ & ASOCIADOS», dedicado a la Defensa Libre por más de 23 años en materia de Derecho Civil Empresarial, Laboral, Tributario, Constitucional y Comercio Internacional. Asesor de Empresas y sindicatos. También ha ejercido la Magistratura como Juez de Paz Letrado Suplente en 1998 y 1999 invitado por el Presidente de la Corte Superior de Trujillo Dr. Walter Lozano Noriega, a quien agradece infinitamente, experimentando la realización de la impartición de justicia desde el otro lado de la defensa. El Autor además realiza estudios de investigación libre del Derecho, publicando artículos en periódicos y en la Rev. de Colegio de Abogados de La Libertad: En Rev. N° 132 año 1993-1994 «El derecho procesal constitucional y la ejecución de sentencia (acción de amparo)» En Rev. N° 134 año 1996-1999 «La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la responsabilidad civil de los jueces en el Derecho procesal civil»

Libros publicados: «Instituciones del derecho de estabilidad en el empleo y la nueva política económica», en 1998, «El abuso del derecho en los contratos de crédito financiero» editado 2005, «Teoría procesal civil empresarial moderna» en 2008, y la segunda edición editado 2009. En prensa el libro «Teoría de la relación procesal civil empresarial del siglo XXI»

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Por
HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS

**EDITORES:
ESTUDIO JURÍDICO
«CHAVEZ & ASOCIADOS»**

Trujillo -Perú

COLABORADORA:
Dra. MARIA LEONOR LÓPEZ SÁNCHEZ

Derechos reservados conforme a Ley
© Copy right: Héctor Chávez Vallejos

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2009-10571

© Copy righth:

Estudio Jurídico: «CHAVEZ & ASOCIADOS»
Jr. Junín 631, Ofic. 305, tel. (044) 224765

E-mail: hchavezv19@hotmail.com
mll_75794@hotmail.com

Diagramación de texto: José Luis Espinola

Trujillo, Marzo del 2008

***A mis padres Gavino y Eufemia,
y a mis maestros
por haberme entregado la antorcha
en busca de la justicia
en la infinita obscuridad***

***A Celso Herminio Vallejos Goicochea,
por su apoyo moral y material
en la formación profesional del Autor***

***A mis hijas Rosa Margarita, Alina
Purísima y Yury Madeleine con gran
cariño***

PRESENTACIÓN

Tenemos el agrado de poner a disposición de la comunidad jurídica el presente trabajo titulado **DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**, que no es más que la materialización de la inquietud de introducirnos en el amplio campo la novísima ciencia procesal de la impartición de justicia constitucional.

El objetivo de este trabajo, es compartir y difundir el interés del conocimiento de las instituciones, teorías y normas procesal – constitucionales, como instrumentos necesarios en la búsqueda de la impartición de justicia constitucional, resolviendo los conflictos que se producen con la amenaza y vulneración de los Derechos esenciales de la persona humana, la violación de la supremacía constitucional y poniendo fin a los conflictos competenciales entre los órganos constitucionales.

Somos conscientes de la gran importancia del conocimiento del Derecho Procesal Constitucional como ciencia instrumental de la decisión de los conflictos constitucionales generados por el exceso de los Poderes del Estado que vulneran los derechos humanos y la constitucionalidad, imponiendo el equilibrio de poderes y de la sociedad estatal en armonía con la constitucionalidad propias de los Estados democráticos, teniendo como base los valores y principios supremos, muchos de ellos materializados en normas integrantes del cuerpo constitucional.

Es deber de los abogados impulsar el conocimiento de esta disciplina para que conjuntamente con nuestros Magistrados, en los casos del control difuso de la Constitucionalidad y el Tribunal Constitucional, impulsemos la dinámica procesal siguiendo una ruta de conclusión con fallos justos, que garanticen el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y haciendo prevalecer la constitucionalidad sobre toda norma jurídica y el logro de la paz social.

Cuánto agradeceremos las críticas que se formulen a este modesto trabajo, como soportes de la esperanza de superación.

Trujillo, marzo del año 2009.

HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	v
PRESENTACION.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	xxiii

PRIMERA PARTE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

CAPÍTULO I EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. ANTECEDENTES.....	5
a) <i>La Carta Magna de 1215.....</i>	6
b) <i>The Petition of Rights – La Petición de Derechos de 1628.....</i>	22
c) <i>El Hábeas Corpus de 1679.....</i>	27
d) <i>The BILL OF RIGHTS (Declaración de Derechos) de 13 de febrero de 1689.....</i>	32
e) <i>La Declaración de Derechos de Virginia / junio de 1776.....</i>	39
f) <i>La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de julio 1789.....</i>	43
g) <i>El Siglo XX y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....</i>	51
h) <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....</i>	71
2. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA.....	103
2.1. <i>Definición.....</i>	103
2.2. <i>Autonomía científica.....</i>	103
a) <i>Autonomía legislativa.....</i>	104
b) <i>Autonomía doctrinaria.....</i>	104

c) <i>Bibliografía propia</i>	105
d) <i>Principios propios</i>	105
e) <i>Autonomía didáctica</i>	105
f) <i>Autonomía jurisdiccional</i>	106
3. OBJETO DE ESTUDIO	106
4. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	107
a) <i>Derecho procesal constitucional de las libertades</i>	107
b) <i>Derecho procesal constitucional orgánico</i>	107
c) <i>Derecho procesal constitucional transnacional</i>	107
d) <i>Derecho procesal constitucional local</i>	108

CAPÍTULO II SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDA	109
2. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR ÓRGANO POLÍTICO	114
3. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POR ÓRGANO MIXTO	116
a) <i>Control por órgano judicial</i>	116
b) <i>Control previo o a priori</i>	118
i. <i>Modelo de control previo único</i>	119
ii. <i>Modelo mixto</i>	119
iii. <i>Modelo residual</i>	120
4. FORMAS DE EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL	120
4.1. Control político.....	120
a) <i>Definición</i>	120
b) <i>Naturaleza</i>	121
c) <i>Efectos</i>	121
d) <i>Mecanismos de control</i>	121

4.2. Control judicial.....	122
<i>a) Definición.....</i>	<i>122</i>
<i>b) Clases de control judicial.....</i>	<i>122</i>
<i>c) Efectos.....</i>	<i>122</i>
4.3. Semejanzas y diferencias entre control político y judicial.....	123
1) <i>Sentencias declarativas.....</i>	<i>124</i>
2) <i>Sentencias constitutivas.....</i>	<i>125</i>
5. CLASES DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	125
5.1. Sistema difuso	125
5.2. Sistema concentrado.....	128
5.3. Sistema mixto	130
6. CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO.....	131

CAPÍTULO III
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

1. JURISDICCION CONSTITUCIONAL.....	135
1.1. Definición.....	135
1.2. La naturaleza de la jurisdicción constitucional.....	139
1.3. Objetivos de la jurisdicción constitucional.....	143
<i>a) La afirmación del principio de “soberanía” constitucional.....</i>	<i>143</i>
<i>b) La racionalización del ejercicio del poder.....</i>	<i>144</i>
<i>c) La vigencia plena de los derechos fundamentales.....</i>	<i>145</i>

**CAPÍTULO IV
LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

1. DEFINICIÓN.....	147
2. ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	148
2.1. Esquema de las escuelas.....	148
a) <i>El objetivismo.....</i>	<i>148</i>
b) <i>El subjetivismo.....</i>	<i>149</i>
c) <i>La exégesis.....</i>	<i>149</i>
2.2. Teorías del alcance de la potestad del intérprete.....	149
a) <i>Voluntarismo.....</i>	<i>149</i>
b) <i>Intelectualismo.....</i>	<i>150</i>
3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN.....	150
a) <i>El tenor literal.....</i>	<i>150</i>
b) <i>La historia fidedigna del establecimiento (originalismo).....</i>	<i>151</i>
c) <i>El sistemático u orgánico.....</i>	<i>151</i>
d) <i>Jerarquía</i>	<i>151</i>
e) <i>Especialidad.....</i>	<i>151</i>
f) <i>Temporalidad.....</i>	<i>151</i>
g) <i>Finalista.....</i>	<i>151</i>
h) <i>El funcional.....</i>	<i>152</i>
i) <i>Auxiliares.....</i>	<i>152</i>
4. ORIGEN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	153
5. ACCIÓN INTERPRETATIVA E INTEGRADORA DE LA CONSTITUCIÓN..	153
6. LA ACCIÓN INTEGRADORA Y LAS LAGUNAS LEGISLATIVAS.....	153
7. LOS TIPOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	156

a) <i>La interpretación de la Constitución</i>	156
b) <i>La interpretación desde la Constitución</i>	156
c) <i>La interpretación abstracta y conceptual genérica</i>	156
d) <i>La interpretación específica y concreta</i>	156
1) <i>La determinación fructuosa</i>	157
2) <i>La determinación creativa</i>	157
3) <i>La determinación previsoras</i>	157
4) <i>La determinación política</i>	158
8. EL PROBLEMA DE CONTRADICCIONES EN LA INTERPRETACIÓN.....	158
a) <i>Las contradicciones ideológicas</i>	158
b) <i>Las contradicciones normativas</i>	158
9. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	159
a) <i>El principio de unidad de la Constitución</i>	161
b) <i>El principio de concordancia práctica</i>	162
c) <i>El principio de corrección funcional</i>	163
d) <i>El principio de eficacia integradora</i>	164
e) <i>El principio de adaptación</i>	164
f) <i>El principio de constancia</i>	164
g) <i>El principio de utilidad</i>	164
h) <i>El principio de conservación de la ley</i>	165
i) <i>El principio de interpretación desde la constitución</i>	165
j) <i>Principio de la eficacia normativa</i>	165
k) <i>Principio in dubio pro libertate</i>	166
l) <i>Principio de duración de la Constitución</i>	166
m) <i>Principio de respeto al régimen político constitucional</i>	166
n) <i>Principio del respeto a los valores y principios constitucionales</i>	166
10. TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN CONTEMPORÁNEA.....	167
10.1 <i>La Tópica Constitucional</i>	171
10.2. <i>El uso alternativo del Derecho en la aplicación de la Constitución</i>	172

10.3. El Enfoque formalista.....	172
10.4. El Enfoque material de la Constitución.....	173
10.5. El originalismo o interpretativismo.....	173
10.6. El no interpretativismo.....	174
10.7. El Enfoque o método sistemático.....	175
10.8. La Interpretación evolutiva o progresista.....	176
10.9. La interpretación mutativa.....	177
10.10. La interpretación pragmática.....	177
10.11. El enfoque histórico.....	179
10.12. El Enfoque semántico.....	179
10.13. El Enfoque teleológico.....	180
10.14. El Enfoque realista.....	181
11. PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES.....	181
11.1. Importancia de los valores y principios.....	189
11.2. Función constitucional de los principios.....	195
11.3. Aplicación de los valores y principios.....	198
CAPÍTULO V	
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
1. DEFINICIÓN.....	201
2. JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	202
a) <i>Conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad.....</i>	<i>203</i>
b) <i>Conocer en última y definitiva instancia.....</i>	<i>204</i>
c) <i>Conocer los conflictos de competencia o atribuciones.....</i>	<i>206</i>
3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	206
3.1. Tipos de jurisprudencia constitucional.....	210
A. Primera clasificación.....	210

i. <i>Sentencias de especie</i>	210
ii. <i>Sentencias de principio</i>	210
B. Segunda clasificación.....	210
i. <i>Las sentencias estimativas</i>	210
ii. <i>Las sentencias interpretativas propiamente dichas</i>	211
3.2. La determinación interpretativa previsora.....	211
a) <i>Las sentencias reductoras</i>	212
b) <i>Las sentencias aditivas</i>	213
c) <i>Las sentencias sustitutivas</i>	214
d) <i>Las sentencias exhortativas</i>	215
e) <i>Las sentencias estipulativas</i>	215
f) <i>Las sentencias desestimativas</i>	215
4. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD	216
a) <i>La derogatoria de normas con fuerza de ley</i>	216
b) <i>La inexequibilidad</i>	217
c) <i>La nulidad</i>	218

**SEGUNDA PARTE
ACCIONES CONSTITUCIONALES**

**CAPITULO I
LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS**

1. DEFINICIÓN	221
2. TIPOS DE HÁBEAS CORPUS	226

2.1. El hábeas corpus reparador.....	228
2.2. El hábeas corpus restringido.....	229
2.3. El hábeas corpus correctivo.....	231
2.4. El hábeas corpus preventivo.....	232
2.5. El hábeas corpus traslativo.....	234
2.6. El hábeas corpus instructivo.....	235
2.7. El hábeas corpus innovativo.....	236
2.8. El hábeas corpus conexo.....	237
3. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL.....	239
<i>a) Demandante.....</i>	<i>239</i>
<i>b) Demandado.....</i>	<i>239</i>
<i>c) Juez.....</i>	<i>239</i>
<i>d) El abogado.....</i>	<i>240</i>
4. LA DEMANDA.....	241
4.1. Definición.....	241
4.2. Formalidad.....	241
5. PROCEDIMIENTO.....	242
5.1. En caso de detención arbitraria.....	242
5.2. Casos distintos de la detención y agresión.....	242
5.3. Casos de desaparición forzada.....	243
6. LA SENTENCIA.....	246
6.1. Contenido de sentencia fundada.....	247
7. RECURSOS IMPUGNATORIOS.....	248
<i>a) Recurso de apelación.....</i>	<i>248</i>
<i>b) Recurso de agravio constitucional.....</i>	<i>249</i>
<i>c) Recurso de queja.....</i>	<i>251</i>
8. PROCEDIMIENTO ANTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	252
9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.....	253

CAPÍTULO II
LA ACCION DE AMPARO

1. TEORÍA DE LA RESIDUALIDAD Y LA ACCIÓN DE AMPARO.....	255
1.1. <i>Teoría de la residualidad.....</i>	255
1.2. <i>La acción de amparo.....</i>	259
a) <i>El déficit de derechos fundamentales.....</i>	272
b) <i>El déficit de interpretación</i>	272
c) <i>El déficit de ponderación.....</i>	272
d) <i>El déficit de procedimiento.....</i>	272
2. SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL.....	275
a) <i>Demandante.....</i>	275
b) <i>El demandado.....</i>	277
c) <i>El juez.....</i>	278
c) <i>Los abogados.....</i>	280
3. LA DEMANDA.....	280
a) <i>Presupuestos de admisibilidad.....</i>	280
4. ACUMULACIÓN DE LA ACCIÓN.....	283
a) <i>Acumulación subjetiva activa.....</i>	283
b) <i>Acumulación subjetiva pasiva.....</i>	284
5. RELACIÓN PROCESAL LITISCONSORCIAL.....	284
a) <i>Los litis consorcios necesarios</i>	284
b) <i>Los litis consorcios facultativos.....</i>	284
6. ACUMULACIÓN DE PROCESOS.....	285
7. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO.....	286

<i>a) Definiciones.....</i>	286
<i>b) Prescripción de la acción de amparo.....</i>	287
<i>c) Reglas del cómputo del plazo de prescripción.....</i>	288
8. PROCEDIMIENTO.....	288
<i>a) Admisión de demanda y emplazamiento.....</i>	288
<i>b) Saneamiento procesal.....</i>	289
<i>c) Excepciones, defensas previas o nulidad.....</i>	289
<i>i. Las excepciones.....</i>	289
<i>ii. Las defensas previas.....</i>	291
<i>iii. La nulidad del auto admisorio.....</i>	291
<i>iv. Procedimiento de las excepciones, defensas previas y nulidad.....</i>	292
<i>d) Audiencia y actos procesales de oficio.....</i>	292
9. LA SENTENCIA.....	293
<i>a) Contenido</i>	293
<i>b) Recursos impugnatorios.....</i>	294
1) <i>Recurso de apelación.....</i>	294
2) <i>Recurso de agravio constitucional.....</i>	295
3) <i>Recurso de queja.....</i>	295
<i>c) Pronunciamiento del Tribunal Constitucional.....</i>	296
10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.....	296
11. REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS.....	297

**CAPITULO III
LA ACCION DE HBEAS DATA**

1. DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES.....	299
2. ETIMOLOGIA.....	304
<i>a) Dato personal.....</i>	306

<i>b) Los bancos de datos.....</i>	<i>307</i>
<i>c) Bancos privados de datos</i>	<i>307</i>
3. TIPOS DE HABEAS DATA.....	309
<i>1) Hábeas data informativo.....</i>	<i>309</i>
<i>2) Hábeas data de actualización.....</i>	<i>309</i>
<i>3) Hábeas data rectificador</i>	<i>309</i>
<i>4) Hábeas data asegurativo.....</i>	<i>310</i>
<i>5) Hábeas data de exclusión.....</i>	<i>310</i>
4. PROCEDIMIENTO	311
<i>4.1. Relación procesal.....</i>	<i>311</i>
<i>4.2. Presupuestos de la demanda.....</i>	<i>311</i>
<i>4.3. Acumulación objetiva de acción.....</i>	<i>312</i>
<i>4.4. Actuación y audiencia de pruebas.....</i>	<i>312</i>

**CAPITULO IV
LA ACCION DE CUMPLIMIENTO**

1. DEFINICIÓN.....	315
2. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL.....	317
<i>a) Demandante.....</i>	<i>317</i>
<i>b) Demandado.....</i>	<i>319</i>
<i>c) Los Abogados.....</i>	<i>319</i>
3. PROCEDIMIENTO	319
<i>a) Presupuestos especial de la demanda</i>	<i>319</i>
<i>b) Causales de improcedencia de la demanda.....</i>	<i>320</i>
4. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN.....	321
5. EL FONDO DE LA SENTENCIA FUNDADA.....	321
6. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.....	322

**CAPÍTULO V
ACCION POPULAR**

1. DEFINICIÓN.....	325
2. COMPETENCIA.....	326
3. RELACION JURÍDICA PROCESAL.....	327
<i>a) Demandante.....</i>	<i>327</i>
<i>b) Demandados.....</i>	<i>327</i>
<i>c) Los abogados.....</i>	<i>328</i>
4. PROCEDIMIENTO.....	328
<i>a) La demanda.....</i>	<i>328</i>
<i>b) Calificación de la demanda.....</i>	<i>329</i>
<i>i. Resolución admisorio y de emplazamiento.....</i>	<i>329</i>
<i>ii. Resolución de inadmisibilidad.....</i>	<i>329</i>
<i>iii. Resolución de improcedencia.....</i>	<i>330</i>
<i>c) Contestación de demanda.....</i>	<i>331</i>
<i>d) Vista de la causa.....</i>	<i>331</i>
<i>e) Sentencia.....</i>	<i>331</i>
<i>f) Recurso de apelación.....</i>	<i>331</i>
<i>g) Las costas y costos.....</i>	<i>332</i>
<i>h) Tutela cautelar.....</i>	<i>332</i>

**CAPITULO VI
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

1. DEFINICIÓN.....	333
2. RELACIÓN PROCESAL.....	334
<i>a) Demandante.....</i>	<i>334</i>

<i>b) Demandado.....</i>	<i>336</i>
3. PROCEDIMIENTO.....	337
3.1. La demanda.....	337
<i>a) Plazo para promover acción.....</i>	<i>337</i>
<i>b) Presupuestos de admisibilidad.....</i>	<i>338</i>
<i>c) Calificación de la demanda.....</i>	<i>339</i>
<i>i. Improcedencia liminar.....</i>	<i>339</i>
<i>ii. Inadmisibilidad de la demanda.....</i>	<i>340</i>
<i>iii. Admisibilidad y emplazamiento.....</i>	<i>341</i>
3.2. Contestación de demanda y vista de la causa.....	342
4. INFORMES ORALES.....	343
5. IMPULSO DE OFICIO E IMPROCEDENCIA DEL ABANDONO.....	343
6. MEDIDAS CAUTELARES.....	344
7. LA SENTENCIA.....	344
<i>a) Plazo.....</i>	<i>344</i>
<i>b) Efectos sobre normas conexas.....</i>	<i>345</i>
<i>c) El control constitucional de las leyes derogadas.....</i>	<i>346</i>
<i>d) Efectos de retroactividad.....</i>	<i>346</i>
<i>e) La vacatio sententiae.....</i>	<i>347</i>
<i>f) La inexequibilidad de la norma.....</i>	<i>347</i>

CAPITULO VII
PROCESO COMPETENCIAL

1. DEFINICIÓN.....	403
2. COMPETENCIA.....	404
3. CLASES DE COMPETENCIAS.....	404

a) Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto.....	405
b) Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia.....	405
c) Conflicto constitucional por menoscabo de omisión.....	406
4. RELACIÓN PROCESAL.....	407
4. PRETENSIÓN.....	442
5. CALIFICACION DE LA DEMANDA.....	443
a) Adecuación al proceso de inconstitucionalidad.....	443
b) La inadmisibilidad.....	443
c) La admisibilidad.....	443
d) La improcedencia.....	443
6. REQUERIMIENTOS DEL TRIBUNAL.....	444
7. TUTELA CAUTELAR.....	444
8. LA SENTENCIA Y EFECTOS.....	444

ANEXOS

1. Caso de hábeas corpus de Antauro Igor Humala Taso.....	447
2. Caso de acción de amparo por consumo de marihuana en la Universidad Privada.....	471
3. Demanda acción de amparo contra la primera sala de derecho constitucional y social transitoria.....	489
4. Sentencia de inconstitucionalidad dela Ley que autoriza a las Fuerzas Armadas el uso de armas letales.....	501
BIBLIOGRAFÍA.....	565

INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Constitucional, es una ciencia contemporánea procesal especial producto de la abstracción de la nueva realidad de los conflictos surgidos en las relaciones jurídicas constitucionales, y la afectación de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta ciencia procesal es propia de las últimas décadas del Siglo XX, que con las diversas investigaciones y ponencias de muchos juristas se ha materializado en las Constituciones modernas, fundados en la necesidad de un órgano de control de la constitucionalidad. La nueva disciplina científica el Derecho Procesal Constitucional, no es el producto de la casualidad, sino el resultado de la dinámica sociedad que ha concluido con la materialización de sus grandes aspiraciones de la institucionalización de un sistema democrático construido sobre valores y principios supremos en la forma de normas constitucionales, como la libertad, la igualdad, la justicia y la democracia, como afirma **Miguel Reale** «*El Derecho es la concretización de la idea de justicia en la pluridiversidad de su deber histórico, teniendo la persona como fuente de todos los valores*»

Si bien es cierto que **Hans Kelsen** es el fundador del órgano de control de la Supremacía de la Constitución como institución absolutamente independiente de los Poderes del Estado con la Teoría Pura del Derecho, que influenció en la Constitución Austriaca la que por primera vez crea el Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional para el control de la constitucionalidad sobre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, sin embargo todavía el Derecho Procesal Constitucional no se encontraba sistematizado como una ciencia jurídica procesal, entendiéndose

que al Derecho Procesal como normas de procedimiento que viabilizan la defensa y garantías de los derechos materiales constitucionales, es decir, que se encuentra el Derecho Procesal Constitucional constituyendo parte integrante del Derecho Constitucional.

El Derecho Procesal Constitucional ha superado, de ser considerado como simples normas de procedimiento constitucional, para ser una verdadera ciencia procesal especial, tan semejante al Derecho procesal Civil Empresarial, Derecho Procesal Penal, Derecho Procesal del Trabajo, etc. Está constituido por instituciones propias y distintas del Derecho Constitucional y de las otras ciencias procesales especiales, a excepción de instituciones y principios de la Teoría General del Proceso, está fundamentado en sus propios principios que orientan la acción procesal constitucional de control de la supremacía de la constitucionalidad y de los derechos humanos garantizados por las Constituciones, además desde las dos últimas décadas del siglo pasado, se inició la cátedra en las Facultades de Derecho la Cátedra de *Derecho Procesal Constitucional* como parte del Estudio del Derecho Constitucional, hasta que finalmente y en este siglo esta Cátedra es autónoma en todas las Universidades europeas y latinoamericanas, actualmente tiene su propia legislación procesal materializadas en Leyes y Códigos procesal constitucionales, y cuenta con amplia bibliografía difundidas en libros revistas, artículos y bibliotecas virtuales y en eventos nacionales e internacionales por los profesionales y juristas del Derecho en esta materia.

Además, se ha instituido en la Constitucionales el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional como órganos de control constitucional en lo político y jurisdiccional con única competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y normas jurídicas con carácter de leyes y los conflictos competenciales entre los órganos constitucionales, y última instancia las acciones de garantías constitucionales de hábeas corpus, acción de amparo, acción de hábeas data, acción de cumplimiento cuando han sido denegadas en segunda instancia por las Salas Constitucionales de las Cortes Superiores, y la *acción popular* que es de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, según los sistemas de control cerrado, control difuso o mixto.

El Derecho Procesal Constitucional, como ciencia desarrolla los instrumentos necesarios para la impartición de justicia constitucional, trazando los lineamientos para la adecuada interpretación de las normas constitucionales en su aplicación, partiendo de los valores y principios supremas contenidas en las normas constitucionales, la teoría de la interpretación constitucional y la jurisprudencia orientado por los principios interpretativos y métodos de interpretación, teniendo en cuenta el paquete constitucional consistente en una serie de normas jurídicas de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos y leyes orgánicas que regulan la institucionalización de los órganos constitucionales, es decir, considerado el paquete constitucional las normas contendidas en la Constitución y las que no se encuentran en ella, pero que tienen esta categoría como los tratados, declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos fundamentales.

Para el control de la constitucionalidad, se han instituido tres sistemas:

a) El *control difuso* de la constitucionalidad tiene su origen en Estados Unidos con el caso *MARBURY vs. MADISON* de 24 de febrero de 1830, se ejerce por los jueces ordinarios, quienes declaran la inconstitucionalidad de las normas jurídicas al resolver un caso concreto, cuyos fallos tienen fuerza vinculante para todos los jueces al resolver casos similares sobre la materia, siendo expulsadas estas normas del sistema jurídico, y en Estados Unidos no existe Tribunal o Corte Constitucional especial que ejerza el control constitucional.

b) El *Control concentrado*, fundamentado en la teoría Kelseniana denominado también modelo austriaco, es el sistema instituido generalmente en las Constituciones europeas, por el cual el único competente para ejercer el control de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional, ya sea en forma directa promovida la acción ante el Tribunal con la interposición de la demanda, o en forma indirecta, vía incidental cuando los jueces al aplicar la norma al caso concreto advierten que la norma es incompatible con la constitucionalidad, en este caso suspende el proceso

y formando el cuaderno incidental remite todo lo actuado al Tribunal Constitucional. Este sistema también ha adoptado la Constitución Boliviana.

c) El *sistema mixto*, por el cual funciona al mismo tiempo el control concentrado y el control difuso. El Tribunal Constitucional es exclusivamente competente para conocer las acciones de inconstitucionalidad y del conflicto competencial de los órganos constitucionales. El control difuso es ejercido por los jueces ordinarios al resolver un caso concreto, declarando inaplicable la normas jurídica incompatible con la constitucionalidad o legalidad, pero éstas normas continúan vigentes, es decir que no son expulsadas del sistema jurídico, significando que no constituye antecedente jurisdiccional vinculante, pudiendo apartarse el juzgador de la ejecutoria que declara inaplicable por incompatibilidad constitucional, siendo diferente con el control difuso norteamericano que tiene fuerza vinculante.

Por otra parte, se discute que la institucionalización del Tribunal Constitucional o Corte Constitucional o cualquier otra denominación que se le dé como Francia, contradice a la autonomía de los Poderes del Estado, que al ejercer sus funciones de control *a priori* y *a posteriori* se constituyen en un *Cuarto poder* como legislador negativo, al dejar sin efecto a las normas jurídicas violatorias de la Constitución, expulsándolas del Sistema jurídico legislativo. Esto partiendo de la forma de elección a los miembros del Tribunal Constitucional en relación al Parlamento y al Presidente de la República, sin embargo la institucionalización del Tribunal Constitucional es el resultado del Poder Constituyente cómo órgano supremo de la sociedad Estatal por ser un órgano jurisdiccional creado por la Constitución Política del Estado.

El control del exceso de las facultades del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, así como los errores o exceso de poder de los jueces ordinarios, tienen que ser controlados y dejados sin efectos los actos contradictorios con las normas constitucionales, y para ello, la sociedades democráticas han exigido cubrir esta necesidad de control de la supremacía constitucional con la institucionalización del Tribunal Constitucional.

El trabajo está estructurado en dos partes y en capítulos. La Primera Parte: El Control de la Constitucionalidad y el Primer Capítulo trata sobre la Evolución del Derecho Procesal Constitucional, sus antecedentes, el Derecho Constitucional como ciencia, el objeto de estudio, su clasificación. En el Segundo Capítulo sobre el Sistema de control de la constitucionalidad, estudiamos el bloque de constitucionalidad, el control de la constitucionalidad por órgano político, la defensa de la Constitución por órgano mixto, por órgano judicial y el control previo, la formas de ejercicio de control constitucional, control político, judicial, las semejanzas y diferencias entre control político y judicial. Tratamos también las clases de control constitucional y las críticas a los sistemas de control difuso y concentrado.

El Capítulo Tercero trata de la Jurisdicción y Competencia Constitucional, la definición, la naturaleza y los objetivos de la jurisdicción constitucional. En el Capítulo Cuarto estudiamos La Interpretación de la Constitución, definición, escuelas de interpretación constitucional, métodos de interpretación, origen de la interpretación constitucional, la acción integradora y las lagunas legislativas, los tipos de interpretación, el problema de contradicciones en la interpretación ideológicas y normativas, principios de interpretación constitucional, las teorías de interpretación contemporánea, y los principios y los valores constitucionales.

En el Capítulo Quinto tratamos del Tribunal Constitucional, la definición, jurisdicción y competencia, jurisprudencia constitucional, tipos de jurisprudencia, la determinación interpretativa previsor y los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad.

La Segunda Parte: Acciones Constitucionales. En el Capítulo Primero, se hace el estudio de la acción de hábeas corpus, definición, los sujetos de la relación procesal, la demanda, el procedimiento, la sentencia, los recursos impugnatorios, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional y la ejecución de sentencia.

En el Capítulo Segundo estudiamos la Acción de Amparo, su definición, sujetos de la relación procesal, la demanda y presupuestos de admisibilidad, la acumulación de la acción, la relación procesal litisconsorcial, la acumulación de procesos, la prescripción y caducidad de la acción de amparo, el procedimiento, la sentencia: contenido y recursos impugnatorios, procedimiento del Tribunal Constitucional, ejecución de sentencia y represión de actos homogéneos.

El Capítulo tercero trata de la Acción de Hábeas Data, definición y antecedentes, etimología, tipos de hábeas data y procedimiento. En el Capítulo Cuarto, estudiamos la Acción de Cumplimiento, definición, sujetos de la relación procesal, el procedimiento, desistimiento de la pretensión, el fondo de la sentencia fundada y la ejecución de la sentencia.

El Capítulo Quinto estudia la Acción Popular, su definición, competencia, relación jurídica procesal, el procedimiento. En el Capítulo Sexto tratamos la Acción de Inconstitucionalidad, definición, relación procesal, procedimiento, informes orales, impulso de oficio e improcedencia del abandono, medidas cautelares y la sentencia.

El Capítulo Séptimo estudiamos la definición, competencia, clases de competencia, relación procesal, la pretensión, calificación de la demanda, requerimientos del Tribunal, tutela cautelar, la sentencia y sus efectos.

Primera Parte

**EL CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD**

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. ANTECEDENTES

El Derecho Procesal Constitucional, es una ciencia procesal contemporánea nueva, que surge de la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución, los derechos humanos y el Estado Democrático de derecho, ante las innumerables amenazas y violaciones por las normas jurídicas y actos de gobierno principalmente. La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional es el resultado de una lucha entre juristas con posiciones muy contradictorias, afirmando por una parte, que el Derecho Procesal Constitucional es parte integrante del Derecho Constitucional, y otra posición que es una ciencia autónoma.

Sagüés¹ define al **derecho constitucional procesal**, como *aquel sector del Derecho Constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal)*, indicando luego que en el caso argentino, hacen a éste ámbito, ciertas reglas incluidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En términos del maestro **Sagüés**, el denominado "*Principio de fundamentalidad o captura*" a partir del cual el Derecho Constitucional solo hace propias las reglas que estima fundamentales para el funcionamiento de la Sociedad y el Estado.

En consecuencia, debe tenerse en cuenta que el derecho *constitucional procesal* no ha de ser confundido con la materia de nuestro estudio, que atiende primordialmente a asegurar la supremacía de la Constitución. La posición que sostenemos, en el sentido de separar los ámbitos de actuación del *Derecho Procesal Constitucional*, con el del *Derecho Constitucional Procesal*, se ve abonada en doctrina con el aval de autores de la talla de **Fix Zamudio**² y también la argentina **Rosaria Correa**,³ aunque también cuenta con posturas contrarias a ser rescatadas, como por ejemplo, la asumida por el **Dr. Castagno**⁴ afirmando que por Derecho Procesal Constitucional, entendemos el rol que cumple la materia, *excede lo meramente instrumental* ya que al ser su objetivo la directa e inmediata tutela de la Constitución y su

¹ SAGÜÉS, NESTOR PEDRO. *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. ASTREA, 1989, tomo I, p. 4.

² FIX-ZAMUDIO. Citado por SAGÜÉS, en Op. Ref., pág. 4, nota 2.

³ ROSARIO CORREA. *Lecciones y Ensayos*, 1991, N°55, pág. 270. quien asume que adoptar para nuestra materia la denominación de Derecho Constitucional Procesal no es lo adecuado, ya que ella tiende a estudiar las normas procesales contenidas exclusivamente en la Constitución.

⁴ CASTAGNO. Ponencia que presentara a las III Jornadas Argentinas de D.P.C. realizadas en la Universidad de Belgrano en 2 y 3 de junio de 1994, bajo el título "Una cuestión conceptual: derecho procesal constitucional o derecho constitucional procesal", con la que discrepamos. 12 SAGUES,

7 *Derecho Procesal Constitucional*

supremacía, la "*forma*" se torna en el punto "*fondo*" cuando de lo que se trata es de operativizar el Estado de Derecho y su vigencia.

Los antecedentes de Derecho Procesal Constitucional, se encuentran en instrumentos de derecho material de carácter Constitucional y jurisdiccional, sin esto signifique la sistematización de la teoría del derecho Procesal Constitucional, la formalización de esta teoría es a partir de las últimas décadas de siglo XX como resultado de la dinámica de la sociedad para consolidar el Estado Democrático de Derecho como una aspiración social universal como equilibrio de desarrollo y convivencia pacífica con la institucionalización de los órganos constitucionales de impartición de la justicia constitucional.

Consideramos importante citar a los instrumentos fundamentales que sirvieron de base a la sistematización de la nueva ciencia procesal:

a) *La Carta Magna de 1215*

*La Carta Magna de 1215*⁵ fue suscrita por **Juan Sin Tierra**, Rey de Inglaterra perteneciente a la dinastía *Plantagenet* (*Oxford, 1167 – Newark, Nottinghamshire, 1216*). Era el quinto hijo de Enrique II, quien le dejó sin territorio en el reparto de la herencia, de ahí procede el sobrenombre que le puso su propio padre. Sin embargo, pronto se hizo con un patrimonio y se convirtió en un importante señor de vasallos. Durante el reinado de su hermano, *Ricardo Corazón de León*, demostró una gran ambición de poder, conspirando en cuantas ocasiones se le ofrecieron, por ejemplo, la ausencia del rey cuando marchó a las Cruzadas.

⁵ Magna Carta (15 de junio de 1215). JUAN, por la gracia de Dios rey de Inglaterra, señor (*Lord*) de Irlanda, duque de Normandía y Aquitania y conde de Anjou, a sus arzobispos, obispos, abades, condes, barones, jueces, gobernadores forestales (*foresters*), corregidores (*sheriffs*), mayordomos (*stewards*) y a todos sus bailios y vasallos, Salud.

Al morir *Ricardo* en 1199, **Juan se proclamó rey de Inglaterra**, título que hubo de defender luchando contra su sobrino **Arturo de Bretaña**, cuyos derechos dinásticos apoyaba el rey de Francia, *Felipe Augusto*. **Juan** derrotó a Arturo y le hizo ejecutar en 1203, pero tuvo que seguir luchando contra múltiples enemigos hasta el fin del reinado. Sostuvo una guerra casi continua contra Francia por los feudos ingleses en el continente. También se enfrentó temporalmente con el *papa Inocencio III* (1209-13).

Finalmente fueron sus propios súbditos los que se rebelaron. La acción combinada de los *barones, obispos y burgueses* le obligó a aceptar la *Carta Magna* (1215), primer compromiso escrito de un monarca inglés de respetar una serie de derechos y libertades. El texto de carácter feudal, que ha seguido formando parte hasta nuestros días de la constitución consuetudinaria de Inglaterra, sentaba un precedente del *sistema parlamentario*, al instaurar una asamblea nobiliaria con potestad exclusiva para aprobar los nuevos impuestos. **Juan** intentó luego incumplir esa promesa, provocando una nueva insurrección de los barones para destronarle (1216), sólo su muerte permitió que le sucediera su hijo, **Enrique III**, salvando el Trono para la dinastía.

Citamos textualmente la Carta Magna:

CARTA MAGNA (de 15 de junio de 1215)

JUAN, por la gracia de Dios rey de Inglaterra, señor (Lord) de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania y conde de Anjou, a sus arzobispos, obispos, abades, condes, barones, jueces, gobernadores forestales (foresters), corregidores (sheriffs), mayordomos (stewards) y a todos sus bailios y vasallos, Salud.

TODOS QUE ANTE DIOS, para bien de nuestra alma y de la de nuestros antepasados y herederos, en loor a Dios y para mayor gloria de la Santa iglesia, y la mejor ordenación de nuestro Reino, por consejo de nuestros reverendos padres Esteban, arzobispo de Canterbury, primado de toda Inglaterra y cardenal de la Santa iglesia Romana: Enrique, arzobispo de Dublín; Guillermo,

9 *Derecho Procesal Constitucional*

obispo de Londres; Pedro, obispo de Winchester; Jocelino, obispo de Bath y Glastonbury; Hugo, obispo de Lincoln; Walter, obispo de Coventry; Benedicto, obispo de Rochester: Maestro Pandolfo, subdiacono y miembro de la casa papal Hermano Aimerico, maestre de los caballeros templarios en Inglaterra Guillermo Marshall, conde Pembroke Guillermo, conde Salisbury: Guillermo, conde de Warren Guillermo, conde Arundel; Alan de Galloway, condestable de Escocia; Warin Fitz Gerald, Pedro Fitz Herbert, Huberto de Burgh, senescal del Poitou, Hugo de Neville, Mateo Fitz Herbert, Tomas Basset, Alan Basset, Felipe Daubeny, Roberto de Roppeley, Juan Marshall, Juan Fitz Hugh y otros leales vasallos:

1) PRIMERO, QUE HEMOS OTORGADO EN EL NOMBRE DE DIOS (That we have granted to God), y por la presente Carta hemos confirmado para Nos y nuestros herederos a perpetuidad que la Iglesia inglesa sea libre, conserve todos sus derechos y no vea menoscabadas sus libertades. Que así queremos que sea observado resulta del hecho de que por nuestra libre voluntad, antes de surgir la actual disputa entre Nos y Nuestros barones, concedimos y confirmamos por carta la libertad de las elecciones eclesiásticas--un derecho que se reputa como el de mayor necesidad e importancia para la Iglesia--y la hicimos confirmar por el Papa Inocencio III. Esta libertad es la que Nos mismo observaremos y la que deseamos sea observada de buena fe (in good faith) por nuestros herederos para siempre jamás (in perpetuity).

A TODOS LOS HOMBRES LIBRES DE NUESTRO REINO (To all free men of our Kingdom) hemos otorgado asimismo, para Nos y para nuestros herederos a titulo perpetuo, todas las libertades que a continuación se enuncian, para que las tengan y posean de Nos y de nuestros herederos para ellos y los suyos:

2) Si fallece algún conde, barón u otra persona que posea tierras directamente de la Corona, con destino al servicio militar, y a su muerte el heredero fuese mayor de edad y debiera un "censo"(o "relief"), dicho heredero entrará en posesión de la herencia al pagar la antigua tarifa del "censo", es decir, el o los herederos de un conde pagaran 100 (cien) libras por toda la baronía del conde, los herederos de un caballero (knight) 100 (cien) chelines (shillings) como

máximo por todo el "feudo" ("fee") del caballero, y cualquier hombre que deba menor cantidad pagará menos, con arreglo a la usanza antigua de los "feudos".

3) Pero si el heredero de esa persona fuese menor de edad y estuviese bajo tutela, cuando alcance la mayoría de edad entrará en posesión de su herencia sin tener que pagar "censo" o derecho (fine) real.

4) Quien tenga a su cargo la tierra de un heredero menor de edad sólo sacará de ella frutos, las rentas usuales y servicios personales (feudal services), debiéndolo hacer sin destrucción ni daño alguno a los hombres ni a los bienes. En caso de que hayamos confiado la custodia de la tierra a un corregidor o a cualquier persona responsable ante Nos por el producto de aquella, y perpetrarse una destrucción o daños, le exigiremos compensación y la tierra será encomendada a dos hombres dignos y prudentes del mismo feudo" (of the same "fee"), que responderán ante Nos del producto o ante la persoria que les asignemos. En caso de que hayamos conferido o vendido a alguien la custodia de esa tierra y de que esa persona cause destrucción o daños, perderá la custodia y el terreno será entregado a dos hombres dignos y prudentes (two worthy and idient men) del mismo "feudo", que serán responsables de modo semejante ante Nos.

5) Mientras el tutor tenga la custodia de estas tierras, mantendrá las casas, sotos, cotos de pesca, estanques, molinos y demás pertenencias con cargo al producto de la propia tierra. Cuando el heredero llegue a la mayoría de edad, el tutor le hará entrega de todo el predio, surtido con los arados y aperos (implements of husbandry) que la estación requiera y acrecido en el producto que la tierra buenamente sea capaz de dar.

6) Los herederos podrán ser dados en matrimonio, pero no a alguien de inferior rango social. Antes de que se celebre el casamiento, se avisará a los parientes más próximos (next-of-kin) del heredero.

7) A la muerte del marido toda viuda podrá entrar en posesión de su dote y de su cuota hereditaria inmediatamente y sin impedimento alguno. No tendrá que

11 *Derecho Procesal Constitucional*

pagar nada por su dote, por presentes matrimoniales o por cualquier herencia que su marido y ella poseyesen conjuntamente el día de la muerte de aquél, y podrá permanecer en la casa de su marido cuarenta días tras la muerte de este, asignándosele durante este plazo su dote.

8) Ninguna viuda será obligada a casarse mientras desee permanecer sin marido. Pero deberá dar seguridades de que no contraerá matrimonio sin el consentimiento regio, si posee sus tierras con cargo a la Corona, o sin el consentimiento del señor a quien se las deba.

9) Ni Nos ni nuestros bailíos ocuparemos tierras ni rentas de la tierra en pago de deuda alguna, mientras el deudor tenga bienes muebles (movable goods) suficientes para satisfacer el débito. Los fiadores del deudor no serán apremiados mientras el deudor mismo pueda pagar la deuda. Si por falta de medios el deudor fuese incapaz de satisfacerla, saldrán responsables sus fiadores, quienes, si lo desean, podrán incautarse de las tierras y rentas del deudor hasta que obtengan el reembolso del débito que le hayan pagado, a menos que el deudor pueda probar que ha cumplido sus obligaciones frente a ellos.

10) Si alguien que haya tomado prestada una suma de dinero a judíos, muriese antes de haberse pagado la deuda, su heredero no pagará interés alguno sobre ésta mientras sea menor de edad, sea quien fuere la persona a la que deba la posesión de sus tierras. Si la deuda viniese a parar a manos de la Corona, ésta no recabará más que la suma principal indicada en el título (bond).

11) Si un hombre muere debiendo dinero a judíos, su mujer podrá entrar en posesión de la dote y no estará obligada a pagar cantidad alguna de la deuda con cargo a aquella. Si deja hijos menores de edad, se podrá proveer a su sustento en una medida adecuada al tamaño de la tierra poseída por el difunto. La deuda deberá ser satisfecha con cargo al remanente, después de ser reservado el tributo debido a los señores del feudo. Del mismo modo se tratarán las deudas que se deban a los no judíos.

12) *No se podrá exigir "fonsadera" ("scutage") ni "auxilio" ("aid") en nuestro Reino sin el consentimiento general, a menos que fuere para el rescate de nuestra persona, para armar caballero a nuestro hijo primogénito y para casar (una sola vez) a nuestra hija mayor. Con este fin solo se podrá establecer un "auxilio" razonable y la misma regla se seguirá con las "ayudas" de la ciudad de Londres.*

13) *La ciudad de Londres gozará de todas sus libertades antiguas y franquicias tanto por tierra como por mar. Asimismo, queremos y otorgamos que las demás ciudades, burgos, poblaciones y puertos gocen de todas sus libertades y franquicias (free customs).*

14) *Para obtener el consentimiento general al establecimiento de un "auxilio" --salvo en los tres casos arriba indicados--o de una "fonsadera" haremos convocar individualmente y por carta a los arzobispos, obispos, abades, duques y barones principales. A quienes posean tierras directamente de Nos haremos dirigir una convocatoria general, a través de los corregidores y otros agentes, para que se reúnan un día determinado (que se anunciará con cuarenta días, por lo menos, de antelación) y en un lugar señalado. Se hará constar la causa de la convocatoria en todas las cartas de convocación. Cuando se haya enviado una convocatoria, el negocio señalado para el día de la misma se tratará con arreglo a lo que acuerden los presentes, aun cuando no hayan comparecido todos los que hubieren sido convocados.*

15) *En lo sucesivo no permitiremos que nadie exija "ayuda" a alguno de sus vasallos libres (free men) salvo para rescatar su propia persona, para armar caballero a su hijo primogénito y para casar (una vez) a su hija mayor. Con estos fines únicamente se podrá imponer una "ayuda" razonable.*

16) *Nadie vendrá obligado a prestar más servicios para el "feudo" de un caballero (for a knight's "fee") o cualquier otra tierra que posea libremente, que lo que deba por este concepto.*

13 *Derecho Procesal Constitucional*

17) Los litigios ordinarios ante los Tribunales no seguirán por doquier a la corte real, sino que se celebrarán en un lugar determinado.

18) Sólo podrán efectuarse en el tribunal de condado respectivo las actuaciones sobre "desposesión reciente" (novel disseisin), "muerte de antepasado" (mort d'ancestor) y "última declaración" (darrein presentment). Nos mismo, o, en nuestra ausencia en el extranjero, nuestro Justicia Mayor (Chief justice), enviaremos dos jueces a cada condado cuatro veces al año, y dichos jueces, con cuatro caballeros del condado elegidos por el condado mismo, celebrarán los juicios en el tribunal del condado, el día y en el lugar en que se reúna el tribunal.

19) Si no pudiese celebrarse audiencia sobre algún caso en la fecha del tribunal de condado, se quedarán allí tantos caballeros y propietarios (freeholders) de los que hayan asistido al tribunal, como sea suficiente para administrar justicia, atendida la cantidad de asuntos que se hayan de ventilar.

20) Por simple falta un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones mas graves, pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia (livelihood) Del mismo modo, no se le confiscará al mercader su mercancía ni al labrador los aperos de labranza, en caso de que queden a merced de un tribunal real. Ninguna de estas multas podrá ser impuesta sin la estimación de hombres buenos de la vecindad.

21) Los duques y barones serán multados únicamente por sus pares y en proporción a la gravedad del delito.

22) Toda multa impuesta sobre bienes temporales (lay property) de un clérigo ordenado se calculará con arreglo a los mismos principios, excluido el valor del beneficio eclesiástico.

23) Ninguna ciudad ni persona será obligada a construir puentes sobre ríos, excepto las que tengan de antiguo la obligación de hacerlo.

24) Ningún corregidor (sheriff), capitán (constable) o alguacil (coroner) o bailío podrá celebrar juicios que competan a los jueces reales.

25) Todos los condados, partidos, subcondados y aldeas conservarán su renta antigua, sin incremento alguno, excepto las fincas del patrimonio real (the royal demesne manors)

26) Si a la muerte de un hombre que posea un "feudo" de realengo (a lay "fee" of the Crown), un corregidor o bailío presentase cartas patentes de cobro de deudas a la Corona, será lícita la ocupación e inventario por aquel de los bienes muebles que se encuentren en el feudo de realengo del difunto, hasta el importe de la deuda, según estimación hecha por hombres-buenos. No se podrá retirar bien alguno mientras no se haya pagado la totalidad de la deuda y entregado el remanente a los albaceas (executors) para que cumplan la voluntad del difunto. Si no se debiese suma alguna a la Corona, todos los bienes muebles se considerarán como propiedad del finado, excepto las partes razonables de su esposa y sus hijos.

27) Si un hombre libre muere sin haber hecho testamento (If a free man dies intestate), sus bienes muebles serán distribuidos a sus parientes más próximos y a sus amigos, bajo la supervisión de la Iglesia, si bien serán salvaguardados los derechos de sus deudores (debtors).

28) Ningún capitán ni bailío nuestro tomará grano u otros bienes muebles de persona alguna sin pagarlos en el acto, a menos que el vendedor ofrezca espontáneamente el aplazamiento del cobro.

29) Ningún capitán podrá obligar a un caballero a pagar suma alguna de dinero por la guardia de castillos (castle-guard) si el caballero está dispuesto a hacer la guardia en persona o, dando excusa justificada, a prestar hombres aptos para que la hagan en su lugar. Todo caballero requerido o enviado a un servicio de armas estará exento de la guardia de castillos durante el período del servicio.

15 *Derecho Procesal Constitucional*

30) Ningún corregidor, bailío u otra persona podrá tomar de un hombre libre caballos o carros para el transporte sin el consentimiento de aquél.

31) Ni Nos ni nuestros bailíos llevaremos leña para nuestro castillo o para otra finalidad sin el consentimiento del dueño.

32) No retendremos en nuestras manos las tierras de personas condenadas por traición (convicted o felony) más de un año y un día, después de lo cual serán devueltas a los señores del "feudo" respectivo.

33) Se quitarán todas las empalizadas de pesca del Támesis, del Medway y de toda Inglaterra, excepto las construidas a orillas del mar.

34) No se expedirá en lo sucesivo a nadie el requerimiento llamado "precipe" respecto a la posesión de tierras, cuando la expedición del mismo implique la privación para algún hombre libre del derecho a ser juzgado por el tribunal de su propio señor.

35) Habrá patrones de medida para el vino, la cerveza y el grano (el cuarto londinense) en todo el Reino, y habrá también un patrón para la anchura de las telas teñidas, el pardillo (the russet) y la cota de malla (haberject), concretamente dos varas (two ells) entre las orlas. Del mismo modo habrán de uniformarse los pesos.

36) En lo sucesivo no se pagará ni se aceptará nada por la expedición de un auto de investigación de vida y bienes (writ of inquisition of life and limbs), el cual se otorgará gratis y no podrá ser denegado.

37) Si un hombre posee tierras de realengo (lands of the Crown) a título de "feudo en renta perpetua" (by "fee-fanm"), de "servicios" ("socage") o de "renta anual" ("burgage") y posee asimismo tierras de otra persona en concepto de servicio de caballería, no asumiremos la tutela de su heredero ni de la tierra que pertenezca al "feudo" de la otra persona en virtud de la "renta perpetua", de los "servicios" o de la "renta anual", a menos que el "feudo en renta

perpetua" esté sujeto a servicio de caballería. No asumiremos la tutela del heredero de un hombre ni la guardia de la tierra que ese hombre poseyera de manos de otro por el hecho de que detente pequeñas propiedades de la Corona a cambio de un servicio de caballeros o arqueros o de índole análoga.

38) En lo sucesivo ningún bailío llevará a los tribunales a un hombre en virtud únicamente de acusaciones suyas, sin presentar al mismo tiempo a testigos directos dignos de crédito sobre la veracidad de aquellas.

39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

40) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.

41) Todos los mercaderes podrán entrar en Inglaterra y salir de ella sin sufrir daño y sin temor, y podrán permanecer en el reino y viajar dentro de él, por vía terrestre o acuática, para el ejercicio del comercio, y libres de toda exacción ilegal, con arreglo a los usos antiguos y legítimos. Sin embargo, no se aplicará lo anterior en época de guerra a los mercaderes de un territorio que esté en guerra con nosotros. Todos los mercaderes de ese territorio hallados en nuestro reino al comenzar la guerra serán detenidos, sin que sufran daño en su persona o en sus bienes, hasta que Nos o nuestro Justicia Mayor hayamos descubierto como se trata a nuestros comerciantes en el territorio que esté en guerra con nosotros, y si nuestros comerciantes no han sufrido perjuicio, tampoco lo sufrirán aquéllos.

42) En lo sucesivo todo hombre podrá dejar nuestro reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino. Quedarán exceptuadas de esta norma las personas que hayan

17 *Derecho Procesal Constitucional*

sido encarceladas o puestas fuera de la ley con arreglo a la ley del reino, las personas de territorios que estén en guerra con Nos y los mercaderes--que serán tratados del modo indicado anteriormente.

43) Si algún hombre poseyera tierras de "reversión" ("escheat"), tales como el "honor" de Wallington, Nottingham, Boulogne, Lancaster o de otras "reversiones" en nuestro poder que sean baronías, a la muerte de aquel su heredero nos pagará únicamente el "derecho de sucesión" (relief) y el servicio que habría tenido que pagar al barón en el caso de que la baronía se hubiese hallado en manos de este, y Nos retendremos lo "revertido" del mismo modo que lo tenía el barón.

44) Las personas que vivan fuera de los bosques no estarán obligadas en lo sucesivo a comparecer ante los jueces reales forestales en virtud de requerimientos generales, a menos que se hallen efectivamente implicadas en actuaciones o sean fiadores de alguien que haya sido detenido por un delito forestal.

45) No nombraremos jueces, capitanes, corregidores ni bailíos sino a hombres que conozcan las leyes del Reino y tengan el propósito de guardarlas cabalmente.

46) Todos los barones que hayan fundado abadías y que tengan cartas patentes de reyes de Inglaterra o posesión de antiguo en prueba de ellos podrán ejercer el patronato de aquellas cuando estén vacantes (when there is no abbot), como en derecho les corresponde.

47) Todos los bosques que se hayan plantado durante nuestro reinado serán talados sin demora, y lo mismo se hará con las orillas de los ríos que hayan sido cercadas durante nuestro reinado.

48) Todos los malos usos en materia de bosques y cotos de caza (Warren), guardabosques, guarda cotos, corregidores y sus bailíos, o de orillas de ríos por guardianes de estas, deberán ser inmediatamente objeto de investigación en

cada condado por doce caballeros juramentados del propio condado, y antes de cumplirse los cuarenta días de la investigación esos malos usos deberán ser abolidos total e irrevocablemente, si bien Nos, y de no estar Nos en Inglaterra Nuestro Justicia Mayor, deberemos ser informados primero.

49) Devolveremos inmediatamente todos los rehenes y cartas que nos han sido entregados por los ingleses como garantía de paz o de lealtad en el servicio.

50) Separaremos completamente de sus cargos a los parientes de Gerardo de Athee, quienes no podrán en lo sucesivo ejercer cargos en Inglaterra. Las personas en cuestión son Engelardo de Cigogne. Pedro Guy y Andrés de Chanceaux, Guy de Ggogne, Godofredo de Martigny y sus hermanos. Felipe Marc y sus herederos hermanos, con Godofredo su sobrino, y todos sus seguidores.

51) Tan pronto como se restablezca la paz, expulsaremos del reino a todos los caballeros y arqueros extranjeros, a sus servidores y a los mercenarios que hayan entrado con daño para el reino, con sus caballos y sus armas.

52) A quien hayamos privado o desposeído de tierras, castillos, libertades o derechos sin legítimo juicio de sus pares se los devolveremos en el acto. En casos litigiosos el asunto será resuelto por el juicio de los veinticinco barones a que se refiere más adelante la cláusula de garantía de la paz. En el supuesto, sin embargo, de que algún hombre haya sido privado o desposeído de algo que esté fuera del ámbito legítimo de enjuiciamiento de sus pares por nuestro padre el Rey Enrique o nuestro hermano Ricardo, y que permanezca en nuestras manos o esté en posesión de terceros por concesión nuestra, tendremos una moratoria por el período generalmente concedido a los Cruzados, a menos que estuviese pendiente un litigio judicial o que se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de que tomáramos la Cruz en calidad de Cruzados. A nuestro regreso de la Cruzada o, si desistimos de ella, haremos inmediatamente justicia por entero:

19 *Derecho Procesal Constitucional*

53) *Tendremos derecho a la misma moratoria en la administración de justicia relacionada con los bosques que hayan de ser talados o permanecer como tales, cuando estos hayan sido originariamente plantados por nuestro padre Enrique o nuestro hermano Ricardo; con la guardia de tierras que pertenezcan a "feudo" de un tercero, en el supuesto de que la hayamos ejercido hasta ahora en virtud de algún "feudo" concedido por Nos a un tercero a cambio de servicios de caballería, y con las abadías fundadas en "feudos" de terceros en las cuales el señor del "feudo" reivindique un derecho propio. En estas materias haremos entera justicia a los recursos cuando regresemos de la Cruzada o inmediatamente si desistimos de ella.*

54) *Nadie será detenido o encarcelado por denuncia de una mujer por motivo de la muerte de persona alguna, salvo el marido de aquella.*

55) *Todas las multas que se nos hayan pagado injustamente y contra la ley del reino, y todas las multas que hayamos impuesto sin razón, quedan totalmente remitidas o bien serán resueltas por sentencia mayoritaria de los veinticinco varones a que se refiere más adelante la cláusula de salvaguardia de la paz, así como de Esteban, arzobispo de Canterbury, si pudiere asistir, y cuantos otros quiera el traer consigo. Si el arzobispo no puede asistir, continuarán las actuaciones sin él, pero si uno cualquiera de los veinticinco barones fuere parte en el litigio, no se tendrá en cuenta su juicio y se elegirá y tomará juramento a otro en su lugar, como suplente para la materia en cuestión, por el resto de los veinticinco.*

56) *En caso de que hayamos privado o desposeído a algún gales de tierras, libertades o cualquier otro bien en Inglaterra o en Gales, sin legítima sentencia de sus pares, aquellas le serán devueltas sin demora. Todo litigio en la materia será dirimido en las Marcas (in the Marches) mediante sentencia de los pares de la parte. Se aplicará la ley inglesa a las tierras que se posean en Inglaterra, la ley galesa a las que posean en Gales y la de las Marcas a las que se posean en las Marcas. Los galeses nos tratarán a Nos y a los nuestros de la misma manera.*

57) En caso de que un gales haya sido privado o desposeído de algo, sin haber mediado legítima sentencia de sus pares, por nuestro padre el Rey Enrique o nuestro hermano el Rey Ricardo y el bien en cuestión permanezca en nuestro poder o esté en posesión de terceros por concesión nuestra, tendremos moratoria por el lapso generalmente reconocido a los Cruzados, a menos que estuviese ya pendiente algún litigio judicial o se hubiese entablado una indagación por orden nuestra, antes de tomar Nos la Cruz como Cruzado, pero a nuestro regreso de la Cruzada o de modo inmediato si desistimos de ella, haremos plenamente justicia con arreglo a las leyes de Gales y de dichas regiones.

58) Devolveremos en seguida al hijo de Llyvelyn, a todos los rehenes galeses y las cartas que se nos hayan entregado en garantía de la paz.

59) Respecto a la devolución de las hermanas y rehenes de Alejandro, Rey de Escocia, y de los derechos y libertades de éste, le trataremos del mismo modo que nuestros demás barones de Inglaterra, a menos que resulte de las cartas que nos concedió su padre Guillermo, anteriormente Rey de Escocia, que deba ser tratado de otro modo. Esta materia será dirimida por el juicio de sus pares en nuestro tribunal.

60) Todas las franquicias y libertades que hemos otorgado serán observadas en nuestro reino en cuanto se refiera a nuestras relaciones con nuestros súbditos. Que todos los hombres de nuestro reino, sean clérigos o legos, las observen de modo semejante en sus relaciones con sus propios vasallos.

61) POR CUANTO HEMOS OTORGADO TODO LO QUE ANTECEDE ("SINCE WE HAVE GRANTED ALL THESE THINGS") por Dios, por la mejor gobernación de nuestro Reino y para aliviar la discordia que ha surgido entre Nos y nuestros barones, y por cuanto deseamos que esto sea disfrutado en su integridad, con vigor para siempre, damos y otorgamos a los barones la garantía siguiente:

21 *Derecho Procesal Constitucional*

Los barones elegirán a veinticinco entre ellos para que guarden y hagan cumplir con todo el poder que tengan, la paz y las libertades otorgadas y confirmadas para ellos por la presente Carta.

Si Nos, nuestro Justicia Mayor, nuestros agentes o cualquiera de nuestros bailios cometiese algún delito contra un hombre o violase alguno de los artículos de paz o de la presente garantía, y se comunicase el delito a cuatro de los citados veinticinco barones, los informados vendrán ante Nos --o en ausencia nuestra del reino, ante el Justicia Mayor-- para denunciarlo y solicitar reparación inmediata. Si Nos, o en nuestra ausencia del Reino el Justicia Mayor, no diéramos reparación dentro de los cuarenta días siguientes, contados desde aquél en que el delito haya sido denunciado a Nos o a él. Los cuatro varones darán traslado del caso al resto de los veinticinco, los cuales podrán usar de apremio contra Nos y atacarnos de cualquier modo, con el apoyo de toda la comunidad del Reino, apoderándose de nuestros castillos, tierras, posesiones o cualquier otro bien, excepto nuestra propia persona y las de la reina y nuestros hijos, hasta que consigan efectivamente la reparación que hayan decretado. Una vez obtenida satisfacción, podrán volver a someterse a la normal obediencia a Nos.

Todo hombre que lo desee podrá prestar juramento de obedecer las órdenes de los veinticinco barones para la consecución de estos fines y de unirse a ellos para acometernos en toda la medida de su poder. Damos permiso solemne e irrestricto de prestar dicho juramento a cualquier hombre que así lo desee y en ningún momento prohibiremos a nadie que lo preste; mas aún, obligaremos a cualquiera de nuestros súbditos que no quiera prestarlo a que lo preste por orden nuestra.

Si alguno de los veinticinco barones muere o abandona el país o se ve impedido por otra razón de ejercitar sus funciones, los restantes elegirán a otro barón en su lugar, según su libre arbitrio, y el elegido prestará el mismo juramento que los demás.

En caso de discrepancia entre los veinticinco barones sobre cualquier asunto que se haya sometido a su decisión, el juicio de la mayoría presente tendrá la misma validez que un pronunciamiento unánime de los veinticinco, tanto si éstos estuviesen todos presentes como si alguno de los convocados estuviera impedido de comparecer o no hubiera querido hacerlo.

Los veinticinco barones jurarán obediencia fiel a los artículos anteriores y harán que sean cumplidos por los demás en la medida del poder que tengan.

No intentaremos conseguir de nadie, ya por acción nuestra ya por medio de terceros, cosa alguna por la cual una parte de estas concesiones o libertades pueda quedar revocada o mermada. Si se consiguiese semejante cosa, se tendrá por nula y sin efecto y no haremos uso de ella en ningún momento, ni personalmente ni a través de terceros.

62) Hemos condonado y perdonado por completo a todos cualquier intención torticera, daño y agravio que haya podido surgir entre Nos y nuestros súbditos, ya sean clérigos o legos, desde el comienzo de la disputa. Además, hemos remitido totalmente, y por nuestra parte hemos perdonado también, a cualesquiera clérigos y legos todos los delitos cometidos como consecuencia de la citada disputa entre la Pascua (Easter) del decimosexto año de nuestro reinado y la restauración de la paz.

Hemos ordenado asimismo cursar cartas patentes para los barones en testimonio de la presente garantía y de las concesiones indicadas anteriormente, con los sellos de Esteban, arzobispo de Canterbury; Enrique, arzobispo de Dublin, los demás obispos arriba mencionados y el Maestro Pandolfo.

63) EN CONSECUENCIA ES NUESTRO REAL DESEO Y NUESTRA REAL ORDEN que la Iglesia de Inglaterra sea libre y que todos los hombres en nuestro Reino tengan y guarden todas estas libertades, derechos y concesiones legítima y pacíficamente en su totalidad e integridad para sí mismos y para sus herederos, en cualesquiera asuntos y lugares y para siempre.

23 *Derecho Procesal Constitucional*

Tanto Nos como los barones hemos jurado que todo esto se observará de buena fe y sin engaño alguno, de lo cual son testigos las personas antedichas y muchas otras.

Dado de nuestro puño y letra en el prado que se llama Runnymede, entre Windsor y Staines, el día decimoquinto del mes de junio del decimoséptimo año de nuestro reinado» Sello de Juan sin tierra

b) *The Petition of Rights – La Petición de Derechos de 1628*

En 1627, tras el fracaso del sitio de La **Rochela, Carlos I de Inglaterra**, en lucha contra Francia y España, se vio obligado a pedir fondos al Parlamento. Antes de someter esta demanda a votación, los miembros del Parlamento en pleno (*Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes*) le impusieron la ***Petition of Rights*** (*redactada en inglés*). Los 11 artículos de este texto garantizaban tanto diversos principios de libertad política (*respecto de los derechos del Parlamento*) como de libertades individuales (*seguridad del pueblo*).

Cabe mencionar entre éstos: la *imposibilidad de recaudar impuestos sin el acuerdo del Parlamento, imposibilidad de efectuar detenciones arbitrarias y de establecer tribunales de excepción, el derecho del acusado a un proceso legal y el respeto de las libertades y los derechos reconocidos por las leyes y los estatutos del reino*. El rey aceptó la Petición, que se aplicó durante dos años, pero nada más acabar la guerra, Carlos I ya no tuvo necesidad del Parlamento y reinó como soberano absoluto hasta su muerte, en 1649.

«LA PETICIÓN DE DERECHOS, “PETITION OF RIGHTS”

PARLAMENTO INGLES, Londres, 7 de junio de 1628

Los Lores espirituales y temporales y los comunes, reunidos en Parlamento, recuerdan humildemente a nuestro Soberano y Señor el Rey que, mediante un estatuto (statute) promulgado bajo el reinado de Eduardo I,

comúnmente conocido con el nombre “Statutum de Tallagio non concedendo”, se declaró y decretó que el Rey o sus herederos no impondrían ni percibirían impuesto o subsidio alguno en este Reino sin la voluntad y consentimiento de los arzobispos, obispos, condes, barones, caballeros, burgueses y otros hombres libres de las corporaciones de este Reino; Que, por la autoridad del Parlamento, convocado en el vigésimo quinto año del reinado de Eduardo III, se declaró y decretó que en lo sucesivo nadie podría ser compelido a realizar préstamos al Rey contra su voluntad, porque tales préstamos eran contrarios a la razón y a las franquicias del Reino; y que otras leyes del Reino prohíben imponer cargas o gravámenes conocidas con el nombre de “Benevolence” o cualesquiera otras imposiciones análogas; que por los citados estatutos y otras leyes y estatutos válidos de este Reino, vuestros súbditos han heredado esta libertad de que no podrán ser compelidos a contribuir en impuesto, exacción, ayuda o carga alguna sin el consentimiento general de la comunidad expresado en el Parlamento;

Considerando, sin embargo, las recientes comisiones dirigidas a diversos comisionados en algunos condados, con determinadas instrucciones en virtud de las cuales vuestro pueblo ha sido reunido en varios lugares y requerido a prestar ciertas sumas a Vuestra Majestad, y que, ante la negativa de algunos, se les ha hecho prestar juramento y obligado a comparecer y presentarse ante el Consejo Privado (Privy Council) o en otros sitios, en contra de lo garantizado por los estatutos y leyes de este Reino, y que otros han sido detenidos y encarcelados, molestados e inquietados de distintas maneras; y que otras cargas han sido establecidas y percibidas de vuestros súbditos en los condados por los lores lugartenientes, los lugartenientes suplentes, los comisarios del ejército, los jueces de paz y otros, por orden de Vuestra Majestad o de vuestro Consejo Privado, en contra de las leyes y los libres usos de este Reino;

Y, considerando además que, a través del estatuto llamado “Magna Carta de las Libertades de Inglaterra”, se ha decretado y establecido que no podrá apresarse ni encarcelarse a ningún hombre, ni desposeérsele de sus feudos, libertades o de sus franquicias, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni perturbado de ningún otro modo, sino en virtud de juicio legal de sus pares, o de la ley de la tierra.

25 *Derecho Procesal Constitucional*

Y que en el vigésimo octavo año del reinado de Eduardo III se declaró y estableció por autoridad del Parlamento, que ninguna persona, cualquiera que fuese su rango o condición, podría ser despojada de su tierra o de sus bienes, ni apresada, encarcelada, desheredada o ajusticiada, sin ser oído en procedimiento debido, conforme a la ley (due process of law).

Que en contra de los mencionados estatutos y otras leyes y estatutos válidos de vuestro Reino encaminadas al mismo fin, varios súbditos vuestros han sido recientemente encarcelados sin explicitar el motivo y que, cuando fueron llevados ante vuestros jueces, conforme a los decretos de Vuestra Majestad sobre el Habeas Corpus, para que el Tribunal actuase como fuere procedente, requeridos sus carceleros para que diesen a conocer las causas de la prisión, no expusieron otra que una orden especial de Vuestra Majestad, rubricada por los lores de vuestro Consejo Privado; que los detenidos fueron entonces devueltos a sus respectivas cárceles sin que se formulase contra ellos cargo alguno del que pudiesen responder conforme a la ley.

Y, considerando que se han enviado últimamente importantes destacamentos de soldados y marineros a varios condados del Reino, y que los habitantes han sido obligados a alojarlos en sus casas y soportar su estancia en contra de las leyes y costumbres de este Reino, sufriendo de esta forma el pueblo gran opresión y vejación;

Y, considerando, además, que en el vigésimo quinto año del reinado del Rey Eduardo III se ha decretado y establecido por autoridad del Parlamento, que nadie podría ser condenado a muerte o a mutilación de forma contraria a la indicada en la Carta Magna y las ley de la tierra; y que por dicha Carta Magna y las demás leyes y estatutos de vuestro Reino, ningún hombre podría ser condenado a muerte sino en virtud de las leyes establecidas en el Reino o de sus costumbres o de una Ley del Parlamento (Act of Parliament); y, considerando que ningún criminal, cualquiera que sea su condición, podrá quedar exento de los procedimientos usuales ni escapar a las penas infligidas por las leyes y estatutos del Reino; que, sin embargo, últimamente varias comisiones confiadas bajo el sello regio de Vuestra Majestad han investido a

diversas personas de la facultad y del mandato de proceder en el territorio conforme a la justicia de la ley marcial, contra los soldados o marineros u otras personas disolutas que se hayan unido a ellos para cometer algún homicidio, robo, felonía, motín u otro crimen o delito cualquiera, y que se les ha habilitado para juzgar y condenar a los culpables de conformidad con el procedimiento sumario que determina la ley marcial y que se usa en los ejércitos en tiempos de guerra.

Que so pretexto de lo anteriormente mencionado, los comisarios han hecho ejecutar a algunos de vuestros súbditos, cuando debiera habérseles ajusticiado conforme a las mismas leyes y estatutos cuya infracción había motivado la pena impuesta.

Y que diversos culpables de crueles crímenes, habiendo solicitado un perdón (exemption) se han sustraído a las penas que les correspondía conforme a las leyes y costumbres del Reino, por el hecho de que varios de vuestros oficiales y comisarios de justicia se han negado o abstenido injustamente a proceder contra esos delincuentes conforme a las leyes y estatutos, so pretexto de que tales delincuentes sólo eran punibles conforme a la ley marcial y a las comisiones antes indicadas, las cuales, así como cualesquiera otras de la misma naturaleza, son directamente contrarias a las leyes y estatutos de vuestro Reino:

Por ello, suplican humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad que nadie esté obligado en lo sucesivo a realizar donación gratuita, préstamo, ni pagar ninguna contribución, impuesto o carga similar sin el común consentimiento realizado mediante una Ley del Parlamento (Act of Parliament); que nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerido a realizar servicios, ni detenido, inquietado o molestado de ninguna otra manera, con motivo de dichas exacciones o por rehusar a pagarlas; y que ningún hombre libre sea detenido o encarcelado de la manera antes indicada; y que Vuestra Majestad se digne a retirar los soldados y marineros antes mencionados y no vuelva en lo sucesivo a oprimir a su pueblo de tal manera; que se revoquen y anulen las comisiones encargadas de aplicar la ley marcial; y que en lo sucesivo no se encomienden a nadie comisiones semejantes, para

27 *Derecho Procesal Constitucional*

evitar que en virtud de las mismas se veje o injusticie a cualquiera de vuestros súbditos, de forma contraria a las leyes y franquicias del territorio.

Todo lo cual suplican humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad, por ser sus derechos y libertades según las leyes y estatutos de este Reino; y solicitan asimismo que Vuestra Majestad se digne declarar que las concesiones, hechos y procedimientos realizados en perjuicio de vuestro pueblo, en cualquier sentido, no será de aquí en adelante precedente ni constituirá ejemplo alguno; y que Vuestra Majestad se digne declarar también, para mayor satisfacción y seguridad de vuestro pueblo, que es vuestra intención y real deseo que, en las materias aquí tratadas, vuestros oficiales y ministros os sirvan de acuerdo con las leyes y estatutos de este Reino, y tengan en consideración el honor de Vuestra Majestad y la prosperidad de este Reino»

c) El Hábeas Corpus de 1679

Es instituido por Inglaterra, el *procedimiento del hábeas corpus* garantizaba la libertad individual contra los riesgos de detenciones y represiones arbitrarias. El **Acta de 1679** la redactaron los miembros del Parlamento, en el reinado de **Carlos II**, para protegerse de prácticas entonces corrientes. Se denuncian en ella los abusos y se exponen normas precisas sobre los derechos de los acusados y de los prisioneros.

El **hábeas corpus** (*literalmente: "que tengas el cuerpo"*) permitía al juez ordenar que le fuera presentado el acusado en persona, en el *plazo de tres días*, a fin de determinar si su detención era legal o no. Disposiciones precisas determinaban la forma del "writ" (mandato escrito). Todo este procedimiento tenía por objeto proteger al detenido, evitarle traslados arbitrarios, garantizarle el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de transgresiones y responsabilizar a los ejecutantes, estableciendo multas y sanciones a los funcionarios negligentes.

Habeas Corpus Amendment acto, «Ley de modificación del Habeas Corpus» de 28 de mayo de 1679

«I. Cuando una persona sea portadora de un "habeas corpus", dirigido a un "sheriff", carcelero o cualquier otro funcionario, a favor de un individuo puesto bajo su custodia, y dicho "habeas corpus" se presente ante tales funcionarios, o se les deje en la cárcel, quedan obligados a manifestar la causa de esta detención a los tres días de su presentación (a no ser que la prisión sea motivada por traición o felonía mencionada inequívocamente en el "warrant") pagando u ofreciendo abonar los gastos necesarios para conducir al prisionero, que serán tasados por el juez o tribunal que haya expedido el "habeas corpus", a continuación del mandamiento, y que no podrán exceder de doce denarios por cada milla, y después de haber dado por escrito la seguridad de pagar igualmente los gastos necesarios para presentar de nuevo al prisionero, si ha lugar, así como la garantía de que éste no se escapará en el camino; así como remitir dicha orden, y volver a presentar al individuo ante el Lord Canciller o ante el funcionario del orden judicial que haya de entender en la causa, a tenor de dicho mandamiento. Este plazo de tres días es aplicable solamente en el caso de que el lugar de la prisión no diste más de veinte millas del tribunal o lugar en que residen los jueces. Si la distancia excede de las veinte millas y no pasa de cien, el carcelero y demás empleados tendrán diez días de término, y si pasa de cien millas, veinte días.

II. Y con el propósito de que ningún "sheriff", carcelero, ni otro funcionario pueda fingir ignorancia de la gravedad de un mandamiento... todos los mandamientos de "habeas corpus" contendrán las siguientes palabras: "Per Statutum tricesimo primo Caroli Secundi Regis", y llevarán la firma de quien los expida. Si una persona es arrestada y detenida en tiempo de vacaciones por cualquier delito (exceptuando los de felonía y traición expresados en el "warrant"), tendrá derecho a dirigirse por sí mismo, o por otro en representación suya (a no ser que esté ya convicta y condenada), al Lord Canciller o cualquier otro juez o magistrado, los cuales, a la vista de las copias de los autos de prisión o previo el juramento de haberse denegado tales copias, y precediendo una petición por escrito de la persona detenida o de cualquier otra en su lugar, confirmada por dos testigos presentes en el acto de entregarla,

tienen la obligación de expedir un "habeas corpus" con el sello del tribunal a que pertenezca uno de los jueces y dirigirlo al funcionario encargado de la custodia del detenido. Este "habeas corpus" será remitido inmediatamente al Lord Canciller, juez o barón de los respectivos tribunales, y una vez presentado el mandamiento, el funcionario o la persona a quien este comisione presentará nuevamente el preso ante el Lord Canciller, los demás jueces o el designado por dicho mandamiento, y si el último se hallare ausente, ante cualquiera de ellos, volviendo de presentar en todo caso el citado mandamiento, que indique las causas de la prisión o detención; cumplidas estas disposiciones, en el término de dos días el Lord Canciller o cualquier otro juez pondrá en libertad al preso previa su identificación y recibiendo en garantía la suma que los jueces consideren más conveniente en atención a la calidad del preso o a la naturaleza del delito, para asegurarse de que comparecerá ante el Tribunal del Banco del Rey o del Gaol Delivery en el condado, o ante el tribunal que haya de entender en su conocimiento. El mandamiento y sus certificaciones, así como la identificación, se exhibirán ante el tribunal en que se verifique la comparecencia. Estas disposiciones no son aplicables al caso en que conste a los jueces que el preso se halla detenido en virtud de una acción legal que no permita fianza, con arreglo a un mandamiento firmado y sellado de puño y letra de los mencionados jueces o de los simples jueces de paz.

III. *Si un individuo descuidara voluntariamente la petición del "habeas corpus" durante dos plazos completos contados desde el día de su prisión, no podrá obtenerlo en tiempo de vacaciones.*

IV. *Si un funcionario, o quien haga sus veces, descuida la obligación de responder al mandamiento de "habeas corpus", o no vuelve a presentar al preso a petición de éste o quien lo represente, o si no entrega en el término de seis horas copia del auto de prisión, pagará a la parte perjudicada cien libras por la primera infracción y doscientas por la segunda, quedando inhabilitado para ejercer su cargo; estas condenas serán requeridas por el querellante o sus apoderados contra el delincuente, en forma de acción personal, ante cualquiera de los tribunales de Westminster. La primera condena a instancia de la parte perjudicada se considerará como prueba suficiente de la primera*

infracción, y para la segunda bastará otra condena por cualquier otra ofensa inferida después del primer juicio...

V. *Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un "habeas corpus" puede ser detenida de nuevo por el mismo delito, a no ser por orden del tribunal ante quien está obligada a comparecer, o de otro cualquier competente. El que detenga o a sabiendas mande detener por el mismo delito a una persona puesta en libertad del modo mencionado será condenado a pagar quinientas libras a la parte perjudicada.*

VI. *Si una persona puesta en prisión por delito de alta traición o felonía expresado en el auto de prisión pidiere en el tribunal, durante la primera semana del plazo o en el primer día en que se presenten los comisarios ante el tribunal, o ante el Goal Delivery, que se le forme causa, no podrá aplazarse su petición para el próximo término. Los jueces del Banco Real de la Comisión de Audiencias, o sus delegados, pondrán en libertad al preso previa petición del mismo y bajo fianza, antes de determinar el periodo de reuniones, a no ser que los jueces afirmen, bajo juramento, que los testigos presentados en nombre del Rey no tendrán tiempo para presentarse hasta entonces; pero si el preso no es procesado y juzgado a consecuencia de su petición antes de llegar al segundo término, será puesto en libertad.*

VII. *Las disposiciones de la presente ley no son aplicables a la libertad de la persona en las causas civiles.*

VIII. *El súbdito de este Reino que se halle puesto bajo la custodia de un funcionario por causa criminal no podrá ser confiado a la vigilancia de otro sino en virtud de un "habeas corpus" o cualquier otro mandamiento legal, o bien cuando preso sea entregado al "constable" o a otro funcionario inferior para conducirlo a prisión, o cuando por orden de juez competente sea enviado a un establecimiento penal o trasladado de un punto a otro del mismo condado para ser sometido a juicio, o en caso de incendio repentino, epidemia o circunstancias análogas; y los que firmen o refrenden un auto en que se disponga un traslado contrario a todas estas reglas, así como el funcionario*

31 *Derecho Procesal Constitucional*

que lo ejecute, incurrirán en las ya mencionadas multas a favor de la parte perjudicada.

IX. Todo preso podrá obtener su "habeas corpus" tanto del Canciller del "Exchequer" como del Banco del Rey o del Tribunal del "Plaids Commons"; Canciller o cualquier otro juez o barón del "Exchequer", durante las vacaciones, vista la copia del auto de prisión o previo juramento de haber sido denegada esa copia, se negare a exhibir el "habeas corpus", será condenado a pagar quinientas libras a la parte perjudicada.

X. El "habeas corpus" ajustado a las disposiciones de la presente ley tendrá fuerza obligatoria en las tierras de un conde palatino, en los cinco puertos (Hantings, Douvres, Hithe, Rummer y Sandwich) y demás lugares privilegiados, así como en las islas de Jersey y Guernesey.

XI. Ningún súbdito de este Reino, habitante en Inglaterra, el País de Gales o Berwick, podrá ser enviado como preso a Escocia, Irlanda, Jersey o Guernesey o cualquier otro lugar allende los mares; toda prisión de esta especie será "ipso facto" declarada ilegal, y el que la haya sufrido podrá entablar acción de prisión ilegal ante los tribunales de Su Majestad. o bien interponer recurso contra quienes hayan acordado, escrito firmado o refrendado un auto o cualquiera otra disposición para llevar a efecto tales actos y contra quienes los aconsejaron o consintieron. En este caso la parte perjudicada podrá exigir una cantidad triple del importe de las costas y gastos del juicio, con una indemnización de daños y perjuicios que no bajará de quinientas libras. No se admitirán en dicha acción excepciones dilatorias, sin perjuicio de ejecutarse lo establecido en los reglamentos de los tribunales en los casos que haya lugar. El que escriba, selle o refrende un "warrant" que infrinja lo dispuesto en la presente ley, así como el que, le obedezca, quedará inhabilitado para desempeñar cargos de confianza o remunerados, incurrirá en las penas señaladas en el Estatuto de Praemunire y no podrá ser indultado por el Rey a causa de tales delitos.

XII. *Los beneficios de la presente ley no aprovecharán al que se comprometa por escrito con un negociante, propietario en las colonias u otra persona para ser trasladado a ultramar.*

XIII. *Si un individuo convicto de felonía pide ser trasladado a ultramar, y el tribunal cree conveniente su prisión por la índole del delito, podrá accederse a la petición del interesado.*

XIV. *Si un individuo residente en otro reino cometiere un delito capital en Escocia, Irlanda, o cualquier otra isla o colonia extranjera sometida al Rey, podrá ser trasladado a este país para que lo juzguen los tribunales con arreglo a nuestras leyes.*

XV. *Nadie será perseguido por infracción de la presente ley sino dentro de los dos años siguientes a dicha infracción, si la parte perjudicada se encuentra ya en libertad; y si continúa presa, en los dos años siguientes a su fallecimiento o a su salida de prisión.*

XVI. *Cuando el Tribunal de Assizes se presente en un condado, nadie podrá ser trasladado de la cárcel pública en virtud de "habeas corpus" sino para ser juzgado por dicho tribunal.*

XVII. *Terminadas las sesiones del Tribunal de Assizes habrá lugar a "habeas corpus" en virtud de la presente ley.*

XVIII. *Si se entabla una acción por infracción de la presente ley, los defensores de los acusados podrán alegar que sus clientes se han ajustado a la ley, sosteniendo que no son culpables o que nada deben al demandante.*

Cuando un individuo sea reducido a prisión por un juez de paz o cualquier otro funcionario y acusado como cómplice de traición menor o de felonía, o simplemente sospechoso de cualquiera de estos delitos, debería indicarse claramente en el auto de prisión que no podrá ser puesto en libertad bajo fianza, a tenor de lo dispuesto en la presente ley»

**d) *The BILL OF RIGHTS (Declaración de Derechos)*
de 13 de febrero de 1689**

Impuesto por el Parlamento a la futura reina **María II Estuardo** (*hija de Jacobo II*) y a su esposo, **Guillermo de Orange**, el **Bill of rights (Declaración de Derechos)** culmina la Revolución inglesa de 1688. Se trata, por primera vez, de un verdadero contrato, establecido entre los soberanos y el pueblo, también soberano. **María** y **Guillermo** no fueron coronados hasta que firmaron este contrato, que puso fin al concepto de realeza de derecho divino en Inglaterra.⁶

La Declaración de Derechos recuerda las numerosas violaciones de las leyes y las libertades cometidas por **Jacobo II** y enumera los derechos reconocidos al pueblo desde 1215. En su artículo primero se enuncia un principio esencial: **la autoridad real no tiene fuerza de ley, la ley está por encima del rey**. Los demás artículos desarrollan este principio. El pueblo tiene el *derecho de petición*, el *derecho de votar libremente*, *garantías judiciales* y la *protección de sus libertades individuales*. Poco tiempo después se otorgó la *libertad de culto* a los protestantes.

The BILL OF RIGHTS (Declaración de Derechos)

«Considerando que los Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, representando legal, plena y libremente a todos los estamentos del pueblo de este reino, presentaron el 13 de febrero del año de NS (gracia) de 1688, a Sus Majestades, entonces conocidas con los nombres y

⁶ http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm - Ancre

títulos de Guillermo y María, príncipes de Orange, una declaración escrita, redactada por los mencionados Lores y Comunes en los siguientes términos:

Considerando *que el fallecido Jacobo II, con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros nombrados por el, se esforzó en subvertir y proscribir la religión protestante, y las leyes y libertades de este Reino:*

Usurpando y ejerciendo el poder de dispensar de las leyes y aplazar su entrada en vigor y su cumplimiento, sin el consentimiento del Parlamento.

Encarcelando y procesando a varios prelados que, respetuosamente, le solicitaron que les excusara de prestar su consentimiento a la usurpación de este poder.

Ideando y patrocinando la creación, bajo la autoridad del Gran Sello, de un Tribunal, denominado Tribunal de Delegados para las causas eclesiásticas.

Cobrando, en beneficio de la Corona, ciertos tributos, bajo la excusa de una supuesta prerrogativa, para otros períodos y en forma distinta de la que habían sido votados por el Parlamento.

Reclutando y manteniendo, dentro de las fronteras del Reino y en tiempo de paz, un ejército permanente, sin consentimiento del Parlamento, y alistando en él a personas declaradas inhabilitadas.

Ordenando que muchos buenos ciudadanos protestantes fueran desarmados, mientras que los papistas eran armados y empleados con finalidades contrarias a la ley.

Violando la libertad de elegir a los miembros del Parlamento.

Acusando ante el Tribunal Real por delitos para cuyo conocimiento era únicamente competente el Parlamento, y celebrando otros procesos ilegales y arbitrarios.

35 *Derecho Procesal Constitucional*

Considerando que en los últimos años personas corrompidas, partidistas e inhabilitadas han sido elegidas y han formado parte de jurados y que, especialmente, personas que no eran propietarios libres han intervenido como jurados en procesos por alta traición.

Que se han exigido fianzas excesivas a personas sujetas a procedimientos penales, para no conceder los beneficios contenidos en las leyes relativas a la libertad de las personas.

I.

Que se han impuesto multas excesivas.

Que se han aplicado castigos ilegales y crueles.

Y que se han hecho concesiones y promesas del importe de las multas y confiscaciones, antes de que se hubieran obtenido las pruebas necesarias o la condena de las personas a las que se iban a aplicar estas penas.

Todo lo cual es total y directamente contrario a las leyes, ordenanzas y libertades de este Reino.

Considerando que habiendo abdicado el difunto rey Jacobo II, y habiendo quedado por ello vacantes el gobierno y el trono, Su Alteza el príncipe de Orange (a quien Dios Todopoderoso ha querido convertir en el glorioso instrumento que librara a este Reino del papismo y el poder arbitrario) ha hecho enviar, por consejo de los Lores espirituales y temporales y de varios miembros destacados de los Comunes, cartas a los Lores espirituales y temporales protestantes, y a los diferentes condados, ciudades, universidades, burgos y a los cinco puertos, para que eligieran a las personas que les representarían en el Parlamento que se debía reunir en Westminster el 22 de enero de 1688, con el objeto de acordar lo necesario para que su religión, leyes y libertades no volvieran, en lo sucesivo, a correr el peligro de ser destruidas, y habiéndose celebrado elecciones de acuerdo con las cartas citadas.

En estas circunstancias, los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, hoy reunidos en virtud de sus cartas y elecciones, y constituyendo la plena y libre representación de esta nación, examinando los mejores medios para alcanzar los fines indicados declaran, en primer lugar, como han hecho en casos semejantes sus antepasados, para defender y asegurar sus antiguos derechos y libertades:

Que el pretendido poder de suspender las leyes y la aplicación de las mismas, en virtud de la autoridad real y sin el consentimiento del Parlamento, es ilegal.

II

Que el pretendido poder de dispensar de las leyes o de su aplicación en virtud de la autoridad real, en la forma en que ha sido usurpado y ejercido en el pasado, es ilegal.

III

Que la comisión para erigir el último Tribunal de causas eclesiásticas y las demás comisiones y tribunales de la misma naturaleza son ilegales y perniciosos.

IV

Que toda cobranza de impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, so pretexto de la prerrogativa real, sin consentimiento del Parlamento, por un período de tiempo más largo o en forma distinta de la que ha sido autorizada, es ilegal.

V

Que es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios.

37 *Derecho Procesal Constitucional*

VI

Que el reclutamiento o mantenimiento de un ejército, dentro de las fronteras del Reino en tiempo de paz, sin la autorización del Parlamento, son contrarios a la ley.

VII

Que todos los súbditos protestantes pueden poseer armas para su defensa, de acuerdo con sus circunstancias particulares y en la forma que autorizan las leyes.

VIII

Que las elecciones de los miembros del Parlamento deben ser libres.

IX

Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento.

X

Que no se deben exigir fianzas exageradas, ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles ni desacostumbrados.

XI

Que las listas de los jurados deben confeccionarse, y éstos ser elegidos, en buena y debida forma, y aquellas deben notificarse, y que los jurados que decidan la suerte de las personas en procesos de alta traición deberán ser propietarios.

XII

Que todas las condonaciones y promesas sobre multas y confiscaciones hechas a otras personas, antes de la sentencia, son ilegales y nulas.

XIII

Y que para remediar todas estas quejas, y para conseguir la modificación, aprobación y mantenimiento de las leyes, el Parlamento debe reunirse con frecuencia.

Reclaman, piden e insisten en todas y cada una de las peticiones hechas, como libertades indiscutibles, y solicitan que las declaraciones, juicios, actos o procedimientos, que han sido enumerados y realizados en perjuicio del pueblo, no puedan, en lo sucesivo, servir de precedente o ejemplo.

Hacen esta petición de sus derechos, particularmente animados por la declaración de S. A. R. el príncipe de Orange, que los considera el único medio de obtener completo conocimiento y garantía de los mismos respecto de la situación anteriormente existente.

Por todo ello tienen la completa confianza de que S. A. R. el príncipe de Orange terminará la liberación del Reino, ya tan avanzada gracias a él, y que impedirá, en lo sucesivo, la violación de los derechos y libertades antes enumerados, así como cualquier otro ataque contra la religión, derechos y libertades.

Los mencionados Lores espirituales y temporales y los Comunes, reunidos en Westminster, resuelven que Guillermo y María, príncipe y princesa de Orange, son y sean declarados, respectivamente, rey y reina de Inglaterra, Francia»

e) La Declaración de Derechos de Virginia / junio de 1776

39 *Derecho Procesal Constitucional*

*La **Declaración de Derechos de Virginia** fue la primera que se redactó para acompañar a la Constitución del Estado de Virginia. Aprobada el 11 de junio de 1776, **Jefferson** la utilizó para redactar la primera parte de la **Declaración de Independencia** y sirvió de base de las diez primeras enmiendas de la Constitución.*

En los 18 artículos de la Declaración se enumeran derechos próximos a la noción moderna de derechos humanos: la igualdad de todos los hombres, la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, la primacía del poder del pueblo y de sus representantes, la libertad de prensa, la subordinación del poder militar al poder civil, el derecho a que se haga justicia y la libertad de culto. Los derechos de la persona humana son considerados como derechos naturales, que ningún régimen puede menoscabar. Algunos derechos son inalienables.

Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776)

«Declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plena y libre, como derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad como base y fundamento de su Gobierno.

1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.

2. Que todo poder reside en el pueblo, y, en consecuencia, deriva de él; que los magistrados son sus administradores v sirvientes, en todo momento responsables ante el pueblo.

3. Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de

gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común.

4. Que ningún hombre, o grupo de hombres, tienen derecho a emolumentos exclusivos o privilegiados de la comunidad, sino en consideración a servicios públicos, los cuales, al no ser hereditarios, se contraponen a que los cargos de magistrado, legislador o juez, lo sean.

5. Que los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben ser separados y distintos del judicial; que a los miembros de los dos primeros les sea evitado el ejercicio de la opresión a base de hacerles sentir las cargas del pueblo y de hacerles participar en ellas; para ello debieran, en períodos fijados, ser reducidos a un estado civil, devueltos a ese cuerpo del que originalmente fueron sacados; y que las vacantes se cubran por medio de elecciones frecuentes, fijas y periódicas, en las cuales, todos, o cualquier parte de los ex miembros, sean de vuelta elegibles, o inelegibles, según dicten las leyes.

6. Que las elecciones de los miembros que servirán como representantes del pueblo en asamblea, deben ser libres; que todos los hombres que tengan suficiente evidencia de un permanente interés común y vinculación con la comunidad, tengan derecho al sufragio, y no se les puede imponer cargas fiscales a sus propiedades ni desposeerles de esas propiedades, para destinarlas a uso público, sin su propio consentimiento, o el de sus representantes así elegidos, ni estar obligados por ninguna ley que ellos, de la misma manera, no hayan aprobado en aras del bien común.

7. Que todo poder de suspender leyes, o la ejecutoria de las leyes, por cualquier autoridad, sin consentimiento de los representantes del pueblo, es injurioso para sus derechos, y no se debe ejercer.

41 *Derecho Procesal Constitucional*

8. *Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares.*

9. *Que no se requieran fianzas excesivas, ni se impongan, ni se dicten castigos crueles o anormales.*

10. *Que las órdenes judiciales, por medio de las cuales un funcionario o agente puede allanar un sitio sospechoso sin prueba de hecho cometido, o arrestar a cualquier persona o personas no mencionadas, o cuyo delito no está especialmente descrito o probado, son opresivas y crueles, y no deben ser extendidas.*

11. *Que en controversias sobre la propiedad, y en conflictos entre hombre y hombre, es preferible el antiguo juicio con jurado a cualquier otro, y debe considerarse sagrado.*

12. *Que la libertad de prensa es uno de grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringirla un gobierno despótico.*

13. *Que una milicia bien regulada, compuesta del cuerpo del pueblo entrenado para las armas, es la defensa apropiada, natural y segura de un estado libre; que en tiempos de paz, los ejércitos permanentes deben evitarse por peligrosos para la libertad; y que en todos los casos, los militares deben subordinarse estrictamente al poder civil, y ser gobernados por el mismo.*

14. *Que el pueblo tiene derecho a un gobierno uniforme; y, en consecuencia, no se debe nombrar o establecer ningún gobierno separado o independiente del gobierno de Virginia, dentro de sus límites.*

15. Que ningún gobierno libre, o las bendiciones de la libertad, pueden ser conservados por ningún pueblo, sino con una firme adhesión a la justicia, moderación, templanza, frugalidad y virtud, y con una frecuente vuelta a los principios fundamentales.

16. Que la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la manera de cumplirlas, sólo pueden estar dirigidas por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por tanto, todos los hombres tienen idéntico derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia; y que es deber mutuo de todos el practicar la indulgencia, el amor y la caridad cristianas»

Este texto, que se tradujo al francés, ejerció una gran influencia durante la Revolución francesa en el Comité encargado de elaborar la Constitución y de redactar la ***Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789***.

La ***Declaración de Independencia***, que redactó ***Thomas Jefferson***⁷ y se aprobó el 4 de julio de 1776, "considera como verdades evidentes por sí mismas que los hombres nacen iguales, que su Creador les ha dado algunos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que los Gobiernos humanos han sido instituidos para garantizar esos derechos. El Acta de Confederación imponía a las colonias liberadas que se unieran para defenderse "contra toda violencia o ataque de que fueran objeto todas o alguna de ellas por causa de la religión, la soberanía, el comercio o con cualquier otro pretexto" (art. 3). Este principio del derecho de resistencia al opresor justificaría la lucha de los pueblos dominados y colonizados en los siglos XIX y XX.

⁷ http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm - Ancre

43 *Derecho Procesal Constitucional*

La mayor parte de las antiguas colonias revisaron sus constituciones y ocho incluyeron en ellas declaraciones de derechos (1776-1783). En todas ellas se recuerda el derecho a la libertad individual, establecido en Inglaterra por la **Magna Carta**, y todas agregan -junto a los derechos de propiedad, de reunión y de expresión- el derecho a la libertad religiosa.

f) *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de julio 1789*

La ***Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano***, reclamada por el diputado del ***Daupiné Jean-Joseph Mounier*** y por ***La Fayette***, héroe de la Guerra de Independencia norteamericana, la redactó ***Sieyès*** y la aprobó la Asamblea Nacional Constituyente del 20 al 26 de agosto de 1789. Comprendía 17 artículos, que luego se debía incrementar, pues los votantes la consideraron incompleta.

El principio del primer artículo: *"Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos"*, se incluyó casi literalmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En este *"Credo de la Nueva Era"* se enuncian principios fundamentales de orden político: la *soberanía nacional* (art. 3), el *sistema de gobierno representativo* (art. 3), la *primacía de la ley* (9 artículos) y la *separación de poderes* (art. 16). Atribuye asimismo a los pueblos y a los individuos *derechos que siguen siendo actuales: el derecho a la resistencia contra la opresión* (art. 2), la *presunción de inocencia* (art. 9), la *libertad de opinión y de religión* (art. 10), la *libertad de expresión* (art. 11) y el *derecho a la propiedad* (art. 17).⁸

La ***Declaración de los Derechos del Hombre y el del Ciudadano 1789***, inspirada en la declaración de independencia estadounidense de 1776 y en el espíritu filosófico del siglo XVIII, marca el fin del Antiguo Régimen y el principio de una nueva era.

⁸ http://www.aidh.org/uni/Formation/00Home_e.htm - Ancre

La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano es, junto con los decretos del 4 y el 11 de agosto de 1789 sobre la supresión de los derechos feudales, uno de los textos fundamentales votados por la Asamblea nacional constituyente formada tras la reunión de los Estados Generales durante la Revolución Francesa.

El principio de base de la Declaración fue adoptado antes del 14 de julio de 1789 y dio lugar a la elaboración de numerosos proyectos. Tras largos debates, los diputados votaron el texto final el día 26 de agosto.

En la declaración se definen los derechos "naturales e imprescriptibles" como *la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión*. Asimismo, reconoce *la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la justicia*. Por último, afirma el principio de la separación de poderes.

El **Rey Luis XVI** la ratificó el 5 de octubre del mismo año, bajo la presión de la Asamblea y el pueblo, que había acudido a *Versalles*. Sirvió de preámbulo a la primera constitución de la Revolución Francesa, aprobada en 1791.

La *Declaración de 1789* inspiró en el siglo XIX textos similares en numerosos países de Europa y América Latina. La tradición revolucionaria francesa está también presente en la *Convención Europea de Derechos Humanos* firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950.

TEXTO

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789)

«Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne,

45 *Derecho Procesal Constitucional*

los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:

Artículo primero.- *Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.*

Artículo 2.- *La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*

Artículo 3.- *El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.*

Artículo 4.- *La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.*

Artículo 5.- *La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.*

Artículo 6.- *La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.*

Artículo 7.- *Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.*

Artículo 8.- *La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.*

Artículo 9.- *Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.*

Artículo 10.- *Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.*

Artículo 11.- *La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.*

Artículo 12.- *La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio*

47 *Derecho Procesal Constitucional*

de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada.

Artículo 13.- *Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad.*

Artículo 14.- *Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.*

Artículo 15.- *La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público.*

Artículo 16.- *Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.*

Artículo 17.- *Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización»*

En 1791, la escritora **Olympe de Gouges** redactó un proyecto de **Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana**, que reformula, artículo por artículo, la Declaración de 1789, que ella consideraba demasiado machista. Su autora fue guillotizada antes de conseguir que la aprobaran.

Posteriormente el pueblo francés hizo modificaciones a la declaración:

**La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
del Año I / 1793**

Tras el destronamiento del rey y la proclamación de la República, se anuló la Constitución de 1791. El 23 de junio de 1793, la Convención votó una **nueva Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, que encabezaba la nueva Constitución. Sus 35 artículos reproducen los principios de la Declaración de 1789, insistiendo en la igualdad, que menciona como el primero de los derechos naturales e imprescriptibles. Insiste asimismo en la noción de solidaridad y enuncia varios derechos nuevos, como son: el *derecho a la asistencia* (art. 21), el *derecho al trabajo* (arts. 17 y 21), el *derecho a la instrucción* (art. 22) y el *derecho a la insurrección* (art. 35). El artículo 18 ("*Todo hombre puede comprometer sus servicios, su tiempo, pero él no puede venderse ni ser vendido*") es la primera disposición establecida contra la esclavitud sin llegar a mencionarla. Habría que esperar hasta el 1848 para que esta práctica fuera realmente abolida.

La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano / 1795

Esta **Declaración**, más restrictiva que las dos precedentes, reemplazó a éstas en el encabezamiento de la nueva Constitución tras la caída de **Robespierre**. Su objetivo era restablecer el equilibrio entre los derechos y los deberes, roto por los excesos del Terror. Entre otras cosas, suprimió todos los nuevos derechos de la Declaración de 1793.

LA CARTA DEL ATLÁNTICO 14 DE AGOSTO DE 1941

Roosevelt y Churchill suscribieron la Carta en el buque británico *Príncipe de Gales* en la Conferencia del Atlántico. El Presidente de los Estados Unidos de América y el Primer Ministro representante del Gobierno de S. M. en el Reino Unido, habiéndose reunido en el Océano, juzgan oportuno hacer conocer algunos principios sobre los cuales ellos fundan sus esperanzas en un futuro mejor para el mundo y que son comunes a la política nacional de sus respectivos países:

49 *Derecho Procesal Constitucional*

1. Sus países no buscan ningún engrandecimiento territorial o de otro tipo.

2. No desean ver ningún cambio territorial que no esté de acuerdo con los votos libremente expresados de los pueblos interesados.

3. Respetan el derecho que tienen todos los pueblos de escoger la forma de gobierno bajo la cual quieren vivir, y desean que sean restablecidos los derechos soberanos y el libre ejercicio del gobierno a aquellos a quienes les han sido arrebatados por la fuerza.

4. Se esforzarán, respetando totalmente sus obligaciones existentes, en extender a todos los Estados, pequeños o grandes, victoriosos o vencidos, la posibilidad de acceso a condiciones de igualdad al comercio y a las materias primas mundiales que son necesarias para su prosperidad económica.

5. Desean realizar entre todas las naciones la colaboración más completa, en el dominio de la economía, con el fin de asegurar a todas las mejoras de las condiciones de trabajo, el progreso económico y la protección social.

6. Tras la destrucción total de la tiranía nazi, esperan ver establecer una paz que permita a todas las naciones vivir con seguridad en el interior de sus propias fronteras y que garantice a todos los hombres de todos los países una existencia libre sin miedo ni pobreza.

7. Una paz así permitirá a todos los hombres navegar sin trabas sobre los mares y los océanos.

8. Tienen la convicción de que todas las naciones del mundo, tanto por razones de orden práctico como de carácter espiritual, deben renunciar totalmente al uso de la fuerza. Puesto que ninguna paz futura puede ser mantenida si las armas terrestres, navales o aéreas continúan siendo empleadas por las naciones que la amenazan, o son susceptibles de

amenazarla con agresiones fuera de sus fronteras, consideran que, en espera de poder establecer un sistema de seguridad general, amplio y permanente, el desarme de tales naciones es esencial. Igualmente ayudarán y fomentarán todo tipo de medidas prácticas que alivien el pesado fardo de los armamentos que abrumba a los pueblos pacíficos. *Franklin D. Roosevelt - Winston Churchill 14 de agosto de 1941.*

La Constitución de la Segunda República y la abolición de la esclavitud / 1848

Tras la Revolución de febrero de 1848, el Gobierno provisional redactó una nueva constitución, que estableció el *sufragio universal*, *abolió la pena de muerte* por motivos políticos, *reducción de las horas de trabajo*, *introducción de medidas sociales*, garantizaba *la libertad de enseñanza y la libertad de trabajo*, reconoció el *derecho de asociación y de petición* y *abolió la esclavitud* en todo el territorio francés incluidas las colonias.

g) El Siglo XX y la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Tras el trauma de la II Guerra Mundial, se publicaron nuevas Declaraciones en todo el mundo. En Iberoamérica, con la ***Constitución de los Estados Unidos de México (1917)***, en Rusia con la ***Declaración Soviética de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado (1918)*** y en Alemania, con la ***Constitución de Weimar (1919)***. El movimiento de los derechos humanos alcanzó empero una dimensión internacional con la ***Declaración de los Derechos del Niño***, o ***Declaración de Ginebra***, aprobada por la Sociedad de Naciones en 1924. La II Guerra Mundial aceleró este proceso. En efecto, a la ***Carta del Atlántico***, fruto de una entrevista que mantuvieron en 1941 Churchill (Inglaterra) y Roosevelt (Estados Unidos) en un buque de guerra, le siguió muy pronto, en enero de 1942, la ***Declaración de las Naciones***

51 *Derecho Procesal Constitucional*

Unidas, en la que 26 Estados se declararon unidos para luchar contra las potencias del Eje y prometieron permanecer unidos después del conflicto para fundar una organización internacional cuya misión sería promover la paz en el mundo.

La **Carta de las Naciones Unidas**, aprobada el 26 de junio de 1945, sella a la vez la creación de la Organización de las Naciones Unidas y la ratificación internacional de los derechos humanos, cuya defensa se reconoce como indisoluble de la búsqueda de la paz. Luego se promulgaron el **Acta Constitutiva de la UNESCO** (*Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura*), en 1945, y la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París.

La Declaración Universal de Derechos Humanos

Es la declaración más importante que rige para toda la humanidad aprobada y proclamada por Resolución de la Asamblea General 217 (iii) del 10 de diciembre de 1948

«El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto completo figura en las páginas siguientes. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas

53 *Derecho Procesal Constitucional*

progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

55 *Derecho Procesal Constitucional*

Artículo 13

1. *Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.*

2. *Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.*

Artículo 14

1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.*

2. *Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*

Artículo 15

1. *Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.*

2. *A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.*

Artículo 16

1. *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

2. *Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

3. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*

Artículo 17

1. *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*
2. *Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.*
2. *Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.*

Artículo 21

1. *Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*
2. *Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.*
3. *La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.*

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad,

invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

59 *Derecho Procesal Constitucional*

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración»

Estos instrumentos son los antecedentes que dieron el origen al constitucionalismo, y que tuvieron por objeto poner al gobierno por debajo de la ley. **J. Otis** basaba sus reclamaciones en que el Parlamento británico había desconocido sus propios límites, recordando que los jueces de Inglaterra «han sostenido de modo expreso que los actos de parlamento contrarios a la equidad natural deben tenerse por nulos»

El fruto de la evolución del constitucionalismo inglés fue el **Rule of law**, o sea la supremacía o gobierno de la ley, teoría que fue *formulada* por **A.V.**

Dicey⁹ en 1885 en su célebre obra *Introduction to the study of the law of the constitution*.

Como antecedente del *control de la constitucionalidad* o **judicial review** en el Derecho angloamericano se citan dos casos: **Thomas Bonham** en 1606 ocurrido en Inglaterra y **Marbury vs. Madison** en 1803.

Thomas Bonham médico egresado de la Universidad de Cambridge ejerció la profesión sin la autorización del Real Colegio de Médicos, quien 1606 fue citado y se impuso una multa de 100 chelines y se le prohibió ejercer la profesión bajo pena de prisión hasta que tenga la autorización del Real Colegio de Médicos, pero siguió ejerciendo la profesión por lo que fue condenado a prisión y al pago de una multa de 10 libras ordenándose su detención. Envidado a prisión Bonham demandó al Real Colegio de Médicos por encarcelamiento ilegítimo alegando que según un estatuto sancionado por Enrique VIII se les permitía ejercer eses poder de policía sobre la profesión, autorizándoles, al mismo tiempo a imponer multas, las que se dividía entre el Rey y el Real Colegio, ese caso generó la división entre los jueces del Common Plea. Mientras que uno de ellos Walmesley defendía ardientemente la causa del Colegio, Coke lo hizo a favor del Dr. Thomas Bonham concurriendo con él los dos jueces Warburton y Daniel. Coke entre sus argumentos el más resaltante el control de la constitucionalidad, argumentando que de acuerdo con los estatutos vigentes el colegio percibía la mitad las multas, ello convertía al Colegio en juez y parte de la situación lo que era contrario al common law, ya que de acuerdo con los principios de este, nadie puede ser juez de su propio caso: aparece en nuestros libros –decía Coke- que en muchos casos el common law controlará a las leyes del Parlamento y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando son contrarios de la razón o del derecho o sean de imposible cumplimiento. **Coke** ignoras el control de legitimidad de

⁹ **DICEY, ALBERT VENN.** (February 4, 1835 – April 7, 1922) was a British jurist and constitutional theorist who wrote *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885).

61 *Derecho Procesal Constitucional*

un estatuto por ser contrario al common law. Así comenta **Alberto B. Blanchi**¹⁰.

MARBURY vs. MADISON

24 de febrero de 1803

“En el último período, en Diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado... solicitaron de la Corte que requiriera a James Madison, Secretario de Estado de los Estados Unidos, para que justificara por qué no debiera expedirse un mandamiento ordenándole que remitiera a aquéllos sus respectivos nombramientos como jueces de paz del Distrito de Columbia...

El 24 de febrero, el Magistrado Presidente expresó la siguiente opinión del Tribunal...

De acuerdo con el orden en que el Tribunal ha analizado este caso, se han suscitado y resuelto las siguientes cuestiones.

Primera. *¿Tiene el demandante derecho al nombramiento que solicita?*

Segunda. *Si tiene ese derecho y el mismo ha sido violado, ¿le otorgan las leyes del país un remedio?.*

Tercera. *Si así es, ¿el remedio consistiría en un mandamiento que haya de expedir este Tribunal?*

(En cuanto a la primera cuestión)... *hay que entender que el Sr. Marbury había sido designado para el cargo desde que su nombramiento fue firmado por el Presidente y sellado por el (antiguo) Secretario de Estado; y como la ley*

¹⁰ BLANCHI, ALBERTO B. *Control de constitucionalidad*, 2ª edic., tomo I, Abco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

que crea el cargo confiere el derecho a desempeñarlo durante cinco años, con independencia del Poder Ejecutivo, el nombramiento no puede ser revocado...(y)...por tanto, la retención de éste es un acto que la Corte estima no sólo no autorizado por la ley, sino además lesivo de un derecho legalmente adquirido...

(En cuanto a la segunda cuestión)...*la esencia misma de la libertad civil consiste en el derecho que tiene cualquier individuo de demandar la protección de las leyes siempre que sufra un perjuicio... Una de las primeras obligaciones del Estado es proveer esa protección... El Gobierno de los Estados Unidos ha sido enfáticamente calificado como un gobierno de leyes y no de hombres. Y dejaría ciertamente de merecer tan alto apelativo si las leyes no previesen remedios ante la lesión de derechos adquiridos.*

Si esta circunstancia se diera en la jurisprudencia de nuestro país habría de justificarse por las peculiares características del caso. Nos corresponde entonces indagar si hay en este caso algún ingrediente que lo exima de investigaciones jurídicas o prive a la parte perjudicada de un remedio legal... ¿Acaso el acto de remitir o retener el nombramiento deba ser considerado como de naturaleza estrictamente política, de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, para cuya realización nuestra Constitución deposite en éste una entera confianza, y si se produce un perjuicio el ciudadano que lo padezca quede privado de reparación?. No cabe cuestionar que se puedan dar casos así, pero no hay porque aceptar que siempre que recaiga un deber sobre alguno de los grandes departamentos del Gobierno estemos ante uno de ellos...

...el problema de cuándo la legalidad de un acto realizado por el responsable de un departamento puede o no ser examinada por un tribunal de justicia dependerá siempre de la naturaleza del propio acto...

...la conclusión... es que, cuando los responsables de los departamentos son agentes políticos o de confianza del Ejecutivo, limitándose a ejecutar la voluntad del Presidente, o, en general, actuando en casos en los que el Ejecutivo dispone constitucional o legalmente de un ámbito de discrecionalidad, nada

puede estar más claro que estos actos son sólo políticamente fiscalizables. Pero cuando la ley establece un deber específico y existen derechos individuales que dependen del cumplimiento de ese deber está igualmente claro que el ciudadano que se considere perjudicado tiene el derecho de apelar a las leyes de su país en busca de una reparación...

(En cuanto a la tercera cuestión)...*depende de, primero, la naturaleza de la resolución que se solicita, y, segundo, de la jurisdicción de este tribunal.*

La naturaleza de la resolución... Es verdad que el mandamiento (mandamus) que ahora se solicita no tiene por objeto la realización de un acto expresamente contenido en la ley. Éste consiste en la entrega de un nombramiento, sobre la cual las leyes del Congreso guardan silencio. (Pero) esta peculiaridad no afecta a la solución del caso. Ya se ha concluido que el demandante tiene, en relación con ese nombramiento, un derecho adquirido del que el Ejecutivo no puede privarle... La ley del Congreso, ciertamente, no ordena al Secretario de Estado que lo envíe, pero si el nombramiento se pone en sus manos es para que lo reciba quien tiene derecho a él, y aquél no puede retenerlo más legalmente que si lo hiciera cualquier otra persona... Éste es, por tanto, un caso claro en el que procede el mandamiento... y sólo queda por dilucidar... si puede ser expedido por este tribunal.

La ley que establece los tribunales de los Estados Unidos habilita a la Corte Suprema para “dirigir mandamientos, en los casos en que proceda de acuerdo con los principios y costumbres del Derecho, a cualquier tribunal nombrado, o a personas que ocupen un cargo, bajo la autoridad de los Estados Unidos”.

El Secretario de Estado, siendo una persona que ostenta un cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos, se encuentra nítidamente incluido en la letra de la descripción legal, y si este Tribunal no está legitimado para dirigirle una mandamiento ha de ser porque la ley es inconstitucional, y, en tal sentido, absolutamente incapaz de conferir la autoridad y asignar los deberes que sus palabras pretenden conferir y asignar, respectivamente.

La Constitución deposita la totalidad del poder judicial en una Corte Suprema y en tantos tribunales inferiores como el Congreso ordene establecer a lo largo del tiempo...

A la hora de distribuir este poder se afirma que “la Corte Suprema poseerá jurisdicción originaria en todos los casos que afecten a embajadores, otros dignatarios públicos y cónsules, y en los que algún Estado sea parte. En todos los demás, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción de apelación”. Se ha sostenido durante el juicio que como la atribución constitucional de jurisdicción, a la Corte Suprema y a las inferiores, es general, y la cláusula que asigna la jurisdicción originaria a la primera no contiene términos negativos o restrictivos, el legislador mantendría la facultad de asignar dicha jurisdicción a la Corte en otros casos además de los ya especificados en el artículo de referencia, siempre que esos casos pertenezcan al Poder judicial de los Estados Unidos. (Pero) Si se hubiera pretendido dejar a la discreción del legislador el reparto de la jurisdicción entre la Corte Suprema y los tribunales inferiores habría sido sin duda innecesario ir más allá de definir el Poder Judicial y los tribunales en los que éste habría de depositarse. La parte restante del artículo sería superflua, carente de sentido, si tal fuera la interpretación precedente...

...No es posible presumir que una cláusula constitucional haya querido dejarse sin efecto; esa interpretación resulta, por tanto, inadmisiblesalvo que las mismas palabras del texto la requieran...

...Entonces, para que este tribunal pueda expedir un mandamiento debe demostrarse que se está ejerciendo jurisdicción de apelación...

...La característica esencial de la jurisdicción de apelación es que revisa y corrige los procedimientos de una causa previamente creada, no crea la causa. Por ello, aunque cabe dirigir un mandamiento a los tribunales, cuando éste se dirige a un funcionario público para que haga entrega de un documento es realmente como si se planteara una acción originaria para obtenerlo, y, en este sentido, parece pertenecer a este tipo de jurisdicción y no a la de apelación. No siendo necesario tampoco, en un caso como éste, habilitar a la Corte para

65 *Derecho Procesal Constitucional*

ejercer su jurisdicción de apelación. Por tanto, la autoridad atribuida a la Corte Suprema, por la ley que establece los tribunales de justicia en los Estados Unidos, para dirigir mandamientos a funcionarios públicos, no parece ser reconocida por la Constitución, y se hace necesario indagar si es posible ejercer una jurisdicción así conferida.

La cuestión acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en derecho aplicable en el país es de un gran interés para los Estados Unidos, pero, afortunadamente, su grado de complejidad no alcanza la medida de ese interés. Para resolverla sólo parece necesario reconocer determinados principios que se supone bien arraigados.

Que el pueblo tiene un derecho originario a establecer, en aras a su futuro gobierno, aquellos principios que mejor conduzcan a su felicidad es la base sobre la que se erige el edificio americano en su totalidad. El ejercicio de este derecho originario comporta un esfuerzo muy grande, que no puede, ni debe, repetirse con frecuencia. De ahí que los principios así establecidos se reputen fundamentales. Y como la autoridad de la que proceden es suprema, y rara vez se exterioriza, están destinados a ser permanentes.

Esta voluntad originaria y suprema organiza el Gobierno, y distribuye funciones entre los diversos departamentos. Puede detenerse aquí, o bien establecer, además, ciertos límites que no pueden ser franqueados por esos departamentos.

El Gobierno de los Estados Unidos pertenece a esta segunda categoría. Las funciones del Poder legislativo están definidas y limitadas, y para que esos límites no se confundan u olviden la Constitución es escrita. ¿Qué sentido tendría limitar a los poderes, y cual que se haya hecho por escrito, si luego las limitaciones pueden ser ignoradas en cualquier momento por aquellos a quienes se pretende constreñir?... Resulta demasiado evidente como para ser cuestionado que, o bien la Constitución se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria, o bien el legislador puede cambiar la Constitución mediante una ley ordinaria.

Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca.

Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la Constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable. Ciertamente, aquéllos que han elaborado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y, en consecuencia, la teoría propia de cualquier Estado de este tipo ha de ser la de que las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas. Esta teoría está esencialmente vinculada a la idea de Constitución escrita y, por ello, el tribunal ha de considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Y, consecuentemente, no puede perderse de vista en el ulterior tratamiento del presente caso. Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿vincula a los tribunales y les obliga a darle efectos a pesar de su invalidez?. O, en otras palabras, aunque no sea derecho, ¿constituye una regla tan operativa como si fuera propiamente una ley? Esto supondría arrumbar en la práctica lo que se estableció en la teoría y parece, a primera vista, demasiado absurdo como para insistir en ello. La cuestión, sin embargo, va a ser objeto de un análisis más detenido.

No cabe duda de que es competencia y deber del Poder Judicial decir qué es derecho. Aquellos que aplican la norma a los casos concretos tienen, necesariamente, que explicar e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, son los tribunales los que deben pronunciarse sobre la eficacia de cada una de ellas.

Así, si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución son de aplicación a un determinado caso, de modo que el tribunal ha de resolver ese caso conforme a la ley, desechando la Constitución, o conforme a la Constitución, desechando la ley, el tribunal tendrá que

determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Esto forma parte de la esencia misma de la tarea de juzgar...

Por tanto, aquellos que discuten el principio de que la Constitución debe ser considerada, por los tribunales, como la norma suprema, tienen necesariamente que admitir que éstos han de cerrar sus ojos ante la Constitución y mirar sólo a la ley.

Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Supondría afirmar que una ley enteramente nula de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro Gobierno, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatoria. Supondría afirmar que si el legislativo hace lo que está expresamente prohibido, la ley resultante de ello sería en realidad, a pesar de la expresa prohibición, eficaz. Se estaría atribuyendo al legislativo una omnipotencia real y práctica, al mismo tiempo que se profesa restringir sus competencias dentro de estrechos límites. Sería tanto como establecer los límites y declarar a la vez que se pueden saltar a placer.

El hecho de que así quedaría reducido a la nada lo que hemos considerado el mayor avance en el terreno de las instituciones políticas, una Constitución escrita, debería ser suficiente en América, donde las Constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar esta tesis. Pero, además, las propias expresiones de la Constitución de los Estados Unidos proporcionan argumentos adicionales a favor de tal rechazo.

El Poder judicial de los Estados Unidos alcanza a todos los casos que surjan al amparo de la Constitución. ¿Pudo, acaso, haber sido intención de los que confirieron tal poder la de que al ejercerlo no debería tomarse en cuenta el propio contenido de la Constitución? ¿Que un caso que surja al amparo de la Constitución debería resolverse sin que ella misma sea examinada?

Esto es demasiado extravagante para que pueda sostenerse.

En algunos casos, por tanto, los jueces deben indagar el contenido de la Constitución...

...(Por ejemplo) en ella se proclama que “no podrán gravarse con ningún impuesto o carga los artículos que se exporten desde cualquiera de los Estados”. Supongamos que se impone una tasa sobre la exportación del algodón, o del tabaco, o de la harina, y se ejerce una acción judicial para recuperar lo pagado. ¿Debe recaer un pronunciamiento judicial en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley? La Constitución proclama que “no podrá aprobarse ninguna ley penal que imponga una condena individual o que sea retroactiva”. Si, a pesar de ello, una ley como éstas se aprobase, y se procede contra alguien de conformidad con la misma, ¿debería el tribunal condenar a muerte a personas a las que la Constitución se ha propuesto proteger?

“Nadie podrá ser condenado por traición –dice la Constitución- si no es sobre la base del testimonio prestado por al menos dos testigos en relación con el mismo hecho, o de una confesión pública realizada ante el tribunal”. En este caso, el lenguaje de la Constitución se dirige especialmente a los órganos judiciales. Ella prescribe, directamente para éstos, una regla de prueba de la que no se pueden apartar. Si el legislador modificara la regla en cuestión, estableciendo que un solo testigo o una confesión fuera del tribunal fuesen suficientes para imponer la condena, ¿debería la norma constitucional ceder frente a la ley? De estos textos, y de otros muchos que se podrían seleccionar, se deduce que los redactores de la Constitución contemplaron a ésta como una norma vinculante tanto para los jueces como para el legislador...

...¿Por qué motivo juraría el juez desempeñar sus funciones de conformidad con la Constitución de los Estados Unidos si luego ella no fuese una norma llamada a disciplinar efectivamente su actividad, si hubiera de permanecer cerrada y no pudiese ser examinada por él? Si éste fuera el estado real de las cosas sería algo peor que una solemne burla...

...Por otra parte, tampoco carece de valor el hecho de que la Constitución al declarar cual será la ley suprema del país se mencione a sí misma en primer

69 *Derecho Procesal Constitucional*

lugar, y de que al referirse a las leyes de los Estados Unidos, no lo haga en general, sino atribuyendo sólo esa condición a las que se elaboren de acuerdo con ella.

De modo que los propios términos de la Constitución de los Estados Unidos confirman y refuerzan el principio, que se supone inherente a todas las Constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula, y de que los tribunales, como los demás poderes, están vinculados a la misma.

La petición del demandante debe ser rechazada»

Según Enterría ¹¹ la formulación del control constitucional se fundamenta en tres principios:

- a) La *constitución puritana y laica* del derecho natural elaborada por **Locke** (1632-1674), concibe éste como **lex legum**, a la par de **lex inmutabile**.
- b) En la consagración *solemne y formal* de este derecho fundamental, del **fundamental law**, cuya referencia histórica inmediata se encontraba en los pactos de las primeras colonias americanas frente a la metrópoli (**Cotton, Winthrop, Williams, Penn y Wise, entre otros**), origen asimismo frente a la concepción francesa de una noción propia de poder constituyente, como poder creador de la constitución.
- c) En la naturaleza del **common law**, entendida como la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales.

En el caso **Marbury vs. Madison** en 1803 constituye el antecedente más importante del control de constitucionalidad, este caso condujo a Estados Unidos de Norteamérica a la institucionalidad del control **difuso de la constitucionalidad**. El control de la constitucionalidad norteamericana se fundamenta en la **supremacía constitucional** y en posición neutral del juez como garante de los derechos de las personas.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y tribunal constitucional*, 3ª edic. edit. Civitas, Madrid, 1994, pp. 123 y ss.

Los jueces y tribunales norteamericanos enjuician la constitucionalidad de las leyes en cualquier proceso sin tener la necesidad de la creación de un tribunal constitucional y sin la necesidad de un procedimiento de control de constitucionalidad. Cuando una ley es declarada inconstitucional equivale a la derogación, porque producida ésta ningún juez puede aplicar la ley declarada inconstitucional en aplicación del principio *stare decisis*¹².

h) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado

Abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. *Entrada en vigor*: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el

¹² *STARE DECISIS* es una locución *latina*, que se traduce como "mantenerse con las cosas decididas", utilizada en derecho para referirse a la doctrina según la cual las *sentencias* dictadas por un *tribunal* crean *precedente* y vinculan como *jurisprudencia* a aquellas que se dicten en el futuro. La locución proviene de acortar una más extensa, *stare decisis et non quieta movere*.

Esta doctrina es propia del *derecho anglosajón*, y no tiene tanta fuerza en sistemas de *derecho continental*, en donde la *jurisprudencia* tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del *juez* de interpretar la *ley* según su criterio es mucho más amplia.

71 *Derecho Procesal Constitucional*

reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto,

Convienen en los artículos siguientes:

Parte I

Artículo 1

Observación general sobre su aplicación

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las

obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Parte II

Artículo 2

Observación general sobre su aplicación

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

73 *Derecho Procesal Constitucional*

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 3

Observación general sobre su aplicación

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 4

Observación general sobre su aplicación

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Parte III

Artículo 6

Observación general sobre su aplicación

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

75 *Derecho Procesal Constitucional*

2. *En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.*

3. *Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.*

4. *Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.*

5. *No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.*

6. *Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.*

Artículo 7 **Observación general sobre su aplicación**

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 8

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

Observación general sobre su aplicación

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 12

Observación general sobre su aplicación

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

79 *Derecho Procesal Constitucional*

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Artículo 14

Observación general sobre su aplicación

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia;

pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de

cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 17

Observación general sobre su aplicación

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 18

Observación general sobre su aplicación

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la

ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo 19
Observación general sobre su aplicación

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 20
Observación general sobre su aplicación

1. *Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.*
2. *Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.*

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Artículo 22

1. *Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.*

2. *El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.*

3. *Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de*

sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Artículo 23

Observación general sobre su aplicación

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24

Observación general sobre su aplicación

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. *Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.*

Artículo 25

Observación general sobre su aplicación

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 27

Observación general sobre su aplicación

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás

87 *Derecho Procesal Constitucional*

miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Parte IV

Artículo 28

1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante.

2. El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.

3. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal.

Artículo 29

1. Los miembros del Comité serán elegidos por votación secreta de una lista de personas que reúnan las condiciones previstas en el artículo 28 y que sean propuestas al efecto por los Estados Partes en el presente Pacto.

2. Cada Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer hasta dos personas. Estas personas serán nacionales del Estado que las proponga.

3. La misma persona podrá ser propuesta más de una vez.

Artículo 30

1. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto.

2. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de la elección del Comité, siempre que no se trate de una elección para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 34, el Secretario General de las Naciones Unidas invitará por escrito a los Estados Partes en el presente Pacto a presentar sus candidatos para el Comité en el término de tres meses.

3. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos que hubieren sido presentados, con indicación de los Estados Partes que los hubieren designado, y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto a más tardar un mes antes de la fecha de cada elección.

4. La elección de los miembros del Comité se celebrará en una reunión de los Estados Partes en el presente Pacto convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. En esa reunión, para la cual el quórum estará constituido por dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, quedarán elegidos miembros del Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

Artículo 31

1. El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado.

2. En la elección del Comité se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos.

Artículo 32

1. Los miembros del Comité se elegirán por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, los mandatos de nueve de los miembros elegidos en la primera elección expirarán al cabo de dos años. Inmediatamente después de la primera elección, el Presidente de la reunión mencionada en el párrafo 4 del artículo 30 designará por sorteo los nombres de estos nueve miembros.

2. Las elecciones que se celebren al expirar el mandato se harán con arreglo a los artículos precedentes de esta parte del presente Pacto.

Artículo 33

1. Si los demás miembros estiman por unanimidad que un miembro del Comité ha dejado de desempeñar sus funciones por otra causa que la de ausencia temporal, el Presidente del Comité notificará este hecho al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto de dicho miembro.

2. En caso de muerte o renuncia de un miembro del Comité, el Presidente lo notificará inmediatamente al Secretario General de las Naciones Unidas, quien declarará vacante el puesto desde la fecha del fallecimiento o desde la fecha en que sea efectiva la renuncia.

Artículo 34

1. Si se declara una vacante de conformidad con el artículo 33 y si el mandato del miembro que ha de ser sustituido no expira dentro de

los seis meses que sigan a la declaración de dicha vacante, el Secretario General de las Naciones Unidas lo notificará a cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto, los cuales, para llenar la vacante, podrán presentar candidatos en el plazo de dos meses, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 29.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas preparará una lista por orden alfabético de los candidatos así designados y la comunicará a los Estados Partes en el presente Pacto. La elección para llenar la vacante se verificará de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta parte del presente Pacto.

3. Todo miembro del Comité que haya sido elegido para llenar una vacante declarada de conformidad con el artículo 33 ocupará el cargo por el resto del mandato del miembro que dejó vacante el puesto en el Comité conforme a lo dispuesto en este artículo.

Artículo 35

Los miembros del Comité, previa aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, percibirán emolumentos de los fondos de las Naciones Unidas en la forma y condiciones que la Asamblea General determine, teniendo en cuenta la importancia de las funciones del Comité.

Artículo 36

El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité en virtud del presente Pacto.

Artículo 37

1. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la primera reunión del Comité en la Sede de las Naciones Unidas.

91 *Derecho Procesal Constitucional*

2. Después de su primera reunión, el Comité se reunirá en las ocasiones que se prevean en su reglamento.

3. El Comité se reunirá normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

Artículo 38

Antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñarán su cometido con toda imparcialidad y conciencia.

Artículo 39

1. El Comité elegirá su Mesa por un período de dos años. Los miembros de la Mesa podrán ser reelegidos.

2. El Comité establecerá su propio reglamento, en el cual se dispondrá, entre otras cosas, que:

a) Doce miembros constituirán el quórum;

b) Las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes.

Artículo 40

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos:

a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados;

b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida.

2. *Todos los informes se presentarán al Secretario General de las Naciones Unidas, quien los transmitirá al Comité para examen. Los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del presente Pacto.*

3. *El Secretario General de las Naciones Unidas, después de celebrar consultas con el Comité, podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que caigan dentro de sus esferas de competencia.*

4. *El Comité estudiará los informes presentados por los Estados Partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes, y los comentarios generales que estime oportunos, a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.*

5. *Los Estados Partes podrán presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario que se haga con arreglo al párrafo 4 del presente artículo.*

Artículo 41

Observación general sobre su aplicación

1. *Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. Las comunicaciones recibidas*

en virtud de este artículo se tramitarán de conformidad con el procedimiento siguiente:

a) Si un Estado Parte en el presente Pacto considera que otro Estado Parte no cumple las disposiciones del presente Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado mediante una comunicación escrita. Dentro de un plazo de tres meses, contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al Estado que haya enviado la comunicación una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto, la cual hará referencia, hasta donde sea posible y pertinente, a los procedimientos nacionales y a los recursos adoptados, en trámite o que puedan utilizarse al respecto.

b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Partes interesados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la primera comunicación, cualquiera de ambos Estados Partes interesados tendrá derecho a someterlo al Comité, mediante notificación dirigida al Comité y al otro Estado.

c) El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

d) El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente artículo.

e) A reserva de las disposiciones del inciso c, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados a fin de

llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos en el presente Pacto.

f) En todo asunto que se le someta, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso b que faciliten cualquier información pertinente.

g) Los Estados Partes interesados a que se hace referencia en el inciso tendrán derecho a estar representados cuando el asunto se examine en el Comité y a presentar exposiciones verbalmente, o por escrito, o de ambas maneras.

h) El Comité, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recibido de la notificación mencionada en el inciso b), presentará un informe en el cual:

i) Si se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada:

ii) Si no se ha llegado a una solución con arreglo a lo dispuesto en el inciso e, se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados.

En cada asunto, se enviará el informe los Estados Partes interesados.

2. Las disposiciones del presente artículo entrarán en vigor cuando diez Estados Partes en el presente Pacto hayan hecho las declaraciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo. Tales declaraciones serán depositadas por los Estados Partes en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia de las

mismas a los demás Estados Partes. Toda declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General. Tal retiro no será obstáculo para que se examine cualquier asunto que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud de este artículo; no se admitirá ninguna nueva comunicación de un Estado Parte una vez que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación de retiro de la declaración, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

Artículo 42

1. a) Si un asunto remitido al Comité con arreglo al artículo 41 no se resuelve a satisfacción de los Estados Partes interesados, el Comité, con el previo consentimiento de los Estados Partes interesados, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación (denominada en adelante la Comisión). Los buenos oficios de la Comisión se pondrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto.

b) La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados Partes interesados. Si, transcurridos tres meses, los Estados Partes interesados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.

2. Los miembros de la Comisión ejercerán sus funciones a título personal. No serán nacionales de los Estados Partes interesados, de ningún Estado que no sea parte en el presente Pacto, ni de ningún Estado Parte que no haya hecho la declaración prevista en el artículo 41.

3. La Comisión elegirá su propio Presidente y aprobará su propio reglamento.

4. Las reuniones de la Comisión se celebrarán normalmente en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. Sin embargo, podrán celebrarse en cualquier otro lugar conveniente que la Comisión acuerde en consulta con el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados Partes interesados.

5. La secretaría prevista en el artículo 36 prestará también servicios a las comisiones que se establezcan en virtud del presente artículo.

6. La información recibida y estudiada por el Comité se facilitará a la Comisión, y ésta podrá pedir a los Estados Partes interesados que faciliten cualquier otra información pertinente.

7. Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de haber tomado conocimiento del mismo, presentará al Presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados Partes interesados:

a) Si la Comisión no puede completar su examen del asunto dentro de los doce meses, limitará su informe a una breve exposición de la situación en que se halle su examen del asunto;

b) Si se alcanza una solución amistosa del asunto basada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el presente Pacto, la Comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada;

c) Si no se alcanza una solución en el sentido del inciso b, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados Partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto; dicho informe contendrá también las exposiciones

escritas y una reseña de las exposiciones orales hechas por los Estados Partes interesados;

d) Si el informe de la Comisión se presenta en virtud del inciso c, los Estados Partes interesados notificarán al Presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.

8. Las disposiciones de este artículo no afectan a las funciones del Comité previstas en el artículo 41.

9. Los Estados Partes interesados compartirán por igual todos los gastos de los miembros de la Comisión, de acuerdo con el cálculo que haga el Secretario General de las Naciones Unidas.

10. El Secretario General de las Naciones Unidas podrá sufragar, en caso necesario, los gastos de los miembros de la Comisión, antes de que los Estados Partes interesados reembolsen esos gastos conforme al párrafo 9 del presente artículo.

Artículo 43

Los miembros del Comité y los miembros de las comisiones especiales de conciliación designados conforme al artículo 42 tendrán derecho a las facilidades, privilegios e inmunidades que se conceden a los expertos que desempeñen misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas.

Artículo 44

Las disposiciones de la aplicación del presente Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos previstos en materia de derechos humanos por los instrumentos constitutivos y las convenciones de las Naciones Unidas y de los organismos especializados o en virtud de los mismos, y no impedirán que los Estados Partes recurran a otros

procedimientos para resolver una controversia, de conformidad con convenios internacionales generales o especiales vigentes entre ellos.

Artículo 45

El Comité presentará a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo Económico y Social, un informe anual sobre sus actividades.

Parte V

Artículo 46

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Artículo 47

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Parte VI

Artículo 48

1. El presente Pacto estará abierto a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto quedará abierto a la adhesión de cualquiera de los Estados mencionados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Pacto, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

Artículo 49

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 50

Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

Artículo 51

1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara en favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.

Artículo 52

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 48, el Secretario General de las Naciones Unidas

101 *Derecho Procesal Constitucional*

comunicará todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del mismo artículo:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 48;

b) La fecha en que entre en vigor el presente Pacto conforme a lo dispuesto en el artículo 49, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que hace referencia el artículo 51.

Artículo 53

1. El presente Pacto, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Pacto a todos los Estados mencionados en el artículo 48.

Para **Hans Kelsen**, cuando éste parte de la *Teoría Pura del Derecho* definió el control de constitucionalidad en el aspecto *material - funcional*, en el sentido de medición de un acto de rango inferior, en tanto que el control del hecho de su elaboración en unidad de la norma superior que depende y en sentido *jurídico-positivo* rechazó de los actos inconstitucionales. O sea que el parámetro de control constitucional de las normas lo constituye, pues, la norma inmediata superior y en última instancia la constitución.

2. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO CIENCIA

2.1. Definición

El Derecho procesal constitucional es el conjunto de teorías, principios, instituciones y organizaciones jurisdiccionales, normas procesales que

regulan una serie de actos procesales en la dinámica del proceso en la impartición de justicia constitucional como garantía de la supremacía constitucional y los derechos humanos.

2.2. Autonomía científica

EL Derecho Procesal Constitucional en su aplicación práctica surge con la Teoría kelseniana del control de la Constitucionalidad y en la praxis con la creación del Tribunal Constitucional de Austria del cual Hans Kelsen fue Presidente, impartiendo justicia constitucional aplicando las instituciones muchos principios del Derecho Procesal Civil. La praxis forense constitucional no significó la institucionalización de la Teoría Procesal Constitucional, sin embargo los múltiples estudios de juristas constitucionalistas y procesalistas ha dado lugar que los Estados promulguen leyes reguladores del proceso y procedimiento constitucional, pero no se ha identificado a los juristas que elaboraron la Teoría Procesal Constitucional o Derecho Procesal Constitucional. Solamente se ha discutido que el Derecho Procesal Constitucional es o no parte del Derecho Constitucional y hasta ahora todavía no existe posiciones claras de la autonomía para ser considerada como disciplina jurídica autónoma, sin embargo *Sagüés* tiene una posición tajante que el Derecho Procesal Constitucional es parte integrante del Derecho Constitucional.

La formulación y reconocimiento como disciplina científica del Derecho Procesal Constitucional, sigue similar historia que la Teoría Procesal Civil, la que fue considerada únicamente como un instrumento normativo de actos procesales para la efectividad de las normas jurídicas del Código civil transcurriendo varios siglos, hasta que se instituyeron los fundamentos de la estructuración de la ciencia del Derecho Procesal Civil con la escuelas alemana y posteriormente desarrollado por la escuela italiana. No podemos negar que la Teoría Procesal Civil es fuente inmediata de las disciplinas procesales especializadas, como el Derecho Procesal Constitucional.

a) *Autonomía legislativa*

Existen antecedentes legislativos en materia procesal constitucional en forma dispersa cuando los derechos reconocidos a las personas eran vulnerados, partiendo de la rebelión del pueblo contra el rey hasta la formación de Tribunales que garanticen reparación por la violación de los derechos fundamentales reconocidos por el Rey como en el caso de Inglaterra que hemos expuesto en los antecedentes, y sucesivamente en todos los Estados se han legislado sobre el control de la constitucionalidad y las garantías constitucionales de las personas hasta su perfeccionamiento, con la promulgación de las Leyes Orgánicas de los Tribunales Constitucionales con normas procedimentales, y finalmente las Leyes procesales de hábeas corpus y amparo y más perfeccionado el Código Procesal Constitucional como en el caso del Perú por Ley N° 28237, promulgado el 28 de mayo del 2004 y publicado el 31 de mayo del mismo año.

Legislativamente tiene su propia regulación procesal, remitiéndose a las normas de otros códigos procesales solamente en aplicación supletoria, en consecuencia tiene autonomía legislativa.

b) *Autonomía doctrinaria*

El *Derecho Procesal Constitucional* como ciencia jurídica, está constituido por un conjunto de teorías, principios, e instituciones propias y distintas a las del Derecho Constitucional, al Derecho Civil y otras disciplinas, habiéndose formulando diversas posiciones doctrinarias para explicar los fenómenos jurídicos procesales y las instituciones constitutivas de esta materia.

c) *Bibliografía propia*

La bibliografía del *Derecho Procesal Constitucional* es muy vasta, encontrándose obras monumentales como tratados, manuales, monografías, diccionarios y continúan las investigaciones utilizando diversos métodos

científicos del derecho, y profundos estudios de filosofía jurídica procesal, siendo tan importante para la humanidad que los juristas e investigadores en todos los niveles se preocupan por poner en conocimiento de la sociedad que es cada vez mayor, mediante diversos medios de comunicación sus puntos de vistas, proporcionando materiales de estudio en Internet, el producto de las investigaciones de la *Teoría Procesal Constitucional*.

d) Principios propios

El *Derecho Procesal Constitucional* tiene sus propios principios que son los fundamentos para los jueces y tribunales constitucionales tienen que tener presente en la impartición de la justicia constitucional.

e) Autonomía didáctica

Se ha instituido en las Facultades de Derecho la cátedra del Derecho Procesal Constitucional actualmente universalizados en todos los países, cuenta con propios métodos de enseñanza, teniendo como base un programa mínimo en el que se estudia los órganos jurisdiccionales y su funciones cuarto poder legislativo negativo, la tutela constitucional, y las instituciones que integran la unidad de la ciencia procesal constitucional, incluyen las medidas cautelares.

f) Autonomía jurisdiccional

Haciendo una vista panorámica histórica del Derecho Procesal, encontramos que se ha desarrollado paralelamente la jurisdicción civil y penal, denominado **fuero común**, teniendo en cuenta la evolución histórica de la sociedad, ha dado lugar al surgimiento de jurisdicciones especiales para casos también especiales muy bien aceptados en las legislaciones, pero en la actualidad se encuentra en proceso de desaparición, por ejemplo el Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales, el Fuero Privativo Militar, por la necesidad de la *unidad y exclusividad de la función jurisdicción* estatal. Sin embargo, se puede decir que la jurisdicción constitucional es un fuero especial, pero por el control de la generalidad de los actos de los poderes del

105 *Derecho Procesal Constitucional*

Estados, de los órganos constitucionales y como garantía de la democracia en un Estado de Derecho, resulta tan importante como presupuesto del reconocimiento como ciencia, la autonomía jurisdiccional en relación a los otros poderes del Estado para la eficacia del control de la constitucionalidad. La función jurisdiccional constitucional, por mandato expreso de la Constitución son autónomos e independientes.

3. OBJETO DE ESTUDIO

El *Derecho Procesal Constitucional* tiene como *objeto de estudio* las acciones de las garantías constitucionales, las cuales aseguran la primacía de nuestra Carta Magna y la vigencia efectiva de nuestros derechos, por lo que se puede aseverar que el estudio y el desarrollo del *Derecho Procesal Constitucional* es fundamental para preservar el Estado de Derecho.

Profesor colombiano **Javier Tobo Rodríguez**, dice que «*el Derecho Procesal Constitucional, tiene por objeto estudiar la instituciones procesales establecidas por la propia Constitución, es decir aquellas reguladas directamente por la Carta, y en las que señalan los principios básicos del derecho procesal, como los de tipicidad, juez natural, debido proceso, favorabilidad, presunción de inocencia, y derecho de defensa*»

Estudia los la estructura y función jurisdiccional constitucional los órganos jurisdiccionales constitucionales, las instituciones procesales establecidas por la Constitución y los sujetos de la relación procesal en la solución de los conflictos de las normas jurídicas con la supremacía constitucional.

4. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El Profesor **Eduardo Ferrer y Mac Gregor Poisot**, siguiendo las enseñanzas del Maestro **Héctor Fix-Zamudio** clasifica al Derecho Procesal Constitucional:

a) Derecho procesal constitucional de las libertades, comprende el estudio de aquellos instrumentos consagrados en los textos fundamentales para la protección de los derechos humanos.

b) Derecho procesal constitucional orgánico, que se encarga del análisis de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias constitucionales de los órganos de poder. Como sostiene **Tobo Rodríguez** «*La jurisdicción constitucional orgánica está integrada por un control abstracto de las normas constitucionales, que pretende resolver conflictos entre los órganos del poder relacionados con el alcance de sus facultades y competencias, específicamente cuando se concretan en normas legales*»

c) Derecho procesal constitucional transnacional, constituye un sector que adquiere cada día más dimensiones debido a la importancia creciente de los pactos y compromisos internacionales, y de la creación de tribunales supranacionales, algunos de los cuales, por el *bloqueo de constitucionalidad*, también se integran al ordenamiento interno. En el caso del Perú, agotada la jurisdicción nacional con la Sentencia del Tribunal Constitucional, queda expedito el derecho del litigante que se considera agraviado con el fallo del Tribunal, recurrir a la Jurisdicción Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

d) Derecho procesal constitucional local, que comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger las normas y estatutos de las regiones o provincias. En el caso del Perú de los gobiernos regionales y gobiernos locales.

CAPÍTULO II

SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Antes de entrar al estudio del control constitucional, es necesario precisar la significación de **bloque de constitucionalidad**. La noción "**bloque de constitucionalidad**" pretende transmitir la idea de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en distintos instrumentos que también son normas constitucionales. En este sentido, las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad cumplen las siguientes finalidades: *i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación, ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso, y iii) la de orientar las funciones del juzgador en la impartición del justicia, en la producción legislativa y en la regulación de las relaciones administrativas como control del poder abusivo del Poder Ejecutivo.*

El *bloque de constitucionalidad* se refiere a aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

García Belaunde, hace una exposición histórica y analítica del *bloque de constitucionalidad*, y formulando análisis de la realidad constitucional peruana no resulta aplicable en el Perú porque la Constitución no hace referencia como constitutivos a determinadas normas como integrantes de la normatividad constitucional de 1993, posición contraria a la posición del Tribunal Constitucional que aplica el *bloque de constitucionalidad*. Como expone **García Belaunde**¹³ la *doctrina del bloque de la constitucionalidad*, o más brevemente, del bloque de constitucionalidad (*bloc de constitutionnalité*) es de origen francés, nació en y para los franceses, con buenos resultados. Al ser trasladada a España, para sorpresa de sus vecinos, ha creado una realidad distinta, multiforme y confusa. Últimamente ha pretendido ser también aplicada al Perú, con resultados similares. Veamos, pues, en qué consiste¹⁴

La Constitución francesa de 1958, que inaugura la V República, contiene en su texto declaraciones que dan fuerza normativa a tres instrumentos: 1) *la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, 2) *el preámbulo de la Constitución de 1946*, en cuanto se refiere a los derechos sociales, y 3) *los principios fundamentales* reconocidos por las leyes de la República, que se sancionaron en diversos periodos (1792-1799, 1848-1851, 1870-1940, y *las del gobierno provisional del general De Gaulle*). La Constitución hizo referencia a estos tres grupos normativos, como de nivel constitucional, considerándolas parte integrante de ella misma.

Ante tal situación, la jurisprudencia del Consejo Constitucional y luego la doctrina, a mediados de la década de los setenta, señalaron que existía un

¹³ GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. *Estado y municipio en el Perú*, <http://www.garciabelaunde.com/articulos/articulo24.htm> (11-02-09).

¹⁴ BERNARD CHANTEBOUT. *Droit Constitutionnel et Science Politique*, Armand Colin edit, París 1989, pp. 711-714. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Las Leyes Orgánicas y el bloque de constitucionalidad* Cuadernos Civitas, Madrid 1981. y LOUIS FAVOREU Y FRANCISCO RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, Ediciones Civitas, Madrid 1991.

bloque de constitucionalidad, es decir, un conjunto compacto, granítico, indisoluble, entre la Constitución y los tres cuerpos normativos antes indicados, que juntos deberían ser considerados como si todos ellos fueran una sola Constitución, y para tal efecto, le dieron el nombre de *bloque de constitucionalidad*.

La figura enormemente persuasiva, tenía la ventaja de juntar en un solo esquema tales dispositivos, en la medida que todos ellos eran parte de la Constitución, o sea, todos eran la Constitución misma, y además se referían todos ellos a los derechos humanos.

A esta conclusión se llegó por cuanto estos tres textos normativos, si bien fuera de la Constitución francesa, eran reclamados por ésta como parte de ella misma, y por eso se entendió que eran un todo. Como corolario de lo anterior, se sostiene que el *bloque de constitucionalidad* es aquello que no está a la libre disposición del legislador ordinario, en otros términos, *se trata de una materia no disponible para el legislador ordinario, aun cuando sí lo está para el legislador constituyente*.

El bloque se configura como una Constitución integrada por varios textos normativos, un poco al estilo de la tradición británica en la cual, sin existir una Constitución única codificada, existen varios textos de idéntico valor, que tratan materias distintas y que se han formado lentamente en el transcurso de la experiencia histórica inglesa. Por cierto, no son equiparables, pero tienen esta semejanza formal.

La definición de bloque de constitucionalidad fue pronto apropiada por la doctrina española, fácil receptora de las experiencias foráneas, que la incorporó a su lenguaje y a su *praxis*, lo que fue acogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, los fundamentos eran distintos. Lo que se adujo es que los procesos autonómicos, con sus leyes autonómicas, eran parte de la Constitución española, y constituían con ella un bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, lo que era claro para el caso francés, pues explicaba una realidad, no lo era para el español. En primer lugar, porque el bloque francés era nítido, identificable y cerrado, mientras que el bloque español era muy amplio, difuso y en continuo crecimiento, con lo cual lo externo a la Constitución era gigantesco en comparación con la Constitución misma, y difícil de reconocer y delimitar. Además, lo que constituía el bloque no era indisponible para el legislador ordinario, sino modificable, aun cuando por procedimientos y carriles complicados, pues requería la colaboración de las comunidades autónomas, a diferencia de Francia, en donde el bloque es inmodificable, salvo que se trate de una verdadera operación constituyente.

A fin de poner en claro estas ideas, en 1989 se realizó en Sevilla un Simposio franco-español de Derecho Constitucional, para tratar precisamente sobre el concepto del bloque de constitucionalidad en Francia y en España, y cuyos debates han sido publicados. El coloquio giró en torno a dos ponencias magistrales, la del francés **Louis Favoreu** y la del español **Francisco Rubio Llorente**. La exposición de **Favoreu** fue clara e incidió en lo que hemos expuesto. La de **Rubio Llorente** llamó la atención sobre la dificultad del vocablo, lo complicado que era aplicarlo a España, y más bien de preferir otro término, más comprensivo. El debate que siguió a las dos intervenciones, en la que participaron distinguidos constitucionalistas españoles (**López Guerra, Cruz Villalón, Eliseo Aja, Manuel Aragón, Pérez Royo, etc.**), se llegó a las mismas conclusiones: dificultad del término, imposibilidad de adaptarlo a la realidad jurídica española y su sustitución por otro, en todo caso, podría aceptarse la existencia de un bloque, pero bastante flexible. Lo importante es que en el debate que siguió a ambas exposiciones, muchos constitucionalistas rechazaron el término por inapropiado.

García Belaunde afirma que en el Perú no existe el bloque de constitucionalidad, porque:

a. La Constitución no tiene una sola remisión a otro texto al que incorpore a su mismo nivel y con la misma fuerza vinculante.

111 *Derecho Procesal Constitucional*

b. Porque por debajo de la Constitución existen leyes, con diverso nombre, pero todas son iguales. No existe una ley superior a otras ni nada que se le parezca.

c. Las leyes orgánicas no forman parte de ningún bloque ni ellas constituyen de por sí bloque alguno. Son leyes comunes y corrientes, que lo único que las diferencian es su contenido específico y el quórum para su aprobación.

d. Cualquier ley orgánica y su contenido, pueden ser modificados por cualquier otra ley que dé el Congreso, siempre que tenga las características de orgánica. En el caso municipal, deberá respetar las competencias municipales, pero puede desarrollarlas en diferente sentido, ya que toda ley permite diferentes lecturas. No existe ninguna medida que fije de una vez para siempre el contenido de una ley orgánica que con las salvedades indicadas, puede ser cambiada en cualquier momento por el legislador ordinario.

e. El artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 26435, señalaba que dicho Tribunal, al momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad, *considera* las leyes desarrolladas dentro del marco constitucional en materia competencial. La palabra es *considera*, es decir, tiene en cuenta y le sirve como referencia. No obliga al Tribunal a fallar de acuerdo a esas leyes, y en todo caso, no tiene porqué darse un resultado único en las sentencias, toda vez que esas leyes de desarrollo constitucional pueden cambiar en cualquier momento.

f. Las competencias municipales fijadas en el texto constitucional, deben ser respetadas en su contenido esencial. La Ley Orgánica, a libre disposición del legislador ordinario, puede aumentarlas y volver a disminuirlas de acuerdo a las políticas legislativas vigentes.

g. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional jamás ha hecho referencia alguna al concepto de “bloque de constitucionalidad”, al que

ignora sistemáticamente. Se refiere el autor a las primeras década del Tribunal Constitucional, pero en el Perú es a partir del 2000, con la restitución de la democracia, el Tribunal en varias Sentencias no sólo ha fundamentado sus fallos en la concepción jurídica de **bloque de constitucionalidad**, sino también en la concepción de **test de constitucionalidad**.

h. Si ninguna ley es un bloque ni forma parte de un bloque, con mayor razón dicho bloque ni existe ni se extiende a niveles infra legales, como pueden ser los decretos y resoluciones que pudiera dictar el Poder Ejecutivo o las ordenanzas de los gobiernos locales.

El Tribunal Constitucional ha emitido una serie de ejecutorias fundamentado en el **bloque de constitucionalidad** relacionadas con la aplicación de las declaraciones, convenciones, tratados internacionales de derechos humanos, así como las leyes orgánicas de los órganos constitucionales, por ejemplo, la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, etc. normas directamente reguladoras o reglamentarias del de normas constitucionales creadoras de los órganos constitucionales, y de ninguna manera se puede desconocer que son normas superiores en el sistema kelseniano.

2. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD POR ÓRGANO POLÍTICO

El *sistema de control constitucional por órgano político*, dentro del cual podemos catalogar al "**Jurado Constitucional**" ideado por **Sieyés** y al omnímodo "*Poder Conservador*" de la Constitución centralista de 1836, generalmente revela la existencia de un cuarto poder al cual está encomendada la protección del orden establecido por la Constitución, finalidad que también suele adscribirse a algún órgano en que se deposite cualquiera de los tres poderes clásicos del Estado. Este sistema se caracteriza, en que la petición o solicitud de declaración de inconstitucionalidad de un acto o de una ley la hacen las mismas autoridades contra aquella o aquellas responsables de la violación.

113 *Derecho Procesal Constitucional*

Las consecuencias prácticas que se derivan de un régimen jurídico en donde impera el sistema de control constitucional por órgano político, consisten precisamente, en provocar una serie de pugnas y conflictos, dada la forma en que procede éste, entre las distintas autoridades, originando así el desquiciamiento del orden legal y el desequilibrio entre los poderes del Estado.

Los inconvenientes del sistema de protección por órgano político se conjuran cuando se trata de un *órgano jurisdiccional* encargado de ejercer el control, el hecho de que ya no sean las propias autoridades a quienes compete la petición de inconstitucionalidad de una ley o acto, sino a la persona física o moral afectada por la violación o las violaciones a la Constitución, elimina completamente la posibilidad de que surjan crisis, generalmente de carácter político entre los órganos constitucionales.

Las características del *sistema político de control constitucional* son:

1. La preservación de la Ley Fundamental se encomienda, bien a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los tres poderes del Estado, o bien se confía a alguno de éstos;

2. La petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano del control declare la oposición de un acto de autoridad o una ley con la Constitución;

3. Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso (*juicio o proceso*) entre el órgano peticionario y aquel a quien se atribuye el acto o la ley atacados

4. Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes, o absolutos*.

3. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN POR ÓRGANO MIXTO

Fácilmente se comprende que en este sistema el control constitucional se realiza por dos órganos simultáneamente, uno jurisdiccional y otro político, o por uno solo cuyas funciones son en sus respectivos casos, jurisdiccionales y políticas.

a) Control por órgano judicial

Fix Zamudio alude a un *control o garantía judicial de la Constitución*, distinguiéndole del jurisdiccional propiamente dicho y haciéndolo consistir en el "procedimiento que se sigue ante un Tribunal establecido al efecto, y que tiene como función la de declarar, ya sea de oficio, o principalmente a petición de personas u órganos públicos legitimados, cuándo una ley o un acto son contrarios a la Ley Fundamental, y produciendo tal declaración la anulación absoluta de los mismos".

El mencionado autor señala como ejemplos de este sistema los siguientes: el *austriaco* establecido por las reformas a la Constitución de 1929, que encomienda su defensa a un Tribunal de Justicia Constitucional. De esto se infiere que este tipo de control constitucional es *mixto* o *híbrido*, pues presenta los atributos que caracterizan al político y al jurisdiccional *sin implicar un tercer sistema*, es decir, claramente distinto y distinguible del estos últimos.

El *control de constitucionalidad implica* como afirma **Juan Sebastián De Stefano**¹⁵ la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas. Este sistema, contemplado en el ámbito federal, por la Constitución Nacional y la ley posee diversos sistemas de aplicación en el derecho comparado.

¹⁵ DE STEFANO, JUAN SEBASTIÁN . *El control de constitucionalidad*, Año I, Newsletter nro. 7 otoño mmv

Por un lado encontramos el *control "político"*, en donde el contralor lo realiza directa o indirectamente el Poder Legislativo y/o el Poder Ejecutivo (*Consejo Constitucional de Francia, establecido en 1958*). Por el otro, encontramos el **control "judicial"**, en el que la atribución descansa en los miembros del Poder Judicial, dentro de éste sistema hallamos el "*control judicial específico o concentrado*", donde el control es ejercido por un órgano especializado en temas constitucionales o el "*control judicial difuso*", en el cual es atribución de la magistratura en general, independientemente de su fuero o jurisdicción.

Esta distinción de sistemas es trascendente para comprender la atribución indelegable que poseen los magistrados. Bien establecía **Thomas Cooley** en "*Principios generales del derecho constitucional en los Estados Unidos de América*" que "*No es por leve suposición ni por una vaga conjetura que pueda declararse que la legislatura ha transgredido sus atribuciones y que sus leyes deben considerarse como nulas*". **J. Habermas** en su obra "*Facticidad y Validez*", nos transmite un criterio interpretativo acerca de la materia, así nos dice que "*...en la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho se aborda y se resuelve, en lo que a contenido se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad) a la vez que consistente (positividad). Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de los contenidos, sino en el nivel pragmático de las decisiones judiciales, porque las exigencias ideales, a que está sujeto el procedimiento argumentativo, han de ser puestas en consonancia con las restricciones impuesta por la necesidad fáctica de regulación*". Esta posición está avalada por **Francisco Laporta** en "*Imperio de la Ley y Seguridad Jurídica*", al afirmar que "*...tanto por lo que se refiere a la calificación de los hechos (...) por lo que se refiere a la interpretación de la solución normativa, la actividad de aplicar normas ha de estar constreñida por unas exigencias de racionalidad interna que son las únicas que pueden avalar que la premisa normativa así construida esté justificada o sea válida*". Analizando hasta aquí el "*control de constitucionalidad*", vale distinguir y comparar entre "*control previo o a priori*" y "*control sucesivo o a posteriori*".

b) Control previo o a priori

Siguiendo con el criterio del **Dr. Frank Moderne**, indicamos que el *control previo*, es realizado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, no es un control jurídico sino **control político**, por lo que sería un control más de tipo consultivo.

La idea reseñada en el párrafo anterior proviene que este control se ejerce inmediatamente después de la aprobación de la ley, y por tanto cuando la polémica aún está instalada en la sociedad.

Esta conclusión trae consecuencias políticas, jurídicas y sociales que no se pueden desconocer. En *primer lugar* se actualiza una mayor cantidad de conflictos entre órganos de un mismo orden normativo. *Segundo*, se requieren formas más complejas para entender los potenciales conflictos o acuerdos entre los órganos de un mismo orden jurídico. *Tercero*, se suscitan más conflictos entre diversos órganos jurídicos o entre los órganos de ellos. *Cuarto*, se requiere de mejores estudios para llegar a la comprensión de los acuerdos necesarios para que diversos órdenes jurídicos puedan arribar a cierto tipo de alianza.

El *control político* generalmente sucede en la realidad política en la que estamos ante gobiernos divididos, es decir con poderes ejecutivos en manos de un partido político y los poderes legislativos, en manos de otros, el orden jurídico se ha vuelto altamente complejo y sofisticado en materia de constitucionalidad, puesto que el *pluralismo político* permite la actualización de muchos de los mecanismos, lo que motiva que consideremos que estamos en presencia de un modelo de democracia constitucional y no meramente representativa.

En conclusión, los arreglos políticos y acuerdos entre los partidos políticos, los legisladores y los miembros del Poder Ejecutivo, deberán ser fundamentales y mantenerse de modo consistente, pues de no ser así existe la posibilidad de que cualquiera pueda realizar un planteo de constitucionalidad de una norma y dejar en manos del Poder Legislativo el arreglo de las diferencias.

Sobre el **control preventivo** de constitucionalidad existen tres modelos:

i. Modelo de control previo único.

El *control a priori* como único sistema de control de constitucionalidad que existe, es decir, que el control previo es único. En este caso el sistema ha sido creado fundamentalmente, para *controlar al Parlamento* antes que para proteger la constitución, o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Este es el sistema que prevé la Constitución Francesa.

ii. Modelo mixto

El *control a priori* se acumula a los recursos *a posteriori*, es decir, aceptan al control previo al lado del control sucesivo y difuso. Ejemplo de ello tenemos en Portugal, Birmania, Hungría, Bulgaria, el art. 82 de la Constitución de Chile cuando establece que "*...son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1. Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución; 2. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso...*"

iii. Modelo residual

El control previo existe de manera muy excepcional, como en el caso el art. 161 inciso 2º de la Constitución española o Italia en los arts. 134 ("El Tribunal Constitucional juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones..."), 138 y siguientes de la Constitución. En el orden de ideas antes expuesto, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé un doble sistema de "control de constitucionalidad". Por un lado, el

previsto por el art. 14 de la Carta magna local que establece un control judicial difuso donde se exige la existencia de una controversia previa para expedirse y cuya declaración de inconstitucionalidad produce efectos "*inter partes*". Por el otro, el previsto por el inciso 2º del art. 113 de la Ley Fundamental de la Ciudad que establece un control judicial concentrado que en forma preventiva, abstracta, faculta al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar la inconstitucionalidad de una norma, con efectos "*erga omnes*".

4. FORMAS DE EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Se ha instituido dos formas de ejercicio de control constitucional: *control político* y *control judicial*.

4.1. Control político

a) Definición

El control político de la constitucionalidad de las leyes es llevado por un organismo diferente a los organismos judiciales ordinarios. Por ejemplo pueden ser llevados a cabo: por el Congreso, por un tribunal, u otro cualquier órgano establecido por ley. En nuestro país ese órgano es el Tribunal Constitucional.

Se denomina ***control político***, porque tienen la jurisdicción de desautorizar a los otros poderes políticos ordinarios, por ejemplo, en nuestro país el Tribunal Constitucional puede desautorizar al Poder Legislativo, toda vez que estos violen los textos constitucionales. Se llama ***control político*** porque invalida una norma de un órgano eminentemente político: el Parlamento. Este tipo de control también se llama ***germano - austríaco***, por haber aparecido primeramente en este ordenamiento jurídico.

b) Naturaleza

El ***Tribunal Constitucional*** es *único e independiente* y es ***un legislador negativo***, porque deja sin efecto las leyes sancionadas del Poder Legislativo

(congreso -unicameralidad-) o cámara de diputados y senadores (*bicameralidad*) y la promulgación de Decretos legislativos, decretos de urgencia.

c) Efectos

La sentencia del Tribunal Constitucional en su función de control político, es *erga omnes* (*es contra todos*) y tiene carácter de cosa juzgada material o substancial (*no se puede apelar*). Las normas inconstitucionales (*leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia*) son invalidadas (*derogadas o abrogadas*).

d) Mecanismos de control

El control político tiene tres mecanismos:

i. Control preventivo, es ejercido antes que se consuma la violación a la Constitución. Por ejemplo la consulta del Poder Legislativo al Tribunal Constitucional, si una de las leyes que va aprobar es o no constitucional.

ii. Control efectivo, el Tribunal Constitucional ejerce el control en el momento mismo que se trate de violar la Constitución.

iii. Control retroactivo, por el cual se repara invalidando, derogando o abrogando un acto de violación a la Constitución.

4.2. Control judicial

a) Definición

El control constitucional es ejercido por los tribunales judiciales ordinarios, por el cual todos los jueces están obligados a declarar la inconstitucionalidad, en consecuencia la inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución en aplicación de supremacía constitucional.

b) Clases de control judicial

Concentrado, en el cual un solo un tribunal puede hacer este control, es el caso del Tribunal Constitucional de Bolivia, España.

Difuso, en el cual cualquier juez puede invalidar una ley, como es el caso del ordenamiento jurídico norteamericano, en el cual cualquier juez puede dictar sentencia sobre la inconstitucionalidad o no de una ley.

c) efectos

La sentencia tiene el carácter **inter pares** (*sólo para las partes del proceso*) y no **erga omnes** (*para todos*). La Sentencia en este sistema tiene carácter de cosa juzgada formal. Es decir, se puede apelar. Norteamérica sigue este sistema. Por lo que este control también se llama sistema de control norteamericano.

En el control judicial el precepto legal inconstitucional no es aplicado, mas al contrario, se aplica la Constitución Política del Estado con el efecto de hacer ineficaz solamente en el caso concreta, la norma es declarada incompatible con la norma constitucional pero sin derogarla, conservando su validez en el futuro, en otros términos, no es expulsado del sistema jurídico.

4.3. Semejanzas y diferencias entre control político y judicial

1) En ambos controles (*el político y el judicial*) hay autentica jurisdicción, es decir la función pública del Estado para resolver conflictos de carácter jurídico, se declara, se dice lo que es el Derecho en términos constitucionales.

2) En el *control judicial* se declara la *inaplicabilidad* de la ley impugnada de inconstitucionalidad sin derogarla, en el *control político* se deroga la ley inconstitucional.

3) En el *control judicial* se encomienda el *poder-deber jurisdiccional-constitucional* a los tribunales ordinarios. En el *control político* se establece un tribunal especial. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, de Bolivia y de otros Estados.

4) En el control judicial la *declaración de inconstitucionalidad* sólo produce efecto en el caso concreto que la determina, no es eficaz ni vinculante, carece de efectos *erga omnes*, sólo *inter pares*, por lo que se producirán tantas declaraciones de inconstitucionalidad como impugnaciones se produzcan en los diversos procesos en que sea atacada la ley por inconstitucional.

5) En el *control político* la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes, ex tunc (para todos, para lo venidero y para siempre)*, no *ex nunc (para el pasado)*, la ley declarada inconstitucional no puede ser invocada ni aplicada en ningún caso ulterior, ni en ningún caso planteado no decidido o resuelto, es decir hay vinculación.

Resumiendo, en *el control judicial no se deroga ni se abroga*, solamente no se aplica la ley impugnada. *¿Porque no se invalida?* Porque el juez no se puede convertir en legislador, y solamente el Poder Legislativo tiene la facultad de derogar o abrogar una ley.

En el control político en caso de discrepancia entre el precepto legal y la Constitución, se invalida todo (*abrogación*) o parte (*derogación*) del precepto legal impugnado, pero en la doctrina se denominad generalmente derogación siendo muy poco aplicable en la actualidad la expresión abrogación, por lo que se los opositores al Control Político, le denominan *Cuarto Poder legislativo negativo*.

Sagüés¹⁶ sostiene que con base en los dos sistemas considerados, cabe distinguir dos **tipos de sentencias** en materia de control constitucional, *sentencias declarativas* y *sentencias constitutivas*.

1) Sentencias declarativas

En su versión más pura, los efectos del fallo se limitan al caso concreto. Pueden existir múltiples fallos provenientes de diferentes tribunales, no coincidentes en torno de la constitucionalidad de una norma y con criterios y fundamentos diversos. Radicada la cuestión en el máximo tribunal, lo resuelto por él se limita a la causa concreta. Cualquier tribunal puede cambiar de criterio, incluso el supremo. Además, la norma reputada inconstitucional sigue vigente, salvo que se alegue nuevamente su inconstitucionalidad, supuesto en que se reabre el debate, causa por causa. Si el máximo tribunal reputa inconstitucional una ley en infinidad de causas, ese pronunciamiento no se aplica al caso de una nueva ley igual a la precedente. También en ese caso se habrá de reabrir el debate, caso por caso. Por último, si se declara inconstitucional a una ley, eso no implica la declaración de inconstitucionalidad de otra ley análoga o similar.

2) Sentencias constitutivas

Las sentencias constitutivas procuran respuestas unificadas en materia constitucional mediante un tribunal especializado que monopoliza el control de constitucionalidad. Los fallos tienen efecto *erga omnes* e importan la anulación de la norma legal cuando es declarada inconstitucional por una sentencia estimatoria. Tales fallos obligan también a los demás tribunales y a la administración pública. En su variable más dura, declarada inconstitucional una norma, el debate queda cerrado a su respecto y no se vuelve a replantear, dentro o fuera del tribunal constitucional.

5. CLASES DE CONTROL CONSTITUCIONAL

¹⁶ SAGÜÉS, N. *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, 219-20.

5.1. Sistema difuso

Daniel Mendonca¹⁷ resume los sistemas de control de la constitucionalidad. La primera fórmula adoptada con éxito en la historia del constitucionalismo para controlar la compatibilidad de las normas legales respecto de las constitucionales, consistió en encomendar tal tarea al conjunto del aparato judicial ordinario. Se trata de una fórmula introducida en Estados Unidos a la que es frecuente denominar "*sistema americano*". La tradición constitucional europea, sin embargo, no era compatible, en general, con un control sobre las leyes por parte del aparato judicial, introduciendo en Europa que el control de constitucionalidad de las leyes se hace mediante la creación de un órgano especializado, separado e independiente, tanto del poder legislativo como del ejecutivo y del judicial, sistema alternativo es comúnmente denominado "*sistema austríaco*"¹⁸.

El sistema americano de *judicial review of legislation* es un **sistema difuso**, declarativo y concreto: a) **Difuso** porque sobre la base de él cualquier juez está legitimado para ejercitar el control de constitucionalidad de las leyes que debe aplicar, b) **declarativo** porque el juez que inaplica la ley inconstitucional no la anula, sino que se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad existente entre la ley y la Constitución, c) **concreto** porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no representa el resultado de una ponderación abstracta y general de su alcance, sino que resuelve, *incidenter tantum* y con efectos únicamente *inter partes*, con referencia a la aplicación que la ley debe tener en el juicio en el curso del cual la decisión se resuelve.

Este sistema surgió en Estados Unidos que algunos denominan *control puramente difuso o control difuso puro*, en el cual los competentes para declarar la inconstitucionalidad de la norma jurídica son los jueces, y no

¹⁷

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491>

¹⁸ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, 308-21.

existe tribunal especial que ejerza la jurisdicción constitucional, como ya hemos expuesto tiene su antecedente en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803 referente al nombramiento del juez nombrado ilegalmente.

Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos MARBURY v. MADISON – Año 1803

Síntesis histórica de los acontecimientos políticos previos.

Había dos partidos políticos durante las primeras décadas de la historia de los Estados Unidos como país independiente: el *Federalista* y el *Republicano*. Los federalistas, el partido oficialista en 1800 durante la presidencia de **John Adams**, después de una campaña electoral vehemente, perdieron las elecciones de ese año y tenían que transferir el poder a **Thomas Jefferson** como el nuevo presidente el 4 de marzo de 1801 y participar como minoría en el futuro Congreso. El 13 de febrero de 1801, y como reacción ante la necesidad de transferir el poder, el viejo Congreso aprobó el "*Circuit Court Act of 1801*", legislación que estableció dieciséis jueces federales de segunda instancia. La legislación fue un intento de crear rápidamente nuevos cargos en el Poder Judicial que pudieran ser ocupados por federalistas. El presidente **Adams** nombró y mandó sus comisiones a estos dieciséis jueces durante sus últimas dos semanas en esa función, pero la ley que autorizó los cargos fue derogada por el nuevo Congreso el 31 de marzo de 1802 cuando el caso "*Marbury v. Madison*" quedó pendiente ante la Corte Suprema.

Pero esto era solamente una parte pequeña del gran conflicto que existía entre el *Poder Judicial* cuyos miembros eran federalistas, y el *nuevo Congreso y Presidente*. En 1802 el Congreso, después de un juicio político muy discutido, separó de su cargo a **John Pickering**, un juez federal de distrito. Este juez, aunque tenía reputación de ebrio, claramente no era culpable de traición, soborno u otros crímenes, los únicos cargos suficientes para remover a un juez a través de un juicio político en la Constitución

estadounidense (a diferencia del art. 45, Constitución argentina, el art. 2', secc. 4, Constitución de los Estados Unidos no permite un juicio político basado en mal desempeño). Después del éxito del juicio político contra **Pickering**, los republicanos comenzaron contra el ministro federalista más partidario de la Corte Suprema, **Samuel Chase**, y se esperaba que **John Marshall** hubiera de seguirle, pero los republicanos y **Jefferson** no tenían suficiente fuerza política para ganar en estos casos.

John Marshall fue el secretario de Estado del presidente **John Adams** y continuó en este cargo en forma temporaria durante las últimas semanas del gobierno federalista, aunque ya había sido nombrado como Presidente de la Corte Suprema en enero de 1801. Él estaba directamente conectado tanto con las nominaciones de los dieciséis nuevos jueces de segunda instancia como con la historia del caso de **Marbury**. Cuando faltaba menos de una semana para que terminara el mandato de **Adams**, el Congreso legisló la creación de cuarenta y dos cargos de jueces de paz para la Capital Federal, Washington, DC. Pero después, aunque el presidente **Adams** nombró gente para llenar esos cargos, y sus nominaciones fueron confirmadas por el Congreso y selladas sus designaciones, en algunos casos no hubo tiempo para **Marshall** en su cargo como secretario de Estado de mandar las designaciones a sus titulares. La administración entrante de **Thomas Jefferson** optó por no reconocer las designaciones no enviadas por la administración previa.

William Marbury fue uno de los jueces de paz nombrado para la Capital Federal que en el apuro del momento, en marzo de 1801, no recibió su designación. Al no recibir dicha designación del nuevo gobierno, **Marbury**, junto con otros colegas, decidieron, por lo tanto acudir directamente a la Corte Suprema, en el período correspondiente a diciembre de 1801, para exigir que el secretario de Estado del presidente **Jefferson**, **James Madison**, expidiera los nombramientos correspondientes. La Corte recién tomó una decisión en febrero de 1803.

Por este sistema todo juez debe abstenerse de aplicar una ley contraria a la Constitución y en su fundamento, declarar la inconstitucionalidad de esa norma. Bidart Campos decía sabiamente que “*un juez no puede cerrar los ojos y aplicar la norma infra constitucional violatoria de la Constitución y de los tratados de derechos humanos*”, o también podríamos decir, de los tratados con jerarquía constitucional.

5.2. Sistema concentrado

El **sistema austríaco** de *Verfassungsgerichtsbarkeit* se presenta instituido con la doctrina de **Hans Kelsen**,¹⁹ en cambio, contrariamente al sistema difuso, como un **sistema concentrado**, constitutivo y abstracto: a)

¹⁹ El propio **Kelsen** fue magistrado hasta 1930 de la Corte Constitucional austríaca. No era hombre de partido (no pertenecía ni lo quiso a ninguno), aunque ideológicamente se inclinaba hacia el laicismo, los valores liberales y algo socialdemócratas. Lo menos parecido a un fanático fue, sin embargo, víctima del fanatismo del partido social cristiano austríaco.

Kelsen ocupó su cargo -en principio vitalicio- durante casi diez años, hasta que la derecha hizo todo lo posible por sacarlo del Tribunal. Salida que tuvo lugar con motivo de la discusión de la constitucionalidad de ciertas medidas favorecedoras del divorcio. La Iglesia católica austríaca (¿nos suena el proceder?) desató una campaña en contra del Tribunal Constitucional y del divorcio, que coincidió con otra de la derecha política en pro de la sustitución de los magistrados por otros más favorables a sus intereses y más concordes con el ultra catolicismo de los sectores políticos entonces dominantes en Austria.

Kelsen fue separado de su cargo y reemplazado por el magistrado derechista -hoy se diría conservador- correspondiente, de cuyo nombre nadie ya se acuerda, y el novelista austríaco Robert Musil, muy enfadado por la noticia, escribió un 6 de febrero de 1930: que se debería fundar una unión contra la difusión de la estupidez. Todo lo cual puede leerse en el clásico libro de Rudolf Aladar Hans Kelsen. *Vida y obra* (México, 1976).

Concentrado porque la competencia para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes se sustrae a los jueces ordinarios para ser reservada al *Verfassungsgerichtshof*, b) **constitutivo** porque la posible sentencia de admisión del recurso tiene como efecto específico el cese de la eficacia de la ley *ex nunc* (*desde que la sentencia es publicada*) y *erga omnes* (*aplicada la sentencia a todos los casos, de aplicación general*), resolviéndose así en una actividad de “*legislación negativa*”, de acuerdo con la famosa fórmula kelseniana, c) **abstracto** porque las cuestiones de constitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas y constituyen el objeto principal de dichos recursos, mientras son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que la ley haya de recibir.

El sistema europeo de justicia constitucional se basa en la existencia de tribunales constitucionales, generalmente cuando el juez al resolver un caso concreto encuentra que la ley es anticonstitucional, vía incidental solicita al Tribunal constitucional o la Corte Suprema (en algunos Estados) para que declare la inconstitucionalidad. Los Estados de la Comunidad Europea conforme a sus propias Constituciones han instituido el Tribunal Constitucional, quienes son los únicos en declarar la inconstitucionalidad de las leyes, siguiendo el **sistema concentrado** conforme su primer antecedente doctrinario de **Hans Kelsen** que Austria creó el *Primer Tribunal Constitucional en 1920*, de acuerdo al modelo **kelseniano**, el Tribunal Constitucional actúa como un **legislador negativo**, pero carece de la facultad de crear leyes, sin embargo en el caso de que entienda que una de las leyes promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente.

Además existe el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** que cumple también las funciones de Tribunal constitucional, estando facultado para revisar las sentencias de los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros y para declarar la inconstitucionalidad de la ley que emita el Parlamento Europeo, teniendo en cuenta que la Comunidad Europeo tiene una constitución dispersa no codificada mediante tratados y convenciones

suscritas por sus miembros, pero ya ha habido proyectos de la constitución europea y que no ha sido aprobada por algunos países como en el referéndum, sin embargo en algún momento histórico se codificará la Constitución de Comunidad Europea.

En el sistema europeo es el **sistema concentrado**, por el cual los jueces no ejercen el control constitucional sino exclusivamente es de competencia del Tribunal Constitucional. Existe varios sistemas de control constitucional, el **control concentrado** europeo, el *control difuso norteamericano*, y *sistemas de control mixto* que hemos expuesto.

5.3. Sistema mixto

Un **sistema mixto de control**, ha sido adoptado en países como Italia y Alemania. Este sistema recibe el carácter *concreto* y *difuso* del sistema americano y lo combina con la eficacia constitutiva de las decisiones de estimación con la concentración en un Tribunal Constitucional del cometido de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad, y tal combinación se realiza mediante el expediente de la suspensión del juicio en curso ante el juez ordinario -juez *a quo*- y de la remisión de la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. De esta forma, las sentencias del Tribunal producen sus efectos, tanto en el juicio en el que surge la cuestión como en los otros juicios pendientes, según formas semejantes a las de las sentencias de los juicios americanos, como *erga omnes*, según formas semejantes a las del sistema austríaco. Por este sistema el control de la constitucionalidad son ejercidas por los órganos jurisdiccionales mediante el sistema de control difuso y el Tribunal Constitucional, como el caso del Perú. Es decir que el control constitucional es a través de los dos sistemas concentrado y difuso.

6. CRÍTICAS A LOS SISTEMAS DE CONTROL DIFUSO Y CONCENTRADO

En relación con el *sistema difuso* se han argumentado dos grandes *objeciones*, una que podríamos calificar de *teórica*, *conceptual*, y otra, *funcional* o *práctica*. La principal **objeción conceptual** gira en torno al

extraordinario poder que adquieren en el mecanismo estatal los órganos jurisdiccionales y particularmente el máximo Tribunal. En este sentido, alguien en la segunda década de este siglo llegó a decir que el Estado norteamericano era el “*gobierno de los jueces*”. En este mismo sentido **De Tocqueville** pudo decir que «*El Tribunal Supremo está situado en un lugar más alto que el que ocupa cualquier otro tribunal conocido...*», refiriéndose por supuesto, al Tribunal Supremo norteamericano y agrega, “*...La paz, la prosperidad y la existencia misma de la Unión están en las manos de los siete [hoy son nueve] jueces federales*»

En este sentido significa que los órganos jurisdiccionales pueden de esta manera colocarse sobre el órgano legislativo y devenir depositarios casi exclusivos de la voluntad política expresados en la Constitución.

Se alude también, como lo hiciera **Schmitt**, a que en ese sistema se corre el riesgo de que el alto contenido político de las normas constitucionales conduzca a la “*politización*” de los tribunales, y lejos de depurarse jurídicamente su acción jurisprudencial, se empañe con consideraciones políticas ajenas a la recta interpretación jurídica.

Desde el punto de vista **operativo funcional**, la amarga experiencia, muy reiterada, de los vicios de aplicación del sistema difuso ha llevado a muchos a cierto escepticismo en cuanto a la verdadera capacidad y voluntad política de los tribunales para hacer valer la constitución. No es posible olvidar que los conflictos se suelen expresar no en el plano *lógico-formal* en que lo pretendiera encerrar **Kelsen**, sino como colisión de intereses políticos, ordinariamente entre la voluntad política del legislativo o el ejecutivo y la letra viviente de las normas de la Constitución. Por ello hombres como **Cappelletti** se muestran muy pesimistas. Afirman que los siglos de pusilanimidad y timidez de los tribunales no los hace muy confiables en el punto de imponer la Constitución contra viento y marea. A veces la experiencia revela que no es preciso enfrentarlos a tales vientos y mareas, sino que un simple aire sencillo suele hacer cambiar sus rumbos políticos. Como dijera en ese sentido el citado **Piza Rockford**, «*nuestros jueces, educados para aplicar las leyes, tienen poca capacidad para juzgarlas desde la*

perspectiva constitucional» Por su parte el modelo concentrado o austríaco-kelseniano ha sido atacado también desde la izquierda y desde la derecha.

Desde **la derecha** se ha esgrimido que un tribunal político de constitucionalidad deviene en una fisura en el templo augusto de la tripartición de poderes. De hecho se trata de una suerte de **cuarto poder**, pero de un poder que declarándose depositario de la supremacía constitucional, se convierte en una suerte de arcángel mayor que se impone, no se diga ya contra el ejecutivo sino incluso contra la casi intocable representatividad del legislativo. Por demás, como en todas las experiencias jurídicas concretas ese Tribunal Constitucional es designado, y no electo, ello le convierte en el quebrantamiento de las bases dogmáticas del sistema representativo.

Desde **la izquierda**, aunque con matices semejantes, se ha argumentado que ese Tribunal político constitucional suele caer en manos del ejecutivo de forma que en el juego de intereses de los operadores constitucionales, es indefectible que se pliegue a los intereses de los operadores ejecutivos, con menoscabo del órgano legislativo que es, o debe ser por definición representativo.

Ni que decir que estos argumentos valen, potenciados, para impugnar o señalar defectos doctrinales y funcionales al llamado sistema mixto y también al sistema múltiple en los cuales, por su carácter, se conjugan y repiten los rasgos positivos y negativos de los dos sistemas matrices.

CAPÍTULO III

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

1. JURISDICCION CONSTITUCIONAL

1.1. Definición

La *Jurisdicción Constitucional*, también denominada *Justicia Constitucional*, en el origen y definición de justicia o jurisdicción constitucional podremos encontrar que la concepción de *Justicia Constitucional* surge con el proceso mismo de la constitucionalización del Estado Moderno. Surge cuando el avance del Constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa -y de su mecanismo- de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

Víctor Andrés García Belaunde²⁰ define la jurisdicción constitucional como «*el conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución sea en el aspecto orgánico o en el dogmático. Dentro de ella, tienen destacada importancia el control constitucional de las leyes y la defensa de los derechos humanos*»

El término "**Justicia Constitucional**" es un concepto que no solamente engloba el control de Constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidas por una Constitución. Su contenido se extiende más allá de éstos. Dentro de la "*Justicia Constitucional*" se encuentra la resolución de conflictos de competencia de los órganos constitucionales que se pueda suscitar. Tanto en los Estados de composición Federal como en los casos de la República Argentina, Brasil, México. En nuestro caso sería entre los Poderes del Estado, los Municipios y el Gobierno Central y Gobiernos Regionales y estos entre sí. También dentro de este término *Justicia Constitucional* en algunos sistemas se incluye el control de los partidos políticos y de los asuntos electorales. Es decir, que va a depender de qué materias el constituyente incluirá en *la Constitución* y cuáles el

²⁰ GARCÍA BELAUNDE, VÍCTOR ANDRÉS. Op. cit.

legislador ordinario ampliará mediante las leyes correspondientes respetando el marco constitucional que el constituyente ha diseñado.

La **Jurisdicción Constitucional** es una función Pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales, cuya finalidad consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución. La *Jurisdicción Constitucional* tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y vigencia del Estado Constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público y el respeto de los derechos fundamentales, garantiza que todos los poderes públicos sujeten sus actos (*leyes, sentencias, actos administrativos*) a las *normas, valores y principios constitucionales*.

Enrique Uribe Arzate,²¹ considera a la *Constitución* como ordenamiento supremo que contiene lineamientos esenciales, historia y aspiraciones colectivas, la *Constitución* como extensión y límite del qué hacer de los gobernantes y gobernados, la *Constitución* como expresión normativa de los derechos consustanciales de los seres humanos, la *Constitución* como *quid y ratio* de la convivencia humana. Continúa el autor diciendo que la importancia de la justicia constitucional nace de la irrenunciable obligación que tiene el Estado de otorgar ciertas garantías apuntaladas desde la Constitución, reconocidas en su texto y permanentemente asegurado por el orden jurídico y la estructura social. Sin embargo el sólo reconocimiento constitucional de estos instrumentos y mecanismos no representa una *garantía* suficiente de respeto y mantenimiento del orden jurídico superior del Estado. **Zagrebel'sky**²² afirma que «ningún derecho constitucional es eficaz si no existe algún aparato capaz de proveer el reforzamiento independiente de la dinámica política»

²¹ URIBE ARZATE, ENRIQUE. *El sistema Constitucional en México*, edit. Miguel Ángel, Porrúa, 2006, pp. 91 y 92, [http://books.google.com.pe/books?id=valores+y+principios+constitucionales+\(02-01-09\)](http://books.google.com.pe/books?id=valores+y+principios+constitucionales+(02-01-09)).

²² ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *La giustizia costituzionali*, edit. Imola, Italia, il Mulino, 1988, p. 68.

La **justicia constitucional** está fuertemente vinculada con el diseño político del Estado, el repartimiento de las competencias, la jerarquía de los órganos, los mecanismos de control y los instrumentos para hacer eficaz el respeto y la observancia de los principios sostenidos por el propio Estado.

Luciano Parejo²³ dice que «*El orden de los valores el contenido material de la Constitución es concebido, además, precisamente como un sistema, un todo coherente dotado de una específica estructura que importa determinar para comprender correctamente su significado*» Muchos doctrinarios los denominan *valores superiores* considerados como los objetivos máximos, el sentido que por acuerdo de la mayoría expresado por los legisladores constituyentes, se atribuye a ese fenómeno cultural que es la norma básica del sistema jurídico.

Manuel Aragón²⁴ hace la diferenciación entre *valores* y *principios* constitucionales: Los *valores* son exclusivamente fines, y los *principios* en cambio son prescripciones jurídicas generalísimas, es decir, fórmulas de derecho fuertemente condensadas que albergan en su seno indicios o gérmenes de reglas, el legislador tiene mayor libertad para proyectar normativamente los principios constitucionales. Los *valores* señalados en la teleología del Estado permiten un amplio margen de creación e interpretación de las normas, en tanto los principios son el parámetro para la actuación de los órganos del Estado, tienen importancia indiscutible en la concepción de un ordenamiento jurídico jerarquizado, definido y congruente. Los *valores* no solamente orientan a la función de interpretación de las normas jurídicas, sino que se perfilan con una dimensión propia que la Constitución ha recogido en forma de normas.

²³ PAREJO, LUCIANO ALFONSO. Valores superiores, en ARAGON, MANUEL. *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo I, edit. Civitas, Madrid, 2001, p. 30.

²⁴ ARAGÓN REYES, MANUEL. *Principios constitucionales*, en *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo I, edit. Civitas, Madrid, 2001, p. 42.

Por su parte **Otto Bachof**²⁵ refiriéndose a la determinación de los valores expresa: *Se ha alegado también que los numerosos y difundidos conceptos de valor y otros conceptos determinados en nuestra Constitución (española) –dignidad del hombre, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, Estado de derecho, Estado social y otros más- no son accesibles a una interpretación jurídica suficiente segura, de tal forma que su interpretación es pura política por falta de una medida con arreglo a la cual se puede juzgar en justicia.*

Como afirma **Enterría**, «El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, la Jurisdicción Constitucional surge con el proceso mismo de la constitucionalización del Estado Moderno. Surge cuando el avance del Constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa -y de su mecanismo- de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional»

1.2. La naturaleza de la jurisdicción constitucional

Víctor García Poma²⁶ dice que los órganos encargados del control de la constitucionalidad tienen una naturaleza funcional binaria, es decir, constan de dos elementos: el *jurídico* y el *político*. En este sentido **Ángel Garrorena Morales**²⁷ señala que «la actividad jurisdiccional de la jurisdicción constitucional se presenta como acto procesal, como actividad de la interpretación e integración creadora del Derecho y como decisión política»

²⁵ BACHOF, OTTO. *Jueces y Constitución*, edit. Civitas, Madrid, 1985, p. 61.

²⁶ GARCÍA POMA, VÍCTOR. *El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)*, www.google.com.pe

²⁷ GARRORENA MORALES, ÁNGEL. *Comentario al artículo 164*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XII. Edusa, Madrid, España, 1999.

García Toma siguiendo la posición de **Heinrich Triepel**²⁸ ha enfatizado que «el derecho público no tiene otro objeto que lo político»

El *primer elemento es jurídico* en la medida en que dirimen conflictos y controversias vinculadas con las conductas institucionales sujetas a un orden coactivo, mediante decisiones que adquieren la autoridad de cosa juzgada y que son factibles de ejecución. El *segundo elemento* es político en la medida que ejercitan dos de las funciones de gobierno: la *contralora* y la *gubernativa*.

Mediante la **función contralora** devienen en una suerte de contrapoder, en tanto cautelan las actividades legislativas como sostiene **Alfonso Santiago**²⁹ en tanto cautelan que las actividades legislativas y las conductas de direccionalidad política sean compatibles y armoniosas con la Constitución, la que como tal deviene simultáneamente en el proyecto de vida comunitaria pactado por el pueblo, en el estatuto de poder de las relaciones entre gobernantes y gobernados, en la póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y en la base y fundamento del orden político-jurídico.

Eduardo Oteiza³⁰ precisa que «la atribución de declarar la inconstitucionalidad del accionar de los poderes determina que (...) participen en el terreno de la política de Estado al constituirse en la pieza de control más importante del sistema constitucional» **Manuel Medina Guerrero**³¹ dice que «desde el momento en que el Tribunal Constitucional está llamado a

²⁸ TRIEPEL, HEINRICH. *Derecho público y político*, edit. Civitas, Madrid, 1986, cit. por GARCÍA POMA, op. cit.

²⁹ SANTIAGO H., ALFONSO *Los modelos institucionales de la Corte Suprema*, en *Función política de la Corte Suprema*, edit. Aboco, Buenos Aires, 2000.

³⁰ OTEIZA, Eduardo. Cit. por ALFONSO SANTIAGO H. *Los modelos institucionales de Corte Suprema*, En: *Función política de la Corte Suprema*. Depalma, Edit. Buenos Aires, 2000.

³¹ MEDINA GUERRERO, MANUEL. Cit. por JAVIER AL VA ORLANDINI, en *Memoria del Presidente del Tribunal Constitucional*, 2002-2004. Lima, 2004]

garantizar la efectiva vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos (...) consiguiendo a de pronunciarse sobre la actuación del Parlamento y el Gobierno, se hace evidente, que a menudo, presentan una notable carga política las controversias que se le plantean, y que, paralelamente, sus decisiones puedan (...) tener repercusiones de tal índole»

La **función política** de los órganos encargados del control de la constitucionalidad queda patentizada para preservar el orden constitucional y los derechos y las libertades ciudadanas. Afirma **García Toma**,³² en ese contexto opera como un poder moderador y corrector de los excesos funcionales de los poderes constituidos. Es evidente que tras la actuación de los órganos encargados de la jurisdicción constitucional en pro del afianzamiento de los *mandatos, valores y principios* constitucionales, estos por sí mismos despliegan una función política al *encauzarse* la forma y modo de actuación de los poderes públicos y la conciencia ciudadana.

El **elemento político** surge en las cinco circunstancias siguientes:

1) Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad se *deroga* una ley o una norma con rango de ley, por consiguiente, los magistrados constitucionales aparecen como *legisladores negativos*.

Karl Loewenstein³³ dice que cuando los órganos de control jurisdiccional ejercen dicha actividad «*dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en detentadores de un poder semejante, cuando no superior, a los de otros detentadores del poder instituido*»

2) Al declararse fundada una acción de inconstitucionalidad por *ocio legislativo*, por consiguiente, puede ordenarse – entre otras opciones– la expedición inmediata de una ley reglamentaria de la Constitución.

³² GARCÍA TOMA. Op. cit.

³³ LOEWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, edit. Ariel, Barcelona: 1976.

El ocio legislativo ³⁴ aparece como consecuencia de la omisión, inactividad, inacción o non facere por parte de un órgano con competencias legislativas, lo que implica el desobedecimiento al mandato de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad que hubiese establecido que el goce de un derecho o el ejercicio de una competencia queda supeditada a la expedición de una norma reglamentaria. Dicha omisión se constata por el vencimiento del plazo determinado para legislar complementariamente o por el transcurso del plazo razonable para ello.

3) Al plantearse un caso de *conflicto de competencia*, se resuelve la discrepancia de orden competencial entre dos órganos u organismos constitucionales, a efectos que se determine la titularidad de las mismas, así como se anulen las disposiciones, resoluciones u actos viciados de incompetencia. En consecuencia, el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia y la carencia de legitimidad de una determinada decisión emitida con vicio de poder de actuación de por medio, rebasa lo meramente jurídico y alcanza los fueros de una función política.

4) Al emitirse una *sentencia interpretativa manipulativa*, una ley impugnada de inconstitucionalidad sale del proceso constitucional con un alcance y un contenido normativo diferente al que originalmente la había asignado el órgano legislativo, y por tanto, los magistrados constitucionales ejercitan una *actividad para - legislativa*.

³⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencia constitucional*, Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, Lima, Perú, octubre de 2005. URL: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>

5) Al resolverse una controversia o conflicto de naturaleza constitucional, la decisión surge luego de una predeterminación de las *consecuencias políticas, sociales y económicas* que estas ocasionan sobre la actividad del Estado y sobre la vida cotidiana de los ciudadanos.

Otto Bachof³⁵ dice: «Considero indudable también, según mi propia experiencia como juez constitucional, que las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas (...). El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez» En consecuencia, la *interpretación constitucional* tiene la responsabilidad de afirmar los *principios y valores* contenidos en la Constitución, es decir, contribuye decididamente en asentar la *ideología*, la *doctrina* y el *programa político* inserto en dicho texto. El fundamento está en que la *función política* de los órganos encargados del control de la constitucionalidad se vincula con los orígenes mismos de la institucionalización de la *jurisdicción constitucional*.

1.3. Objetivos de la jurisdicción constitucional

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

Al respecto, **García Toma**³⁶ precisa lo siguiente:

a) La afirmación del principio de "soberanía" constitucional

³⁵ OTTOR BACHOF. *Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre derecho y política*, en Boletín Mexicano de Derecho Constitucional. México, UNAM, 1986.

³⁶ GARCÍA TOMA. Op. cit. www.google.com.pe

139 *Derecho Procesal Constitucional*

Se refiere a las *cualidades o propiedades centrales* de la Constitución en lo relativo a su *incontrastabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio* sobre los poderes constituidos al interior del Estado. En ese sentido es notorio que frente a los mandatos de la Constitución no cabe oposición, resistencia u obstáculo que impida su verificación práctica, los cuales no pueden ser objeto de transferencia, cesión o delegación por parte de los obligados ante ella, a fin de superponerse en su *juridicidad y valor político* sobre cualquier acto o norma emanada de los poderes constituidos (*Ejecutivo, Legislativo y Judicial*).

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

- En el *primero*, la *Constitución* aparece en el *ápice de la pirámide jurídica* de un Estado, constituyéndose en la *f fuente y fundamento* de todas las demás normas restantes imperantes dentro del Estado, no admitiéndose formal o sustancialmente contradicción alguna.
- En el *segundo*, la *Constitución* aparece en el *ápice del orden político* al constituirse en la fuente de legitimación del poder político, ya que como bien afirma **José Rivera S.**³⁷ ésta «*tiene implícita toda una filosofía que sirve de orientación no solo a los gobernantes sino también a los gobernados*»

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

b) La racionalización del ejercicio del poder

³⁷ RIVERA S. JOSÉ. *Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia*, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.

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

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

c) La vigencia plena de los derechos fundamentales

Con ello se busca asegurar el respeto y protección de los derechos básicos de la persona humana. Como bien afirma **Giancarlo Rolla**³⁸ «*la justicia constitucional ha representado la principal y más eficaz respuesta del Estado democrático a la exigencia de asegurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona garantizados por las cartas constitucionales: por lo tanto, constitucionalismo y justicia constitucional constituyen hoy un binomio indivisible*»

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

³⁸ GIANCARLO ROLLA. *El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo*, en *Tribunales y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México UNAM, 2002.

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1. DEFINICIÓN

La *interpretación constitucional* es el proceso mediante el cual se determina o asigna un sentido a las normas contenidas en el texto

143 *Derecho Procesal Constitucional*

fundamental. *García Poma*³⁹ dice que no debe obviarse el hecho de que los preceptos constitucionales tienen una doble particularidad:

- a) Son *normas primarias* y no derivadas del sistema político jurídico.
- b) Son *normas indesligables y constituyentes* de los hechos políticos y sociales.

La interpretación de la Constitución sobre cada caso concreto debe ser tomado en consideración la situación real del Poder político, conforme a sus fuerzas dinámicas de poder, si éstas se encuentran equilibrados o se encuentran en conflicto, la interpretación constitucional tiene que orientarse hacia el equilibrio social con el Poder Político, haciendo prevalecer la supremacía constitucional sobre todos los órganos instituidos el respeto a la constitucionalidad. Sin embargo, cuando nos encontramos en graves contradicciones, el órgano jurisdiccional constitucional es influenciado por el Poder Político entrando en *conflicto entre el principio de autoridad y valores supremos* de la libertad, la dignidad, el bien común, la justicia y la democracia cuando la Carta Constitucional se convierte en sólo una pantalla, fenómenos socio-políticos que dan origen al conflicto de competencia entre poder y organismos constitucionales que tienen que ser resueltos por el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional según la Constitución y Ley orgánica de cada Estado.

2. ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. *Esquema de las escuelas*

Víctor Manuel Avilés H.⁴⁰ estableciendo el esquema de las escuelas en cuanto a la finalidad de la interpretación formula la siguiente interrogante:

³⁹ GARCÍA POMA. Op. cit.

⁴⁰ AVILÉS H. VÍCTOR MANUEL. *Interpretación constitucional*, [https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_docente/objeto/\(02-01-09\)](https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_docente/objeto/(02-01-09)).

¿Qué es lo que busca desentrañar la labor de interpretación? Explica el autor las posiciones de las escuelas del Derecho para responder a esta interrogante.

a) El objetivismo

Para estas escuelas el sentido de la norma es la *autonomía* antes de la voluntad de su autor, es decir no se tiene en cuenta la voluntad del legislador. Es en la propia norma donde debe buscarse su sentido con abstracción de la voluntad del legislador. Los *elementos* de la interpretación más relevantes serán según la variante, el *literal*, el *sistemático* y el *útil*.

b) El subjetivismo

Para estas escuelas, la *voluntad del constituyente* es el sentido de la norma y por ello, la interpretación debe tender a establecer la voluntad del constituyente. Los elementos de interpretación más relevantes serán la *historia* del establecimiento de la norma (*originalismo*) y el *finalista*.

c) La exégesis

Es decir aquella que *consulta la ley misma* como antecedente único relevante, sin espacio de libertad al intérprete y que tiene su cúspide en el Código de Napoleón (1804), con énfasis en el derecho privado, es una tesis incorporada al subjetivismo.

2.2. Teorías del alcance de la potestad del intérprete

Víctor Manuel Avilés H.⁴¹ expone la posición de las *teorías* que explican el *alcance de la potestad del intérprete* y particularmente de los jueces, formulando el siguiente enunciado: *¿Qué espacio de libertad tiene el intérprete?*

⁴¹ IBIDEM. Op. cit.

a) Voluntarismo

Para esta escuela, a la que se adhiere **Kelsen**, el acto de interpretación de una norma es similar al acto de creación de la misma para el caso particular. Así, el juez crea a partir de una norma abstracta una norma particular, existiendo variantes en cuanto a la amplitud de esta atribución, las que llegan hasta las *escuelas de creación libre del derecho*.

La idea de una “*constitución viviente*” es decir, una constitución que evoluciona y que no es más que lo que los ciudadanos y el gobierno reconocen y respetan como tal, es más propia de las tesis del voluntarismo, siendo contrapuesta a la idea de *constitución estatua*.

b) Intelectualismo

Para esta escuela, la labor de interpretación es simplemente desplegar el *razonamiento lógico* en base a un silogismo, donde la norma misma condiciona al intérprete en busca de un legítimo sentido único. En este caso, el juez no es creador sino que es un instrumento de aplicación de la ley.

3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Se presupone que toda interpretación implementada conforme a los criterios y teorías ya desarrollados, se somete a lo establecido en la Constitución, es decir, deberá siempre preferirse la interpretación que sea conforme o más conforme a la Constitución. Así, si por su alcance (*ya sea por ser restrictiva o extensiva*) o por su fuente o por su método, se llega a una interpretación que termine transgrediendo alguna norma del texto constitucional, no quedará más remedio que recurrir a la interpretación que en cada caso quede como alternativa, siempre que la elegida se someta a lo previsto en la Constitución. El *Art. 138°* de la Constitución se establece que los jueces preferirán la aplicación de la norma constitucional frente a cualquier otra norma en caso de incompatibilidad.

En cuanto a los **métodos de interpretación**, Víctor Manuel Avilés H precisa los *elementos de la interpretación* con la siguiente interrogante: *¿Con qué herramientas se cuenta para interpretar?*

a) El tenor literal

La base de la interpretación es el texto constitucional, los términos deben entenderse en su sentido natural y obvio, especialmente considerando que la Constitución está llamada a ser entendida y aplicada a la sociedad en su conjunto y no sólo a los expertos. Esto no equivale, rígidamente, a considerar que el sentido de las palabras es el que señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Para algunos autores, si el texto es claro, no hay interpretación sino que sólo *comprensión* de la norma.

b) La historia fidedigna del establecimiento (originalismo)

Por este método se recurre a los documentos históricos sobre los antecedentes de la reforma constitucional, el problema que la misma buscó solucionar y el debate que le precedió.

c) El sistemático u orgánico

En este caso se considera el contexto constitucional en su integridad, porque la carta fundamental es un sistema que constituye un todo orgánico, donde unas normas no pueden contradecirse con otras.

d) Jerarquía

En caso de una aparente contradicción de normas, se debe hacer primar aquella de mayor jerarquía *–de ser posible–* o en su caso, la que sea *conciliable* con una norma de mayor jerarquía.

e) Especialidad

Ante aparentes sentidos contradictorios de dos o más normas, priman para el caso concreto aquellas que se refieran más específicamente a él.

f) Temporalidad

Es posible que ante aparentes contradicciones de normas, se apele preferentemente a la norma de promulgación posterior.

g) Finalista

Detrás de toda norma existe una finalidad, y en la labor de interpretación de ella, debe considerarse la alternativa que mejor tienda a la finalidad. Esta finalidad permite salvar las aparentes contradicciones que puedan existir entre las distintas partes de una misma norma.

h) El funcional

Toda norma tienen un *sentido útil* y por ello, debe privilegiarse el sentido que cumpla con este principio, considerando además el conjunto de normas constitucionales donde no deberían existir repeticiones ociosas o sin sentido, a menos que se asuma que efectivamente se ha querido enfatizar un principio o existe simplemente un error del constituyente.

i) Auxiliares

Los principios generales del derecho y otros como la jurisprudencia constitucional y la doctrina.

Por los *sujetos que interpretan* expone el autor **Víctor Manuel Avilés H⁴²**:

a) Auténtica

La realiza el poder constituyente, En Chile se ha instituido que no siendo posible realizar esta función por el poder constituyente, cumplirá la función interpretativa el Poder Legislativo mediante leyes interpretativas.

b) Jurisprudencial

Se distingue en la "*definitoria*", es decir, la que dicta el guardián último de la *supremacía constitucional* que es el *Tribunal Constitucional* o el Tribunal Supremo Constitucional según la Constitución de cada Estado.

c) Operativa

⁴² IBIDEM. Op. cit.

Es la que realizan quienes tienen que aplicar la Constitución Política con motivo de dicha labor. Esta interpretación abarca la labor de entidades públicas pero también de los particulares.

c) Doctrinal

Es la interpretación científica de las normas constitucionales, la misma que no tiene por objeto dar aplicación directa a la norma, sino que es tomada en cuenta por los magistrados ordinarios en el sistema difuso y el Tribunal Constitucional.

4. ORIGEN DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El *origen de la interpretación constitucional* está en la existencia misma de la norma constitucional que ha sido prevista para su aplicabilidad, entonces necesariamente habrá interpretación. La Constitución es un derecho positivo, constituye norma jurídica que debe ser aplicada y en consecuencia existe la necesidad de interpretación constitucional. **César Landa**⁴³ relaciona en el tiempo el desarrollo de los derechos fundamentales con la interpretación, considerando que se ha incorporado al sistema jurídico positivo como derechos constitucionales subjetivos destinada a su aplicación por los órganos competentes de la impartición de justicia.

5. ACCIÓN INTERPRETATIVA E INTEGRADORA DE LA CONSTITUCIÓN

Con ello se busca afirmar los *valores y principios* contenidos en el *corpus* constitucional, así como asegurar su correspondencia con la realidad, para preservar su vocación de presencia permanente. Mediante la acción interpretativa se determinan o asignan los sentidos y alcances de las normas constitucionales, en relación con un suceso o conjunto de sucesos frente a los cuales pueden o deben ser aplicados.

La *interpretación* y la *integración* son diferentes, aunque ambos temas tienden a tratarse juntos, pero son de naturaleza diferente. Aún más, es

⁴³ LANDA ARROYO, CÉSAR: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, edit .Palestra, Lima, Perú, 2003, p. 215.

posible sostener que la labor de *integración* se encuentra precedida de la labor de interpretación desde que se llega a la primera luego de determinar en base a la segunda, que no existe norma aplicable. Así, la labor de integración es una labor creativa del derecho que encuentra su fundamento último en la *inexcusabilidad* de los jueces que deben administrar justicia ante una laguna constitucional. En esta labor, se puede aplicar la *analogía*, es decir, una norma prevista para una situación similar o los *principios generales del derecho*.

En ese contexto, la *interpretación constitucional* se consagra cuando al percibir *in totum* los elementos que integran la norma objeto de determinación, se elige aquella facultad o deber comprendido en ella que se adecúa a los *finés y valores* que cimientan el *corpus* constitucional. Mediante la *acción integradora* se suplen las omisiones o defectos en que pudiere haber incurrido la Constitución, porque ante la existencia de una laguna normativa se “*crea*” o “*recrea lógicamente*” a favor del ordenamiento constitucional, una disposición jurisprudencial que permita asegurar la “*vivencia*” de los *principios y valores* del texto fundamental del Estado.

6. LA ACCIÓN INTEGRADORA Y LAS LAGUNAS LEGISLATIVAS

La característica de la normatividad sistemática de todo orden jurídico es la *unidad y coherencia*, esto no impide descubrir en él la existencia de *lagunas* normativas que ocasionan problemas para la consecución de los *finés y valores* que intenta alcanzar dentro de una comunidad.

Las *lagunas* son las hipótesis no previstas por el legislador, es decir, aquellos espacios vacíos que ha dejado en la ley por olvido, imprevisión, ocio o imposibilidad de predeterminación. **Luis Díez Picazo**⁴⁴ refiere que «*la expresión laguna es usualmente empleada, por supuesto en sentido metafórico, para aludir a los posibles vacíos o huecos normativo*»

⁴⁴ DIEZ PICAZO, LUIS. *Sistema de derecho civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984.

José Puig Brutau⁴⁵ acertadamente refiere que el problema de las lagunas es propio y específico del sistema jurídico *románico-germánico*. En los países adscritos al sistema angloamericano (*Common Law*) si bien se reconoce la existencia de vacíos de regulación de casos no previstos o de casos de primera impresión, las lagunas son parte constitutiva del sistema, en razón a que la solución de las controversias proviene de los *precedentes judiciales* vinculantes. Las *lagunas* son el resultado de la existencia de deficiencias y defectos técnicos en la legislación. Las *deficiencias* implican los vacíos propiamente dichos, expresan la inexistencia de una norma para resolver un caso en la vía judicial o administrativa. Los *defectos* implican la presencia de contradicciones normativas.

El origen de las lagunas desde una perspectiva técnica puede tener fundamento en alguna de las cuatro causas siguientes:

a) Cambio en los patrones culturales de una sociedad (*propio de la dinámica social*).

b) Falta de previsión por parte del legislador (*complejidad de relaciones jurídicas*).

c) Abrupto adelanto científico o tecnológico que desborda o transforma la sociedad como ingeniería genética, la alta tecnología en la producción de bienes y servicios que es fuente de los intereses difusos y colectivos.

d) Ocio intencional del legislador, por ejemplo la negativa de la reglamentación de la función del parlamento.

7. LOS TIPOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La doctrina ha establecido cuatro tipos de interpretación constitucional: la *interpretación de la Constitución*, la *interpretación desde la Constitución*, la

⁴⁵ PUIG BRUTAU, LUIS. *Introducción al derecho civil*. Barcelona, edit. Bosch, España, 1981.

151 *Derecho Procesal Constitucional*

interpretación abstracta, conceptual genérica y la interpretación específica y concreta.

a) *La interpretación de la Constitución*

Consiste en asignar un *sentido* a la Constitución a efectos de coadyuvar a su correcta aplicación a la realidad. Tal asignación requiere que previamente se precise y determine la existencia de los *valores y principios* constitucionales existentes en su texto.

b) *La interpretación desde la Constitución*

Es la que se efectúa sobre la legislación infra constitucional a partir de la respuesta hermenéutica obtenida de la Constitución, a efectos de que aquella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

c) *La interpretación abstracta y conceptual genérica*

Consiste en comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real en la vida política.

d) *La interpretación específica y concreta*

Consiste en comprender la aplicabilidad del texto fundamental a una situación o contingencia real emanada de la vida política, como dice **Néstor Pedro Sagüés** ⁴⁶ la interpretación constitucional presenta como notas características su determinación fructuosa, creativa, previsiva y política.

1) *La determinación fructuosa.* La interpretación constitucional tiene como objetivo concreto la aplicación de una norma fundamental a la solución de un problema político-jurídico. En ese sentido, se exige que la

⁴⁶ SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. *Teoría de la Constitución*, edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.

determinación del significado y alcances de un precepto constitucional pueda ser *funcional, útil y apto* para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y el sistema político.

2) La determinación creativa. La interpretación constitucional tiene como rol inexorable el «*esclarecer, desplegar, compatibilizar, integrar y adaptar (cuando no reformular) a la Constitución*» Puede darse varios supuestos como la necesidad de dilucidar entre varias opciones interpretativas, o en otras de extender desarrollando los alcances de una norma constitucional o hasta formular hipótesis no previstas por el legislador constituyente. Asimismo, la interpretación promueve la concurrencia teleológica de dos o más normas constitucionales aparentemente contradictorias, o en su defecto pondera los atributos de los preceptos en cuestión, optando por aquella más cercana a los *principios y valores* constitucionales de mayor importancia político-jurídica.

3) La determinación previsor. La interpretación constitucional tiene la responsabilidad de predeterminar la totalidad de las consecuencias políticas jurídicas de dicha actividad. En ese sentido, los resultados de su aplicación deben haber sido *conocidos* con anticipación y con claro aseguramiento de remediar un mal preexistente y no formar otro *post facto* al acto de aplicación de la norma objeto de interpretación. Es decir que el órgano de control de la constitucionalidad está obligado a prever las consecuencias políticas y jurídicas de la interpretación constitucional como solución al conflicto preexistente y los efectos futuros equilibrantes de los poderes del Estado y entre éstos y las garantías constitucionales de los derechos humanos.

4) La determinación política. La interpretación constitucional tiene la responsabilidad de afirmar los *principios y valores* políticos contenidos en la Constitución, es decir, contribuye decididamente en asentar la ideología, la doctrina y el programa político instituido en el texto. La interpretación constitucional lleva implícita la asunción de una actividad política en el sentido de *gobierno* del Estado, en la medida que deriva de un órgano encargado del control de la constitucionalidad.

8. EL PROBLEMA DE CONTRADICCIONES EN LA INTERPRETACIÓN

Como es natural, las normas constitucionales como toda norma jurídica, contiene en su sistema normativo proposiciones opuestas que afectan el texto constitucional. La doctrina reconoce la existencia de dos tipos de contradicciones: *ideológicas* y *normativas*.

a) *Las contradicciones ideológicas*

La constitución política históricamente es la materialización de las fuerzas políticas con ideologías, intereses económicos, culturales contradictorias de la sociedad como poder constituyente que suscriben el pacto social por medio de la concertación mediante sus representantes, la Asamblea Constituyente, por ejemplo, las posiciones ideológicas neoliberalistas y socialistas.

b) *Las contradicciones normativas*

Dicho fenómeno ocurre cuando una o más normas de la Constitución disponen dos consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente o cuando imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas. Sobre la materia, **Karl Larenz**⁴⁷ sostiene que la interpretación consiste en hacer comprensible una disposición legal no sólo en sí misma, sino también en conexión con las restantes disposiciones.

9. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El *Derecho Procesal Constitucional* está fundamentado en el conjunto de principios y normas consagradas en la Constitución y la ley, que regulan los

⁴⁷ LARENZ, KARL. *Derecho civil. Parte general*, Ediciones de Derecho Reunidas, Buenos Aires, 1978.

procesos y los procedimientos constitucionales, cualesquiera que sean los órganos encargados de preservar la *justicia constitucional*, la *soberanía de la constitución* y los *derechos humanos fundamentales*.

Sin dejar de tener presente que sus manifestaciones se dieron desde tiempos remotos, desarrollándose luego con el avance del pensamiento político, el *Derecho Procesal Constitucional* nace con características de autonomía y sistemática recién en el siglo XX.

Tal nacimiento se produjo como consecuencia del liberalismo y del triunfo de las tendencias que postulaban la *democracia representativa* como sistema de gobierno, así como el respeto a la libertad y a los derechos individuales, logrando en tiempo muy corto expandirse por Europa occidental, Estados Unidos e Hispanoamérica, hasta alcanzar la dimensión que hoy posee.

En el siglo XVIII nació la Carta de los Estados Unidos, aprobada en 1787 y resultante de las luchas de las trece colonias instaladas en América del Norte por independizarse de la Inglaterra, inaugura las constituciones escritas nacionales y ostenta el indiscutible privilegio de mantenerse hasta la fecha vigente en sus aspectos esenciales, no obstante algunas de sus enmiendas. Comprende postulados que son cimientos del constitucionalismo moderno, tales como la consagración de la democracia representativa como sistema de gobierno, las cláusulas de sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución, la separación de poderes y la libertad como valor fundamental de la sociedad y del Estado

Por otra parte, la entrada en vigencia de diversos textos constitucionales, producto del esfuerzo de sus respectivos legisladores constituyentes, significó una respuesta normativa frente a realidades que reclamaban la consagración en estos de los postulados y principios que habían servido para romper con el anterior orden de cosas, a fin de asegurar su continuidad y evitar su retroceso, como lo dice ***Ernesto Blume Fortini***.

Después se buscó hacer realidad los preceptos constitucionales a través de su aplicación e implementación, en un incipiente derecho procesal

constitucional. Se dice que los antecedentes del derecho procesal constitucional están en una etapa preconstitucional, pues se dieron en los ámbitos civiles y penales desde el siglo XVIII en Inglaterra y tuvieron su histórica manifestación normativa en el *writ of habeas corpus*, que fue concebido como instrumento procesal de defensa de la libertad, reconocido en términos universales ya entrado el siglo XX.

Otro antecedente está en lo que toca a la defensa de la constitución, aparece en 1795 cuando **Emmanuel Joseph Sieyès** presentó un proyecto al Parlamento de la entonces naciente república francesa sobre la creación de un *jurado constitucional*. Algunos autores sostienen que el *Derecho Procesal Constitucional* es una disciplina constitucional como **Peter Häberle**, otros afirman que es mixta, como es **Néstor Pedro Sagüés**, y otros más que la disciplina es netamente procesal como lo sostiene **Domingo García Belaunde**. Aunque en Brasil, **Marcus Orione Gonçalves Correia**, sostenga que es parte del proceso civil.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo, estima que fue **Kelsen** quien sentó las bases del *Derecho procesal constitucional*, que luego fue perfeccionada por **Calamandrei** y desarrollada por **Cappelletti, Fix-Zamudio y González Pérez**, entre otros.

«...el auge del derecho procesal constitucional tiene también sus retos, como son el planteamiento de una mejor magistratura constitucional, (en particular, idónea en espíritu constitucional y en derecho constitucional, profundamente independiente y equilibrada en sus pronunciamientos, previendo las consecuencias de sus decisiones) y la articulación de procesos constitucionales realmente operativos, lo que significa proveer los medios del caso»

La doctrina admite la existencia de *principios interpretativos* en materia constitucional, a efectos de orientar y canalizar el proceso de asignación y alcances de los significados contenidos en el texto supra del Estado. Al

respecto conforme a la posición de **Conrad Hesse**⁴⁸ cabe mencionar los ocho principios: *el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de eficacia integradora, el principio de adaptación, el principio de constancia, el principio de utilidad y el principio de conservación de la ley*, y nosotros la integramos con otros principios fundamentales.

a) El principio de unidad de la Constitución

Por este principio todas las normas constitucionales se encuentran indisolublemente vinculadas con los *objetivos fundamentales* de la constitución que son los *valores y principios* constitucionales, no es posible la interpretación aislada de ninguna norma constitucional por el carácter homogéneo del cuerpo normativo.

La Constitución es un cuerpo normativo unitario del Estado, que no puede analizarse en cada una de sus normas en forma aislada y que debe entenderse en función de un todo orgánico que no admite separaciones, porque existe una evidente conexión entre ellas.

Torsten Stein⁴⁹ señala que la esencia de la Constitución consiste en ser un *corpus normativo homogéneo* de la vida política y social de una determinada colectividad estatal. En consecuencia no resulta admisible la separación por "*cirugía jurídica*" de una norma constitucional del resto del conjunto. Las distintas instituciones, categorías y conceptos contemplados en el plexo constitucional deben ligarse mutuamente entre sí.

b) El principio de concordancia práctica

⁴⁸ CONRAD HESSE. *Constitución y derecho constitucional*, edit. Marcial Pons, Madrid, 1966.

⁴⁹ TORSTEN STEIN. *Criterios de interpretación*, en *La Constitución de 1993, análisis y comentarios III*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996.

Este principio denominado también ***principio de coherencia***, plantea que los *bienes jurídicos* consignados en la Constitución deben ser objeto de *protección y defensa* de manera concordante, de modo que en la solución de un problema *político-jurídico* todos conserven su identidad. Para tal efecto se privilegia la *ponderación proporcional* de los mismos a efectos que se consiga hacer respetar el núcleo esencial de cada bien en particular. En ese contexto, la concordancia práctica solamente admite en función a las circunstancias del caso, la *afectación residual relativa* al modo, la forma, el lugar o el tiempo de ejercicio, siempre que exista *razonabilidad y proporcionalidad* en la recíproca limitación. Por este principio no deberían tener cabida las contradicciones entre las normas constitucionales. Postula la concordancia entre las distintas normas constitucionales que protejan diferentes bienes jurídicos.

Por este principio la interpretación de la Constitución debe de realizarse de manera que no deba producirse el sacrificio de una norma constitucional en aras de otra norma constitucional, es decir que la tarea imprescindible de la interpretación constitucional es ponderar los valores o bienes elevados a rango supremo, el intérprete debe buscar armonizar los posibles conflictos de modo de ubicar una que haga ver no una contraposición de criterios, sino una solución armónica.

c) El principio de corrección funcional

También se denomina ***principio de funcionalidad***, plantea que el intérprete está impedido de establecer determinaciones que de algún modo interfieran con las *competencias y funciones* que la Constitución ha asignado a los diferentes órganos del Estado. Por este principio se busca el respeto a las competencias de los distintos órganos, conforme al diseño preestablecido por la Constitución. En este sentido ningún órgano estatal invadirá el ámbito competencial de otro, lográndose de esta manera un trabajo coordinado y en armonía. El *principio de funcionalidad* establece que es fundamento o esencia

la de no desvirtuar las distribuciones de funciones y el equilibrio entre las instituciones políticas del Estado diseñado por la Constitución, y como resultado de repartidor constituyente.

Al respecto, **Luis Huerta Guerrero**⁵⁰ señala que «*el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución*» En consecuencia no es admisible que por la vía de interpretación se limiten las actividades, cometidos o misiones de los órganos constitucionales.

d) El principio de eficacia integradora

Plantea que la actividad hermenéutica debe promover, reforzar y vigorizar las determinaciones político-jurídicas que hagan más operativa y potente la *unidad axiológica y teleológica* de la Constitución. Este principio establece que la Constitución deber ser un instrumento de *agregación* y no de desagregación política de la comunidad y sociedad de la igualdad, esto es, *deber ser* eficiente en un proceso de integración política.

e) El principio de adaptación

Las distintas *instituciones, categorías y conceptos* contemplados en el plexo constitucional pueden ser objeto de variación en su sentido significativo, de conformidad con los cambios o mutaciones que sufre la realidad política del Estado. Es decir, deben ser objeto de una *interpretación viva*, a efectos de que sigan siendo un instrumento eficaz para el *buen gobierno*, como afirma **Néstor Pedro Sagüés**, debe postular «*una adaptación de la Constitución a las realidades que le toca vivir y resolver*» Ello permitirá que la Constitución quede *actualizada* al compás del dinamismo socio - político de la sociedad estatal y que alcance eficazmente su aplicación.

⁵⁰ **HUERTA GUERRERO, LUIS**. *Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales, en Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima 1997.

f) El principio de constancia

Las distintas *instituciones, categorías y conceptos* contemplados en el plexo constitucional deben ser observados a la luz de los postulados o proposiciones de naturaleza *ético-política y técnico-jurídica* que proyectan una aplicabilidad permanente de la Constitución, debiéndose restar valor extremo a aquellos que meramente atiendan a situaciones provisionales.

g) El principio de utilidad

Los distintos *instrumentos, categorías y conceptos* contemplados en el plexo constitucional deben ser objeto de una interpretación que encamine hacia algo *constructivo* y conveniente, es decir que el juzgador o Tribunal tiene que ser consciente de las consecuencias que traerá el fallo que va expedir sobre todo en el aspecto político y social.

h) El principio de conservación de la ley

La actividad interpretativa exige *salvar* hasta donde sea razonable la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la *seguridad jurídica* y la *governabilidad* del Estado. Es decir, la norma impugnada tiene que ser analizada a profundidad para determinar si efectivamente es incompatible con la supremacía de la constitucionalidad.

i) 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. Esta 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 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 las sentencias interpretativas manipulativas (*normativas*) se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.

j) Principio de la eficacia normativa

La interpretación debe estar orientada a que se *optimice la eficacia* de las normas constitucionales, persiguiéndose así que sus fines se realicen con la mayor eficacia posible.

k) Principio in dubio pro libertate

La libertad pertenece al ser humano, también se utiliza la denominación *in dubio pro homine* para referirse a este principio. Por este principio, en caso de duda, ésta se dilucidará a favor de la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva vigencia de los derechos (*subjetivos*) fundamentales. Este principio plantea interpretar la norma del modo más favorable para la persona. Si el precepto en cuestión permite dos o más interpretaciones, habrá que optar por la más protectora de la persona, y desechar aquellas restrictivas de la libertad.

l) Principio de duración de la Constitución

Esta interpretación persigue como objetivo esencial una Carta que tenga duración como *texto normativo* y como *programa político* que determina la estructura y materializa el proyecto de desarrollo de la sociedad estatal.

m) Principio de respeto al régimen político constitucional

Implica que cada régimen político significa una especial concepción de la sociedad y el Estado. La interpretación constitucional tenderá así a afianzar el régimen político adoptado por la sociedad a través de la propia Constitución. Esto de ninguna manera significa el entorpecimiento del desarrollo y perfeccionamiento de las instituciones democráticas constitucionales en la persecución de los *valores y principios* supremos constitucionales.

n) Principio del respeto a los valores y principios constitucionales

La Constitución incorpora un *sistema de valores esenciales de convivencia socio-política*, que por ser principios constituyen fundamentos de su propio objetivo, los cuales no pueden ser desconocidos por el intérprete, por el contrario, le dará el contenido a muchas normas constitucionales, reforzando el *principio de unidad*, porque la Constitución no es un simple catálogo de decisiones políticas, sino que tiene como fundamento un esquema de *valores* materiales expresados en ella como principios.

10. TEORÍAS DE INTERPRETACIÓN CONTEMPORÁNEA

La *Teoría Pura del Derecho* sostenida por el filósofo y jurista **Hans Kelsen** trata el tema de la Interpretación en el Capítulo X de la última edición de su obra *Teoría Pura del Derecho*. Para Kelsen la Interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior. Según **Kelsen** no sólo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la Carta magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc. En síntesis, toda norma es

interpretada en la medida en que se desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación.

Nosotros creemos que, al interpretar la norma jurídica, en efecto se desciende un grado en la jerarquía del ordenamiento jurídico, pero no sólo se observará, se interpretará y se aplicará únicamente la norma desde la cual se desciende, sino en general todas las normas pertinentes de todo el ordenamiento jurídico jerárquicamente superior al de la norma interpretada (*o de donde se desciende*) desde la Constitución. Así, por ejemplo, una Resolución Suprema no puede contravenir un Decreto Supremo, pero tampoco puede contravenir la Constitución y la ley, las que siempre tendrán que ser observadas, interpretadas y aplicadas por el operador jurídico.

Kelsen acepta que toda norma, aunque sólo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual es aplicada. En la medida o parte en que no lo determina, la norma superior es un marco abierto a varias posibilidades (*o en todo caso, siempre por lo menos habrán dos*) y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco. Finalmente podemos mencionar, tal como ya habíamos referido, que **Kelsen** entiende que la interpretación es un acto de voluntad, pues la creación de la norma individual está destinada a llenar el marco libre establecido y dejado por la norma general (*la norma interpretada y aplicada*).

Hasta antes de **Hans Kelsen**, escribe **Ariel Álvarez Gardiol**, se tenía la idea, según toda teoría de la Interpretación, de que para todo caso existía la solución correcta, por lo que la interpretación requería sólo de encontrar el método adecuado para dilucidarla. Precisa además el autor argentino que **Kelsen**, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, ve la interpretación como un problema de voluntad, mucho más que de cognición. Para **Kelsen**, la norma es un marco de posibilidades con varios contenidos jurídicos potenciales y aplicables todos ellos como posibles. Es un marco, abierto o no, de posibilidades, pero siempre jurídicamente posibles todas ellas. La determinación de la solución correcta (*elegida*), en ningún caso pertenece a la teoría del derecho, sino a la política jurídica.

La **Teoría Ecológica** sostenida por el Profesor argentino de Filosofía del Derecho en la Plata **Carlos Cossio**, no es la ley lo que se interpreta sino la conducta humana a través de la ley.

Esta teoría parte del concepto de que el derecho es “*la libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia*”, o, en menos palabras, “*la conducta humana*”. Entiende que éste es el punto de partida de toda elaboración de **Cossio** y el objeto del derecho. **Werner Goldschmidt** en su comentario a esta teoría, considera que la *teoría* de **Cossio** tiene una doctrina sociológica de la interpretación, según la cual el objeto de la interpretación no es la norma sino la conducta por medio de la norma, la cual no es sino el medio comparable al lenguaje, a través del cual conocemos el verdadero objeto de la interpretación que es la conducta. Lo que el autor alemán **Werner Goldschmidt** entiende es que lo que **Cossio** tiene en mente, cuando habla de la interpretación de la conducta a través de la norma, no es en realidad la interpretación de la norma, sino su aplicación, puesto que mientras que la interpretación de la norma tiende un puente de la norma a la voluntad de su autor, la aplicación de la norma tiende un puente entre ésta y la conducta a enjuiciar.

El Profesor de la Universidad del Zulia **Ronald Chacin Fuenmayor**⁵¹ dice que la importancia de la Constitución radica en que configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos, por otra parte establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad, siguiendo la posición de **García de Enterría**.⁵²

⁵¹ **CHACIN FUENMAYOR, RONALD**. *Sobre algunos aspectos fundamentales de la interpretación constitucional: enfoques o métodos interpretativos*, www.google.com

⁵² **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO**. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas.1985.

La Constitución posee "*fuera normativa*" en virtud de lo cual todas y cada una de sus partes cumplen una función directiva y preceptiva, estableciendo como ha de obrarse y que efectivamente esa operación se realice. Así mismo la Constitución además de ser una norma, es la principal norma, la norma fundamental o ley superior, que tiene Supremacía sobre las demás normas, por varias razones según sostiene **García de Enterría**:

a. Porque define el sistema de fuentes formales del Derecho, de ella dependerán la validez de las demás normas.

b. Porque es la expresión fundacional de un sistema entero, el cual tiene una pretensión de permanencia, por lo cual ésta se constituye también en una ley con pretensión de permanencia, que la hace superior a las leyes ordinarias, carentes de una intención total relevante y limitada a objetivos mucho más concretos y singulares, claro está, dentro del marco que la Constitución ha establecido.

c.- En virtud de la *súper legalidad formal* que tiene la Constitución según las normas ordinarias, en virtud de provenir aquella de un poder constituyente y las normas ordinarias de poderes constituidos, lo que implica formas reforzadas de cambios constitucionales sobre los cambios sencillos de las leyes ordinarias, estableciéndose lo que se conoce como "*rigidez constitucional*". Como consecuencia de esta *súper legalidad formal* de la Constitución, las normas ordinarias sólo serán válidas sino contradicen el sistema formal de producción de las mismas establecido por la Constitución.

d.- Por la *súper legalidad material* de la Constitución, en virtud de la cual las demás normas sólo serán válidas sino contradicen el cuadro de valores y limitaciones del poder, establecidos en la Constitución.

Se tiene entonces que la Constitución es la norma jurídica de mayor rango e importancia, por lo tanto, su comprensión e interpretación marca la pauta en el desenvolvimiento de todo ordenamiento jurídico a los fines de la preservación del Estado de Derecho. La actividad interpretativa constituye

un proceso de vital importancia en el desenvolvimiento del derecho que permite la realización práctica del mismo, es decir, la aplicación de la norma jurídica general a la experiencia real y concreta.

Considerando a la *Constitución* como el soporte principal del ordenamiento jurídico de un país, la interpretación se constituye en una actividad de gran relevancia en el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico como un todo, y así mismo en la aplicación del Derecho en virtud de la fuerza normativa de la constitución a los fines de la preservación del Estado de Derecho en la sociedad.

Comprendiendo la mencionada necesidad, esta ponencia analiza uno de los principales aspectos desarrollados por el estado actual de la interpretación constitucional, concretamente sus *diversos enfoques, métodos y tendencias* de la interpretación constitucional: 1) *La Tópica Constitucional*, 2) *El Uso alternativo del Derecho*, 3) *El enfoque formalista*, 4) *El enfoque material*, 5) *El Originalismo o interpretativismo*, 6) *El No interpretativismo*, 7) *El enfoque o método sistemático*, 8) *La interpretación evolutiva o método progresista*, 9) *La interpretación mutativa*, 10) *El método pragmático*, 11) *El enfoque histórico*, 12) *El enfoque semántico*, 13) *El enfoque teleológico* y 14) *El enfoque realista*.

Se tiene como *objetivos* por un lado, explicar los fundamentos de cada enfoque o método constitucional y por otro lado, determinar críticamente cuál de los enfoques es el más adecuado para el logro de una vigencia constitucional acorde con las necesidades de la comunidad.

10.1. La Tópica Constitucional

La tónica en la interpretación jurídica, desarrollada profusamente por **Viehweg**⁵³ (1964 y 1997), se refiere a la aplicación de los diferentes lugares comunes o "*Topoi*", es decir, los criterios o principios compartidos por todos

⁵³ **VEHWEG, THEODORE. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona. Gedisa. 1997. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid. Taurus. 1964**

en la aplicación de la norma jurídica. En la interpretación constitucional la tópica se ha manifestado según **Pérez Luño**, a través de la aplicación de los principios constitucionales o criterios relevantes, para orientar y dirigir el proceso de selección de los puntos de vista, que permiten la solución del problema. Estos principios no son los clásicos de la interpretación general sino que poseen significación autónoma para la interpretación constitucional, siendo ellos los de: *unidad, concordancia práctica, efectividad, funcionalidad, fuerza integradora, fuerza normativa, in dubio pro libertate*, entre otros.

La aplicación de estos principios se llevaría a cabo según **Pérez Luño** mediante un proceso de concretización de la norma, es decir, el intérprete debe aplicar la norma al problema y luego determinar el principio más adecuado, rechazando cualquier aplicación mecánica o casuística de estos principios.

10.2. El uso alternativo del Derecho en la aplicación de la Constitución

Surge, según **Pérez Luño** de la denuncia de la politización en la aplicación de la *Constitución*, manifestada en el predominio de los intereses de la clase dominante o burguesa en la aplicación del Derecho. Para evitar esta situación la postura alternativa se pronuncia por una interpretación que potencie y extraiga las máximas consecuencias prácticas permitidas por la norma constitucional, a través de una interpretación avanzada de sus principios y cláusulas más progresistas. Así mismo se pronuncian por una erosión del sistema constitucional vigente, a través del aprovechamiento de las normas de cambio constitucional que el mismo sistema establece.

10.3. El Enfoque formalista

Según este enfoque para **Pérez Luño**, la interpretación constitucional debe utilizar categorías lógico formales, porque versa sobre elementos lógico formales, como son las normas jurídicas,

privilegiando entonces la *subsunción lógica* y la elaboración formalista conceptual en el proceso de aplicación de la Constitución.

La razón estriba, según los partidarios de este enfoque, en que si se hace la interpretación de otra manera, tomando en cuenta los *valores éticos*, la interpretación de la Constitución deja de ser una actividad jurídica para convertirse en una actividad filosófica, casuística, donde el valor jurídico de la seguridad jurídica queda suplantado por el subjetivismo.

10.4. El enfoque material de la Constitución

Según **Pérez Luño**,⁵⁴ este enfoque aborda *tres significados* que deben ser considerados en la interpretación constitucional: a) El *sociológico*, que pretende describir el funcionamiento real de las instituciones constitucionales en la sociedad. b) El *político*, que implica la reconstrucción de las decisiones políticas fundamentales de una comunidad, en este sentido la Constitución Material garantiza la unidad del sistema jurídico y la continuidad del Estado, caracterizando su forma y c) El *axiológico*, que promueve la elaboración teórica y el máximo desarrollo de los valores básicos aceptados mayoritariamente por una colectividad y que fundamentan e informan la Constitución. En el sentido axiológico, la Constitución material sería el sistema de valores, la Constitución no escrita.

Igualmente para **Wróblewski** las valoraciones constitucionales, que suelen ser de carácter político, nunca deben dejarse de lado en la aplicación constitucional. Para el autor, estas valoraciones están siempre presentes en la justificación de las decisiones interpretativas constitucionales, desempeñando el papel más importante, determinando las directivas o principios de aplicación constitucional en el caso concreto.

10.5. El Originalismo o interpretativismo

⁵⁴ **PÉREZ LUÑO**, ANTONIO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, edit. Tecnos, Madrid 1995, pp. 249-283.

De acuerdo a **Lyons**,⁵⁵ es el enfoque interpretativo constitucional que supone la interpretación de normas y principios que pueden deducirse del texto constitucional o de las intenciones de sus redactores. Por esta razón este enfoque también es denominado "*originalismo*" según **Balaguer**,⁵⁶ en virtud de responder a la idea de que el juez debe seguir una interpretación determinada de la norma, aquella querida por los constituyentes, despreciando cualquier otro sentido no previsto por ellos en la norma constitucional.

Wolfe⁵⁷ también es partidario de esta postura, denominada por él *Intencionalismo*, el cual alude a que la Constitución correctamente interpretada expresa fielmente el significado que le dieron sus autores y entendida por aquellos que le dieron autoridad al ratificarla. Para el autor, mientras más se estudie la filosofía política de los redactores de las constituciones, habrá una mejor comprensión de éstas y de los controles judiciales que establecen.

10.6. El no interpretativismo

Por contradicción al *originalismo* y al enfoque del *interpretativismo*, el *Enfoque No Interpretativo*, no se limita a la interpretación de las normas constitucionales y a la intención de sus autores, sino que el intérprete constitucional puede utilizar otros fundamentos. De esta manera los jueces pueden aplicar la Constitución utilizando principios o valores supremos, cuando éstos no estén prescritos en la norma fundamental, por ejemplo, principios de libertad y justicia.

⁵⁵ LYONS, DAVID. *Aspectos morales de la teoría jurídica*, edit. Gedisa, Barcelona, 1998.

⁵⁶ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, edit. Civitas, Madrid, 1990.

⁵⁷ WOLFE, CHRISTOPHER. *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, edit. Civitas, Madrid, 1991.

El *no interpretativismo* acepta que hay normas y principios no establecidos en el texto constitucional pero que sin embargo, pueden derivarse de éste, como la separación de los poderes, el gobierno representativo, en algunas Constituciones, y son determinados por silencios, omisiones, valores aceptados como constitucionales sin ser expresados en el texto, etc.

10.7. El Enfoque o método sistemático

Implica para **Pérez Luño** que la interpretación de la Constitución al proyectarse sobre sus normas particulares, será siempre una interpretación de todo el sistema constitucional. Para el mismo autor este enfoque presupone que el ordenamiento jurídico debe ser considerado como un sistema coherente en el contenido de las diversas normas que lo integran y dotado de unidad orgánica y finalista.

En este mismo sentido **Vigo** afirma que la visión sistémica de la Constitución se ha vinculado a la presunción de la racionalidad del constituyente, ya que esta obra no es fruto del azar o de manifestaciones incoherentes, sino el resultado de la razón. La interpretación sistemática no se agota en la mera formalidad, sino que considera también las exigencias de unidad y de coherencia de los intereses que conforman la realidad social y que el intérprete no debe ni puede ignorar, es decir, toma en cuenta también las condiciones históricas y políticas en las cuales el sistema se ha materializado, es decir, el sistema de relaciones sociales que le sirven de contexto y a cuyos problemas debe prestar los oportunos criterios de solución

Vigo⁵⁸ coincide en que la *interpretación sistemática* no es mera formalidad, al afirmar que el intérprete debe considerar además de los enunciados meramente constitucionales, aquellos consagrados por otras

⁵⁸ VIGO, RODOLFO. *Interpretación Constitucional*. edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

fuentes del derecho, como la costumbre constitucional, lo que **Grey** denomina "*Constitución no escrita*", que convive con la escrita, describiendo el funcionamiento de las instituciones, la cultura y los usos de una sociedad. Uno de los beneficios según del enfoque sistemático de interpretación constitucional, es mostrar una visión coherente de sus distintos enunciados, bien sean valores, principios o normas, armonizándolos, es decir, tratando de eliminar las incompatibilidades entre ellos.

Linares Quintana afirma que como consecuencia de la visión sistemática ninguna de las cláusulas constitucionales deben considerarse aisladas, ni superflua, sino como parte de un sistema, y siempre debe preferirse a la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna las diversas cláusulas de la Constitución, lo cual puede afectar su esencial e imprescindible homogeneidad, cohesión y coherencia; en virtud de que la Constitución constituye un cuerpo orgánico de principios y normas entrelazados entre sí, de una manera racional.

10.8. La Interpretación evolutiva o progresista

Para **Pérez Luño**, es el *método de interpretación* constitucional que adecúa las normas constitucionales a las exigencias actuales, lo cual es imprescindible, según sus partidarios, dada la naturaleza de la Constitución, su elasticidad y su constante remisión a sus contextos económicos y sociopolíticos que evolucionan constantemente, lo cual amplía las facultades del intérprete.

Según el evolucionista **Lavagna** (*citado por Pérez Luño, 1995: 275*), se debe aplicar la Constitución viviente, construida en cada momento, en base al texto normativo, integrado por sus contextos sociales. De esta manera el sentido de la Constitución contendría los intereses del "*status quo*" presente al momento de su promulgación y así mismo las metas sociopolíticas actuales. Todo esto se lograría según el autor a través de las normas de finalidad que debe contener la Constitución, las cuales constituyen el vehículo a través del cual se impulsa la interpretación evolutiva, ya que estas normas son las dirigidas a indicar y promover una realidad futura, distinta

de la actual. **Linares Quintana** denomina a este tipo de interpretación progresista, porque considera a la Constitución como un instrumento cuya flexibilidad y generalidad le permiten adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, por lo cual debe interpretarse teniendo en cuenta, no solamente las condiciones sociales, económicas y políticas al momento de su sanción, sino también las mismas condiciones que existen al tiempo de su aplicación, como consecuencia de la evolución, transformación y por ende el progreso de la sociedad. Es decir, que además de la cualidad de permanencia de la Constitución, esta debe ser al mismo tiempo flexible, capaz de recibir a través de la interpretación, la influencia de las ideas, de las fuerzas, de las tendencias que señalan el nuevo sentido de la vida, en un proceso en constante movimiento, sin que esto implique comprometer y desnaturalizar los propósitos y limitaciones y en general el espíritu de la ley fundamental, pudiendo ocasionar la ruptura, la violación o hasta la destrucción de ésta.

10.9. La interpretación mutativa

Según **Sagüés**⁵⁹ es toda exégesis que admite la mutación constitucional, entendiendo por ésta la denominada modificación indirecta o tácita de la Constitución. Es el cambio constitucional formal por acción del derecho consuetudinario constitucional, del derecho judicial constitucional, o por normas constitucionales en sentido amplio derivadas del parlamento, del Poder Ejecutivo, aun cuando el texto constitucional formal permanezca inalterable. Estos cambios pueden ser *praeter constitutionem* y *contra constitutionem*. Según el mismo autor, la *interpretación mutativa* puede ser de dos tipos: a) La interpretación *mutativa promotora* de la mutación, es la que auspicia y programa una modificación indirecta de la Constitución, sin que el cambio se haya asentado todavía en el derecho espontáneo, parlamentario o jurisprudencial constitucional y b) la interpretación *mutativa reconocedora* de la mutación, cuando la interpretación se limita a constatar y recepcionar una mutación ya operada por el derecho consuetudinario, parlamentario, jurisprudencial, etc.

⁵⁹ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. Buenos Aires, Depalma, 1998.

10.10. La interpretación pragmática

De acuerdo a **Linares Quintana**, este enfoque plantea que la Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico y nunca estrecho, limitado y técnico, de manera que haya una aplicación efectiva de sus disposiciones y se cumplan cabalmente los fines que la informan. Es decir, lo pragmático es por la practicidad, la Constitución según el mismo autor debe interpretarse de modo que lleve a la práctica los grandes principios de gobierno y que nunca los contraríe.

La Constitución debe ser interpretada entonces (*Linares Quintana, 1998*), de modo que sus limitaciones no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado, a los efectos del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad. Es decir, que el juez debe perseguir el cumplimiento efectivo de la Constitución y de las leyes que armonicen con ella.

Como consecuencia de esta interpretación práctica, para **Linares Quintana**,⁶⁰ por un lado al lenguaje constitucional debe dársele el sentido de uso común y por otro lado, a las prohibiciones, limitaciones y excepciones nunca debe dárseles una extensión que destruya los poderes necesarios de los Estados o trabe su ejercicio eficaz. También la interpretación pragmática implica otro efecto, el de darle eficacia a las normas programáticas, para determinar la constitucionalidad o no de una norma.

Es decir, toda la Constitución, incluyendo las normas programáticas tiene eficacia práctica en ese sentido. **Sagüés** por su lado, plantea otro sentido a la interpretación pragmática, la refiere a aquellas decisiones sobre todo del tribunal supremo de una nación que son contradictorias, en un lapso breve, sobre la interpretación de un mismo precepto constitucional, lo cual

⁶⁰ LINARES QUINTANA, SEGUNDO. *Tratado de Interpretación Constitucional*, edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.

puede tener connotaciones negativas por la inseguridad jurídica o la opinión insatisfactoria de la comunidad sobre la imparcialidad del tribunal.

Pero también estas contradicciones de los tribunales tienen sus defensores, como **Carter** (*Citado por Sagüés, 1998*), alegando que la coherencia con decisiones anteriores de un Tribunal es irrelevante si la decisión es buena, produce un resultado provechoso y siempre que se dé una explicación verosímil y convincente de porqué se ha resuelto de esa manera.

10.11. El enfoque histórico

Para este enfoque cada Constitución tiene su propia historia (*antecedentes originarios de intereses, tradiciones, pasiones, costumbres*) y debe necesariamente ser interpretada de acuerdo a ésta, de otro modo queda expuesta a que se le atribuyan propósitos que nunca estuvieron en la mente del pueblo que las aprobó. Sostiene el mismo **Linares Quintana** que debe ser interpretada adecuadamente a la luz de las condiciones existentes al momento de su sanción, el espíritu general de los tiempos y el espíritu prevaleciente en el pueblo que la aprobó.

El enfoque histórico no debería contradecir la consideración de los valores presentes, ya que éste considera a la norma jurídica en su formación y en su continuidad a través del tiempo. La regla pues no es arbitraria, sino que está condicionada por las necesidades prácticas, manifestadas en el pasado y las que en símiles y distintas direcciones, se manifiestan en el presente.

10.12. El Enfoque semántico

El presente enfoque privilegia el significado de los términos de la *Constitución* en la interpretación de ésta, por su importancia, en virtud de que las palabras de la Constitución han de entenderse en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente

quiso referirse a su sentido legal y técnico. También plantea este enfoque que nunca ha de entenderse que ningún término constitucional es superfluo o está de más, sino que su utilización obedeció a un designio preconcebido de los autores de la ley suprema.

La razón de este sentido práctico del contenido constitucional se da porque la Constitución fija las reglas de juego tanto para los gobernantes como para el más humilde de los gobernados, por ello debe estar redactada en un lenguaje llano y sencillo, inteligible para todos y cada uno de los habitantes, y al garantizar los derechos de los individuos y fijar los límites de los poderes públicos debe hacerlo con la mayor claridad y precisión para evitar dentro de lo posible dudas y confusiones, de allí que la interpretación de sus términos deba ser popular y sencilla.

Las constituciones son objetivadas mediante el lenguaje escrito, de un conjunto de significados. Al Intérprete se le presenta ese lenguaje objeto y su misión consiste en establecer el sentido preciso mentado con estas palabras.

10.13. El Enfoque teleológico

La interpretación de la Constitución afirma **Linares Quintana**,⁶¹ debe orientarse siempre hacia aquellas metas (*finalidades*) supremas que inspiran e iluminan a todas y cada una de sus cláusulas, como un todo orgánico y sistemático y como parte indispensable del mismo, por ello el contenido teleológico de la Constitución rige en todas las situaciones.

Las finalidades de la Constitución pueden ser diversas según el mismo autor: el *principio de legalidad* y el *Estado de Derecho* de los funcionarios y

⁶¹ LINARES QUINTANA, SEGUNDO. *Tratado de Interpretación Constitucional*, edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.

los gobernados, *limitaciones al poder político*, la *participación de los ciudadanos* en los procesos políticos, las *libertades y derechos* de los ciudadanos, los *principios de distribución* de poder entre los órganos del poder público, entre otros.

La aplicación del *enfoque teleológico*, de acuerdo a **Bielsa** implica una metodología distinta a la lógica formal o aplicación mecánica de la norma, ya que el juez tiene que examinar valores y fines y juzgar su adecuada aplicación a la realidad concreta.

10.14. El Enfoque realista

De acuerdo a **Martínez Ruiz**⁶² los jueces al aplicar la Constitución al caso concreto no pueden prescindir de la realidad social, sin que ésta autorice a desbordar los límites de las opciones legítimas y racionales que los textos constitucionales permiten.

El juez constitucional debe tener en cuenta la realidad que se vive en un momento dado, en razón de los problemas que agobian a la población o los respetables intereses de sectores determinados, pero cuidando de no exceder los márgenes legítimos de la Constitución. En esto coincide **Wróblewski**,⁶³ para quien la interpretación legal y constitucional debe considerar las necesidades de la vida social, la realidad de ésta, lo que él denomina "*contexto funcional*", lo cual implica la vida social con todas sus características estructurales y funcionales como la solución de conflictos de intereses, satisfacción de aspiraciones y necesidades reconocidas, expectativas de grupos diferentes y de la sociedad en su conjunto en las dimensiones económica, política, ética, cultural, etc.

⁶² MARTÍNEZ RUIZ. Cit. por LINARES QUINTANAS, en op. cit.

⁶³ WRÓLEWSKY, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, edit. Civitas, Madrid, 1985.

11. PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

Las constituciones modernas contienen en sus ordenamientos la expresión de los *valores* a los que un país aspira a realizar. En este contexto, son llamados “*valores superiores*” en el sentido de que “*supone un concepto del derecho como fenómeno cultural, como obra de los hombres en la historia. Los valores superiores son los objetivos máximos*”⁶⁴.

La Constitución española de 1978, en su artículo 1, inc. 1 prescribe:

«Artículo 1

1. *España se constituye en 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»*

La difusión y realce de los *valores* plasmados en las constituciones, constituye uno de los temas más importantes para el constitucionalismo moderno. Sin embargo, los valores al igual que los *principios*, siempre han estado mencionados en las normas constitucionales, aún las más antiguas, apareciendo como los ideales de un pueblo, recogidos por el Constituyente. Sin embargo, en el constitucionalismo contemporáneo comienzan a estudiarse desde diferentes ópticas, cambiando incluso el antiguo concepto de Constitución por otro más actual, en este sentido, **Antonio Peña Freyre**⁶⁵ sostiene que «*la Constitución, en suma, no es sino la expresión condensada de toda una serie de valores respecto de los que es presumible un elevado consenso, y que habrían de afectar las dinámicas y relaciones públicas y privadas, en un doble sentido: en primer lugar, habrán de ser preservados de cualquier vulneración que pudiera tener su origen en cualquiera de las dinámicas referidas*»

⁶⁴ PECES-BARBA, GREGORIO. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Edit. Debate, Madrid, 1990, p. 56.

⁶⁵ PEÑA FREIRE, ANTONIO MANUEL. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Edit. Trotta, Madrid, 1977, p. 79.

Los **Principios Constitucionales**, conforme a la doctrina actual, tienen como finalidad alcanzar los *ideales de justicia* de una sociedad, y no solamente cumplen la función de suplir las lagunas de la ley, por el contrario, son criterios que el Juez debe tomar en cuenta al aplicar una Ley, su enfoque principal hacia la función judicial.

Manuel Atienza en su libro *Las piezas del derecho*, enumera varias versiones de acuerdo a este destacado filósofo del derecho español los principios pueden ser:

- a) Principios como normas de carácter muy general.
- b) Principios en el sentido de normas redactadas en términos particularmente vagos.
- c) Principios en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines.
- d) Principios como norma que expresa los valores superiores.
- e) Principios en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del derecho.

Los principios se han ido reconociendo en las constituciones, considerándose como una especie de *axiomas*, de los cuales a través de un razonamiento *lógico-deductivo* se pueden encontrar las soluciones a los conflictos, creando una posibilidad de fomentar la creatividad que debe ser la característica principal en la actuación de los jueces, permitiendo superar el automatismo característico del Poder Judicial, en el que en su actuación prevalecía la *tesis de la subsunción*⁶⁶, pretendiendo cambiarla por una

⁶⁶ **Tesis de la subsunción**: aplicación del derecho sin considerar a los valores morales.

actuación no simplemente legalista, sino acorde con la tesis de la ponderación, en la que las resoluciones deben estar basadas en juicios de validez. Estos son «por ello, opinables, pues la concordancia con los valores y principios constitucionales de una norma no es un dato de hecho sino que incorpora elementos valorativos que impiden cualquier formalización»⁶⁷

Los principios son reconocidos ahora en su carácter de universalidad: «Se trata de verdades jurídicas universales, equivalentes a principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho y, por tanto, el fundamento de cualquier legislación positiva»⁶⁸

Ronald Workin⁶⁹ dice «Llamo 'principio' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad» **Robert Alexy** dice que «Los principios en sentido estricto suponen la asunción de valores que se consideran como razones categóricas frente a cualesquiera intereses»⁷⁰

Luis Prieto Sanchís⁷¹ distingue entre principios y valores en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Los principios "constituyen razones para resolver en un determinado sentido, es decir, la importancia de los principios en el constitucionalismo actual es la influencia que revisten respecto a la administración de justicia, pues van enfocados a la labor del juzgador, quien debe superar la teoría de la subsunción para sustituirla por la de la ponderación", al respecto, sostiene que **Robert Alexy** considera que «la ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los

⁶⁷ IBÍDEM, p. 100.

⁶⁸ Todos los especialistas coinciden en señalar la universalidad como característica distintiva de los principios en su sentido actual.

⁶⁹ RONALD WORKIN. *Los derechos en serio*, Edit. Ariel, Barcelona, p. 72

⁷⁰ ALEXY, ROBERT. Cit. por LUIS PRIETO SANCHÍS en *Constitucionalismo y Positivismo*, Edit. Fontamara, México, 1999, p. 21

⁷¹ LUIS PRIETO SANCHÍS, op. cit.

principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son»

Los *juicios de validez*, implican que debe haber concordancia con los valores y principios constitucionales de una norma, no constituyen simples datos de orden fáctico sino que forzosamente incorporan elementos valorativos en la elaboración de una resolución. «*La interpretación como función jurídica tiene su propia racionalidad: un conjunto de condiciones y principios que actúan como una dinámica de control interna, como un componente de racionalidad que impide elaboraciones desafortadas y exige fuertes dosis de argumentación*»⁷²

Los *valores y principios* tienen un significado prioritario que les confiere un rango superior al de las normas, no sólo por su contenido, sino por encontrarse ya regulados en las constituciones. Al constitucionalizarlos, se convierten de ideales puros en normas en sentido estricto. Sin embargo, no se puede generalizar, hay principios que son concretos, y que por lo mismo se convierten en normas cuando los establece la Constitución como algo obligatorio, porque pierden su característica de ser un criterio de valoración del juez, un criterio para la ponderación, como el principio de la irretroactividad de las leyes establecido en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú. En cambio otros principios como el de *equidad*, no se pueden concretizar y siempre van a ser criterios de valoración, a pesar de su rango constitucional.

El *soporte jurídico del juicio* siempre es jurídico, porque se formula desde el ordenamiento, y en su conformación final incidirán de modo especial factores muy generales y flexibles como son los valores y principios constitucionales.

⁷² PEÑA FREYRE, ANTONIO MANUEL. Op. cit., p. 101.

La Corte Constitucional Colombiana ⁷³ hace la definición de los *valores* y *principios* constitucionales así como su diferenciación, ha pronunciado en uno de sus considerandos la gran importancia de los *valores* y *principios* constitucionales sobre los que se estructura la organización política del Estado.

Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los *principios constitucionales* en las decisiones judiciales y su relación con los *valores* y normas de la Carta magna.

«a-. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios

⁷³ Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional *Sentencia de junio 5 de 1992 ref. Expediente T-778, PETICIONARIO: José Manuel Rodríguez R., PROCEDENCIA: Tribunal Administrativo de Bolívar, Magistrado Ponente: **Ciro Angarita Barón**, Sala integrada por los Magistrados **Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz** y **José Gregorio Hernández***

adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.

Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.

b-. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación

inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en

la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

*Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto»*

11.1. Importancia de los valores y principios

*Teresa Freixes Sanjuan y José Carlos Remotti Carbonell*⁷⁴ hacen un estudio amplio de la importancia de los *valores y principios en la interpretación constitucional* exponiendo al mismo tiempo que los problemas de interpretación constitucional especialmente significativos

⁷⁴ FREIXES SANJUAN, TERESA Y REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, en Rev. española de Derecho Constitucional, año 12, N° 35, Mayo-Agosto, 1992.

debido entre otras cosas, a los *valores* que incorporan y a los *principios* que de ellas pueden extraerse como fundamento de otras reglas jurídicas.

Citando a la Constitución Española dispone que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político están configurados como valores superiores del ordenamiento jurídico en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Por otra parte, la doctrina comúnmente aceptada señala, por ejemplo, y entre otros, los principios democrático, social, autonómico, parlamentario, etc., como estructuras básicas constitucionales acompañadas de otros principios, algunos positivados (*como el de legalidad o el de jerarquía normativa*) y otros extraídos en un proceso hermenéutico constitucional (*como el de corrección funcional*).

Los autores afirman que dichos *valores* y *principios* no abren el camino a un «*activismo judicial*» de corte estadounidense que permita la creación de normas con valor constitucional a partir de un desarrollo jurisprudencial de la propia Constitución; tampoco lo abre a lo que la jurisprudencia alemana ha denominado «*tiranía de los valores*», es decir, la aplicación indiscriminada de valores, positivados o no por parte del intérprete constitucional.

La *positivación* de los valores y principios, es decir, su inclusión en normas jurídicas constitucionales, que son las normas supremas del ordenamiento y que tienen eficacia directa, no permite, en *primer lugar*, eludir su aplicación ni, en *segundo término*, realizar cualquier interpretación valorativa. Por otra parte, la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas debe ajustarse a un orden de valores previo y determinado que está descrito en la Constitución. Además, los principios de los cuales se han de extraer reglas también deben responder a estructuras constitucionales claras e indiscutidas. Los valores y principios toman así un carácter institucional que ha de impregnar las reglas jurídicas tanto a nivel estructural como funcional, como así afirma **Bobbio**.⁷⁵

La doctrina e incluso la jurisprudencia constitucional (STC 81/1983, entre otras) han utilizado indistintamente los términos «*principios*» y

⁷⁵ BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milán, 1977.

«valores» identificándolos en el fondo con la estructura normativa de los «conceptos jurídicos indeterminados». Sin embargo, los valores no son idénticos a los principios ni en su estructura ni en su función y la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se muestra insuficiente para realizar la interpretación de valores y principios. Se impone precisar *qué son valores y qué son principios*, cuál es su estructura jurídica y qué función constitucional adoptan.

Los textos constitucionales como la Constitución peruana, la Constitución española y la mayoría de las Constituciones contemporáneas contienen normas jurídicas que pueden adoptar la forma de *valores, principios y reglas*. Los *valores* enumeran cláusulas generales o finalidades. Las *reglas* contienen disposiciones específicas. *Valores y reglas* están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los *principios* se extraen de las reglas constitucionales, y una vez determinados, tienen proyección normativa, y consisten, en palabras de **M. Aragón**,⁷⁶ en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas, lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional *salvo excepciones como la del principio de legalidad*, pero que pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática.

Los *valores*, en términos de **Stick** citado por **M. Aragón**, son «*impredicibles*», es decir, plantean diversidad de opciones jurídicas libres. Los *principios*, según el mismo autor, son, en cambio, «*indeterminados*» y comportan la discrecionalidad del intérprete, que se concreta en criterios objetivos que el propio derecho proporciona, teniendo en cuenta que la indeterminación reside en el grado de relación del *principio* con las *reglas* que de él pueden derivar, no en relación al propio principio, *y aquí reside la*

⁷⁶ ARAGÓN. M. *Constitución y democracia*, edit. Técnos, Madrid, 1989.

diferencia respecto de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, los cuales plantean la indeterminación sobre el propio concepto.

Las *reglas constitucionales* precisan casi siempre una interpretación operativa como explica **J. Wróblewski**,⁷⁷ que no puede identificarse con la interpretación de valores y principios, ya que el grado de sujeción del intérprete a la regla es mayor que el grado de sujeción en la interpretación de los principios y valores. El legislador, al crear reglas jurídicas que han de responder a valores y principios, tiene mayor libertad de acción con los valores, menos con los principios y menos aún con las reglas. El juez aplica las reglas de conformidad a los valores y a veces se ve obligado a recurrir a los principios para deducir de los mismos una solución adecuada al caso concreto. En todos estos supuestos, los valores y los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión del intérprete tanto legislativo como judicial, ya que tales órganos están vinculados no a sus propios criterios, sino a estructuras jurídicas determinadas en la propia Constitución, como los *valores superiores: la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político*, etc. debiendo considerarse a estos *valores* como instrumentos jurídicos dotados de una estructura concreta y a las cuales se asignan funciones constitucionales.

La Constitución española de 1978 en el art. 1.1 declara de *Valores Superiores*, indicando que existen implícitamente en el texto constitucional que no tienen esta categoría superior y que, en consecuencia, deben reconducirse a estos cuatro positivados como los de mayor jerarquía. De su estructura como reglas jurídicas que se derivan, una serie de efectos que finalmente se concretan a partir de la función constitucionalmente prevista para los mismos.

⁷⁷ WRÓLEWSKY, J. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, edit. Civitas, Madrid, 1985.

M. Aragón⁷⁸ considera que los *valores superiores* son normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema que ayudan a distinguir el mejor significado de la norma entre los diversos posibles. Esta *función de los valores* se determina a partir de su estructura como meta normas (*normas que regulan los actos productores de normas*), es decir, son los valores superiores del ordenamiento jurídico conforme a la función descrita para ellos en la Constitución.

Por su parte **A. E. Pérez Luño**⁷⁹ dice que los *valores* tienen tres funciones: a) una *función fundadora*, ya que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento jurídico, b) una *función orientadora*, dirigiendo al ordenamiento hacia metas o fines predeterminados, y c) una *función crítica*, porque sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas. Los *valores* incorporan contenidos materiales a las Constituciones, asegurando en este sentido la unidad del ordenamiento, y legitiman el Derecho complementando la finalidad integradora de la Constitución. La Constitución predetermina un orden de valores, señalando a la *libertad, la justicia, la igualdad y pluralismo político* como valores superiores, sin que establezca orden jerárquico alguno entre ellos, pese a su aparente contradicción (*libertad frente a igualdad*). Estas antinomias deben ser resueltas a partir de la *función de integración* propia de las Constituciones de consenso.

Los *principios constitucionales* una vez determinados, adquieren proyección normativa, y al igual que los valores, son instituciones jurídicas vinculantes para los poderes públicos. Ya desde **Savigny**, los principios jurídicos se configuran como instituciones con valor normativo, admitiéndose que en el Derecho, además de reglas y de valores, existen principios que precisamente identifican a cada ordenamiento concreto,

⁷⁸ ARAGÓN, M. Op. cit.

⁷⁹ PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, edit. Tecnos, Madrid, 1984.

afirma **E. García de Enterría**.⁸⁰ El problema que plantean los principios no es el de su aceptación, sino, como muy bien expresa **M. Aragón** (*ob. cit.*), el de su conformación. Si los principios son importantes en la interpretación jurídica, mucho más lo van a ser en el campo de la interpretación constitucional, ya que su objeto está materializado en las Constituciones, sobre todo en aquellas aprobadas como Constituciones de integración o de consenso a partir de la segunda posguerra. Estos textos constitucionales incluyen una serie de principios que son básicos para fundamentar la interpretación e interrelación adecuada entre los valores y las reglas constitucionales. La determinación de la estructura jurídica y la función constitucional de los principios facilitará la interpretación y aplicación que de los mismos deba realizar el intérprete constitucional.

Nos encontramos con el problema de *cuál es la estructura jurídica de los principios*. Definido los principios como instituciones con proyección normativa de las cuales se extraen reglas jurídicas. Algunos de los principios están positivados en la Constitución como el *principio de legalidad*, otros no están formulados expresamente, sino que han de deducirse en una interpretación operativa a partir de las reglas constitucionales, por ejemplo, el *principio democrático* que se extrae de la estructura constitucional, que deberán ser concretadas a partir de los principios deducidos. Por otra parte, existen también principios que tienen una dimensión histórica que ha venido siendo reconocida regularmente como propia de todo sistema jurídico.

La *estructura de los principios constitucionales* como instituciones jurídicas inferidas de interpretaciones operativas de las cuales han de extraerse nuevas reglas jurídicas e interpretarse las vigentes, se mantiene constante en todos ellos, siendo precisamente esta estructura de «*germen de reglas*» el elemento caracterizador e inmutable de todos los principios. Y si todos los principios tienen idéntica estructura jurídica, es evidente que no puede existir entre los mismos orden jerárquico alguno a nivel estructural.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, edit. Civitas, Madrid, 1984. 1984.

En las *operaciones de deducción* de los principios se revela sumamente importante la labor del intérprete, tanto más importante como vinculante sea su función interpretadora. En este sentido, es especialmente relevante la formulación de principios por parte del *Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución*, y sobre todo, a partir del carácter vinculante de su doctrina para los jueces ordinarios a partir de los artículos 1 de la **Ley 28301 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**.

11.2. Función constitucional de los principios

Cuál es la función constitucional de los principios. Los principios, en cuanto a las instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen con una función informadora de todo el ordenamiento. Esta función es más concreta que la realizada por los valores (*de ahí su diferencia funcional con los mismos*), ya que a partir de su mayor grado de precisión (*pues, aun cuando son indeterminados, son predictibles*), los principios ofrecen mayores argumentos para decidir el significado concreto de una regla.

Así mismo, de los principios se extraen reglas aplicables a los casos concretos, y la posible transmutación de los principios en reglas supone el ejercicio de diferentes opciones de política legislativa. Corresponde, pues, al legislador concretar los principios constitucionales en reglas y al intérprete jurisdiccional aplicar las reglas inferidas de los mismos, pero con menor grado de discrecionalidad que el legislador, ya que el contenido material de los principios determinará el sentido de las reglas durante el proceso de interpretación.

Los *principios* han de deducirse de las reglas constitucionales. En los Estados actuales se proyectan, al mismo tiempo, principios cuya fundamentación puede obtenerse de reglas portadoras de valores subyacentes distintos y aunque aparentemente contradictorios. Un ejemplo lo podemos encontrar en la formulación del *principio democrático*, que comprende los valores de *libertad y pluralismo político* conjuntamente con el principio social portador de los *valores de igualdad y justicia*. Esta colisión entre principios debe ser resuelta superando las contradicciones a través del

equilibrio que exige el efecto integrador buscado por las normas constitucionales.

En consecuencia, dado el valor normativo de los principios constitucionales, podemos afirmar también que estos principios, como parte integrante de la Constitución, tienen en primer lugar una función positiva a través de su categoría informadora del ordenamiento y, en segundo término, una función negativa que se concreta mediante la fuerza derogatoria de la Constitución, y por tanto depuran el ordenamiento garantizando que el contenido material de las normas jurídicas se ajuste al previsto constitucionalmente.

Una vez determinada la estructura jurídica y la función constitucional de valores y principios, es necesario precisar las peculiaridades de su interpretación como componentes del orden constitucional y configurar su aplicación por parte del intérprete legislativo o jurisdiccional.

La interpretación de los valores y principios constitucionales ha de seguir, evidentemente, las reglas generales de la interpretación jurídica como sostienen **Teresa Freixes Sanjuan - J. Carlos Remotti Carbonell**⁸¹. Prosiguen afirmando los autores que sin embargo, de su estructura normativa y de su función constitucional se desprenden una serie de peculiaridades, que se pueden sintetizar del siguiente modo:

— Tanto valores como principios tienen, respectivamente, una estructura jurídica estable y permanente, mientras que, por otra parte, su función constitucional es flexible y dependiente de múltiples circunstancias que pueden generar una pluralidad de opciones.

— Su carácter normativo e institucional vincula a todos los poderes públicos y a los particulares en el sentido previsto en la constitución. Si los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, es más evidente que están también sujetos a los

⁸¹ FREIXES SANJUÁN, TERESA - REMOTTI CARBONELL, J. CARLOS . Op. cit.

191 *Derecho Procesal Constitucional*

valores superiores del ordenamiento positivado en el artículo 1.1 Constitución española y a los principios derivados de la estructura constitucional.

— La estructura de los *valores* como *meta normas* y de los *principios* como *gérmenes de reglas* origina una vinculación especial del legislador (*parlamento, gobierno y administración en general*) al imponerle como límite a su actuación que todas las leyes y los reglamentos deben respetar el orden de valores y principios derivados de la Constitución.

— El *contenido material* expresado en los *valores y principios constitucionales*, a partir de la función fundadora, orientadora y crítica de los primeros e informadora de los segundos, pretende asegurar que el contenido material del ordenamiento jurídico esté de acuerdo con el orden material establecido en ellos (en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en la *STC 27/1981*), careciendo entonces de legitimidad las normas jurídicas que no respondan a ese orden de *valores y principios*, aun cuando su proceso de formación estructural haya sido formalmente correcto, ya que quebrarían la finalidad integradora de la Constitución.

— Cuando entre los valores subyacentes a las normas exista conflicto o en su caso, exista entre los principios extraídos de las mismas (*lo cual no es difícil en las Constituciones de integración, ya que comportan valores y principios contrapuestos entre sí precisamente para facilitar el consenso*), debe encontrarse una interpretación que no anule ninguno de los valores o principios.

— Ni entre principios por un lado ni entre valores superiores por otro podemos establecer un orden jerárquico interno, ya que la Constitución no lo determina. Lo que sí determina la Constitución es una jerarquía entre los valores superiores y los principios, ya que al configurar a los primeros como superiores de todo el ordenamiento jurídico deben ser el fundamento de todos los principios y reglas jurídicas. A la inversa, podemos afirmar que los principios tienen una relación de complementariedad con respecto a los

valores superiores, puesto que ambos son determinantes para la concreción de las reglas.

11.3. Aplicación de los valores y principios

El *legislador, el juez y el jurista* en general deben aplicar los *valores y principios*, ya que la vinculación de la Constitución no exime a nadie del cumplimiento de tales institutos normativos. Pero es preciso plantearse si la aplicación de los valores o principios puede ser o no directa, es decir, determinar el grado de aplicación de los valores o principios partiendo directamente del propio texto constitucional o a partir de su subsunción en las leyes. Distinguiremos al respecto la aplicación por parte del legislador, la aplicación por parte del juez y la aplicación a realizar por el Tribunal Constitucional:

— El *legislador* está directamente vinculado a los valores del artículo 1.1 de la Constitución española y a los principios constitucionales, que deberán ser tenidos en cuenta complementariamente por las normas jurídicas resultantes. Esta doble vinculación del legislador y de la norma, origina la *inconstitucionalidad* de las normas que no respeten los valores o principios constitucionales, *inconstitucionalidad* que deberá ser apreciada por los órganos de control de constitucionalidad correspondientes, es decir, por el *Tribunal Constitucional* en el caso de las leyes y por los *jueces ordinarios* en el supuesto de los reglamentos porque los jueces están vinculados a la ley, pero no a las normas inferiores.

— El *poder judicial*, es decir, los *tribunales ordinarios*, deberán aplicar las leyes, las cuales se presumen constitucionales. En el supuesto de que el juez, al momento de dictar sentencia en un caso concreto, creyera que una ley no respeta los valores los principios constitucionales, es preceptivo que presente una cuestión de *inconstitucionalidad* por infracción de valores o principios conforme a la Constitución española. El *juez* no puede dejar de aplicar la ley, a la cual está vinculado, sin mandato expreso del *Tribunal Constitucional*, y en consecuencia, debe presentar la cuestión. En el caso de

los reglamentos contrarios a los *valores* o *principios* constitucionales, es evidente que su control corresponde a los jueces ordinarios.

— El *Tribunal Constitucional* efectúa el control de constitucionalidad sobre las leyes aprobadas por el poder legislativo, ya sea a partir del *control directo* o del *control incidental*. En el control de constitucionalidad se plantea la polémica en torno a si los valores pueden por sí solos fundamentar una decisión, es decir, si es posible la inconstitucionalidad por infracción directa de valores. El *Tribunal Constitucional* parece admitir cierta efectividad directa respecto del valor «*pluralismo político*» en relación con la constitucionalización de los partidos políticos (STC 32/1985), pero no se aprecia el mismo criterio cuando efectúa la interpretación de los otros valores superiores, a los que considera que responden a un sistema de *valores y principios* de alcance universal (STC 21/1981, entre otras), sin entrar en el fondo del problema que planteamos. A este respecto, **Prieto Sanchis** (*ob. cit.*) opina que no es posible obtener cobertura suficiente en los valores si al mismo tiempo no se vulneran otras disposiciones constitucionales. La aceptación de esta tesis significaría, la negación del carácter normativo de los valores y en consecuencia, del efecto normativo del artículo 1.1 Constitución española, es decir, de un artículo de la Constitución, de una regla constitucional que por propia naturaleza, necesariamente produce efectos jurídicos. Por el contrario, no se discute la fundamentación de una declaración de inconstitucionalidad basada en la infracción de principios constitucionales.

La *interpretación de la igualdad como valor* y de la *igualdad como principio* puede adoptar manifestaciones concretas diferentes, las cuales tienen distintos efectos jurídicos. De ahí la dificultad de reconducir los valores o principios a contenidos materiales absolutos, reconducción que originaría a su vez una petrificación de la interpretación constitucional que no se ajustaría al carácter integrador de las Constituciones.

Los autores citados precisan varias *consideraciones*:

— En el texto constitucional se *positivizan* los *valores superiores* del ordenamiento jurídico: *libertad, justicia, igualdad y pluralismo político*. Al mismo tiempo se desprenden de la Constitución una serie de principios, tales como, por ejemplo, los *principios democrático, social, autonómico, parlamentario, de legalidad, etc.*

— La Constitución española contiene un considerable número de reglas cuya interpretación ha de realizarse a partir de estos valores y principios constitucionales.

— Todos los valores y principios tienen una estructura estable y una función flexible, por lo que no pueden tener un contenido material absoluto. Sin embargo, la dificultad de su configuración material no puede justificar que el intérprete tanto legislativo como jurisdiccional quede eximido de su obligación de afrontar la aplicación e interpretación de los mismos.

— La interpretación y aplicación de valores y principios debe efectuarse operando con criterios normativos, puesto que ambos son prescriptivos y vinculantes y por tanto, susceptibles de interpretación jurídica. En la interpretación de *valores y principios* se deberá buscar, en cada caso concreto, el máximo efecto integrador en aras de conseguir que en esencia, el efecto normativo y la función legitimadora de valores y principios se ajuste a la estructura y funciones previstas para ellos constitucionalmente.

CAPÍTULO V

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. DEFINICIÓN

La *Corte Constitucional* o *Tribunal Constitucional* se diferencia de las demás Cortes y Tribunales ordinarios, porque su conformación está supeditada a procedimientos diferentes establecidos por la Constitución del Estado y la propia Ley Orgánica, su competencia es el *control de la supremacía de la constitucionalidad* y la *protección de derechos fundamentales*, por medio de la revisión de acción de tutela con efectos inter partes, determinando el direccionamiento de la línea jurisprudencial, asimismo conoce asuntos de relevancia política como la constitucionalidad de las leyes o tratados internacionales, que puedan afectar a la sociedad en general por medio del control de constitucionalidad, protegiendo la jerarquía normativa que pregonan la Constitución.

Héctor Fix-Zamudio, maestro del Derecho Procesal iberoamericano expone sobre el Tribunal Constitucional diciendo:

«El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, **Hans KELSEN**. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, **lex superior**, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema»

Eduardo García De Enterría dice: «A solución análoga ha de llegarse respecto de Derecho procesal constitucional. Partiendo de la unidad fundamental del proceso y utilizando los conceptos propios del Derecho procesal, ha de estudiarse el conjunto normativo que regula el Tribunal Constitucional y los procesos de que el mismo conoce...»

El **Tribunal o Corte Constitucional**⁸² es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la *primacía de la Constitución*. Tiene la atribución de *revisar* la adecuación de las *leyes*, y eventualmente de los *proyectos de ley* y los *decretos* del poder ejecutivo a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos.

De acuerdo al modelo *kelseniano*, el **Tribunal Constitucional** actúa como un *legislador negativo*, pues carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para *expulsarla* del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente.

Teorías más recientes, sostienen que la tarea del *Tribunal Constitucional* es ejercer una *función* jurisdiccional, resolviendo conflictos de carácter

⁸² WIKIPENDIA. http://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Constitucional

constitucional que puede incluirse la revisión de la actuación del poder legislativo, la *protección de los derechos fundamentales* y la *distribución de competencias entre los poderes constituidos*.

2. JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El *Tribunal Constitucional* o *Corte Constitucional* tiene jurisdicción en todo el territorio de la comunidad estatal conforme a la Constituciones de cada Estado y sus Leyes Orgánicas.

La competencia del Tribunal Constitucional está determinada por la Constitución y reglamentada por la Ley Orgánica en algunos países y las leyes que regulan los procesos de acciones constitucionales.

Ernesto Blume Fortini⁸³ dando respuesta a la consulta formulada por el Congresista **Antero Flores Araos** sobre su apreciación de las sentencia del Tribunal Constitucional de la *competencia* del Tribunal Constitucional, afirma que pretender dictar legislación positiva, llenar vacíos normativos, e incluso disponer que sus recomendaciones al congreso tenga el carácter vinculante más allá de la exhortación, precisa la competencia del Tribunal Constitucional determinada taxativamente por el *art. 202 de la Constitución Política del Estado*, que son tres:

a) **Conocer en única instancia la acción de inconstitucionalidad**, que habilita para ejercer el *control concentrado* de la constitucionalidad denominada el modelo europeo, modelo austriaco, modelo de **Hans Kelsen** o *Kelseniano* o modelo de control concentrado de la constitucionalidad. Esta primera competencia es *concentrado* porque responde a un único órgano

⁸³ BLUME FORTINI, ERNESTO. Carta de 28 de mayor de 2004 dirigida al Congresista Antero Flores Araos, en respuesta a su carta sobre competencia del Tribunal Constitucional, <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2005/constitucion/separacion/ernesto-blume-fortini.pdf> (04-01-09).

que concentra el poder de control de la constitucionalidad que es el Tribunal Constitucional, es *abstracto* porque analiza la norma independientemente del caso concreto que pudiera dar lugar al cuestionamiento de la inconstitucionalidad de la norma jurídica, realizando el análisis de puro derecho si la norma se encuentra dentro de la compatibilidad de la norma suprema, y *derogatorio* porque si el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma jurídica deja de tener vigencia y efectos para todos (*erga homes*)⁸⁴.

El *Tribunal Constitucional* controla la constitucionalidad de las normas jurídicas prescritas por el art. 200, inc. 4 de la Constitución del Estado que por la acción de inconstitucionalidad llega a su conocimiento para la calificación si están afectadas de algún vicio de fondo o de forma establecido por la Constitución.

El *control concentrado* de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional está delimitado por el inc. 4 del art. 200 de la Constitución Política del Estado:

«Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

...

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo»

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Sentencia 18631 del 22 de octubre de 2001.

199 *Derecho Procesal Constitucional*

b) Conocer en última y definitiva instancia las acciones denegatorias dictadas en los procesos de *habeas corpus*, *acción de amparo*, *acción de habeas data* y *acción de cumplimiento*.

El artículo 200º y 202º de la Constitución regulan las siguientes garantías o procesos constitucionales que según el caso pueden ser resueltos por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o por ambos:

- El proceso de *habeas corpus*, el cual según el artículo 200º inciso 1) de la Constitución procede ante el *hecho u omisión* de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. La demanda se presenta ante el Poder Judicial, pudiendo luego acudir en recurso de agravio constitucional si se rechaza la pretensión en la vía judicial.
- El *proceso de amparo*, que conforme al artículo 200º inciso 2) de la Constitución, procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los que son tutelados por el *habeas data*. La Carta agrega que no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.
- El proceso de *habeas data* (*artículo 200º inciso 3*), el cual luego de una reforma constitucional, protege los derechos a *solicitar la información* que se requiera y *recibirla* de cualquier entidad pública (*artículo 2º inciso 5*), y el derecho que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad (*artículo 2º inciso 6*).
- La *acción de cumplimiento*, introducida por el *inciso 6) del artículo 200º de la Constitución*, procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo.

Se tenga presente que la **acción popular** es de exclusiva competencia del Poder Judicial, así como también la acción de inconstitucionalidad es de exclusiva competencia del Tribunal Constitucional, en los demás casos son competentes el Poder Judicial y en última y definitiva instancia conoce el Tribunal Constitucional en vía de revisión, cuando han sido denegadas las acciones de garantías.

La **acción popular**, se tramita ante el Poder Judicial y está dirigida a cuestionar normas de carácter general de jerarquía inferior a la ley que contravengan la Constitución o las leyes. El *artículo 200^o inciso 5)* dispone que procede por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

c) Conocer los conflictos de competencia o atribuciones asignadas en la misma norma suprema, que es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, como expresa el *art. 202, inc. 3* de la Constitución.

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La *jurisprudencia* ha sido considerada en cuanto a su definición desde distintos puntos de vista. En el derecho romano, la jurisprudencia fue definida como la ciencia del Derecho, **Ulpiano** definió diciendo que la *jurisprudencia* es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto (*Jurisprudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*). Siguiendo la concepción ulpiana, en las Universidades se instituyeron las Escuelas y Facultades de Jurisprudencia, y el grado de doctor en jurisprudencia.⁸⁵

La *jurisprudencia* se puede definir como la *doctrina legal* establecida por los tribunales en sus fallos de manera reiterada y uniformemente al interpretar y aplicar las leyes, llenar los vacíos legislativos, aplicar la

⁸⁵ CHAVEZ VALLEJOS, HÉCTOR. *Teoría procesal civil empresarial moderna*, op. cit. p. 111.

201 *Derecho Procesal Constitucional*

costumbre de un pueblo determinado y los Principios Generales del Derecho al resolver determinada cuestión jurídica y siendo aplicables a casos semejantes constituyéndose en verdaderos precedentes.

Mario Alzamora Valdez⁸⁶ dice que según algunos autores una sola resolución judicial puede ser considerada como fuente de derecho, y según otros juristas es necesario la repetición de los fallos en el mismo sentido.

Consideramos que uno de los presupuestos es la *reiteración* en el mismo sentido de los fallos de los más altos Tribunales, amparadas en una sentencia como antecedente en la solución de una cuestión jurídica similar sometido al juzgador.

La doctrina liberal considera que la sentencia del juez es un simple *silogismo deductivo*, en el cual el caso materia de la controversia queda subsumido dentro de la ley, y el fallo es la conclusión del razonamiento como sostiene **Mario Alzamora Valdez**,⁸⁷ la sentencia constituyen simple aplicación de las normas legales, y el juez representa una «*máquina de subsumaciones*» En cambio para otra corriente doctrinaria opuesta a la primera, la *jurisprudencia* significa una actividad creadora, como afirma el jurista **Carlos Cossio**⁸⁸: «*Es cierto que el intelectualismo dominante en sus formas de racionalismo y empirismo, llevado a una ideología de seguridad jurídica, ha ocultado la existencia y la naturaleza de ese inmenso poder que detenta el juez, al presentar a los magistrados como autómatas silogísticos de los preceptos legales*»

Hay una *tercera posición* denominada *ecléctica*, afirma que el juez realiza una función creadora sólo cuando llena las lagunas de la legislación, y en los demás casos en que se limita a aplicar la ley, su papel es simplemente declarativo. **Cossio** sostiene que «*Es indiscutible que la función judicial, no es*

⁸⁶ ALZAMORA VALDEZ, MARIO. *Introducción a la ciencia del derecho*, op. cit., p. 245.

⁸⁷ IBIDEM. Op. cit., p. 245.

⁸⁸ COSSIO, CARLOS. *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1945.

sólo lógica. El juez no se limita únicamente a «juzgar». Su actividad principal es la valoración, y en ejercicio de esta tarea es un verdadero creador»

En el *Derecho Procesal*, la *jurisprudencia* puede servir de fuente material de nueva legislación, pero no es fuente formal independiente de derecho positivo, porque el juzgador puede apartarse del precedente judicial aunque provenga del más alto tribunal. En los países anglosajones la jurisprudencia es considerada como una verdadera fuente de derecho, en este régimen el juez no es el intérprete de la ley, sino como la autoridad que declara la costumbre, principalmente las sentencias de las Cortes Superiores constituyen un precedente que en el futuro obligan incluso al mismo Tribunal que emitió la sentencia, por este sistema de administración de justicia le da el carácter de un *Derecho eminentemente judicial*, como el derecho inglés.

El estudio de la jurisprudencia se ha realizado de diversos ángulos de la dogmática jurídica y de la filosofía del Derecho, sin embargo no se ha tenido en cuenta las formas de creación de la jurisprudencia. **Carla Huerta Ochoa**⁸⁹ hace un estudio reflexivo muy interesante sobre esta materia, afirmando que existen tres formas de creación de jurisprudencia, dos tradicionales: la *reiteración*, la *resolución de contradicción de tesis*, y la tercera: la *modificación como procedimiento especial*.

Explicaremos las dos primeras para posteriormente hacer la interpretación correspondiente de la Ley de Amparo que nos permitirá afirmar la existencia de este tercer procedimiento, apoyándonos en la interpretación de la jurisprudencia existente.

Al inicio del *Digesto* el jurista **Ulpiano** nos da un concepto de jurisprudencia: "*es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia*

⁸⁹ HUERTA OCHOA, CARLA. *La jurisprudencia como técnica*, Biblioteca Virtual, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, www.juridicas.unam.mx (26 -01 -2007).

203 *Derecho Procesal Constitucional*

de los justo y de los injusto". Según esta definición, los juristas deciden sobre la justicia o injusticias de los actos sobre lo lícito o lo ilícito.

Se entiende por **jurisprudencia** las reiteradas interpretaciones que los Tribunales hacen a las normas jurídicas en sus resoluciones, y puede constituir una de las *fuentes del Derecho*, según el país. También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado.

Esto significa que para conocer el contenido cabal de las normas vigentes hay que considerar cómo las mismas se vienen aplicando en cada momento. El estudio de las variaciones de la jurisprudencia a lo largo del tiempo es la mejor manera de conocer las evoluciones en la aplicación de las leyes, quizá con mayor exactitud que el mero repaso de las distintas reformas del Derecho positivo que en algunos casos no llegan a aplicarse realmente a pesar de su promulgación oficial.

En el *Derecho anglosajón* es una fuente de primera magnitud, debido a que los jueces deben fundamentar sus decisiones o sentencias judiciales mediante un estudio minucioso de los precedentes.

En el Derecho continental no es una fuente del Derecho, pero si es un elemento muy importante a la hora de fundamentar, por ejemplo, las resoluciones de los recursos a los órganos judiciales más elevados, que son los encargados de *uniformar* la aplicación de las leyes por parte de los diversos y variados órganos judiciales de inferior rango.

En todo caso tampoco el estudio de las sentencias nos da la medida exacta de la realidad del derecho, porque ocurre que en ocasiones y por diversas razones las sentencias dejan de cumplirse o aplicarse.

Esto es así especialmente cuando el poder judicial entra en colisión con otros poderes del Estado moderno como el ejecutivo y el legislativo, y aunque compromete el principio de separación de poderes es un fenómeno

que no puede desconocerse completamente al elaborar un *Teoría del Derecho*, a riesgo de que aparezca como totalmente separada de la realidad jurídica y social

3.1. Tipos de jurisprudencia constitucional

La doctrina ha establecido varios tipos de jurisprudencia constitucional, que genera varias clasificaciones.

A. Primera clasificación

i. **Las sentencias de especie**, son las que aparecen como consecuencia de la simple aplicación de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En esa perspectiva, la labor del juez constitucional es meramente “declarativa”, ya que se limita a emplear la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

ii. **Las sentencias de principio**, son las que forjan la *jurisprudencia propiamente dicha*, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas legislativas y se constituyen en verdaderos precedentes vinculantes.

B. Segunda clasificación

i. **Las sentencias estimativas**, son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica, es la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional.

Las *sentencias estimativas* pueden ser de *simple anulación*, *interpretativas propiamente dichas* o *interpretativas manipulativas*

(*normativas*). Las sentencias de **simple anulación**, son aquellas en donde el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto normativo. La estimación es **parcial** cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.), y ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es **total** cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley, y en consecuencia dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

ii. Las sentencias interpretativas propiamente dichas, son aquellas en donde el órgano de control constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún órgano judicial, lo cual acarreó una aplicación indebida. Dicha modalidad aparece cuando se asigna al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Asimismo, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "*normas nuevas*", distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.2. La determinación interpretativa previsorá

Es el *axioma* mediante el cual se asume la responsabilidad de predeterminar la totalidad de las consecuencias *político-jurídicas* derivadas de la actividad jurisdiccional. Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los "*huecos normativos*" emanados de un simple fallo estimatorio.

Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia *manipulativa-interpretativa (normativas)* se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento.

García Toma⁹⁰ describe las modalidades que presentan las sentencias interpretativas manipulativas:

a) Las sentencias reductoras

Son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución, la misma que ha generado un vicio de inconstitucionalidad en razón a una redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “*extensión*” del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada, en relación a algunos de los supuestos en él contemplados genéricamente, o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas.

Esto implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley, o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primicialmente previstos. En consecuencia las sentencias reductoras restringen el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

b) Las sentencias aditivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por *omisión legislativa*. En ese contexto procede a “*añadirle*” algo al texto incompleto, a efecto de transformarlo en plenamente constitucional, imponiendo un nuevo elemento al enunciado normativo, extendiendo los alcances preceptivos a un supuesto de hecho primicialmente no contemplado.

⁹⁰ GARCÍA TOMA. Op. cit.

Gaspar Caballero Sierra ⁹¹ señala que en este caso el órgano jurisdiccional constata en el fondo, una comisión legislativa puesto que la regulación es inconstitucional, no por lo que expresamente ordene, sino debido a que su regulación es insuficiente al no haber previsto determinados aspectos que eran necesarios para que la norma se adecuara al texto constitucional. En ese sentido, las sentencias indican que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “*ampliar*” o “*extender*” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o a ensanchar sus consecuencias jurídicas.

La finalidad en este tipo de sentencias consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales, es decir, que a través del acto de adición se evite que una ley cree situaciones contrarias a los principios, valores o normas constitucionales.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica.

c) Las sentencias sustitutivas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley, y simultáneamente incorpora en cambio, un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico, es decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Por ejemplo, la sentencia del **Tribunal Constitucional**⁹² peruano que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 28642 que modifica el numeral 8 del art. 5 del C. P. Const. que en artículo

⁹¹ GASPAR CABALLERO SIERRA, GASPAR. *Corte Constitucional y legislador. Contrarios o complementarios*, en *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000, realidad y perspectivas*, Konrad Adenauer, Bogotá-Colombia, 2001.

⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *STC N° 0007-2007-PI*, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de junio de 2007.

único declara que no procede las acciones constitucionales contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y de la Oficina de Proceso Electorales, que fue declarada inconstitucional y sin efecto, quedando vigente el texto anterior.

Las **sentencias sustitutivas** representan una combinación de las sentencias de inconstitucionalidad clásica y las sentencias aditivas, ya que por un lado anulan el precepto legal objeto de control generado en un vicio de regulación; y por el otro, como consecuencia de lo anterior, cubren o llenan el “*hueco normativo*” por medio de una adición normativa. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad *paralegislativa* se canaliza en el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador hacia la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

d) Las sentencias exhortativas

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. Como puede observarse, si en sede constitucional se considera *ipso facto* que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental.

En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *Vacatio setentiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Esta expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada.

e) Las sentencias estipulativas

Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad establece en la parte considerativa de una sentencia, las *variables conceptuales* o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional. En ese contexto, se describirá y definirá en qué consisten determinados conceptos.

f) Las sentencias desestimativas

Las *sentencias desestimativas* son aquellas que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad. En este último caso, la denegatoria impide una nueva interposición fundada en idéntico precepto constitucional (*petición parcial y específica referida a una o varias normas contenidas o en una ley*). Además, el rechazo de un supuesto vicio formal no obsta para que esta ley no pueda ser cuestionada ulteriormente por razones de fondo. Ahora bien, la praxis constitucional reconoce una pluralidad de formas y contenidos sustantivos de una sentencia desestimativa.

4. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Las sentencias que declaran fundadas las acciones de garantías constitucionales que cuestionan las normas jurídicas y el proceso con sentencia que declara la incompatibilidad constitucional de las normas, si se trata de procesos constitucionales distintos a los procesos de inconstitucionalidad, la sentencia declarará *inaplicable* la norma al caso

concreto, pero no afecta a la vigencia de la norma, es decir que la norma jurídica no puede ser derogada, es decir que la sentencia **no es erga omnes**.

En los *proceso de inconstitucionalidad*, la sentencia del tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad y deja sin efecto la norma jurídica con carácter de ley **erga omnes**, por lo que la doctrina considera al *Tribunal Constitucional* o cualquier otra denominación que las Constituciones le asignen al máximo órgano jurisdiccional de control de la constitucional, como el **Cuarto Poder Político del Estado**, porque deja sin efecto normas jurídicas del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, como en el Perú los Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia que tiene el carácter de Ley.

Es necesario precisar la definición y distinción de la *derogatoria de normas con fuerza de ley, la inexequibilidad y la nulidad*.

a) La derogatoria de normas con fuerza de ley

La derogatoria de normas con fuerza de ley corresponde a la actividad legislativa, que es competencia exclusiva del Congreso, o del Gobierno revestido excepcionalmente de facultades extraordinarias legislativas. La derogatoria supone la validez legal de la norma derogada. Si tiene la competencia para reemplazar la norma derogada por un nuevo precepto a fin de evitar vacíos legales.

b) La inexequibilidad

La *inexequibilidad* es un acto jurisdiccional propio de la rama judicial del poder público. La *inexequibilidad* declara que la norma está afectada por un vicio de constitucionalidad que no permite seguir aplicándola. El Tribunal Constitucional no tiene atribuciones para reemplazar la norma declarada *inexequible* ni subsanar los vicios

legales. Como consecuencia del fallo de *inexequibilidad* no pueden desconocerse las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma y sus efectos se proyectan hacia el futuro y por excepción hacia el pasado. La *inexequibilidad* revive las normas derogadas o subrogadas por la norma declarada inconstitucional. La **Corte Constitucional**⁹³ colombiana se ha pronunciado sobre el tema en reiterada jurisprudencia entre las cuales se encuentra:

Sentencia C-501 de mayo 5 de 2001. -"*...la declaratoria de inexequibilidad de una norma implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del texto fundamental. Esto es así en cuanto una declaratoria de inexequibilidad conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que ha sido encontrada contraria a la Carta y ante ello se debe determinar el establecer si el fallo tiene efectos únicamente hacia el futuro o si también cubre situaciones consolidadas en el pasado, evento en el cual restablecen su vigencia aquellas disposiciones que habían sido derogadas por la norma declarada inconstitucional...*".

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 18631 del 22 de octubre de 2001. - "*...similar línea jurisprudencial ha proseguido la Corte Constitucional dejando en claro que "en principio la declaratoria de inexequibilidad de una norma, que había subrogado otras disposiciones, tiene como efecto revivir los contenidos normativos derogados" (C-1548-2000), "implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas siempre que ello se requiera para asegurar la supremacía del texto fundamental" (C-501/2001), porque "la decisión de inexequibilidad es diversa de una derogación, y por ello puede implicar el restablecimiento ipso iure de las disposiciones derogadas por la norma declarada inconstitucional", toda vez que "como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por*

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-501 de mayo 5 de 2001.*

ministerio de la inexequibilidad, de forma tal que pueda revivir las disposiciones derogadas" (C-055/96).

c) La nulidad

La nulidad retrotrae las cosas a su estado anterior, como si el acto nulo no hubiera existido. Se observa de acuerdo con lo expuesto, que solo se revive la norma que ha sido derogada por otra cuando se declara *inexequible* la norma derogatoria. Situación diferente se presenta con la derogatoria de las normas, las cuales para que adquieran vigencia deben ser reproducidas en una nueva ley

Una ley derogada no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.

Segunda Parte

**ACCIONES
CONSTITUCIONALES**

CAPITULO I

LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS

1. DEFINICIÓN

Es una de las garantías constitucionales consistente el derecho que tiene toda persona de promover acción ante el órgano jurisdiccional competente contra cualquier autoridad, funcionario o persona para que cese la violación o amenaza a la *libertad individual* y derechos conexos.

El art. 200, inc. 1 de la Constitución Política declara:

«Artículo 200°. Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos»

El C.P.Const. reglamentando el art. 200, inc.1 especifica los derechos que pueden ser objeto de vulneración o amenaza, prescribiendo en el art. 25:

Artículo 25.- Derechos protegidos

Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual:

1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 8: Garantías judiciales

2.-... Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las garantías mínimas:

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable.

3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.

4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.

Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 22: Derecho de circulación y de residencia

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

217 *Derecho Procesal Constitucional*

6. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a ley.*

5) *El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.*

6) *El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.*

Constitución Política:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

11. *A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en el él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.*

7) *El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.*

Constitución Política del Estado:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

...

24. *A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

- 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.*
- 9) El derecho a no ser detenido por deudas.*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

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

- 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.*
- 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal "g" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución.*

Constitución Política del Estado:

219 *Derecho Procesal Constitucional*

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

...

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.*
- 12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.*
- 13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.*
- 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.*
- 15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.*

Constitución Política del Estado:

Artículo 99°. *Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.*

- 16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.*

17) *El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.*

También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio»

La acción de habeas corpus también procede contra las resoluciones judiciales conforme a lo previsto por el art. 4, 2ª parte del C.P. Const.

Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales

...

El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

2. TIPOS DE HABEAS CORPUS

El Hábeas Corpus es un instituto de protección del derecho a la libertad personal, es propio del derecho anglosajón que tiene sus raíces en los primeros tiempos del *Common Law*, y que luego se ha extendido a otros ámbitos, y para llegar, finalmente a América Latina, en donde se incorporó por primera vez en 1830.

El Perú lo incorporó en su Ordenamiento Jurídico por Ley expresa en el año de 1897, es así que el HÁBEAS CORPUS tiene más de *cien años* de antigüedad en nuestro país, y que ha experimentado una *continua evolución* en sus diferentes modalidades, cumpliendo con su *finalidad* de proteger o tutelar la libertad individual, aplicado contra actos u omisiones que vulneren la libertad individual, aplicándose contra autoridades, funcionarios o personas particulares.

221 *Derecho Procesal Constitucional*

La *importancia* de este instituto del HÁBEAS CORPUS se encuentra directamente relacionada con el bien jurídico que protege.

Ciertamente como algunos han dicho, *el ser humano en algunas situaciones ha preferido morir a vivir sin libertad.*

Es por ello que en las sociedades donde se respetan los derechos humanos, siempre encontraremos medios de protección de este supremo derecho.

El Hábeas Corpus contenido en el Art. 200° inciso 1 de la Constitución, es una acción de garantía que:

- *Protege, ampara o tutela* la libertad individual.
- *Se aplica* contra actos u omisiones que vulneran la libertad individual.
- *Se aplica* contra autoridades, funcionarios o personas particulares.

Las modalidades del *Hábeas Corpus* en la Doctrina que me ocupa tratar son:

- 1) Hábeas Corpus Reparador
- 2) Hábeas Corpus Restringido
- 3) Hábeas Corpus Correctivo
- 4) Hábeas Corpus Preventivo
- 5) Hábeas Corpus Traslativo
- 6) Hábeas Corpus Instructivo
- 7) Hábeas Corpus Innovativo
- 8) Hábeas Corpus Conexo

El Fundamento Jurídico N° 5 (FJ-N°5) de la Sentencia del Tribunal Constitucional – STC, recaído en el Exp. N° 2663-2003-HC/TC, caso ***Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca***, Jurisprudencia del Supremo Intérprete y de

Control de la Constitucionalidad, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 21 de Abril del 2004, antes de que entrará en vigencia la Ley N° 28237 – Nuevo Código Procesal Constitucional – que el 01 de Diciembre 2006 cumplirá dos años de su vigencia, este Fundamento Jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional indicada, establece *ocho tipologías o modalidades de Hábeas Corpus en la Doctrina*, que paso a resumir y *procede* su empleo o utilización de cada uno de estos tipos, que paso a mencionar :

2.1. El hábeas corpus reparador

(Art. 200°.1 de la Const. y art. 25°. 7 del C.P. Const.)

Esta modalidad de Hábeas Corpus, *se utiliza* cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato – Juez Penal, Civil, Militar –; de una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin previo proceso formal de interdicción civil; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad; etc.

El *Hábeas Corpus Reparador* representa la modalidad clásica o inicial destinada a promover la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida.

El Hábeas Corpus Reparador se encuentra contenido en la Norma Fundamental en el **Art. 200° inciso 1**, con la siguiente fórmula "*Procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera (...) la libertad individual o los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, y especialmente cuando se trata del debido proceso, y la inviolabilidad del domicilio*"; y esta modalidad de HÁBEAS CORPUS REPARADOR ha sido recogido por el Art. 25° inciso 7 del Código Procesal Constitucional, consagrando: "*El derecho de no ser detenido sino por mandato*

escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda, de acuerdo con el Art. "1" del inciso 24) del Art. 2° de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan".

Que en sus inicios esta modalidad o tipo de Hábeas Corpus se utilizó en la mayoría de los casos para lograr la inmediata libertad de la persona indebidamente detenido.

2.2. El hábeas corpus restringido

(Art. 25°.13 del C.P. Const.)

Esta modalidad de Hábeas Corpus, se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, *se le limita en menor grado*.

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamentos legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes, las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.

Este tipo de Hábeas Corpus también es llamado **accesorio o limitado**, en realidad se trata de una modalidad del Hábeas Corpus Reparador. Según Néstor Pedro Sagüés: *Hábeas Corpus* citando a este autor, por nuestra

constitucionalista Susana *Ynés Castañeda Otsu*⁹⁴, dice : "en este caso no se trata de atender los supuestos de detención o de amenaza, sino el caso de molestias restrictivas (pero no extensivas) de la libertad personal, el sujeto no es privado completamente de su libertad corporal pero enfrenta hechos de vigilancia abusiva, de impedimento para acceder a ciertos lugares".

Su finalidad de esta modalidad de Hábeas Corpus Restringido, según nuestra constitucionalista *Castañeda Otsu, Susana Ynés*⁹⁵ "Es evitar perturbaciones o molestias menores a la libertad individual que no configuren una detención o prisión". Continúa diciendo la autora con autoridad especializada "Que en nuestro medio sería adecuado para frenar las reiteradas citaciones policiales para esclarecimiento de hechos, especialmente de personas que han estado en prisión".

Esta modalidad de Hábeas Corpus ha sido recogido en el Art. 25° inciso 13 del Código Procesal Constitucional, promulgado por Ley N° 28237, vigente desde el 01 de Diciembre del 2004, consagrando: "El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y ha suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados".

2.3. El hábeas corpus correctivo **(Art. 25°.17 del C.P. Const.)**

⁹⁴ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA YNÉS. *Introducción a los Procesos Constitucionales-Comentarios al Código Procesal Constitucional. El Proceso de Hábeas Corpus*, Juristas Editores E.I.R.L. Primera Edición 2005.

⁹⁵ IBIDEM

225 *Derecho Procesal Constitucional*

Esta modalidad de Hábeas Corpus, a su vez, se emplea cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad.

Por ende, su **finalidad** es resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena.

En efecto, la *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* en el caso Alejandro Rodríguez Medrano Vs. la Presidencia del Instituto Nacional Penitenciario y otro (Sentencia del Tribunal Constitucional – STC recaído en el Exp. N°726-2002-HC/TC, el Supremo Interprete y de Control de la Constitucionalidad (Art. 1 Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) señaló que: *"Mediante este medio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual; en todos aquellos casos en que éste se haya decretado judicialmente"*.

Así este tipo de Hábeas Corpus, *procede* ante la amenazada o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados (tal el caso de personas internadas en centros de rehabilitación y de menores, en internados estudiantiles, etc.). Igualmente, es idóneo en los casos en que, por acción u omisión, importen violación o amenaza del derecho *"al trato digno"* o se produzcan tratos inhumanos o degradantes.

Es también admisible la presentación de esta modalidad de Hábeas Corpus, en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; de ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

Esta modalidad de Hábeas Corpus *procede* contra actos lesivos a la integridad personal, integridad que debe entenderse en los planos físico, psicológico y moral. Bajo esta perspectiva, su finalidad no es obtener la libertad de la persona, sino que cesen los maltratos, estado de incomunicación, las

condiciones de detención, de reclusión, inclusive de hospitalización que puedan considerarse inhumanas, humillantes y degradantes. Este tipo de Hábeas Corpus sería extensible al caso de retención por **violencia doméstica o familiar hacia las mujeres, menores de edad** ancianos y otros dependientes, que en el Perú existe un elevado índice de violencia familiar, en muchos casos no son denunciados.

Esta modalidad de *Hábeas Corpus Correctivo* traducido vía Jurisprudencia, ver Sentencias del Tribunal Constitucional – STC, recaído en el Exp. N° 590-2001-HC/TC del 22 de Junio de 2001 y Exp. N° 935-2002-HC/TC del 20 de Junio de 2002, ver además la Sentencia del Tribunal Constitucional – STC. Exp. N° 0318-1996-HC/TC y el Exp. N° 726-2002-HC/TC, del 21 de Junio de 2002, y por último la STC Exp. N° 1429-2002-HC/TC del 19 de Noviembre de 2002, entre otras sentencias.

Este tipo de Hábeas Corpus ha sido recogido en el art. 25°.17 del C.P.Const., consagrando: *"El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena"*.

2.4. El hábeas corpus preventivo

(Art. 200°.1 de la Const. y art. 2° del C.P. Const.)

Esta tipología de Hábeas Corpus podrá ser utilizado en los casos en que, no habiéndose concretado la privación de la libertad personal, existe empero la amenaza cierta e inminente de que ello ocurra, con vulneración de la Constitución o la ley de la materia.

Al respecto, es requisito sine qua non de esta modalidad de Hábeas Corpus, que los actos destinados a la privación de la libertad se encuentran en proceso de ejecución; por ende, la amenaza no debe ser conjetural ni presunta.

El Art. 2° de la Constitución exige para la procedencia del Hábeas Corpus, en doctrina el Hábeas Corpus Preventivo, que cuando se invoque la amenaza de la libertad individual, que ésta sea cierta y de inminente realización. Según la Real Academia Española (RAE), en Diccionario de la Lengua Española, Edición 2005, Autor ESPASA, Págs. 372 y 867, lo "*cierto*" es el resultado del conocimiento de algo como verdadero, seguro e indubitable y lo *inminente* significa una situación antecedente que denota el advenimiento de un hecho que está por suceder prontamente.

Para nuestra constitucionalista **Castañeda Otsu** con respecto al Hábeas Corpus Preventivo, dice:

"Se requiere que la amenaza sea cierta y de inminente realización, que se manifiesta con actos o palabras que no dejen duda alguna de su ejecución y propósito en un plazo inmediato y previsible. Esta amenaza deberá ser valorada por el Juez en cada caso, teniendo en cuenta los principios de interpretación de los derechos humanos y la jurisprudencia emitida al respecto por los órganos jurisdiccionales internos y supranacionales".

Esta tipología de Hábeas Corpus se encuentra contenido en la Norma Fundamental en el art. 200° inciso 1 de la Const. y ha sido recogido en el Art. 2° del C.P.Const., consagrando que: *"Los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, este debe ser cierta y de inminente realización".*

2.5. El hábeas corpus traslativo

(Art. 25°.14 del C.P. Const.)

Este tipo de Hábeas Corpus es empleado para denunciar en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela jurisdiccional efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido.

Para nuestro constitucionalista, **César Landa Arroyo**, refiere que en este caso *"se busca proteger la libertad o la condición jurídica del status de la libertad de los procesados, afectados por los burócratas judiciales"*.

En el caso *Ernesto Fuentes Cano Vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima* (Exp. N° 110-99-HC/TC el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente:

"Que, el tercer párrafo del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N° 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en Diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137° del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura".

Con esta modalidad de Hábeas Corpus se busca proteger la libertad de los procesados o condenados, que conforme a las normas del proceso pena deba encontrarse en libertad, pero sigue en cárcel o en otro centro de detención. Nuestra constitucionalista **Susana Ynés Castañeda Otsu**,⁹⁶ citando a nuestro constitucionalista Domingo García Belaúnde, que **refiere**

⁹⁶ CASTAÑEDA OTSU, SUSANA YNÉS. *Introducción a los Procesos Constitucionales – Comentarios al Código Procesal Constitucional. El Proceso de Hábeas Corpus*, Juristas Editores E.I.R.L., 1ª edic., Lima, 2005.

esta tipología de Hábeas Corpus Traslativo, procede si se produjese mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; Néstor Sagüés nos habla de un Hábeas Corpus por mora en la traslación del detenido, en que hay una orden escrita y hay autoridad competente pero que procede ante el silencio de esa autoridad o ante su inacción en la traslación, refiriendo que en un inicio se limitó a los casos en que no se consumaba en un tiempo razonable el traslado de una persona ante la autoridad competente pero luego se amplió a los supuestos de extradición.

Esta tipología de Hábeas Corpus ha sido recogida en el art. 25° inciso 14 del C.P.Const. de la siguiente manera: *"El derecho de excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad ha sido declarada por el Juez"*.

2.6. El hábeas corpus instructivo **(Art. 25°.16 del C.P. Const.)**

Esta modalidad de Hábeas Corpus podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente la *finalidad* de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez Vs. República del Perú (párrafo 84 de la sentencia del 03 de Noviembre de 1997), estableció lo siguiente:

"Habiendo quedado demostrado como antes se dijo que la detención del Señor Castillo Páez, fue realizada por miembros de la Policía Nacional del Perú y que, por tanto, se encuentra bajo custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la CIDH concluye que la ineficacia del recurso de Hábeas

Corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del Art. 25° de la Convención en relación con el Art. 1.1".

El Código Procesal Constitucional introdujo formalmente esta modalidad de Hábeas Corpus Instructivo en el Art. 25° inc. 16, al consagrar como uno de los derechos protegidos por el Hábeas Corpus que dice: "*El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada*", estableciendo en el art. 32° el trámite que debe seguir.

2.7. El hábeas corpus innovativo

(Art. 1°, 2° párrafo del C.P. Const.).

Esta tipología de Hábeas Corpus procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante.

Al respecto, nuestro constitucionalista **Domingo García Belaúnde**⁹⁷ expresa que dicha acción de garantía "*debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado*" Asimismo, César Landa Arroyo,⁹⁸ afirma que "*a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un Hábeas Corpus Innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos*".

2.8. El hábeas corpus conexo

⁹⁷ GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. *Constitución y Política*, Edit. Dili. Lima 1991, pág. 148.

⁹⁸ LANDA ARROYO, CÉSAR. *Tribunal Constitucional, Estado Democrático*, edit. Palestra, Lima 2003, p. 1993.

231 *Derecho Procesal Constitucional*

Esta tipología de Hábeas Corpus es utilizado cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores descritos. Tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los *derechos innominados – previstos y protegidos implícitamente, en el Art. 3° de la Constitución* – entroncados con la libertad física o de locomoción puedan ser resguardados.

Esta tipología de Hábeas Corpus ha sido elaborada de modo casuístico, en atención a la continua evolución que ha experimentado este proceso constitucional, por lo que no puede ser tomada como un *numerus clausus*.

Por último, el párrafo segundo del *Art. 25° inc. 17 del C. P. Const.*, declara:

"También procede el Hábeas Corpus en Defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del Debido Proceso y la Inviolabilidad del Domicilio".

Estos derechos están explícitamente consagrados en el Art. 139° inciso 3 (la observancia del debido proceso) de la Constitución de 1993 y Art. 2° inciso 9 de la Constitución (la Inviolabilidad del Domicilio), ergo el Instituto Hábeas Corpus también procede en defensa de estos derechos fundamentales de contenido constitucional, entonces la autoridad jurisdiccional y administrativa debe cumplir en la observancia e irrestricto respeto del derecho al Debido Proceso y Tutela Jurisdiccional Efectiva, que es una garantía constitucional, en el campo del Derecho Procesal Penal, son:

1. La garantía de la *no incriminación, el derecho al silencio, el derecho a la defensa*, que implica la no declaración.

2. El imputado tiene el *derecho de declarar cuantas veces quiera*, pues es él quien controla la oportunidad y contenido de las informaciones que desea incorporar al proceso.
3. Toda persona en un proceso penal *tiene derecho a un Juez imparcial*, que es una garantía limpia e igualitaria contienda procesal.
4. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (que es un problema endémico de la administración de justicia en el Perú), no observan el derecho al plazo razonable en el *ius punendi*, vulnerando este derecho fundamental.
5. El derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes.
6. La garantía del *non bis in idem* procesal, art. 139° inciso 13 de la Constitución.
7. El derecho a la *presunción de inocencia* (Art. 2° inciso 24.e) de la Constitución.
8. El derecho de defensa, art. 139° inciso 14 de la Constitución.
9. El derecho a la Tutela Jurisdiccional, art. 139° inc. 3 de la Constitución.

3. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL

a) Demandante

Para demandar *acción de habeas corpus* está legitimada cualquier persona sin necesidad de acreditar su representación, o grado de parentesco, sin necesidad de firma de letrado ni pago de tasa judicial, también puede promover acción el Defensor del Pueblo. El Art. 27 del C.P. Const. reconoce que están legitimados para demandar esta acción cualquier persona a favor del agraviado y está legitimado el Defensor del Pueblo.

b) Demandado

Los emplazados pueden ser cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual y derechos fundamentales conexos. (Art. 200°, inc. 1 C.E.).

c) Juez

El juez competente para conocer las demandas de *acción de habeas corpus* es el Juez Penal que se encuentre de turno o no, es decir, sin consideración de turno (art. 28° C.P. Const.). El Juez está obligado en hacer las verificaciones in situ en forma personal y directa, sin embargo puede ordenar la actuación de verificación de los hechos demandados por *comisión al Juez de Paz*, cuando la afectación de la libertad individual se produzca en lugar distinto y lejano o de difícil acceso para el Juzgado Penal, ordenando al Juez de Paz para que en el día y bajo responsabilidad cumpla con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la vulneración o amenaza a la libertad individual (art. 29 C.P. Const.).

El C.P. Const. introduce la competencia del Juez de Paz en el proceso de hábeas corpus, pero no es competente para conocer el proceso de acción de habeas corpus, sino que actúa por comisión en representación del Juez Penal que conoce de la demanda exclusivamente para la verificación de los hechos violatorios o amenazantes, y disponer de las medidas inmediatas para el cese de la afectación, remitiendo inmediatamente lo actuado al Juzgado Penal. Es una comisión mediante exhorto del Juez de Penal al Juez de Paz en los lugares de imposible acceso inmediato del Juez que conoce el proceso.

Artículo 29.- Competencia del Juez de Paz

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda este dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en el que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

d) El abogado

El abogado cumple una función decisiva de garantía en la efectividad de la tutela jurisdiccional en general y particularmente en la tutela de la libertad individual, quién es el que promueve la demanda de habeas corpus y muy excepcionalmente las personas concurren al órgano jurisdiccional sin la intervención del abogado.

El C.P. Const., no ha contemplado en esta acción la necesidad de la participación del abogado, talvez por su naturaleza sui géneris de sumarísimo, sin embargo en la generalidad de la casuística de *acción de hábeas corpus* son los abogados, y excepcionalmente en forma directa por los familiares del afectado, sin embargo en los casos de desaparición forzada, el juez o tribunal está en la obligación de nombrar abogado defensor.

4. LA DEMANDA

4.1. Definición

La *demanda de acción de habeas corpus* es el medio por el cual se promueve la acción jurisdiccional interpuesta ante el Juez competente que tiene por finalidad que el Juzgador cese la acción u omisión de la violación o amenaza de la libertad individual y derechos fundamentales conexos.

4.2. Formalidad

La demanda de acción de habeas corpus no está sujeta a formalidad alguna, la que puede ser interpuesta por cualquiera de la formas (*verbal o escrito*) y medios (*directa –personal- o por correo, otros medios electrónicos: teléfono, internet, fax, etc.*) que pongan en conocimiento del Juez Penal la vulneración o amenaza de la libertad individual de una o varias personas. Cuando la demanda es verbal el Juez o secretario levantará acta haciendo constar la relación sucinta de los hechos que afectan la libertad individual de la persona agraviada. Si la demanda es por escrito, también se precisará la

relación de los hechos que afectan el derecho de la libertad individual lógicamente precisando los sujetos activos de la violación o amenaza. El art. 27 del C.P. Const. Expresa:

«Artículo 27.- Demanda.

La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el Juez o Secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos»

5. PROCEDIMIENTO

El C.P. Const., ha previsto tres formas de procedimiento fundamentado en la naturaleza de la afectación del derecho de libertad individual y derechos fundamentales conexos.

5.1. En caso de detención arbitraria

El art. 30 del Código ha previsto un procedimiento inmediato muy urgente en cualquiera de las formas de *detención arbitraria* y de la *afectación de la integridad personal (torturas pese a la detención legal)*, el juez resolverá de inmediato y para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado dejando constancia en acta, sin la necesidad de notificación previa al responsable de la agresión para que cumpla con la resolución judicial.

Artículo 30.- Trámite en caso de detención arbitraria

Tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria y de afectación de la integridad personal, el Juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el

lugar de los hechos, y verificada la detención indebida ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial.

5.2. Casos distintos de la detención y agresión

En estos casos el Juez tiene la potestad de constituirse en el lugar de los hechos o citar a la persona o personas que ejecutaron la violación con el requerimiento que explique la razón que motivó la agresión, y resolverá de plano en el término de un día. La resolución notificará al agraviado aun que se encuentre detenido, también puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda y a su abogado.

Artículo 31.- Trámite en casos distintos

Cuando no se trate de una detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal, el Juez podrá constituirse en el lugar de los hechos, o, de ser el caso, citar a quien o quienes ejecutaron la violación, requiriéndoles expliquen la razón que motivó la agresión, y resolverá de plano en el término de un día natural, bajo responsabilidad.

La resolución podrá notificarse al agraviado, así se encontrare privado de su libertad. También puede notificarse indistintamente a la persona que interpuso la demanda así como a su abogado, si lo hubiere.

5.3. Casos de desaparición forzada

Generalmente las desapariciones forzadas de las personas son propias de los gobiernos de facto, en el que no se respetan los

237 *Derecho Procesal Constitucional*

derechos fundamentales de las personas, siendo violadas constantemente principalmente por las fuerzas armadas y policiales.

El C.P. Const. regula un procedimiento especial para los casos de desaparición forzosa previsto en los arts. 32 y 33:

a) El juez procederá a la verificación en las instalaciones de la autoridad o funcionario o persona demandada para que proporcione información satisfactoria sobre el paradero o destino de la persona desaparecida.

b) Si la información recibida es insatisfactoria, el Juez adoptará todas las medidas necesarias para su hallazgo, estando facultado para comisionar a jueces del Distrito Judicial donde se presume se encuentre detenida para que practiquen su verificación, y tomar las medidas necesarias para el cese de la violación al derecho de libertad individual.

c) El Juez dará aviso al Ministerio Público de la demanda de habeas corpus para que proceda a las investigaciones correspondientes.

d) Si la agresión es imputada a algún miembro de la policía o de las fuerzas armadas, el Juez solicitará al Superior de la agresión de la Zona donde ha desaparecido la persona, para que en el *plazo de 24 horas* informe si es cierto o no la violación del derecho de la libertad individual y proporcione el nombre del agresor.

Artículo 32.- Trámite en caso de desaparición forzada

Sin perjuicio del trámite previsto en los artículos anteriores, cuando se trate de la desaparición forzada de una persona, si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el Juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces

del Distrito Judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el Juez dará aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes.

Si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

En este proceso el legislador ha dado seguridad a la celeridad procesal protegiendo contra actos procesales de entorpecimiento del proceso expresados en el art. 33 del Código, estando *prohibido la recusación* salvo por el afectado o por quien actúe en su nombre (*sin necesidad de poder*), la *inexcusabilidad* de los jueces, *no interviene el Ministerio Público*. Así mismo el juzgador tiene las siguientes facultades: Los jueces deberán *habilitar día y hora* para la realización de las actuaciones procesales, el demandante tiene el derecho de presentar *pruebas documentales* en cualquier estado de proceso y el juez apreciará su mérito, el Juez o Sala está en la obligación de designar un defensor de oficio al demandante (*el inc. 7 del art. 33 expresa: si lo pidiera, sin embargo esta norma es contradictoria a la norma constitucional del derecho de defensa, por lo que esta norma es contradictoria con la norma constitucional imperativa que garantiza el derecho de defensa*), además, las actuaciones procesales son *improrrogables*.

Artículo 33.- Normas especiales de procedimiento

Este proceso se somete además a las siguientes reglas:

- 1) No cabe recusación, salvo por el afectado o quien actúe en su nombre.*
- 3) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios.*
- 4) Los jueces deberán habilitar día y hora para la realización de las actuaciones procesales.*

5) *No interviene el Ministerio Público.*

6) *Se pueden presentar documentos cuyo mérito apreciará el juez en cualquier estado del proceso.*

7) *El Juez o la Sala designará un defensor de oficio al demandante, si lo pidiera.*

8) *Las actuaciones procesales son improrrogables.*

6. LA SENTENCIA

La sentencia puede ser declarada *funda*, *infundada* o *improcedente* según las circunstancias verificadas por el juzgador.

La sentencia declarará *fundada* la demanda de acción de habeas corpus, si el juzgador verifica la vulneración o amenaza de la libertad individual o las libertades fundamentales conexas.

La sentencia declarará *infundada* la demanda, cuando los hechos u omisiones demandados como violatorios o amenazas a la libertad individual, en el acto de la verificación no existen o estos son practicados conforme a ley, por ejemplo la demanda se fundamenta en la supuesta detención arbitraria, pero el juez en la verificación constata que esta detención es por mandato judicial y que se encuentra dentro del plazo de 24 horas para que la policía ponga a disposición del juzgado.

Asimismo la demanda de acción de habeas corpus será declarado *improcedente* en los casos previstos en el art. 5 del C.P. Const. el que prescribe las causales de improcedencia, previstos en los incs. 1, 2, 5 y 6:

«Art. 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. *Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;*

...

5. *A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;*

...

6. *Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia»*

6.1. Contenido de sentencia fundada

En la sentencia que declara *fundada* la demanda de acción de habeas corpus, el juez está en la obligación de observar las prescripciones del art. 34 de C.P. Const. conforme al caso concreto verificado:

«Artículo 34.- Contenido de sentencia fundada

La resolución que declara fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:

1) *La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o*

2) *Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o*

3) *Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o*

4) *Que cese el agravo producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse»*

Además el juez observará las prescripciones del art. 8 del C.P. Const.

Artículo 8.- Responsabilidad del agresor

Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el Juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente título, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión y sus efectos, o cuando la violación del derecho constitucional haya devenido en irreparable, si el Juez así lo considera.

Tratándose de autoridad o funcionario público, el Juez Penal podrá imponer como pena accesoria la destitución del cargo.

El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de la responsabilidad por el agravio incurrido ni de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99 de la Constitución, se dará cuenta inmediata a la Comisión Permanente para los fines consiguientes»

7. RECURSOS IMPUGNATORIOS

En el *proceso constitucional peruano* nos encontramos con tres recursos impugnatorios: *recurso de apelación, recurso de agravio y recurso de queja*. Los recursos impugnatorios tienen que observar las fundamentaciones de hecho y de derecho y los errores en que ha incurrido el juzgador que emitió la sentencia.

a) Recurso de apelación

Procede contra la *sentencia de hábeas corpus*, y puede ser interpuesto por el demandante o agraviado en caso de declararse infundada o improcedente la demanda, y por la parte demandada si la sentencia declara fundada la demanda. El *recurso de apelación contra autos* es improcedente,

aparentemente pareciera que se atenta al derecho de defensa, sin embargo estando en conflicto con el derecho de la libertad individual, por el *principio de ponderación de principios* es justificable la improcedencia de los recursos impugnatorios contra los autos en el proceso de acción de *hábeas corpus*, en cualquiera de sus formas, porque traen como consecuencia actos procesales dilatorios contrarios al procedimiento de urgente necesidad.

El *plazo* para interponer el recurso de apelación es de *dos días* computados a partir de la fecha de notificación con la sentencia.

Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia, el Juez elevará los autos al superior en el día, y la Sala Penal resolverá en el plazo de 5 días bajo responsabilidad en audiencia pública de la vista de la causa, y los abogados podrán formular informes orales.

Están previstos en los arts. 35 y 36 del C.P. Const.

«Artículo 35.- Apelación

Sólo es apelable la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para apelar es de dos días»

«Artículo 36.- Trámite de Apelación

Interpuesta la apelación el Juez elevará en el día los autos al Superior, quien resolverá el proceso en el plazo de cinco días bajo responsabilidad. A la vista de la causa los abogados podrán informar»

b) Recurso de agravio constitucional

El *recurso de agravio constitucional* es el medio por el cual el Tribunal Constitucional llega a conocer el proceso para pronunciarse sobre o fondo o vicios del proceso incurrido por el juzgador o la Sala Penal. Este recurso solamente procede contra la

resolución de segunda instancia cuando confirma la sentencia de primera instancia que declara infundada o improcedente o revocando la apelada que declara fundada la demanda, reformándola declara infundada o improcedente. El recurso extraordinario no procede cuando la sentencia de segundo grado declara fundada la demanda.

El Tribunal Constitucional es competente para conocer del proceso de habeas corpus solamente cuando la demanda ha sido declarada infundada o improcedente, de conformidad con el art. 5° de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

«Artículo 5°.- Quórum

... Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes»

El *plazo* para interponer el recurso de agravio constitucional es de 10 días computados a partir de la fecha de notificación con la sentencia, y concedido el recurso, la Sala remitirá el expediente al Tribunal Constitucional en el plazo máximo de tres días.

El art. 18 del Código expresa, *más el término de la distancia*, con esta expresión pareciera hacer una confusión en el sentido que puede remitir el expediente después de tres días, debe entenderse necesariamente que el plazo de tres días como máximo para que la Sala deposite en la oficina de correspondencia, quienes puede entregar en mesa de partes del Tribunal Constitucional después de varios días según las circunstancias de la distancia.

Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

c) Recurso de queja

El recurso de queja procede cuando el juez declara *inadmisible* o *improcedente* el recurso de apelación o la Sala Penal *deniega* el recurso de agravio constitucional, en estos casos el afectado interpone el recurso de queja.

El recurso de queja contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días computados del día siguiente de la notificación denegatoria. En el caso que el recurso de queja se interponga por denegatoria del recurso de apelación, también se interpondrá el recurso de queja dentro del plazo de 5 días, sin embargo el C.P. Const. no ha previsto este supuesto.

El *art. 19 del Código* prescribe como requisitos, la fundamentación del recurso de queja y anexar la copia de la resolución recurrida objeto del recurso de agravio constitucional y la denegatoria con la certificación o no de la copias por el abogado.

El recurso de queja será resuelto por el Tribunal Constitucional en el plazo de diez días de recibido sin más trámite. Si declara fundada la queja, el Tribunal conocerá también el recurso de agravio constitucional ordenando a la Sala remita el expediente dentro del tercer día de recibido el oficio, bajo responsabilidad. Este procedimiento está previsto por el art. 19 del Código.

«Artículo 19.- Recurso de queja

Contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional procede recurso de queja. Este se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria. Al escrito que contiene el recurso y su fundamentación, se anexa copia de la resolución recurrida y de la resolución denegatoria, certificada por abogado, salvo el caso del proceso de hábeas corpus. El recurso será resuelto dentro de los diez días de recibido, sin dar lugar a trámite. Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de oficiado, bajo responsabilidad»

8. PROCEDIMIENTO ANTE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal resolverá dentro del plazo máximo de 20 días de recibido el expediente si se trata de habeas corpus y 30 días si se trata de los proceso de amparo, habeas data y de cumplimiento. Para el efecto *señalará día y hora para la vista* de la causa y se notificará a los abogados quienes tienen el derecho facultativo de formular informe oral o no en la audiencia pública, si bien es cierto que el C.P. Const. no ha previsto, sin embargo en garantía de la observancia del principio de publicidad de la impartición de justicia, tiene que aplicarse supletoriamente el *art. 131° del TUO de la L. O. del P. J.*

La decisión del Tribunal puede ser en dos sentidos: **a)** si la resolución impugnada se ha emitido con vicios procesales que afecta el sentido de la decisión, la sentencia será anulada y ordenará se reponga el proceso al estado anterior al acto procesal viciado, y **b)** el Tribunal revocará la sentencia y se pronunciará sobre el fondo, si el vicio alcanza solamente a la resolución impugnada. El art. 20 del Código ha previsto el procedimiento.

Artículo 20.- Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Dentro de un plazo máximo de veinte días tratándose de las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, y treinta cuando se trata de los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre el recurso interpuesto.

Si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio. Sin embargo, si el vicio incurrido sólo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revoca y procede a pronunciarse sobre el fondo.

9. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La ejecución de la sentencia está prevista por el art. 22 del C. P. Const. prescribiendo las medidas para la eficacia de la sentencia que ha quedado consentida o ejecutoriada y que será ejecutada por el juez de primera instancia. El art. 22 del C.P. Const. prescribe apercibimiento de multas a imponerse contra la autoridad o funcionario o cualquier persona en caso de incumplimiento con el mandato de la sentencia, esto no quita que a pedido de parte puede dictarse otra forma de apercibimiento. Esto teniendo en cuenta la resistencia principalmente de los funcionarios de las instituciones públicas y privadas que poco les interesa la imposición de multas sobre multas, conforme nos enseña la praxis jurisdiccional.

«Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular»

CAPÍTULO II

LA ACCION DE AMPARO

1. TEORÍA DE LA RESIDUALIDAD Y LA ACCION DE AMPARO

1.1. Teoría de la residualidad

La teoría de la residualidad, es una surgida para poner límite al derecho del ejercicio de la demanda de acción de amparo como resultado de una concepción solidaria con el proceso ordinario o común, considerado como el proceso por excelencia para resolver los conflictos que no tengan relación con la libertad individual y los procesos penales. Esta posición pese a la evolución del reconocimiento por la generalidad de las Constituciones Políticas de los Estados la garantía de la Acción de Amparo y las leyes y Códigos Procesal Constitucionales, todavía algunos doctrinarios vienen considerando a la acción de amparo como una acción jurisdiccional residual siguiendo las posiciones de algunos destacados juristas como ***Néstor Pedro***

Sagüés ⁹⁹ comentando el art. 43 de la Constitución Nacional Argentina de 1994, el que expresa:

Art. 43º. Acción de Amparo

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley (...)"

Afirma el autor que de todos modos, situaciones especiales de cada caso, objetivas y subjetivas, generalmente de especial urgencia, explican (y no sin alguna frecuencia) que los trámites ordinarios y sus medidas cautelares puedan provocar a quien los deba transitar un agravio irreparable, y que entonces sea perfectamente viable la acción de amparo. Al respecto, basta que el interesado acredite razonablemente y prima facie la falta de idoneidad para atacar eficazmente al acto lesivo e los trámites comunes, administrativos y judiciales, para que deba operar el amparo.

Según esta afirmación, la acción de amparo solamente será admitida a trámite cuando no existe otro mecanismo procesal para amparar las pretensiones de la demanda, es decir, la acción de amparo solamente es procedente cuando se el juzgador ha descartado la existencia de otro mecanismo procesal ordinario o común.

El C. P. Const. en el art. 5, inc. 2 expresa una de las causales de improcedencia:

Artículo 5.- Causales de improcedencia

⁹⁹ SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO. *Derecho de amparo en Argentina*, en *El derecho de amparo en el mundo*, Coordinadores: FIX ZAMUDIO, HÉCTOR y FERRER MAC GREGOR, EDUARDO, edit. Porrúa, UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, 2006, p. 62.

No proceden los procesos constitucionales cuando:

...

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus...»

En términos generales este inciso precisa las excepción a la procedibilidad de las acciones de garantías constitucionales, cuando no existen vías procedimentales específica, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo que se trate del proceso de hábeas corpus. Dentro del ejercicio de estas garantías la que más se ha discutido y defendido la supuesta naturaleza de residualidad de la demanda de acción de amparo, justamente porque constituyen l causas que más se proliferan, es decir, tiene más que todo como objetivo, la racionalización de la carga procesal.

Los procesos de garantías constitucionales, son proceso sumarísimos especiales, que están investido de urgente necesidad de amparo de la tutela jurisdiccional, que pese a la existencia de la existencia de otro mecanismo procesal ordinario, la dinámica del proceso no tiene el carácter de urgente tutela jurisdiccional inmediata y eficaz, en tal sentido se tiene que interpretar este artículo inc.2, siendo claro el presupuesto para declarar la improcedencia cuando *existen otras vías igual satisfactorias para la protección del derecho constitucional. Esto significa, que solamente en el caso que existe otra vía procesal igualmente sumarísima, que en este caso estamos hablando del proceso de medidas satisfactiva, cuando está regulado por la norma procesal o por la Jurisprudencia.*

Los magistrados generalmente declaran improcedente la acción, porque sencillamente invocan este artículo que existen otros mecanismos procesales ordinarios para resolver el conflicto recurrente principalmente al proceso contencioso administrativo, que en nuestra realidad casuística se resuelven mínimamente en un promedio de cinco años de duración del

251 *Derecho Procesal Constitucional*

proceso, y de esta manera se transgrede también a las garantías constitucionales.

Los fundamentos de la concepción de la residualidad de la acción de amparo, sin duda son tres:

a) La resistencia a la limitación del abuso del poder principalmente a los actos del Poder Ejecutivo a través de sus distintos órganos e instituciones, que han mostrado una práctica constante de violación y amenaza de los derechos fundamentales y escasamente por particulares, el Poder Constituyente ha declarado y reconocido los derechos fundamentales de la persona humana y establecidos los mecanismos de protección reconociendo y protegiendo el derecho de los afectados a promover demandas de hábeas corpus, acción de amparo, acción de hábeas data y acción de cumplimiento.

b) La resistencia al cambio y desarrollo de la Teoría General del Proceso, como resultado de más de 250 años de vigencia del Código de Procedimiento Civiles promulgado en Francia después de la revolución francesa que ha influencia mayoritariamente en Europa toda Iberoamérica, África y otros continentes, sentado sobre principios del liberalismo cuyo alimento es el menor control del Estado sobre el Derecho Privado, concepción individualista que sobrepone los derechos económicos sobre los valores de la persona la humana.

c) La resistencia al reconocimiento de los derechos humanos como principios fundamentales para su libre desenvolvimiento como instrumento de desarrollo de la sociedad materializado en la Declaración de Derechos Humanos y una serie de declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos, siendo la razón que las Constituciones Políticas de los Estados declaran y reconocen. Además existe la resistencia al reconocimiento que el respeto de los derechos constitucionales es propio de los Estados de Derecho y no de las dictaduras y tiranías.

d) Otra de las razones es el temor por la carga procesal y el surgimiento de la necesidad de la creación de Juzgados y Salas Constitucionales, así como

la carga procesal del Tribunal constitucional, y el gasto público, sin embargo se tiene que romper con esta política jurisdiccional. Algunos Tribunales Constitucionales, en sus sentencias hacen un esfuerzo por sentar jurisprudencia de observancia obligatoria, sin más que fundamento que la política de liberación de la carga procesal, después de haber experimentado la tremenda carga procesal de acciones de amparo que ingresan al tribunal, que no es más que una realidad viviente del abuso del poder administrador, e incluso una serie de sentencias viciadas de error que violan los derechos fundamentales de las personas, se tiene que recurrir al Poder Judicial.

1.2. Acción de amparo

La *acción de amparo* es una garantía constitucional que consiste en el derecho que tiene toda persona de recurrir al órgano jurisdiccional competente para que cumpla con hacer cesar la vulneración o amenazas de los derechos fundamentales distintos a la libertad individual, producidas por la conducta activa u omisiva de los sujetos demandados.

El *art. 200º, inc. 2* de la Constitución Política del Estado declara los casos en los que procede la acción de amparo con excepción de los derechos fundamentales declarados en el Art. 2º, incs. 5) y 6) de la Constitución.

«Artículo 200º. *Son garantías constitucionales:*

...

2. *La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular»*

El C.P. Const. declara los derechos fundamentales protegidos por la constitución declarados en el art. 37.

Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

1) De igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole;

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

1. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

2) Del ejercicio público de cualquier confesión religiosa;

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

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

3) De información, opinión y expresión;

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de

comunicación social, sin previa autorización ni 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.

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 comunicación.

4) A la libre contratación;

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

5) A la creación artística, intelectual y científica;

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

6) *De la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

10. *Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.*

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

7) *De reunión;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

12. *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*

anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

8) *Del honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

7. *Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.*

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

9) *De asociación;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

13. *A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.*

10) *Al trabajo;*

Constitución Política:

257 *Derecho Procesal Constitucional*

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
11) *De sindicación, negociación colectiva y huelga;*

Constitución Política:

Artículo 28°. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

- 1 Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.
12) *De propiedad y herencia;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
15. A la propiedad y a la herencia.

- 13) *De petición ante la autoridad competente;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

20. 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, bajo responsabilidad.

14) De participación individual o colectiva en la vida política del país;

Constitución Política:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

15) A la nacionalidad;

Constitución Política:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.

16) De tutela procesal efectiva;

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,

en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

17) A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;

18) De impartir educación dentro de los principios constitucionales;

Constitución Política:

Artículo 14°. La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.

19) *A la seguridad social;*

Constitución Política:

Artículo 11°. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.*

** Párrafo agregado mediante la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004.*

20) *De la remuneración y pensión;*

Artículo 24°. El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

261 *Derecho Procesal Constitucional*

21) *De la libertad de cátedra;*

Constitución Política:

Artículo 18°. La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

22) *De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;*

Constitución Política:

Artículo 35°. Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

23) *De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;*

Constitución Política:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

22. 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 salud; y*

Constitución Política:

Artículo 11°. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado.

25) *Los demás que la Constitución reconoce.*

También procede la acción de amparo contra las resoluciones judiciales que afecten la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso el derecho de defensa, el derecho de la producción de prueba. El art. 4° del C.P. Const. precisa el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva, como veremos:

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.

...

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.

Humberto Nogueira Alcalá¹⁰⁰ sostiene que el amparo de derechos constituye una acción tutelar de derechos humanos o fundamentales, los cuales son protegidos frente a decisiones, actos u omisiones ilegales o arbitrarios de terceros, sean éstos particulares, órganos o autoridades del Estado.

En la constitución de **Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú**, ninguna autoridad o funcionario público se sustrae al alcance de la acción de amparo o tutela de derechos fundamentales, ni aún las resoluciones de los tribunales ordinarios cuando ellas vulneran derechos fundamentales.

¹⁰⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del sur, Ius et Praxis* v.8 n.2 Talca 2002, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000200003&script=sci_arttext (02-01-09).

Asimismo puede sostenerse que no hay cosa juzgada de las sentencias de los tribunales ordinarios, mientras no se haya agotado el plazo y procedimiento de amparo ante el Tribunal o Corte Constitucional, decisión jurisdiccional que busca restablecer el imperio del derecho afectado, preservando u otorgando fuerza normativa al derecho constitucional material, superando los *déficit de derechos fundamentales*, los *déficit de interpretación y ponderación de derechos* o los *déficit de procedimiento*.

a) El déficit de derechos fundamentales se produce cuando en la resolución de un caso, el tribunal ordinario competente ha ignorado un derecho humano o fundamental aplicable, anulando la resolución o sentencia del tribunal ordinario respectivo.

b) El déficit de interpretación ocurre cuando la resolución o sentencia judicial ha aplicado el derecho fundamental pero ha interpretado erróneamente su significado o alcance constitucional. El Tribunal o Corte Constitucional, en estos casos verifica el uso correcto de las reglas de interpretación constitucional o la adecuada delimitación y alcance del derecho en cuestión.

c) El déficit de ponderación se refiere a la inadecuada determinación de los límites de los derechos en caso de tensión entre dos o más de ellos, afectándose el contenido de ellos más allá de lo que autoriza la Constitución material y formal.

d) El déficit de procedimiento se produce cuando el procedimiento judicial de los tribunales ordinarios no respeta el derecho de acceso a la jurisdicción o las reglas del debido proceso como tribunal independiente e imparcial, adecuado emplazamiento, asistencia de letrado adecuada y eficaz, suficiente y adecuada prueba en el proceso, sentencia sin dilaciones indebidas, sentencia motivada, congruente y en una consideración adecuada de las fuentes del derecho, revisión por otro tribunal igualmente

independiente e imparcial, *reformatio in peius*¹⁰¹ o cuando actúan más allá del ámbito competencial otorgado por la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella.

En el *caso de Bolivia*, la Constitución en su artículo 120 N°7, determina como competencia del Tribunal Constitucional, la revisión de los recursos de amparo constitucional y de hábeas corpus. El Tribunal Constitucional boliviano en sentencia 504/01 de 21 de mayo de 2001, ha precisado que "resulta imprescindible aclarar que cuando una resolución ilegal afecta el contenido esencial de un derecho fundamental no se puede sustentar su ilegalidad bajo una supuesta cosa juzgada, en cuyo caso se abre el ámbito de aplicación del Amparo constitucional". En tales casos el Tribunal Constitucional al conocer y resolver los recursos de amparo constitucional, ha establecido que resoluciones judiciales (*sentencias, autos de vista y autos supremos*) se han vulnerado derechos fundamentales o garantías constitucionales, en cuyo caso ha declarado procedente el recurso y otorgado la tutela, disponiendo que el tribunal ordinario competente restablezca los derechos incorrectamente afectados, sin pronunciarse sobre el fondo del caso litigioso concreto.

En el *caso de Colombia*, el artículo 241, inc. 9 de la Constitución, precisa que le corresponde a la *Corte Constitucional*, revisar, en la forma

¹⁰¹ REFORMATIO IN PEIUS, es una locución latina, que puede traducirse en español como "reformular en peor" o "reformular en perjuicio", utilizada en el ámbito del Derecho procesal. La expresión se utiliza cuando, tras un recurso de apelación o de casación, el tribunal encargado de dictar una nueva sentencia resuelve la causa empeorando los términos en que fue dictada la primera sentencia para el recurrente. En el Derecho Procesal Constitucional constituye un principio de la *prohibición de la reformatio in peius*.

que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional colombiano ha establecido que *una resolución judicial que vulnera derechos fundamentales constituye una vía de hecho que debe ser corregida para restablecer el imperio del derecho*. A través del amparo constitucional, el Tribunal Constitucional dilucida sólo el ámbito de la resolución constitucional cuestionada y no sobre los hechos o cuestiones propios de la controversia judicial, por lo que, *la Corte Constitucional no es una nueva instancia*, ya que será, el propio tribunal ordinario el que deberá dictar la sentencia de reemplazo.

En el **caso de Ecuador**, el artículo 276 de la Constitución le entrega al Tribunal Constitucional la competencia de conocer de las resoluciones que denieguen el hábeas corpus, el hábeas data o el amparo y los casos de apelación en los casos de amparo, lo que es complementado por el artículo 12, inc.3 de la Ley de Control de Constitucionalidad de 1997.

En el caso ecuatoriano, el artículo 46 de la Ley de Control de Constitucionalidad de 1997, establece que el amparo tiene por objeto la tutela de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador. El artículo 52 precisa que la concesión del amparo será obligatoriamente consultada, para su confirmación o revocatoria ante el Tribunal Constitucional, ante el cual procederá también el recurso de apelación de la resolución que lo deniegue. El artículo 54 determina que el Tribunal Constitucional, a través de la Sala correspondiente, decidirá el caso en un plazo no mayor a diez días.

En el **caso de Perú**, el artículo 202, inc. 2 declara que el Tribunal Constitucional conoce en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

267 *Derecho Procesal Constitucional*

Cuando el Tribunal estime que el procedimiento cuya resolución ha sido sometida a su conocimiento ha habido quebrantamiento de forma, declara la nulidad de dicha resolución y la repone al estado que tenía cuando se cometió el error, y dispone la devolución de los autos al órgano judicial del que procede para que la substancie con arreglo a derecho.

En consonancia con el artículo 201° de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, es decir, es el encargado de velar por la vigencia y supremacía de la carta magna. El artículo 202 de la Constitución Política precisa la competencia que le corresponde al Tribunal Constitucional referente a la acción de amparo:

Artículo 202°. Corresponde al Tribunal Constitucional:

...

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

En cuanto a las resoluciones judiciales que atentan al debido proceso son materia de acción de amparo.

2. SUJETOS DE LA RELACION PROCESAL

a) Demandante

Tiene del derecho de interponer demanda de acción de amparo el afectado en sus derechos constitucionales, en forma personal o a través de su representante.

También puede apersonarse a través de su *Representante* otorgando poder especial por escritura pública para demandar conforme al art. 75° del C.P.C., sin necesidad de inscripción en el Registro de Mandatos de la Oficina Registral.

El C.P. Const. en el art. 40° ha previsto el supuesto que el agraviado se encuentre en el extranjero, en este caso es suficiente un poder fuera de registro otorgado por el Cónsul del Perú y con la firma certificada por el Ministerio de relaciones exteriores, sin necesidad de inscripción en el Registro de Mandatos.

Si la violación o amenaza afecta a los derechos ambientales o intereses difusos, cualquier persona está legitimada para promover acción de amparo. En Colombia tratándose de demandas de acción de amparo sobre esta materia, el Estado le recompensa con una suma de dinero por el sólo hecho de incoar proceso de amparo en defensa de los intereses difusos. Así mismo están legitimadas las organizaciones o instituciones sin fines de lucro que tiene por objeto social la defensa del medio ambiente o intereses difusos.

La representación puede ser procesal conforme al art. 85° del C.P.C. en aplicación supletoria, siendo suficiente que en el escrito de demanda el afectando designe a sus abogados que formula el escrito de demanda, quienes participarán en los actos procesales.

También el C.P. Const. ha instituido la *representación oficiosa* en los supuestos de imposibilidad del agraviado de promover la acción de amparo directamente o por representante, es decir que no ha otorgado poder para demandar. Esta hipótesis muy acertada está prevista en el art. 41 del Código:

Artículo 41.- Procuración Oficiosa

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

b) El demandado

Puede ser cualquier persona, funcionario o autoridad que vulnere o amenace los derechos fundamentales amparados por la Constitución. Tratándose de autoridad o funcionario se integra como codemandado al procurador público en representación del Estado, sin perjuicio de notificarse también al agresor. Si el funcionario o autoridad a dejado el cargo, el demandante está obligado a pedir al juez que a éste no se emplazado si todavía no se ha notificado con la demanda o de habersele notificado, que deje de ser notificado.

Cuando el demandado es el Estado, será emplazado el Procurador Público y que está regulado por el art. 7 del C.P. Const. y su modificatoria por la Ley 28946, que deroga el 2° párrafo.

Artículo 7.- Representación Procesal del Estado

La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.

El Procurador Público, antes de que el proceso sea resuelto en primer grado, está facultado para poner en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada cuando considere que se afecta el derecho constitucional invocado.

Si el demandante conoce, antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien dirige

la demanda ya no ocupa tal cargo, puede solicitar al Juez que este no sea emplazado con la demanda.

c) El juez

Es competente el juez civil que se encuentre de turno o mixto del lugar de los hechos que afectaron al derecho constitucional, o a elección del agraviado donde tiene su domicilio principal. Si la vulneración ha sido producida por una resolución judicial, es competente la Sala Civil de turno de la Corte Superior correspondiente.

La competencia del juzgador está prevista por el art. 51, 1º y 2º párrafo del C.P. Const. y su modificatoria 29364.

Artículo 51.- Juez Competente y plazo de resolución en Corte

Es competente para conocer del proceso de amparo, del proceso de hábeas data y del proceso de cumplimiento el Juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

En cuanto a la competencia por el Turno donde existe dos o más jueces civiles o dos es competente el órgano jurisdiccional de turno. El turno puede ser establecido por días, semanas o meses, o también conforme al ingreso de demandas una para cada Juzgado o Sala Civil. La competencia por el turno está prevista por el art. 12 del C.P. Const.

Artículo 12.- Turno

El inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno en cada distrito judicial, salvo en los

271 *Derecho Procesal Constitucional*

procesos de hábeas corpus en donde es competente cualquier juez penal de la localidad.

El **juez es irrecusable**, pero sí está impedido de conocer el proceso en los supuestos previstos por el art. 305° del C.P.C. bajo responsabilidad administrativa y penal.

Artículo 52.- Impedimentos

El Juez deberá abstenerse cuando concurren las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la recusación.

El Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal.

Las **causales de impedimentas** están prescritas por el 305° del C.P.C.

Artículo 305.- Causales de impedimento.-

El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:

- 1. Ha sido parte anteriormente en éste;*
- 2. El o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un Abogado que interviene en el proceso;*
- 3. El o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;*
- 4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; o*
- 5. Ha conocido el proceso en otra instancia.*

El impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el Abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio

de la causa. Está prohibido al Abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez.

d) Los abogados

Constituyen sujetos principales de la relación procesal, quienes formulan las demandas y contestaciones de demandas, y tiene la obligación de actuar juntamente con el juzgador que el proceso concluye con un fallo justo y la eficacia de la ejecución de la sentencia con la inmediatez. Sin embargo en la práctica se producen acontecimientos jurisdiccionales lamentables, que incluso han transcurrido más 20 años y no se ha ejecutado las sentencias de acción de amparo.

3. LA DEMANDA

a) Presupuestos de admisibilidad

La demanda no puede ser rechazada por el personal de mesa de partes, el calificador de la demanda es de exclusiva atribución del juzgador, como prescribe el art. 42, últ. Parte del C.P. Const.).

La demanda se redactará en el siguiente orden:

1) Designación del Juez Civil. Si existen dos o más juez civiles, estará dirigido al Juez civil de turno o Sala Civil de turno si fuera el caso, si existen dos o más Salas Civiles en la misma sede jurisdiccional (art. 42, inc. 1) del C.P. Const.)

2) Identificación del accionante o representante procesal. Nombre, DNI y domicilio procesal y especificar el nombre del representado agraviado, si el accionante designa al abogado la representación procesal (art. 42, inc. 2 del C.P. Const.)

3) La relación jurídico – procesal. Se precisará la nombre y domicilio (real –permanente o transitorio- o legal del demandado agresor de los derechos constitucionales, y si el demandado es el Estado, se notificará al

Procurador y como al Representante legal de la institución pública, conforme al art. 7 del mismo Código (art. 42, inc. 3 del C.P. Const.).

4) El petitorio. Consistente en la determinación clara y precisa de lo que se pide, es decir el cese de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales específicamente determinados (art. 42, inc. 6 C.P. Const.) producidos por el demandado.

5) La fundamentación del petitorio

a) Fundamentos de hecho. Se expondrá en forma ordenada los acontecimientos fácticos u omisión en forma ordenada que han producido o vienen produciendo la vulneración de los derechos constitucionales (art. 42, inc. 4 C.P. Const.)

b) Los fundamentos de derecho. Se precisará los derechos que se consideran violados o amenazados, sin perjuicio de la fundamentación doctrinaria y jurisprudencial (art. 42, inc. 5 C.P. Const.).

El C.P. Const. ha previsto los presupuestos mínimos de admisibilidad, prescribiendo:

Artículo 42.- Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) *La designación del Juez ante quien se interpone;*
- 2) *El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;*
- 3) *El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del presente Código; (art. 7 expresa que se deberá notificar al procurador y al Representante Legal cuando el demandado es el Estado).*

4) *La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;*

5) *Los derechos que se consideran violados o amenazados;*

6) *El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;*

7) *La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.*

En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

c) Agotamiento de vías previas y excepciones

Consideramos como otro presupuesto de admisibilidad de la demanda, el agotamiento de vías previas está reconocida por todas las legislaciones comparadas de procesos de garantías constitucionales sobre esta acción, estando referida generalmente a las resoluciones administrativas que vulneran o amenazan los derechos constitucionales, es decir que deben agotarse las instancias mediante el empleo de los recursos impugnatorios, sin embargo puede ampararse la acción de amparo cuando los actos del poder administrador acusan estado o vulneran los derechos fundamentales antes de agotarse las instancias. El C.P. Const. prescribe este presupuesto de procedibilidad y sus excepciones al agotamiento de las vías previas en los art. 45 y 46.

Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas

El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

Artículo 46.- Excepciones al agotamiento de las vías previas

No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

275 *Derecho Procesal Constitucional*

1) *Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;*

2) *Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;*

3) *La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o*

4) *No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.*

4. **ACUMULACIÓN DE LA ACCIÓN**

a) Acumulación subjetiva activa

La demanda de acción de amparo puede ser interpuesta por dos o más sujetos agraviados en sus derechos, siempre que haya conexidad entre las acciones y omisiones que vulneran o amenazan los derechos fundamentales, por ejemplo en el caso de las normas *auto aplicativas* que perjudican los derechos de varias personas, pueden promover acción en forma individual o colectivamente la demanda solicitando la inaplicabilidad de las normas auto aplicativas perjudiciales a sus derechos fundamentales, sin perjuicio que pueden promover individualmente.

b) Acumulación subjetiva pasiva

Los emplazados pueden ser dos o más funcionarios o personas naturales como autores de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

5. **RELACIÓN PROCESAL LITISCONSORCIAL**

Consiste en la incorporación a la relación procesal de las personas no comprendidas en la demanda, las que pueden ser incorporadas por denuncia civil en la contestación de la demanda o a solicitud de parte interesada o incorporados de oficio.

Los litisconsorcios pueden ser de dos clases: necesarios y facultativos.

a) Los litis consorcios necesarios son aquellos que consideran que la resolución que pone fin al proceso puede afectar sus derechos, por lo que al tener conocimiento solicitan al juzgado se les integre a la relación procesal como parte emplazada, o también el juez al calificar la demanda o contestación de demanda considera necesaria la incorporación al proceso como *litis consorte necesario*, disponiendo se notifique con la demanda y resolución admisorias. En este último caso el C.P. Const. ha previsto en el art. 43 que le denomina erróneamente acumulación subjetiva de oficio.

Artículo 43.- Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

b) Los litis consorcios facultativos, son los que intervienen en el proceso acreditando tener interés legítimo o moral en el resultado del proceso ya sea coadyuvando en el proceso al accionante o a los emplazados. Declarada la intervención procesal del tercero facultativo, se incorporará en la relación procesal en el estado en que se encuentre el proceso. También el C.P. Const. previsto en el art. 54 como ha previsto el C.P.C.

Artículo 54.- Intervención litisconsorcial

Quien tuviese interés jurídicamente relevante en el resultado de un proceso, puede apersonarse solicitando ser declarado litisconsorte facultativo. Si el Juez admite su incorporación ordenará se le notifique la demanda. Si el proceso estuviera en segundo grado, la solicitud será dirigida al Juez superior. El litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre. La resolución que concede o deniega la intervención litisconsorcial es inimpugnable.

6. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

El C.P. Const. ha previsto la acumulación de procesos que han tenido su origen en un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afectando los derechos constitucionales de varias personas, a petición de parte o de oficio el juez que ha prevenido podrá ordenar la acumulación de los procesos, y la resolución que declara fundada o infundada o improcedente la acumulación, es inapelable.

Artículo 50.- Acumulación de procesos y resolución inimpugnable

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo.

La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

7. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

a) Definiciones

En términos generales, tanto la prescripción y la caducidad son dos instituciones de derecho material que operan por efecto del transcurso del tiempo afectando los derechos materiales y procesales en las relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales.

La prescripción favorece a las personas en sus derechos sustantivos ya sea generando un incremento en su patrimonio o liberándole de sus obligaciones al beneficiario como efecto del transcurso del tiempo producido por los vencimientos de los plazos previstos en las normas jurídicas.

En la doctrina y legislación civil se ha instituido dos *clases* de prescripciones: *prescripción adquisitiva de dominio* y *prescripción extintiva de la acción*. Por *la primera* el poseedor se convierte en titular o propietario de los bienes que posee, en los bienes inmuebles: a los 5 años con título y buena fe y a los 10 años sin justo título, y a los 2 años cuando se trata de bienes muebles con justo título y buena, y a los 4 años sin justo título.

La *prescripción extintiva de la acción*, transcurrido el plazo establecido por la ley material o procesal, el acreedor o afectado en sus derechos como resultado de la relación contractual o extracontractual, su derecho de recurrir al órgano jurisdiccional promoviendo acción judicial ha desaparecido, pero el derecho material continúa vigente, como así define la doctrina materializada en los C.C., y en Perú previsto en art. 1989° del C.C. expresando que la prescribe extingue la acción pero no el derecho. La prescripción no puede ser invocada por el juzgador.

La ***caducidad*** extingue el derecho material y el derecho de acción en relación al derecho caducado cuando transcurre plazo establecido por la ley, y puede ser declarado de oficio por el juez. El C.C. peruano en el art. 2003° prescribe: «*La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente*»

b) Prescripción de la acción de amparo

Todas las legislaciones procesales han establecido los plazos de prescripción de la acción de amparo, prescribiendo plazos variados. El C.P. Const. Peruano en el art. 44 han establecido el *plazo de prescripción* de la acción de amparo de 60 días hábiles de producida la afectación, siempre que éste haya tenido conocimiento del acto agravante o se hubiese encontrado en las posibilidades de interponer la demanda. En la última hipótesis, es de aplicación del art. 1993° del C.C. en cuando al inicio del cómputo del plazo de prescripción. Si la acción de amparo tiene su fundamento en una resolución judicial, el plazo es de 30 días hábiles computado a partir de la fecha de notificación de la resolución que ordena se cumpla con lo decidido (*consentida o ejecutoriada*).

Artículo 44.- Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

c) Reglas del cómputo del plazo de prescripción

El art. 44, 3er. parte del C.P. Const. expresa las reglas de prescripción:

Art. 44.- Plazo de interposición de la demanda

...

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

1) *El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.*

2) *Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.*

3) *Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.*

4) *La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.*

5) *Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.*

6) *El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.*

8. PROCEDIMIENTO

a) Admisión de demanda y emplazamiento

Calificada la demanda, el juez admite y corre traslado al demandado para que en el plazo de cinco días conteste la demanda, observando los presupuestos de admisibilidad de la demanda.

b) Saneamiento procesal

El saneamiento procesal por el cual el juzgador vuelve a revisar la demanda y contestación de demanda si no estar rebelde, para determinar si existe vicios que invaliden la relación procesal, acto procesal que puede ser en audiencia o directamente antes de la audiencia de conciliación. En el *proceso de acción de amparo* no existe este acto procesal especial sobre saneamiento procesal, siendo suficiente la calificación de la demanda y contestación de demanda, salvo se existan denunciados civiles en cuyo caso se les tiene que emplazar con las formalidades de ley con la demanda y resolución admisoría a los que son incorporados a la relación procesal, para que contesten la demanda en el plazo de 5 días. Con la contestación de la demanda o en su rebeldía, dentro del plazo de 5 días el juez emitirá sentencia, salvo que los abogados hayan solicitado informe oral el que tendrá lugar en audiencia pública (*principio de publicidad*). Sin embargo cuando el emplazado ha deducido excepciones, en ese caso de declarar infundadas las excepciones declarará saneado el proceso quedando expedito para sentenciar.

c) Excepciones, defensas previas o nulidad

i. Las excepciones

Este instrumento procesal de defensa del demandado fue usado ya desde las *Institutas de Justiniano* en su Libro IV, Capítulo XIII de *exceptionibus (de las excepciones)*, el cual en 11 puntos plantea diferentes casos para sus usos, además de algunos conceptos para su doctrina. Para *Justiniano* las excepciones "*se dan como medio de defensa a aquellos contra quienes se dirige la acción. Sucede muchas veces que la acción del demandante, aunque fundada en derecho, es injusta a la persona atacada.*"

Por ejemplo en el punto 1 explica que si un obligado fue inducido por miedo o dolo, (*Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus*) pero la obligación es válida según el derecho civil y las formalidades, para rechazar la acción puedes interponer la excepción de miedo, de dolo o una excepción concebida *in factum*.

Los Maestros procesalistas han formulado las definiciones, y todos han coincidido en la identificación de esta institución procesal. Para **Eduardo J. Couture** "*La excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él*" El autor señala que la palabra excepción tiene tres sentidos: La excepción es una forma del ejercicio del *derecho de defensa*, entendida como conjunto de actos legítimos tendientes a proteger el derecho. La palabra excepción alude al *carácter material o sustantivo*, la excepción es pretensión del demandado. La excepción es un tipo de *defensa de carácter procesal*, no sustantivo ni dilatorio.

Carnelutti, dice que la excepción es la "*Afirmación de hechos tendientes a destruir la razón de la pretensión del actor*". **Chiovenda** define como la "*Oposición de algún hecho, impeditivo o negativo, que excluye los efectos jurídicos y niega el fundamento de la pretensión*".

La *excepción* es aquel mecanismo de defensa que tiene el demandado frente al demandante de poder negar su pretensión incoada frente al órgano

jurisdiccional, el cual puede recaer en los presupuestos procesales o en el fondo o contenido.

Definiendo, la *excepción* es un medio de defensa de fondo y de forma por el cual el demandado opone resistencia a la demanda del actor, resistencia que tienen la intención de destruir la marcha de la acción o la acción misma.

La *excepción* es la oposición, que sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del juicio paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente. La *excepción* es un contra derecho en el sentido de que es un poder de anulación contra el derecho del actor. No se debe confundir con la reconvencción.

Excepciones dilatorias (previas), son aquellas oposiciones que en caso de prosperar, excluyen temporalmente un pronunciamiento sobre el derecho del actor, de manera que tan solo hacen perder a la pretensión su eficacia actual, pero no impiden que ésta sea satisfecha una vez eliminados los defectos de que adolecía.

Son institutos procesales para la correcta tramitación del proceso, por el cual se busca evitar retrotraer etapas procesales, tendiendo siempre a la conservación de los actos procesales.

En el proceso de acción de amparo, el procesado tiene el derecho de promover excepciones de *incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad*, derecho regulado por el art. 53 del C.P. Const.

Excepciones perentorias, son los medios de defensa por las cuales el demandado se opone a la pretensión del actor por razones inherentes a su contenido. Las excepciones perentorias extinguen el derecho del actor o la destruye o enerva la acción principal poniendo fin al litigio, como afirma **Ramírez Gronda**.

ii. Las defensas previas

Son medios de defensa distintas a las excepciones, pero que tienen el mismo procedimiento, consistente en las oposiciones o tachas de documentos admitidos como pruebas.

iii. La nulidad del auto admisorio

También es un medio de defensa fundamentado en el principio de contradicción por los emplazados, quienes advierten al juzgador que la resolución admisorio de la demanda está viciada de nulidad o anulabilidad, y que el juez declarará fundada o infundada la nulidad.

iv. Procedimiento de las excepciones, defensas previas y nulidad

El procedimiento de estas instituciones procesales está regulado por el C.P. Const.:

1° La **interposición**. Las excepciones, defensas previas y nulidad del auto admisorio son interpuestas juntamente con la contestación de la demanda.

2° El **traslado y saneamiento**. Recibidas las excepciones, el juez correrá traslado al accionante para que en el plazo de dos días las absuelva.

3° **Resolución**. Con las absoluciones o no de las excepciones, cuestiones previas o nulidad del auto admisorio según el caso, el juez declarará saneado el proceso si las declara infundadas, y si declara fundadas las excepciones o cuestiones previas o la nulidad del auto admisorio, declarará improcedente la demanda y la nulidad de todo lo actuado. Pero puede darse el caso que advierte que existen vicios en la relación procesal, otorgará al juez el plazo de tres días para que subsane, y cumplida o no la subsanación emitirá sentencia sobre el fondo. (Art. 53, 4° párrafo del C.P. Const.)

4° Recurso de apelación. Procede el recurso de apelación con efecto suspensivo contra la resolución que declara fundada una o más de las excepciones. Si el juez declara infundadas o improcedentes las excepciones, se concede el recurso de apelación sin efecto suspensivo formándose el cuaderno de apelación con las copias del expediente.

d) Audiencia y actos procesales de oficio

El Juez está facultado para realizar actos procesales de oficio y sin necesidad de notificación previa a los sujetos procesales, cuando considere necesario para el esclarecimiento de los hechos.

Así mismo está facultado para señalar día y hora para una audiencia de esclarecimiento de los hechos con la asistencia de los litigantes y sus abogados. En estos casos el juez emitirá sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de cinco después de realizada.

El art. 53, 2ª y 3ª parte del C.P. Const. faculta al juzgador realizar diligencias de oficio con la finalidad del esclarecimiento de los hechos violatorios de los derechos constitucionales, expresando:

Artículo 53.- Trámite

...

Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida ésta.

9. LA SENTENCIA

a) Contenido

La formalidad que debe observar la sentencia está prevista en el art. 55 del C.P. Const., además de declararse fundada condenará al pago de costas y costos, y si el Estado es el demandado solamente será condenado al pago de costos (*pago de honorarios*). Si el juez emite sentencia desestimatoria de la demanda, condenará al pago de castas y costas cuando advierta que ha incurrido en manifiesta temeridad. La condena de costas y costos está prevista en el art. 56 del Código adjetivo constitucional.

Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

- 1) Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;*
- 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;*
- 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación;*
- 4) Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia.*

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto.

b) Recursos impugnatorios

1. Recurso de apelación

- **Plazo.** La sentencia puede ser objeto de recurso de apelación por cualquiera de los justiciables que se consideren agraviados, dentro del plazo de tres días de notificada la sentencia. El expediente será elevado a la Sala Civil dentro de tres días siguientes a la notificación de la resolución que concede el recurso. Esto está prescrito por el art. 57 del C.P. Const.

- **Procedimiento en Segunda Instancia.** El procedimiento está regulado por el art. 58 del C.P. Const.

- 1° Expresión de agravios. Recibido el expediente la Sala concederá al apelante para que dentro del plazo de tres días exprese agravios.
- 2° Traslado de expresión de agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, señalando día y hora en la misma resolución para la vista de la causa.
- 3° Informes orales. Los abogados están facultados para solicitar informes orales a la vista de la causa dentro del plazo de tres días de notificada la resolución que señala la vista de la causa.
- 4° Sentencia. La Sala expedirá sentencia dentro de plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa bajo responsabilidad.

2) Recurso de agravio constitucional

Como ya hemos expuesto, este recurso se interpone dentro del plazo de 10 días computados desde el día siguiente de notificada la sentencia de vista, y concedido el recurso, se elevará al Tribunal Constitucional dentro del plazo máximo de tres días (Art. 18 C.P. Const.). El procedimiento en el Tribunal constitucional es el mismo para la acción de habeas data, amparo, habeas data y de cumplimiento.

3) Recurso de queja

Por denegatoria del recurso de agravio constitucional, y se interpondrá dentro de los cinco días de notificada la resolución que deniega el Recurso de agravio constitucional, adjuntando al recurso de queja la copia de sentencia de vista, la resolución denegatoria del recurso de agravio

constitucional debidamente certificadas por el abogad. El Tribunal Constitucional resolverá sin más trámite en el plazo de 10 días, Si el Tribunal Constitucional declara fundada la queja, conoce también el recurso de agravio constitucional, ordenando al juez superior el envío del expediente dentro del tercer día de recibido el oficio, bajo responsabilidad (art. 19 C.P. Const.).

c) Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El tribunal resolver en el plazo de 30 días de recepcionado el expediente por mesa de partes de conformidad con el art. 19 del C.P. Const. norma general aplicable a todos los procesos de amparo constitucional con algunas especificaciones, con excepción de la acción de habeas corpus que el plazo es de 20 días para que el Tribunal resuelva.

10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La sentencia será ejecutada en el plazo de dos días de notificada si se trata de hechos o acciones violatorios de los derechos constitucionales y de cuatro días si se trata de omisiones.

El art. 59 del C.P. Const. a previsto las medidas de coacción para el cumplimiento de la sentencia:

Artículo 59.- Ejecución de Sentencia

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo.

Transcurridos dos días, el Juez ordenará se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, conforme a lo previsto por el artículo 22 de este Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinarán unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

11. REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

El legislador ha previstos los nuevos hechos u omisiones violatorios de los derechos fundamentales amparados por la Constitución Política del Estado cuando se está ejecutando la sentencia, teniendo como presupuesto la *homogeneidad* o *similitud* y que tienen que ser afectados los derechos constitucionales por las mismas personas, afectando derechos relacionados con los que están siendo repuestos, por medio de resoluciones si se trata de

funcionario o autoridad. El agraviado presentará los medios probatorios que no requieran de actuación y al Juez de ejecución correrá traslado a la otra parte por el plazo de tres días, y con la absolución o no el juez resolverá. Si declara la *homogeneidad* amplía la protección de amparo a los otros derechos afectados, incorporando y ordenando la represión del acto sobreviniente (*art. 60 del C.P. Const.*).

CAPITULO IV

LA ACCION DE HÁBEAS DATA

1. DEFINICIÓN Y ANTECEDENTES

La **acción de hábeas data** es el derecho que tiene toda persona de recurrir al órgano jurisdiccional por la protección del derecho de las personas al acceso a determinada información por parte de cualquier entidad pública o privada, y el derecho de exigir a los bancos de información no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar.

La demanda puede ser presentada por el mismo afectado o cualquier persona en su nombre. Si el juez comprueba que se está atentando contra estos derechos constitucionales, ordenará que se permita el acceso a la información denegada, o en su caso se proceda a impedir la información determinada. **Pablo Palazzi**¹⁰² comentando el art. 43 de la Constitución Nacional de Argentina de 1993, dice que el *habeas data* tiene doble objeto: *Por un lado*, la posibilidad de que toda persona tome conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y de su finalidad, y *por el otro*, en caso de falsedad o discriminación, se otorga el derecho para exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización....".

El constitucionalismo brasileño en 1988, creó el "*remedio*" o *acción procedimental del Hábeas Data* como un mecanismo jurídico-constitucional preventivo para el acceso y el conocimiento de los datos o informaciones personales y como un instrumento sancionatorio, de corrección, actualización y supresión de datos en cuanto son incorrectos. En el desarrollo legislativo nueve años después, el *Hábeas Data* se convirtió en una *acción exhibitoria* de los datos personales de carácter civil y administrativo, según la naturaleza jurídica de las personas naturales o jurídicas que manejen los datos. El legislador volvió al origen de la institución jurídica románica: *un interdicto exhibitorio de acta o de documento*.

El *hábeas data* surge como un proceso constitucional especializado para la protección de ciertos derechos en relación a la libertad informática, sus

¹⁰² PALAZZI, PABLO. *El hábeas data en el derecho argentino*, en Rev. de Derecho informático, n° 4, edita Alfa – Redí, noviembre, 1998, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=179> (27-01-09).

291 *Derecho Procesal Constitucional*

antecedentes genéricos básicos podemos remontarlos a los intentos por preservar esferas personales de injerencias o perturbaciones externas no deseadas, a fin de garantizar la privacidad o intimidad personal, evolucionando hasta llegar a la protección frente a los riesgos del almacenamiento, registro y utilización de datos.

El desarrollo conceptual del derecho a la *intimidad personal* o "*rights of privacy*", tiene lugar en la experiencia de los Estados Unidos y en el Reino Unido desde finales del siglo XIX. Un punto crucial en este itinerario fue la definición del derecho a la privacidad como "*The rights to be let alone*", es decir, el "*derecho a ser dejado en soledad*" (*sin ser molestado o perturbado*) elaborada por el **Juez Cocley**. Este concepto fue desarrollado por los juristas norteamericanos **Warren y Grandeis**, buscando proteger a la persona frente a datos o actos de índole personal, que se ponen en conocimiento del público o de terceros sin el consentimiento del afectado.

Tiempo después, aproximadamente desde 1960 y como reacción al vertiginoso desarrollo tecnológico que se traduce en nuevos sistemas informáticos, tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña se empiezan a promover proyectos legislativos dando un nuevo giro o extensión al concepto de *derecho a la privacidad*, se refieren a la protección de la libertad y esfera personal frente a posibles excesos del registro informatizado o difusión de datos e informaciones vinculadas a aspectos reservados o íntimos.

Se llegó así finalmente, a la "*Privacy Act*" norteamericana del 31 de diciembre de 1974, a la "*Data Protection Act*" británica de 1984, y a la Ley Orgánica española de mayo de 1992 denominada "*Regulación del tratamiento automatizada de datos*".

A nivel de los textos constitucionales, la Carta de Portugal de 1976 estableció, en su art. 35º, el derecho del ciudadano a: a) *Conocer las informaciones que le conciernen almacenadas en archivos, su finalidad y la posibilidad de rectificarlas o actualizarlas*; b) *A que la información no sea utilizada para el tratamiento de datos "sensibles", referentes a convicciones*

políticas, religiosas o a asuntos de la vida privada, salvo que se trate de datos no identificables personalmente, con fines meramente estadísticos; c) A que no se atribuya a los ciudadanos un número nacional único de identificación.

La Constitución Española de 1978 estableció, en su art. 18.4, que *"la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"*. A su vez, en su art. 105, b), asegura *"el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona"*.

En el ámbito latinoamericano, fue la Constitución Brasileña de 1988, en su art. 5º, inc. LXXII, la primera en abordar estos temas, pero sobre todo también la primera en "bautizar" constitucionalmente al instituto del *hábeas data*. Dicha norma dispone que: *"Se concederá Hábeas Data: a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo en proceso reservado judicial o administrativo"*. El nombre Hábeas Data fue tomado de la Ley 824 del Estado de Río de Janeiro.

La Constitución Colombiana de 1991, ha establecido en su art. 15º que todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, con la obligación del estado de respetarlos y hacerlos respetar. Agrega luego: *"De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas."*

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución"

La Constitución Política del Perú reconoce esta garantía constitucional en el art. 200, inc.3, reformada por la Ley 26479 prescribiendo:

Artículo 200º.- Son garantías constitucionales:

3) La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2º, incisos 5) y 6) de la Constitución.

Los numerales 5) y 6) del art. 2º de la Constitución Política de 1993 considera como derechos fundamentales de información sin expresión de causa que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, a excepción de las informaciones que afecten la intimidad personal o por razones de seguridad nacional, y el acceso a los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, la prohibición de la sumistración de datos o registros que afecten a la intimidad personal y familiar.

Artículo 2º. *Toda persona tiene derecho:*

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Ada Pellegrini Grinover¹⁰³ dice "que la creatividad del constituyente brasileño forjó un nuevo instrumento de tutela de la libertad de la persona, adecuado a su salvaguarda con relación a la información". Precisamente el *Habeas Data* fue creado por los constitucionalistas brasileños. Su antecedente más lejano se remonta al año de 1981, cuando el *Congreso Académico de Pontes de Miranda*, organizado por la Orden de Abogados y el Instituto de Río Grande del Sur, elaboró una "*Propuesta de Constitución Democrática para Brasil*", en cuyo artículo 2° se consagraba un instrumento procesal con las características del *Hábeas Data*. Con posterioridad, la Ley N° 824 del 28 de diciembre de 1984 del Estado de Río de Janeiro, sirviéndose de "*La Propuesta*" elaborada por la *Orden de Abogados y el Instituto de Río Grande del Sur*, aprobó dicho instrumento procesal. En esa ley se establecía que las instituciones conservadas por un órgano público, estaban sujetas a la protección del mandato de seguridad, y en el caso de las entidades privadas, la tutela corría a cargo de la *acción exhibidora* regulada por el artículo 844.1 del código Procesal Civil. Cuando en 1986 el poder Ejecutivo convocó a una comisión de juristas, el nuevo instrumento fue elevado a rango constitucional en el Anteproyecto de Constitución que dicha comisión elaboró y en el cual aparecía denominado por primera vez bajo el nombre de *Habeas Data*.

2. ETIMOLOGIA

La locución de origen latino *Hábeas Data*, caracteriza la institución destinada a garantizar el derecho de los individuos, los grupos y las instituciones de decidir por sí mismos *cuándo, cómo y en qué medida* pueden ser transmitidas a terceros informaciones que los atañen directamente. Etimológicamente, *Hábeas*, segunda persona del subjuntivo de "*habeo, habere*", significa "*tengas en su posesión*", que es una de las acepciones del verbo, y *Data*, acusativo plural de "*datum*", es definido por los diccionarios más modernos como "*representación convencional de hechos, conceptos o*

¹⁰³ PELLEGRINI GRINOVER, ADA. Op. cit. por ALCANTARA GARCIA, ERIKA R., en *Procesos constitucionales*, Chiclayo, Perú. erikinlokita@hotmail.com

instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos"

Muy por el contrario, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo *data*, como la "*nota o indicación del lugar y tiempo en que se hace o sucede una cosa, y especialmente la que se pone al principio o al final de una carta o cualquier otro documento*".

EL *hábeas data*, para el Maestro uruguayo **Rubén Flores Dapkevicus**,¹⁰⁴ que es necesario recordar algunos conceptos de singular importancia para la comprensión global del instituto que nos convoca. Existen determinados conceptos informáticos que deben tenerse presente, y por ello, se observarán en cada caso.

El empleo de las nuevas tecnologías de información, como bases de datos, correo electrónico y video conferencias, comunicación global de datos, con mayor rapidez e interconexión entre los registros, etc., hizo necesario que las normas vigentes para el manejo de documentos fueran revisadas.

Ello nos plantea el problema de la intimidad y la seguridad de la información. En el caso de los datos en papel como en los que obran electrónicamente, sólo es posible evitar lecturas de la información si el canal de comunicación se encuentra protegido y si el mensaje no se puede abrir o decodificar. Las formas, en ese sentido, son múltiples.

Todos estos conceptos, algunos casi tan antiguos como el hombre, son aplicables a las redes de acceso público como internet, donde la información circula por canales no protegidos o protegidos con claves para no ser conocidos por terceros. Indudablemente nos encontramos en una época de cambios drásticos y sumamente rápidos que obligan a replantear muchos institutos jurídicos y observar el nacimiento y consolidación de otros.

¹⁰⁴ FLORES DAPKEVICIUS, RUBÉN. *Garantías de los derechos humanos. El hábeas data*, <http://www.monografias.com/trabajos16/habeas-data/habeas-data.shtml> (27-01-09).

La actual concepción del Estado, con un repliegue notorio en su rol, la acentuación de su actuación de acuerdo al *principio de subsidiariedad*, la globalización, el surgimiento de nuevas comunidades geográficas, ha importado una nueva realidad política mundial, son circunstancias que el jurista debe tener sumamente presente. La revolución tecnológica, en general, e informática en particular que provocaron determinados fenómenos, por ejemplo las bases de datos y la velocidad instantánea de intercambio.

Partiendo de la constatación de que el *Hábeas Data* es una garantía de *tercera generación*, en tanto que protege algunos derechos que han evolucionado, corresponde definirlos como aquéllos que intrínsecamente son a la vez individuales y colectivos, por ejemplo el derecho a la paz, a un ambiente saludable, derecho al acceso, a la rectificación, a la verdad.

El art. 28 de la Constitución de la Nación Uruguay prescribe que los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

El conocimiento es poder de la mejor calidad y en consecuencia los datos y su sistematización siempre han sido de singular trascendencia desde diversos puntos de vista, por ejemplo militar (*recordar conocimiento de claves y sistemas de encriptación, el espionaje, el contraespionaje, etc.*), económico (*fórmulas de algunos refrescos universales, gustos personales de la población respecto del uso de su tiempo libre, efectos de una campaña publicitaria, encuestas*), etc. Todas estas circunstancias adquieren un valor sensible al individuo, a la sociedad, al Estado y en definitiva al Derecho.

a) Dato personal, es lo que a este estudio importa especialmente, la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables.

Por lo expuesto dato personal es el nombre, sexo, nacionalidad, domicilio, estado civil, inscripción en una mutualista de atención médica, número de afiliado a la seguridad social, etc.

Los **datos personales** pueden ser sensibles. Estos son los que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o vida sexual, situación financiera, padecer determinada enfermedad. Estos datos no deberían registrarse, salvo evidente necesidad (*enfermedad en ficha clínica*) porque pueden provocar discriminación. Por ello las personas no están obligadas a informarlos.

La informática ha hecho valer aún más ese conocimiento y lo ha transformado a los efectos de su sistematización, transmisión, intercambio y archivo. Esos datos formarán nuevos conocimientos y la cadena es infinita.

b) Los bancos de datos, son el conjunto sistematizado de datos personales, recopilados y almacenados, objeto de tratamiento, o procesamiento electrónico o no, cualquiera fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso.

Los bancos de datos pueden ser públicos o privados. Los *datos públicos* son los que pertenecen al Estado lato sensu. El *carácter de "público"* no refiere, entonces al libre acceso de la población en general. Son *bancos públicos* de datos, por ejemplo, los diversos registros administrados por el Estado. Para acceder a la información que obra en los mismos hay que acreditar por lo menos y con posibles excepciones de acuerdo a esa situación jurídica subjetiva, una legitimación activa de interés legítimo, porque de lo contrario, el administrador puede incurrir en responsabilidad.

c) Bancos privados de datos, son los que están en manos privadas. Estos pueden ser de acceso al público, o que prestan servicio al público o de uso puramente privado o doméstico. Son de singular importancia las bases de datos de riesgo crediticio que más allá de toda duda, han proporcionado buen trabajo a los operadores jurídicos por los conflictos intersubjetivos que en algunas

ocasiones surgen de su uso. Pueden definirse como aquellos bancos de datos cuyo objetivo es informar sobre la situación económica de las personas en lo que refiere, especialmente, a la solvencia económica y al grado de cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

La secuencia se inicia cuando los comerciantes comunican, a la base previamente creada y a la cual están generalmente afiliados los datos del cliente que no ha cumplido con sus obligaciones. El afiliado, cuando se encuentra con una solicitud de crédito, consulta a esa base respecto a si el peticionante ha cumplido con sus obligaciones crediticias previas.

Si existe comunicación, el otorgante podrá conceder el crédito, pero siempre a su riesgo, solicitando, si así lo desea, mayores garantías, sin que sea suficiente, por ejemplo, la sola firma. El comunicado vivirá, desde la anotación en una situación de incertidumbre porque muchas puertas se le cerrarán en lo que refiere al comercio. En ese sentido se encontrará prácticamente frente a una muerte civil.

Se ha debatido sobre la posibilidad que las personas públicas estatales o paraestatales (*por ejemplo, aquellas que desarrollan cometidos industriales o comerciales: telefonía, agua potable, energía eléctrica, etc.*), puedan comunicar los incumplimientos de sus clientes y aún no conceder facilidades cuando se les solicita el servicio público que deben conceder, si el solicitante se encuentra en las condiciones generales de acceder al mismo .

De lo expuesto se infiere que resulta necesario regular el tema de que se trata, teniendo presente tanto el derecho del solicitante, como el de los comerciantes, incluido el dueño de la base de datos, que deben actuar en forma rápida y eficaz, en todos los casos, teniendo derecho a su legítimo bienestar y producción de ganancia razonable.

Por último debe recordarse la posibilidad de los bancos de datos genéticos y de históricas clínicas que pueden dar luz a ciertas teorías de mejoramiento de la raza humana, mediante una manipulación que no obedece al derecho natural que surge de la naturaleza de las cosas. Estas circunstancias y otras como la clonación deben ser objeto de un debate que respete esa idea de la esencia. No

es el lugar ni el momento para extendernos sobre el particular, lo que no significa, bajo ninguna forma que carezca de importancia. Al objeto de este estudio se destaca la discriminación que puede dar lugar esas bases de datos.

3. TIPOS DE HABEAS DATA

El Profesor de Uruguay **Rubén Flores**¹⁰⁵ establece diversos tipos de hábeas data que surgen de acuerdo al objetivo que mediante la acción se persigue, y distingue:

1) *Hábeas data informativo*

Es el que tiene por objeto acceder a la información que se tiene sobre sí en un determinado banco de datos. Pueden distinguirse tres subtipos:

- a. **Exhibitorio.** Su finalidad es observar cuáles son los datos registrados o dicho de otra forma, qué se registró.
- b. **Finalista.** Responde a la pregunta para qué se registró.
- c. **Autoral.** Su objeto es saber quién obtuvo los datos registrados.

2) *Hábeas data de actualización*

Es el que actualiza o agrega un dato a un banco donde el mismo no consta. Ejemplos: en el banco consta como deudor y se solicita la actualización del dato en virtud del pago. En el registro de Abogados, llevado por la Corte de Justicia, no consta que el legitimado activo accedió a esa profesión.

3) *Hábeas data rectificador*

Es el que tiene por objeto corregir una información errónea.

¹⁰⁵ FLORES, RUBÉN. Op. cit.

4) Hábeas data asegurativo

Asegura que determinados datos no sean divulgados. Garantiza la privacidad y reserva de datos legítimamente almacenados.

5) Hábeas data de exclusión

Es el que tiene por finalidad excluir determinados datos sensibles de un registro. Por ejemplo, se solicita la eliminación del dato que determina cuál es el comportamiento sexual de un sujeto o sus ideas religiosas.

La Constitución de 1993 introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el proceso constitucional de Habeas Data destinado a tutelar dos derechos fundamentales: *el acceso a la información pública y la autodeterminación informativa*, ambos reconocidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2º de la Carta Política. El C.P. Const. a regulado en el art. 51 prescribiendo:

Artículo 61.- Derechos protegidos

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

1) *Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.*

2) *Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o*

301 *Derecho Procesal Constitucional*

informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

4. PROCEDIMIENTO

Son aplicables las normas procedimentales que regulan el proceso de acción de amparo, con las reglas especiales de admisibilidad de acreditación de actos procesales extrajudiciales previsto por el art. 62 del C.P. Const.

4.1. Relación procesal

Está constituido por el demandante que es el agraviado o su representante, y el demandado es una institución pública y el procurador público de ser caso o una empresa privada, los abogados patrocinantes y el juez civil o constitucional de turno.

4.2. Presupuestos de la demanda

Además de los presupuestos de admisibilidad general para las acciones de garantías constitucionales, la demanda de acción de habeas data, para su admisibilidad, tiene que observarse presupuestos especiales de requerimientos, y que se encuentra regulado por el art. 62 del C.P. Const.

a) El demandante anexará a la demanda el documento de requerimiento formulado al demandando debe ser de fecha cierta, esto es con la intervención de autoridad o funcionario como el notario, para que respete los derechos protegidos por la acción de hábeas data.

b) El documento acreditativo que el emplazado se haya ratificado en su conducta violatoria del derecho constitucional o no haya contestado dentro del plazo de 10 días hábiles, tratándose del derecho declarado por el inc. 5 del art. 2° de la Constitución, o dentro del plazo de dos días tratándose de derechos reconocidos por el inc. 6 del mismo artículo.

Puede exonerarse de los plazos, cuando existe el inminente peligro de sufrir un daño irreparable y que será probado por el accionante y no es requisito el agotamiento de las vías previas de ser el caso.

4.3. Acumulación objetiva de acción

El C.P. Const. peruano en el art. 64 a previsto la acumulación objetiva de la acción, reconociendo el derecho del afectado con la vulneración de sus derechos amparados por las garantías de habeas data referidos al derecho de acceso y conocimiento de informaciones de una persona acumulativamente con las acciones de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir la suministración de datos o informaciones.

Artículo 64.- Acumulación

Tratándose de la protección de datos personales podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones

4.4. Actuación y audiencia de pruebas

El C.P. Const. peruano ha previsto la actuación de pruebas de oficio o a instancia de parte en cualquier estado de proceso y antes de la emisión de sentencia prescrito por el art. 53 del Código, sin embargo le ha dado una denominación incorrecta «**ejecución anticipada**» porque la presentación o exhibición de documentos de archivo, registro o banco de datos, soportes técnicos de datos, etc. no resuelve el conflicto jurisdiccional, sino que en ejercicio de su potestad de director procesal, puede actuar pruebas *ex officio* aunque el Código Procesal no lo hubiera previsto. El juez en estos casos concederá un plazo máximo de tres días hábiles para que el emplazado cumpla con el requerimiento.

Artículo 63.- Ejecución Anticipada

De oficio o a pedido de la parte reclamante y en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar sentencia, el Juez está autorizado para requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente. La resolución deberá contener un plazo máximo de tres días útiles para dar cumplimiento al requerimiento expresado por el Juez.

En estos casos, el juez en aplicación del principio de contradicción, está facultado para señalar día y hora para audiencia de pruebas citando a los litigantes y abogados, y en ese acto dictar sentencia o en el plazo improrrogable de cinco días de realizada la audiencia, como está previsto en el 2º y 3º párrafo del art. 53 del C.P. Const. que regula el procedimiento de la acción de amparo.

CAPITULO IV

LA ACCION DE CUMPLIMIENTO

1. DEFINICIÓN

La *acción de cumplimiento* es otra acción de garantía constitucional que consiste en el derecho que tiene toda persona de recurrir al órgano jurisdiccional competente con la finalidad que ordene el cumplimiento de las leyes o las disposiciones de actos administrativos cuando éstas se encuentren reñentes a su cumplimiento. La comparecencia puede ser por el mismo agraviado o por su representante conforme a las normas que regulan el proceso de acción de amparo. Se tenga presente que esta acción constitucional no procede en el caso de cumplimiento de resoluciones judiciales como las sentencias que declaran fundadas las demandas y el

emplazado que es una repartición del Estado, las resoluciones judiciales son ejecutadas por el juez que conoció en primera instancia, porque no constituyen leyes ni actos jurídicos de la administración pública.

El derecho de la *acción de cumplimiento* está declarado por el art. 200°, inc.6 de la Constitución Política del Perú de 1993 y regulado por el art. 66 del C.P. Const.

Artículo 200°. *Son garantías constitucionales:*

...

- 6) *La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.*

El art. 66 del C.P. Const. precisa el objeto o la materia de la acción de cumplimiento expresando:

Artículo 66.- Objeto

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o*
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.*

Es necesario conocer los términos de *leyes auto aplicativas* y *heteroaplicativas* para no entrar en confusión en los conflictos de intereses de los derechos constitucionales amparados por la acción de garantía constitucional de *cumplimiento*.

Las ***leyes auto aplicativas*** son aquellas que con su simple entrada en vigencia crean, modifican o extinguen una situación concreta de Derecho, o

generan una obligación de hacer, de no hacer o de dejar de hacer vinculando a personas determinadas por las condiciones, circunstancias y posición en que se encuentran, y siempre que el cumplimiento de esa obligación, o la sujeción a esa condición jurídica no esté condicionada por la realización de acto alguno de individualización de la norma.

En cambio las **leyes heteroaplicativas** para sus efectos, tiene que existir un acto administrativo de aplicación, como sería el cobro de algún impuesto, o el pago o traslado del mismo.

Con esta simple aclaración podemos precisar quiénes pueden ser los sujetos legitimados para promover la acción de cumplimiento.

2. SUJETOS DE LA RELACIÓN PROCESAL

a) *Demandante*

Si nos encontramos ante una ley con el carácter de *autosatisfactivas*, estamos dentro de los presupuestos de los *intereses difusos* o *intereses colectivos*, y puede **promover cualquier persona** o las instituciones sin fines de lucro, como hemos expuestos en tópicos anteriores, en Colombia ante estos de intereses difusos, el Estado le otorga una compensación por el hecho de demandar el cese de los actos violatorios de los intereses difusos o colectivos.

En el caso peruano, nuestro Código Procesal Constitucional ha previsto estas hipótesis en el art. 67, expresando que **cualquier persona** podrá iniciar proceso de cumplimiento frente a *normas con rango de ley o reglamentos (leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos de urgencia – tienen el carácter de ley emitidas por el Poder Ejecutivo sin autorización del Parlamento, pero tiene que dar cuenta al Congreso- ordenanzas regionales, ordenanzas municipales, decretos supremas)*. Pero en la última parte de este artículo expresa cuando se trata de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos la legitimación para accionar corresponde a cualquier persona. Consideramos redundancia porque las normas jurídicas con carácter de leyes o reglamentos están dadas para una colectividad indefinida

y no para un destinatario determinado por el carácter de generalidad de la norma, y de ser negativa a los intereses de una colectividad por ser autosatisfactivas, cualquier persona tiene el derecho de promover la acción jurisdiccional.

Talvez el legislador ha querido referirse a las normas *heterosatisfactivas vulnerantes* de los derechos materiales de la colectividad, sin embargo no se justifica, porque estas requieren de los actos administrativos reglamentarios para su cumplimiento, en consecuencia no podrá promover acción de cumplimiento cualquier persona, sino únicamente el afectado.

Está legitimado para demandar acción de cumplimiento es el perjudicado o su representante en los casos de los actos administrativos, si tiene por objeto el cumplimiento de un acto administrativo a cuyo favor se le expidió, o quién tiene interés para su cumplimiento de la obligación omitida por el funcionario (la esposa, los hijo o sus herederos, es decir *interés económico o moral*).

También está facultado para promover acción de cumplimiento el Defensor del Pueblo. El C.P. Const. prescribe la legitimación del accionante en el art. 67:

Artículo 67.- Legitimación y representación

Cualquier persona podrá iniciar el proceso de cumplimiento frente a normas con rango de ley y reglamentos. Si el proceso tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, sólo podrá ser interpuesto por la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento.

b) Demandado

El demandado es la autoridad o funcionario de la administración pública a quien corresponde el cumplimiento de la norma legal o la ejecución del acto administrativo. En caso de duda de la identificación de la autoridad que tiene la aligación de ejecución, el juez continuará con las autoridades contra quienes se interpuso la demanda, y en todo caso deberá emplazar a la autoridad que tenga competencia para cumplir conforma al ordenamiento jurídico. En este último caso se tiene que partir del principio de la representatividad legal de las instituciones de la administración pública conforme a las leyes orgánicas. En este caso también tiene que ser notificado con la demanda y resolución admisorias al Procurador Público. Está expresado en el art. 68 del C.P. Const.

c) Los Abogados

Son los asesores legales de los demandantes y de la parte emplazada. En los casos de acción de habeas corpus y habeas data, el Código Procesal Constitucional prescribe que no es obligatorio del intervención de los abogados para interponer la demanda, hipótesis anticonstitucional fundamentado en una concepción procesal anticuada que tenía por finalidad de alguna forma favorecer al sujeto vulnerante de los derechos fundamentales que generalmente son funcionarios o autoridades.

3. PROCEDIMIENTO

Los actos procesales de la *acción de cumplimiento* se desarrollarán conforme a las normas de procedimiento que regulan el proceso de acción de amparo con algunas normas especiales.

a) Presupuestos especial de la demanda

El C.P. Const. en el art. 69 ha previsto requisitos especiales de la demanda para la admisibilidad y procedibilidad.

- El agraviado tiene que anexar a su demanda el documento de fecha cierta que pruebe haber requerido previamente al órgano administrativo el cumplimiento de su obligación legal o administrativo.
- Acreditar la ratificación de la autoridad con la notificación administrativa denegatoria, es decir la respuesta del funcionario al requerimiento, o de lo contrario no haya contestado al requerimiento dentro del plazo de 10 días hábiles.
- No es necesario el agotamiento de la vía administrativa, esto porque lo que está ejecutándose es una resolución administrativa que ha quedado consentida o ejecutoriada y solamente se está ejecutando.

b) Causales de improcedencia de la demanda

Estas causales están previstas en el art. 70 del C.P. Const. además de las causales generales aplicables a todos los procesos constitucionales previstas por el art. 5 del mismo Código:

Artículo 70.- Causales de Improcedencia

No procede el proceso de cumplimiento:

1) Contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones;

2) Contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley;

3) Para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante los procesos de amparo, hábeas data y hábeas corpus;

4) Cuando se interpone con la exclusiva finalidad de impugnar la validez de un acto administrativo;

5) Cuando se demanda el ejercicio de potestades expresamente calificadas por la ley como discrecionales por parte de una autoridad o funcionario;

311 *Derecho Procesal Constitucional*

6) *En los supuestos en los que proceda interponer el proceso competencial;*

7) *Cuando no se cumplió con el requisito especial de la demanda previsto por el artículo 69 del presente Código; y,*

8) *Si la demanda se interpuso luego de vencido el plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la notificación notarial*

4. **DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN**

El art. 71 del C.P. Const. admite el desistimiento de la pretensión solamente cuando se refiere a actos administrativos de carácter personal, por ejemplo la devolución tributaria.

5. **EL FONDO DE LA SENTENCIA FUNDADA**

El C.P. Const. en el art. 72 denomina contenido de la sentencia fundada y ha expresado las reglas de observancia obligatoria de la sentencia que declara fundada la demanda.

Artículo 72.- Contenido de la Sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda se pronunciará preferentemente respecto a:

- 1) *La determinación de la obligación incumplida;*
- 2) *La orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir;*
- 3) *El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días;*
- 4) *La orden a la autoridad o funcionario competente de iniciar la investigación del caso para efecto de determinar responsabilidades penales o disciplinarias, cuando la conducta del demandado así lo exija.*

6. **EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA**

La sentencia será ejecutada conforme a las prescripciones del art. 22 del C.P. Const., expresando:

«Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.

El monto de las multas lo determina discrecionalmente el Juez, fijándolo en Unidades de Referencia Procesal y atendiendo también a la capacidad económica del requerido. Su cobro se hará efectivo con el auxilio de la fuerza pública, el recurso a una institución financiera o la ayuda de quien el Juez estime pertinente.

El Juez puede decidir que las multas acumulativas asciendan hasta el cien por ciento por cada día calendario, hasta el acatamiento del mandato judicial.

El monto recaudado por las multas constituye ingreso propio del Poder Judicial, salvo que la parte acate el mandato judicial dentro de los tres días posteriores a la imposición de la multa. En

este último caso, el monto recaudado será devuelto en su integridad a su titular»

CAPÍTULO IV

ACCION POPULAR

1. DEFINICIÓN

La *Acción Popular* procede por infracción de la Constitución y de la ley contra los *reglamentos y resoluciones administrativas* de carácter general que atenten contra la supremacía de la constitución y de la legalidad garantizado por el *principio de jerarquía* de las normas, o no se ha cumplido con las formalidades de publicidad para su vigencia, emanada de cualquiera autoridad, Gobierno central, Gobiernos regionales o gobiernos locales que infrinjan la constitucionalidad y las leyes para que el juez declare la inconstitucionalidad o ilegalidad total o parcial.

La Constitución Política del Perú reconoce esta garantía constitucional en el art. 200°, inc. 5:

Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

...

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

El C.P. Const. en el art. 75 prescribe la finalidad de la acción popular en las disposiciones generales de los procesos de garantías constitucionales de acción popular y de inconstitucionalidad, prescribiendo:

Artículo 75.- Finalidad

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

El art. 76 del C.P. Const. reglamentando la norma constitucional que declara la garantía de la *acción popular*, expresa los casos concretos de la procedencia de la presente acción de garantía constitucional.

Artículo 76.- Procedencia de la demanda de acción popular

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

2. COMPETENCIA

La competencia para conocer la acción popular es exclusivamente el Poder Judicial, así como la acción de inconstitucionalidad es de exclusiva

competencia del Tribunal Constitucional, como expresa el art. 202° de la Constitución.

El art. 85 del C.P. Const. determina cuáles son los órganos competentes. En los casos en que la norma cuestionada es de carácter regional o local, son competentes las Salas Civiles o de Derecho Constitucional de la Corte Superior del Distrito Judicial a la que pertenecen. En los casos que las normas administrativas sean de carácter nacional emitidas por el Poder Ejecutivo, el Jurado Nacional de Elecciones, el RENIEC, etc., son competentes las Salas Civiles o de Derecho Constitucional de la Corte Superior de Lima.

Artículo 85.- Competencia

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

1) La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y

2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

3. RELACION JURÍDICA PROCESAL

a) Demandante

Puede ser cualquier persona, natural o jurídica como los sindicatos, asociaciones, Colegios Profesionales, etc.

b) Demandados

Son los órganos estatales autores de la emisión de los reglamentos, y resoluciones administrativas contrarios a la constitución o a la ley, el Poder Ejecutivo y sus Ministerios de Estado, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Jurado Nacional de

Elecciones, etc. y los Procuradores Públicos en representación del Estado conforme a ley.

c) Los abogados

Son los asesores de los demandantes y demandados, quienes hacen el estudio adecuado de la inconstitucionalidad o ilegalidad de los reglamentos y resoluciones administrativas de carácter general para interponer la demanda o para absolver el traslado del emplazamiento.

4. PROCEDIMIENTO

a) La demanda

La demanda de acción popular se interpondrá dentro del *plazo de cinco años* computados a partir del día siguiente de su publicación de la norma impugnada (art. 87 C.P. Const.). La demanda además de observar los presupuestos generales de admisibilidad, se tiene que tener en cuenta los presupuestos mínimos prescritos por el art. 86 del C.P. Const.

Artículo 86.- Demanda

La demanda escrita contendrá cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- 1) La designación de la Sala ante quien se interpone.*
- 2) El nombre, identidad y domicilio del demandante.*
- 3) La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma objeto del proceso.*
- 4) El petitorio, que comprende la indicación de la norma o normas constitucionales y/o legales que se suponen vulneradas por la que es objeto del proceso.*
- 5) Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.*
- 6) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.*

7) *La firma del demandante, o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.*

b) Calificación de la demanda

La Sala al recibir la demanda, su primer acto procesal es la calificación de la demanda con la finalidad de determinar que el proceso no prosiga con vicios que al final sea invalidado, como una garantía del principio de la *eficacia* de la tutela jurisdiccional y los principios de economía y celeridad procesal. La Sala emitirá la primera *resolución calificativa* dentro del *plazo de cinco días* de recepcionada la demanda.

Calificando la demanda, la Sala puede encontrarse ante cualquiera de los tres supuestos que prescribe el art. 88 C.P. Const.:

i. Resolución admisorio y de emplazamiento. Encuentra que la demanda observa los presupuestos mínimos de admisibilidad y de procedibilidad, emite la resolución de admisión a trámite el proceso de acción popular disponiendo la notificación a los emplazados, y ordena la publicación de la resolución en el diario oficial de publicaciones del Distrito Judicial que conoce el proceso.

ii. Resolución de inadmisibilidad. Si de la demanda aparece que no se observados alguno o algunos los requisitos mínimos de admisibilidad, declarará inadmisible la demanda y precisando las omisiones concederá al accionante el plazo de tres días para que cumpla con la subsanación bajo apercibimiento de rechazarse la demanda. El plazo de subsanación está prescrito por el art. 48 del C.P. Const. para el proceso de acción de amparo.

iii. Resolución de improcedencia. Calificando la demanda advierte que es improcedente al encontrarse dentro de los presupuestos de improcedencia previstos en el C.P. Const., la Sala declarará improcedente y el archivo de la demanda. Si la resolución es apelada, notificará a la parte emplazada con las formalidades de ley.

c) Emplazamiento

En el proceso de *acción popular* existen particularidades en el emplazamiento previsto por el art. 89 del C.P. Const. Admitida la demanda, la Sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto de la demanda y ordena la publicación del auto admisorio en el Diario Oficial El Peruano si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial que corresponda si se promueve en otro Distrito Judicial.

Si al calificar la demanda la Sala advierte que la norma jurídica cuestionada ha sido expedida con más de un órgano emisor, se emplazará al de mayor jerarquía. Si son órganos de igual nivel jerárquico, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. Si la norma cuestionada es emitida por el Poder ejecutivo, el emplazamiento se hará al Ministro que la refrendó, y son varios los ministros refrendantes, se notificará al primero que la suscribió. Si el órgano emisor ha desaparecido, se notificará al que asumió sus funciones (*sucesión procesal*).

Además, de conformidad con el art. 90 del C.P. Const., si la Sala considera conveniente, en el auto admisorio de oficio puede ordenar al órgano emplazado remita el expediente conteniendo informes y documentos que dieron origen a la norma objeto del proceso, concediéndole para que cumpla con el mandato dentro de los diez días computado a partir de la notificación del auto, bajo responsabilidad. Así mismo, la Sala puede ordenar la reserva para los expedientes y las normas que así lo requieren, esto ocurrirá excepcionalmente cuando se trate de seguridad nacional.

d) Contestación de demanda

La institución emplazada contestará la demanda dentro del plazo de 10 días, observando los mismos requisitos de la demanda que corresponda (art. 91 C.P. Const).

e) Vista de la causa

Con la contestación de la demanda o no, la Sala señalará día y hora para la vista de la causa, la misma que tendrá lugar dentro de los 10 días posteriores a la contestación de la demanda o del vencimiento del plazo para contestarla. En esta audiencia los abogados pueden informar oralmente (art. 92 C.P. Const.)

f) Sentencia

La sentencia será emitida dentro del plazo de 10 días de vista de la causa como prescribe el art. 92 del Código.

g) Recurso de apelación

Los justiciables que no se encuentren conformes con la sentencia, tienen el derecho de interponer *recurso de apelación dentro del plazo de 5 días* computados desde el día siguiente de la notificación con la sentencia, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho.

Recibido el expediente por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, correrá traslado de la apelación a la otra parte para que dentro de cinco días absuelva el traslado y en la misma resolución fijará día y hora para la vista de la causa. Los abogados en el plazo de tres días de notificada esta resolución están facultados para solicitar informe oral a la vista de la causa (*art. 93 del C.P. Const.*).

La Sala Suprema emitirá sentencia dentro del plazo de 10 días posteriores a la audiencia de la vista de la causa y ordenará su publicación en el mismo diario que se publicó el auto admisorio de demanda (*art. 93 C.P. Const.*). Si la sentencia no es objeto de recurso de apelación, la Sala remite el proceso a la Sala Constitucional y Social en consulta, la misma que resolverá sin trámite alguno en el plazo no mayor de 5 días, debiendo también ordenarse su publicación en el mismo diario que se publicó la resolución

admisoria de la demanda sin que perjuicio de la notificación en el domicilio procesal a los litigantes (*art.96 C.P. Const.*).

h) Las costas y costos

El Juez al emitir una sentencia de mérito, es decir declarando fundada la demanda, ordenará al Estado el pago de costas y costos del proceso. Si la demanda se declara infundada o improcedente, solamente el juez ordenará el pago de costos si advierte que ha incurrido en temeridad manifiesta, siendo de aplicación supletoria el C.P.C. en esta materia (*art. 97 C.P. Const.*)

i) Tutela cautelar

La *acción cautelar* procede en este tipo de procesos de garantía constitucional solamente dentro del proceso y en primera instancia cuando la sentencia ha sido declarada fundada, siendo el petitorio de la suspensión de la eficacia de la norma jurídica vulnerante de la constitución o de la ley. Se formará el cuaderno cautelar con las copias certificadas de la sentencia y el cuaderno principal se elevará a la Sala Suprema si se ha interpuesto recurso de apelación o elevada en consulta si la sentencia ha quedado consentida (*art. 94 C.P. Const.*).

CAPITULO VI

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. DEFINICIÓN

La *acción de inconstitucionalidad* es el derecho que tienen determinadas instituciones del Estado y los ciudadanos de recurrir exclusivamente ante el Tribunal Constitucional para pedir tutela de la jurisdicción constitucional, para que declare la inconstitucionalidad en el fondo o forma de las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución.

La Constitución Política vigente reconoce el amparo de la tutela de la jurisdicción constitucional a los Poderes del Estado, organismos constitucionales y de la ciudadanía para promover la acción de inconstitucionalidad, prescrito por el art. 200° de la Constitución Política.

Artículo 200°. Son garantías constitucionales:

...

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

2. RELACIÓN PROCESAL

a) Demandante

La Constitución Política del Estado en el art. 203° prescribe quiénes están legitimados para promover acción de inconstitucionalidad:

Artículo 203°. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

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

municipal, está facultado 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. (No debe exceder de cinco mil ciudadanos).

6. *Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia. (Los Concejos Distritales no tiene el derecho de demandar inconstitucionalidad de norma jurídica).*

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

El C.P. Const. ha reglamentado en cuanto a la legitimación para promover acciones de inconstitucionalidad prescrito por el art. 99 denominándole *Representación Procesal Legal*, sino que son presupuestos para la validez del apersonamiento ante el Tribunal Constitucional promoviendo la acción de inconstitucionalidad, y están previstos por el art. 99 del C.P.Const.

i. El Presidente de la República. El Presidente de la República requiere del voto aprobatorio del Concejo de Ministros, una vez aprobado el acuerdo para demandar acción de inconstitucionalidad, el Presidente designa a uno de sus Ministraros para que *presente* la demanda y lo *represente* en el proceso. Este Ministro puede *delegar su representación* en un Procurador Público.

ii. El Fiscal de la Nación y el Defensor de Pueblo. Interponen directamente la demanda, pueden intervenir en el proceso mediante apoderado.

iii. Los Congresistas. Intervienen en el proceso mediante apoderado común de conformidad con el art. 99, 4° apartado del C.P. Const. concordante con el art. 76° del C.P.C en aplicación supletoria, es decir representante del 25% del número legal de los congresistas.

El art. 76° del C.P.C. prescribe:

«Artículo 76°.- Cuando diversas personas constituyen una sola parte, actuarán conjuntamente. Si no lo hicieran, el Juez les exigirá la actuación común o el nombramiento de apoderado común en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de designarlo por ellos.

La resolución que contiene el nombramiento es título que acredita la personería del apoderado común, el que necesariamente será uno de los Abogados

La negativa de una persona a la designación de apoderado común o a continuar siendo representada por él, es mérito suficiente para que litigue por separado.

La revocación del poder o renuncia del apoderado común, no surte efecto mientras no se designe uno nuevo y éste se apersona al proceso»

iv. Los ciudadanos. Los cinco mil ciudadanos o si se trata de ordenanza municipal el uno por ciento del total de ciudadanos de la jurisdicción provincial y siempre que no exceden de cinco mil, comparecerán mediante representación delegada a uno de los abogados defensores.

v. Los Presidentes Regionales y Alcaldes Provinciales. Actúan por sí solos o mediante apoderado y con patrocinio de Abogado, con el acuerdo del Consejo de Coordinación y con el acuerdo de Concejo Municipal respectivamente.

vi. Los Colegios Profesionales. La junta directiva acuerda conferir representación a su Decano y con patrocinio de Abogado.

b) Demandado

El demandado es el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Municipales (*Provinciales*). El órgano demandado se apersona en el proceso y está obligado a formular su alegato en defensa de la norma impugnada por medio de su apoderado nombrado especialmente para tal efecto, como prescribe el último apartado del art. 99 del C.P. Const.

Artículo 99.- Representación Procesal Legal

...

El órgano demandado se apersona en el proceso y formula obligatoriamente su alegato en defensa de la norma impugnada, por medio de apoderado nombrado especialmente para el efecto.

3. PROCEDIMIENTO

3.1. La demanda

a) Plazo para promover acción

La demanda de inconstitucionalidad será interpuesta dentro del *plazo de seis años* computado a partir de su publicación, y dentro de los *seis meses* si se trata de los tratados, vencido los plazos, prescribe la pretensión extinguiéndose el derecho de promover acción de inconstitucionalidad y de ser promovidas fuera del plazo previsto en este Código art. 100, la demanda será declarada improcedente.

No preguntamos: *¿Las normas jurídicas con categorías de leyes y ordenanzas de carácter general anticonstitucionales quedan legitimadas en su vigencia a pesar de ser incompatibles con la constitucionalidad?*

En estos casos la Constitución ha previsto la solución que serán declaradas inaplicables mediante el *control difuso* de la constitucionalidad, previsto por el art. 51° y 138° de la Constitución. Estos artículos garantizan el principio de la supremacía de la norma constitucional sobre la norma legal y sobre las demás normas de inferior jerarquía. Entonces los jueces al resolver los casos particulares y encontrando la incompatibilidad de la norma legal o administrativa con la norma constitucional, están en la obligación en *declarar inaplicable* en ese caso singular, sin que la norma sea derogada, es decir sigue vigente. Entonces concluimos que prescripción afecta solamente al derecho de promover acción de inconstitucionalidad, pero el *control difuso de la constitucionalidad* sobre estas normas favorecidas por la prescripción, es imprescriptible por mandato imperativo de la Constitución.

Artículo 51°. *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.*

...

Artículo 138°. *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.*

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

b) Presupuestos de admisibilidad

En la demanda se observará mínimamente los presupuestos de admisibilidad prescrito por los arts. 101° y 10° del C.P. Const. que son los siguientes:

327 *Derecho Procesal Constitucional*

1) La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y procesal.

2) La indicación de la norma que se impugna en forma precisa.

3) Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.

4) La relación numerada de los documentos que se acompañan.

5) La designación del apoderado si lo hubiere.

6) Copia simple de la norma objeto de la demanda, precisándose el día, mes y año de su publicación.

7) Los anexos se acompañan a la demanda según el caso:

a) Certificación del acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el Presidente de la República;

b) Certificación de las firmas correspondientes por el Oficial Mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de Congresistas;

c) Certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203 inciso 5) de la Constitución;

d) Certificación del acuerdo adoptado en la Junta Directiva del respectivo Colegio Profesional; o

e) Certificación del acuerdo adoptado en el Consejo de Coordinación Regional o en el Concejo Provincial, cuando el actor sea Presidente de Región o Alcalde Provincial, respectivamente.

c) Calificación de la demanda.

El Tribunal tiene la obligación de pronunciarse sobre la calificación de la demanda dentro del *plazo de diez días* de recepcionada por mesa de partes. El resultado de la calificación puede tener el siguiente resultado:

i. Improcedencia liminar

El Tribunal emitirá la resolución debidamente motivada declarando improcedente la demanda cuando se encuentra dentro de las hipótesis prescritas por el art. 104 del C.P. Const. Esta resolución es inimpugnable, sin

embargo esto no quita el derecho del recurso de revisión que será resuelto por el mismo Tribunal.

Artículo 104.- Improcedencia liminar de la demanda

El Tribunal declarará improcedente la demanda cuando concurre alguno de los siguientes supuestos:

1) *Cuando la demanda se haya interpuesto vencido el plazo previsto en el artículo 100;*

2) *Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo (cosa juzgada); o*

3) *Cuando el Tribunal carezca de competencia para conocer la norma impugnada. (Puede ser que corresponde al proceso de acción popular).*

En estos casos, el Tribunal en resolución debidamente motivada e inimpugnable declara la improcedencia de la demanda.

ii. Inadmisibilidad de la demanda

El Tribunal puede declarar la inadmisibilidad la demanda cuando no se observa los requisitos mínimos de exige el art. 101 del C. P. Const., o que no se acompañen los anexos prescritos por el art. 102 del mismo Código. El Tribunal concederá un plazo no mayor de *cinco días* para la subsanación de las omisiones advertidas. Si no se subsana dentro del plazo, el Tribunal emitirá la resolución debidamente motivada, declarando improcedente y la resolución es inimpugnable.

El término improcedente está expresado en la última parte del art. 103 del C.P. Const., expresión que no es apropiada, correspondiendo doctrinariamente la expresión **inadmisible**, porque si son requisitos que no

se pueden subsanar en el plazo de cinco días, es decir que se requiere más de cinco días para cumplir con la subsanación, y si no ha vencido del plazo de prescripción, el órgano constitucional tiene derecho de volver a demandar acción de inconstitucionalidad. Por el ejemplo el acuerdo del Consejo de Ministros no observa los requisitos para la legitimidad procesal, o el acuerdo del Concejo Regional adolece de ciertas deficiencias en los acuerdos que exige el presente Código, tienen el derecho de volver a promover la acción de inconstitucionalidad.

Las hipótesis de inadmisibilidad están prescritos por el art. 103 del C.P. Const.

Artículo 103.- Inadmisibilidad de la Demanda

Interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve su admisión dentro de un plazo que no puede exceder de diez días.

El Tribunal resuelve la inadmisibilidad de la demanda, si concurre alguno de los siguientes supuestos:

- 1) Que en la demanda se hubiera omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 101; o*
- 2) Que no se acompañen los anexos a que se refiere el artículo 102.*

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

iii. Admisibilidad y emplazamiento

El Tribunal al calificar la demanda determina que ésta reúne los requisitos de admisibilidad, admite a trámite la demanda de

inconstitucionalidad y concede a la parte demandada el plazo de *treinta días* para contestar la demanda. La notificación se practicará según el caso conforme a los supuestos prescritos por el art. 107, 1ª parte del C.P. Const.

Artículo 107.- Tramitación

El auto admisorio concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

- 1) *Al Congreso o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en funciones, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso.*
- 2) *Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia.*
- 3) *Al Congreso, o a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados Internacionales.*
- 4) *A los órganos correspondientes si la norma impugnada es de carácter regional o municipal.*

3.2. Contestación de demanda y vista de la causa

La emplazada contestará la demanda dentro del plazo de 30 días computados a partir del día siguiente de notificada, y vencido el plazo, el Tribunal tendrá por contestada la demanda si fuera el caso o declarará la rebeldía, y en la misma resolución señalará día y hora para la *vista de la causa* la que será *dentro de los diez días* siguientes al vencimiento del plazo para contestar la demanda. Está regulada por la última parte del art. 107 del C.P. Const.

Artículo 107.- Tramitación

...

Con su contestación, o vencido el plazo sin que ella ocurra, el Tribunal tendrá por contestada la demanda o declarará la rebeldía del emplazado, respectivamente. En la misma

331 *Derecho Procesal Constitucional*

resolución el Tribunal señala fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes.

4. INFORMES ORALES

Los abogados están facultados para hacer informes orales en la vista de la causa, solicitando dentro del plazo de tres días de notificados con la resolución que señala día y hora para la vista de la causa.

5. IMPULSO DE OFICIO E IMPROCEDENCIA DEL ABANDONO

Admitida la demanda de acción de inconstitucionalidad, el Tribunal tiene la obligación de dinamizar el proceso *ex officio* sin necesidad del impulso procesal de parte. Además, actualmente es un principio universal en la Teoría procesal, el proceso no puede paralizarse por la inactividad procesal de los litigantes, salvo algunas excepciones que el juzgador no puede reemplazar la dinámica procesal en la Teoría Procesal Civil Empresarial, pero en materia de garantías constitucionales el impulso es de oficio especialmente en el proceso de acción de inconstitucionalidad.

Así mismo *no procede el abandono* en los procesos de garantías constitucionales con en el proceso de acción de inconstitucionalidad, solamente concluye el proceso con sentencia.

El art. 106 del C.P. Const. expresa como norma imperativa el impulso de oficio y la conclusión del proceso solamente con sentencia:

Artículo 106.- Efecto de la Admisión e Impulso de oficio

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso sólo termina por sentencia.

6. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares no proceden conforme a las prescripciones del C.P. Const., la razón fundamental es que conforme al art. 204° de la Constitución, la norma declarada inconstitucional queda sin efecto al día siguiente de la publicación de la sentencia, es decir que la sentencia de que declara la inconstitucionalidad de la norma no tiene efectos retroactivos, salvo en materia tributaria y penal, porque el fin que persigue la medida cautelar es prevenir los daños irreparables que produzca la acción u omisión vulnerativa del derecho por la demora o retardo de la impartición de justicia.

La improcedencia de las medidas cautelares está expresada en el art. 105 del C.P. Const.

Artículo 105.- Improcedencia de Medidas Cautelares

En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares.

7. LA SENTENCIA

a) Plazo

La sentencia será emitida dentro de los *treinta días* después de la vista de la causa, como prescribe el art. 108 del C.P. Const. La sentencia será publicada en el diario oficial El Peruano como expresa el art. 204° del Constitución Política del Estado, generándose dos supuestos:

a) Si la sentencia declara fundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma en todo o en parte, al día siguiente de la publicación la norma queda sin efecto jurídico, pero no tiene efecto retroactivo.

333 *Derecho Procesal Constitucional*

En cuanto a la retroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad de la norma el Tribunal Constitucional, como ya hemos expuesto, ha establecido jurisprudencia sobre esta materia recaída en el EXP. N.º 0024-2003-AI/TC publicada el 31 de octubre del 2005:

«Las sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, conflictos competenciales y cumplimiento, en principio, no tienen efectos retroactivos. Las sentencias de inconstitucionalidad sobre materias tributarias, deben contener la determinación de sus efectos en el tiempo (pueden tener efecto retroactivo, así como conceder el derecho a reabrir procesos concluidos). Las sentencias de inconstitucionalidad en materia penal pueden tener efecto retroactivo y conceder el derecho a reabrir procesos. Las sentencias sobre demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data, se aplican con efecto retroactivo»

b) Si la sentencia declara la constitucionalidad de la norma e infundada o improcedente la demanda, la norma jurídica mantiene su validez por encontrarse dentro de la constitucionalidad.

El art. 204 de la Constitución prescribe los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad expresando:

Artículo 204º. *La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.*

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

b) Efectos sobre normas conexas

La declaración de inconstitucionalidad de la norma supone que aunque pudieran existir otras normas jurídicas no declaradas inconstitucionales por el Tribunal, ello no significa que los efectos de esta sentencia pudieran perder vigencia frente a normas en alguna forma conexas con el asunto de fondo discutido en el proceso de inconstitucionalidad. Emitida esta sentencia y declaradas inconstitucionales las normas objeto de impugnación, quedan carentes de sustento jurídico todas aquellas que pudieran resultar incompatibles con la misma, siendo obligación de los demás poderes públicos, y especialmente de la Magistratura ordinaria, acatar los efectos de esta sentencia.

c) El control constitucional de las leyes derogadas

La jurisprudencia citada ha establecido doctrina jurisprudencial constitucional referente de qué puede hacer el Tribunal Constitucional sobre los efectos de leyes derogadas incompatibles con la constitucionalidad. En cuanto al control constitucional de las leyes derogadas, el Tribunal Constitucional precisa que éste procede en dos supuestos: **a)** Cuando la norma en cuestión continúa desplegando efectos jurídicos; y **b)** Cuando, a pesar de no estar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado. Asimismo, el supuesto de derogación de las leyes se distingue del de declaratoria de inconstitucionalidad, en que mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos que la norma pudiese haber producido, la segunda supone la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico y la eliminación de todos los efectos que la norma pueda producir, incluso los que hubiese producido en el pasado, en el caso de aquellas que versen sobre materia penal y tributaria. Así, el Tribunal Constitucional ingresa a analizar el fondo del asunto considerando que la norma objeto de impugnación, la Ley N.º 28934, a pesar de haber sido derogada por la Ley N.º 29182, continúa desplegando sus efectos.

d) Efectos de retroactividad

Como hemos expuesto que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las normas dejan sin efecto jurídico las normas a partir del día siguiente de su publicación, sin embargo en aplicación de los principios del *indubio pro reo* y el *indubio pro contribuyente* los efectos también son retroactivos. En el segundo caso, el 2° apartado del art. 74° de la Constitución Política de 1993 declara que “*El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio*”. Es decir que las normas tributarias no pueden ser dictadas contrarias con los principios de reserva de la ley, de igualdad y respeto a los derechos fundamentales de la persona.

e) La vacatio sententiae

Es el espacio de tiempo que comprende entre expedición de la sentencia y el vencimiento del plazo para su ejecución, es decir para su cumplimiento. En el Caso del Perú la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorgaba prescribía que el Tribunal tenía que otorgar un plazo para que la norma jurídica con carácter de ley sea derogada por el órgano productor de la norma inconstitucional, para que emita la ley derogatoria. Esta Ley Orgánica se prestó a la vulneración de las Sentencias del Tribunal Constitucional por el Congreso, porque emitía leyes aplazatorias y evasivas del cumplimiento de la Sentencia declarativa de inconstitucionalidad de la norma con carácter de ley. Esta Ley que determinó el plazo de *Vacatio sententiae*, no ha sido considerada en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ni en el Código Procesal Constitucional, que resulta lo más eficaz, porque se evita de condicionar la eficacia de la Sentencia con la ejecución.

f) La inexequibilidad de la norma

La sentencia que declara fundada la demanda de inconstitucionalidad, no es procedente la utilización de la expresión derogación en el Derecho Procesal Constitucional, sino que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y en consecuencia sin efecto jurídico de la norma, porque como ya hemos expuesto, la derogación como institución legislativa

es exclusiva del Poder Legislativo y el cual deroga una ley solamente por otra ley en este caso concreto.

La sentencia de inconstitucionalidad declara su ineficacia jurídica y deja sin efectos a partir de la publicación de la sentencia, que la doctrina la denomina Poder Político Negativo. Por tanto queda sin efecto la ley o norma con carácter de ley, a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Es muy importante citar textualmente el Pleno Jurisdiccional 000005-2007-PI/TC recaído en el Proceso seguido por el Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República sobre Acción de Inconstitucionalidad:

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00005-2007-PI/TC**

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 26 de agosto de 2008

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados de Lambayeque contra el Congreso de la República
Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.º 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual Justicia Militar Policial.

Magistrados firmantes:

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

Sumario

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Disposiciones legales cuestionadas
- IV. Antecedentes
- V. Materias constitucionalmente relevantes

- VI. Fundamentos

§1. Los efectos de la Ley N.º 28934 y la alegada sustracción de la materia

§2. La fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático y el principio de separación de poderes

2.1. La fuerza normativa de la Constitución y el respeto a las garantías que componen el debido proceso

2.2. El principio democrático en el Estado Constitucional

2.3. El principio de separación de poderes y el control y balance entre estos

§3. Interpretación constitucional, sociedad de intérpretes e intérpretes especializados de la Constitución

§4. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo

4.1. La compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo.

4.2. Autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional

§5. La autoridad de cosa juzgada constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional

§6. La *vacatio sententiae* y la importancia de diferir los efectos de las sentencias en determinados casos

§7. Examen de fondo de la cuestionada Ley N° 28934

VII. Fallo

EXP. N° 0005-2007-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DE LAMBAYEQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Calle Hayen

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque contra la Ley N.º 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la justicia militar policial establecida por la Ley N.º 28665.

II. DATOS GENERALES

<i>Tipo de proceso inconstitucionalidad</i>	:	<i>Proceso</i>	<i>de</i>
<i>Demandante</i>	:	<i>Colegio de Abogados de Lambayeque</i>	
<i>Disposición sometida a control</i>	:	<i>Ley N.º 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial</i>	
<i>Disposiciones constitucionales</i>	:	<i>Artículos 201º, 139º inciso 2), 103º y 204º de la Constitución</i>	
<i>Petitorio</i>	:	<i>Se declare la inconstitucionalidad de los dos artículos de la Ley N.º 28934</i>	

III. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS

Artículo 1.- Vigencia temporal de la actual Justicia Militar Policial
El Consejo Supremo de Justicia Militar y los demás órganos que integran la organización de la Justicia Militar Policial, continúan ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N° 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N° 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional núms. 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

Artículo 2.- Vigencia del Código de Justicia Militar Policial

En concordancia con el artículo anterior, la parte procesal y de ejecución penal del Código de Justicia Militar Policial, aprobado por Decreto Legislativo N° 961, entrará en vigencia en un plazo de dieciocho (18) meses contados a partir de la promulgación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N° 28665 o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demandante

Don Javier Cueva Caballero, Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial.

*Alega que en las sentencias de los Expedientes N.ºs 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la justicia militar, y que, con relación a los efectos en el tiempo de alegada inconstitucionalidad, dispuso una *vacatio sententiae* que vencía el 31 de diciembre de 2006, estableciendo expresamente que el vencimiento de dicho plazo “ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales” y que esta *vacatio* era exigible “para no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal”.*

Según manifiesta, pese al tiempo transcurrido, el Legislador no expidió la respectiva normatividad sobre la nueva organización de la justicia militar, sino que, en su lugar, expidió la ley cuestionada, prorrogando indefinidamente la vigencia de las leyes declaradas inconstitucionales. Los argumentos que sustentan la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 28934 son los siguientes:

341 *Derecho Procesal Constitucional*

- a) *En la Sentencia N.º 00053-2004-AI, el Tribunal Constitucional sostuvo que “las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma legal tienen efectos de: a) fuerza de ley; b) cosa juzgada; y c) aplicación vinculante a los poderes públicos. Así lo ha dispuesto el Código Procesal Constitucional mediante sus artículos 81º y 82º, estableciendo que la sentencia que declara fundada la demanda del proceso de inconstitucionalidad tiene alcance general y calidad de cosa juzgada, por lo que vincula a todos los poderes públicos, produciendo efectos desde el día siguiente de su publicación”.*
- b) *Asimismo, la sentencia de inconstitucionalidad cuenta con fuerza activa y fuerza pasiva. Fuerza activa en tanto deja sin efecto la norma legal declarada inconstitucional, y fuerza pasiva en tanto no puede ser, por ejemplo, derogada por otra norma legal (exceptuando otra sentencia del propio Tribunal Constitucional).*
- c) *Pese a lo antes expuesto, la Ley N.º 28934 “parece negar la fuerza de ley activa de la sentencia al pretender mantener vigente hasta que se apruebe una nueva legislación sobre el tema (es decir, indefinidamente), los artículos de la Ley N.º 28665 declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en las sentencias N.º 0004-2006-PI/TC y N.º 0006-2006-PI/TC. También parece querer negar la sentencia como fuerza pasiva, ya que se está pretendiendo ignorar la vacatio sententiae establecida por el TC, estableciendo un plazo indefinido para la derogatoria de los artículos declarados inconstitucionales”.*
- d) *También se vulnera el artículo 139º inciso 2 de la Constitución que establece: “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)”, pues “la cuestionada ley pretende desconocer el carácter de cosa juzgada de las sentencias del TC, al suspender*

indefinidamente los efectos de la misma, afectando, así, la independencia de este organismo constitucional con función jurisdiccional, garantizada en el artículo de la Constitución antes mencionado”.

- e) *Igualmente se vulnera el artículo 204º de la Constitución que establece: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”. Tales efectos, como consecuencia de la vacatio sententiae “se darían luego del 31 de diciembre de 2006”. “Sin embargo, el Congreso de la República va contra esta característica erga omnes de la sentencia, pretendiendo no dejar que se aplique la sentencia de inconstitucionalidad en el plazo establecido por el propio Tribunal Constitucional”.*
- f) *Se vulnera también el artículo 38º de la Constitución que establece: “Todos los peruanos tienen el deber de (...) cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”, pues al consagrarse la existencia de un Estado Constitucional, en el que precisamente la Constitución es la norma suprema de la sociedad y el Estado, no se ha respetado uno de sus elementos básicos como son el control y la limitación del poder, los mismos que no han sido respetados por la ley cuestionada “al asumir el Congreso de la República funciones exclusiva del Tribunal Constitucional, como la de definir el momento en el que su sentencia tendrá plena vigencia” (sic). Asimismo, se vulnera otro principio propio del Estado Constitucional como es la preocupación por asegurar y preservar la supremacía constitucional, pues la ley objeto de control cuestiona la esencia del Tribunal Constitucional como órgano encargado de asegurar la supremacía constitucional “poniendo en peligro las bases en las que se sostiene el Estado Constitucional”.*
- g) *En el caso del artículo 201º de la Constitución que establece: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...)”, así como del artículo 1º de la Ley 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*

(...)”, ambas disposiciones son vulneradas por la ley cuestionada pues pretende “desconocer, al no acatar las sentencias de inconstitucionalidad antes mencionadas, que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y que tiene la función de conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad. Es decir, al sostener que los aspectos funcionales de la ley en cuestión seguirán vigentes hasta que estos sean derogados, se pretendería rechazar su inconstitucionalidad”.

Finalmente, sostiene que el artículo 2° de la Ley N.° 28934 es inconstitucional pues tiene “los mismos problemas señalados en el artículo 1°, con el agravante adicional de ir en contra de lo establecido en la sentencia del Expediente N.° 0012-2006-PI/TC (...) [pues en] este caso no hay una vacatio sententiae, siendo inmediatamente derogados los artículos declarados inconstitucionales, luego de la respectiva publicación de la sentencia. Por ende, el Congreso de la República no puede establecer un plazo para la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo [912], puesto que éste ya se encuentra vigente”.

Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que esta sea declarada infundada, por cuanto no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, como tampoco directa o indirectamente.

Los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su posición son los siguientes:

- a) Existe un “lapso excesivamente corto del plazo fijado por el Tribunal Constitucional en ambas sentencias, es decir, 6 meses y medio, con relación al Expediente N.° 0004-2006-PI/TC, y del plazo menor aún, 5 meses y medio, con relación al Expediente N.° 0006-2006-PI/TC (...) Sobre el particular, haciendo una comparación con otros procesos de inconstitucionalidad en los que el Tribunal Constitucional ha establecido*

un plazo de vacatio sententiae, el caso que nos ocupa es el que presenta notoriamente los plazos más cortos”.

- b) *Para comprender la finalidad de la ley cuestionada, “debemos atender a la situación concreta, como conjunto de factores que condicionaron al Congreso de la República para la dación de la Ley N.º 28934 impugnada. Entre tales factores se encuentra el cambio de gobierno que se realizó a fines del año 2006. Así, en mérito a las elecciones generales realizadas en dicho año, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo se renovaron en su conducción y composición. A mayor abundamiento, cabe señalar que la Segunda Legislatura Ordinaria del periodo anual 2005-2006 del Congreso de la República se extendió únicamente hasta el 13 de julio del 2006, por lo cual no se registró actividad legislativa sino hasta el inicio del nuevo periodo parlamentario 2006-2011, aprobándose el cuadro de conformación de las Comisiones Ordinarias del Congreso el 10 de agosto, las cuales iniciaron su periodo de sesiones a fines de agosto del 2006.*

Asimismo, “debe tomarse en consideración que la emisión de la regulación que subsanara las inconstitucionalidades de la Ley N.º 28665 declaradas por el Tribunal Constitucional, implicaba la realización de una serie de etapas que componen el iter legislativo, que va desde la presentación de la iniciativa legislativa, sea por uno o más grupos parlamentarios, de forma individual o multipartidaria; así como su decreto a comisiones, que de acuerdo a la materia implicaría el estudio y debate de las Comisiones de Defensa nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas; Justicia y Derechos Humanos; y Constitución y Reglamento. Ello explica cómo el reducido plazo y la multiplicidad de factores políticos y jurídicos dificultaron las posibilidades del Poder Legislativo de atender al plazo de vacatio sententiae dispuesto por el Tribunal Constitucional.

- c) *“En ese sentido, éstas, entre otras, fueron las diversas consideraciones o factores que motivaron –o que a fin de cuentas terminaron forzando- al legislador a emitir, dentro del plazo de vacatio sententiae, la Ley N.º 28934, y con ello permitir la continuidad en el ejercicio de las funciones,*

345 *Derecho Procesal Constitucional*

atribuciones y competencias de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial con la estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarían al quedar sin efecto las disposiciones declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional de la propia Ley N.º 28665; todo ello con el fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad difiriendo en la práctica, los efectos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional al respecto”.

- d) *“De no haberse dictado la Ley N.º 28934 se hubiese afectado en una mayor proporción el principio de seguridad jurídica sobre el cual descansa nuestro ordenamiento jurídico y que implica una predictibilidad de las conductas de todo poder público”.*
- e) *“Es necesario destacar que en el Congreso de la República, tomando en consideración precisamente los alcances de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre los procesos antes referidos (Expedientes Números 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC), se encuentra actualmente en trámite el Proyecto de Ley N.º 01421/2006-CR, que propone la Ley Orgánica del Fuero Militar”, el mismo que se encuentra pendiente de dictamen de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas”.*
- f) *Finalmente, “es importante destacar que el Sector Defensa, atendiendo a la complejidad de la materia, nombró una Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar y policial, mediante Resolución Suprema N.º 362-2006-DE/SG de fecha 24 de agosto de 2006, para proponer las conclusiones y recomendaciones que resulten pertinentes (...) En su informe, dicha comisión concluyó que “la parte subsistente de la Ley N.º 28665 adecuada con las sentencias constitucionales, no es factible implementarla y llevarla a la práctica en el breve lapso disponible hasta el 31 de diciembre del presente año. Las razones que sustentan esta apreciación, entre otras, son las siguientes: i) no se ha resuelto la base*

constitucional que fundamenta sus disposiciones; ii) el tiempo para la instauración de un nuevo modelo organizativo de la jurisdicción militar es escaso; y iii) se presentan contingencias de orden administrativo, pues no existe presupuesto ni previsiones de infraestructura y de personal que garantice su eficiencia”, por lo que recomendó que “la organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Militar continuara rigiéndose por Novena Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665. Es decir, para evitar la afectación del principio de seguridad jurídica que generaría el vacío normativo, la Comisión planteó la misma solución que la adoptada por la norma sub litis”.

Otros documentos adjuntados

Con fecha 8 de junio de 2007, el demandante pone en conocimiento del Tribunal Constitucional que, con fecha 20 de mayo de 2007, la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú suscribió la “Declaración de Lima”, la misma que en el punto undécimo acuerda “Respaldar e impulsar la acción de inconstitucionalidad de la Ley 28934 interpuesta por el Colegio de Abogados de Lambayeque por violentar derechos y principios constitucionales referidos a los Principios de Unidad, Independencia y Exclusividad de la Función Jurisdiccional que incluye la Justicia Militar”.

Asimismo, con fecha 26 de febrero de 2008, el apoderado del demandado informa, entre otros extremos, respecto de la expedición de la Ley N.º 29182, de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, la misma que ha sido publicada con fecha 11 de enero de 2008, y que en uno de sus extremos deroga la cuestionada Ley N.º 28934.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que en el caso del cuestionamiento de la Ley N.º 28934, se deben absolver las siguientes interrogantes:

347 *Derecho Procesal Constitucional*

- *¿La derogación de una ley cuestionada mediante un proceso de inconstitucionalidad origina necesariamente la sustracción de la materia en tal proceso?*
- *Una ley que prorroga indefinidamente los efectos de una vacatio sententiae del Tribunal Constitucional ¿vulnera el principio de separación de poderes, la supremacía normativa de la Constitución o el principio democrático?*
- *¿Cuáles son los ámbitos de competencia que poseen tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Legislativo? ¿Existen jerarquías entre ambas instituciones? ¿Cómo se compatibilizan la justicia constitucional y el principio democrático en el Estado Constitucional?*
- *Una ley que prorroga indefinidamente los efectos de una vacatio sententiae del Tribunal Constitucional ¿vulnera la autoridad de cosa juzgada de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad?*

VI. FUNDAMENTOS

§1. Los efectos de la Ley N.º 28934 y la alegada sustracción de la materia

1. *En la sentencia recaída en el Expediente N.º 00004-2004-AI/TC acumulados, Caso ITF, el Tribunal Constitucional, al distinguir los conceptos de vigencia, derogación, validez e inconstitucionalidad de las normas, estableció determinadas reglas para la procedencia de una demanda de inconstitucionalidad contra leyes que hubieren sido derogadas. Así, precisó que*

(...) la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

De ello se concluye que no toda norma vigente es una norma válida, y que no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no

continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00019-2005-PI/TC sostuvo que

La derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos atractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83º del Código Procesal Constitucional).

Con relación al control de leyes derogadas, el Tribunal Constitucional Federal Alemán sostuvo, en criterio que comparte este Colegiado, que bajo ciertas circunstancias, también una norma que ya no está vigente puede ser objeto del control de constitucionalidad. Esto sucede cuando ella todavía produce efectos jurídicos en situaciones pasadas que pueden ser objeto de procedimientos judiciales^{106[1]}, o cuando se trata de normas que, como en el caso de la ley de presupuesto, contienen regulaciones para el ámbito de los órganos estatales, mientras esas regulaciones sean aún de importancia en la esfera de la organización estatal.^{107[2]}

- 2. En el caso de la cuestionada la Ley N.º 28934, “que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar policial”, cabe mencionar que esta ley ha sido dejada sin efecto por la Ley N.º 29182, de*

^{106[1]} BVerfGE 5, 25(28)

^{107[2]} BVerfGE 20, 56(93 y s.)

349 *Derecho Procesal Constitucional*

Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, publicada el 11 de enero de 2008.

3. *Si bien lo expuesto en el párrafo precedente podría indicar la existencia de la sustracción de la materia por haberse derogado la ley que se cuestiona en el presente proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estima que es de aplicación en este caso su reiterada doctrina jurisprudencial, precisada en el Fundamento N.º 1 de la presente sentencia, respecto del control constitucional de leyes derogadas, en el supuesto en el que la norma cuestionada, pese a su derogación, aún siga surtiendo efectos.*
 4. *En efecto, conforme se observa en el Oficio N.º 44-2008-P/CSJM, recibido con fecha 8 de abril de 2008, el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar informa a este Colegiado, con relación a la información solicitada, que “en el periodo de tiempo comprendido entre el 16 DIC 2006 al 11 ENE 2008, vale decir, durante la vigencia de la Ley N.º 28934, se han emitido 301 sentencias condenatorias, por delitos de función, de los cuales 03 están privados de su libertad a la fecha, tal como aparece en el cuadro que se adjunta a la presente”. (resaltado agregado)*
 5. *En consecuencia, habiéndose verificado que a la fecha de expedición de esta sentencia la ley cuestionada continúa desplegando sus efectos (pues ésta ley habilitó en el cargo a los jueces que emitieron las sentencias mencionadas en el párrafo precedente), cabe examinar el fondo del asunto y verificar si la misma resulta compatible con la Norma Fundamental.*
- §2. *La fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático y el principio de separación de poderes*

Teniendo en cuenta el cuestionamiento que realiza el demandante, este Colegiado estima que, previamente a examinar la compatibilidad constitucional de la ley cuestionada, deben precisarse aquellos contenidos

exigibles por la fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático, así como el principio de separación de poderes.

2.1. La fuerza normativa de la Constitución y el respeto a las garantías que componen el debido proceso

6. La supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico (artículo 51º: la Constitución prevalece sobre toda norma legal y así sucesivamente), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45º: el poder del Estado emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen), o de la colectividad en general (artículo 38º: todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación), puede desconocer o desvincularse respecto de sus contenidos.

7. La fuerza normativa de la Constitución implica a su vez: i) una fuerza activa, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, pues a partir de ella existe una nueva orientación normativa en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infra constitucionales que resulten incompatibles con ella (en las que precisamente se produce un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida); y ii) una fuerza pasiva, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infra constitucionales que pretendan contravenir sus contenidos [Exp. 00047-2004-AI/TC FJ 56].

8. Asimismo, conviene precisar que si bien todo el conjunto de normas que componen la Constitución es vinculante y poseen la misma jerarquía normativa, es el Estado el que debe privilegiar la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44º, Const.), así como los bienes y principios constitucionales que se desprenden de estas disposiciones. En

efecto, si se tiene en consideración que los dos principales bloques normativos de la Constitución están compuestos por un catálogo de derechos fundamentales (artículos 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 10º, 11º, 13º, 14º, 15º, 17º, 18º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 31º, 35º, 139º, entre otros), y por la estructuración del Estado (Poder Legislativo, arts. 90º y ss.; Poder Ejecutivo, arts. 110º y ss.; Poder Judicial, arts. 138º y ss.; Ministerio Público, arts. 158 y ss.; Sistema electoral, arts. 176 y ss.; Gobiernos Locales y Regionales, arts. 188º y ss.; y Tribunal Constitucional, arts. 201º y ss.; entre otros), es Este último, el Estado, el que en toda actuación debe preferir y privilegiar los derechos fundamentales, tal como lo exige la propia naturaleza de tales derechos, basados en la dignidad del ser humano, y además por disposición de la propia Norma Fundamental, que en su artículo 44º establece como un deber primordial del Estado: “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, y en su artículo 45º señala que “El poder del Estado emana del pueblo (...)”.

La existencia de los diferentes poderes y órganos del Estado se justifica solo en la medida en que estos actúen en defensa de los derechos fundamentales y con preferencia de tales derechos no solo respecto de aquellos otros de naturaleza infra constitucional sino respecto de aquellas competencias del Estado que pretendan restringirlos de modo irrazonable o desproporcionado.

- 9. Precisamente, teniendo en cuenta la importancia de los derechos fundamentales en el sistema constitucional peruano, es pertinente hacer referencia al rol que tienen hoy los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos, pues los mismos no solo persiguen la materialización de derechos humanos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de pensamiento y de expresión, sino también la materialización de un conjunto de garantías judiciales mínimas, entre otros.*
- 10. En cuanto al rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado*

peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55º de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado” [05854-2005-PA/TC FJ 22]. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.

11. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas con rango constitucional” se encuentran los “Tratados de derechos humanos”. [00047-2004-AI/TC FJ 61 y 00025-2005-AI/TC FFJJ] 25 y ss.]*
12. *Asimismo, cabe mencionar que este Colegiado ha sostenido en anteriores oportunidades que 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 (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). [Exp. N.º 05854-2005-AA/TC FJ 23]*
13. *De este modo, tanto los derechos fundamentales establecidos en la Constitución como aquellos derechos básicos reconocidos en tratados de derechos humanos ratificados por el Perú resultan vinculantes principalmente para los poderes del Estado y órganos constitucionales. Dentro de tal conjunto de derechos destaca la vinculatoriedad de las*

garantías judiciales (derecho a un juez independiente e imparcial, al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, motivación, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a la cosa juzgada, entre otros derechos fundamentales) pues solo mediante ellas se garantizan procesos conformes con la Constitución y los aludidos tratados de derechos humanos.

Teniendo en cuenta que en la materialización de los derechos fundamentales el Legislador desempeña un rol de la mayor relevancia, es importante precisar los alcances del principio democrático en el marco de la Constitución.

2.2. El principio democrático en el Estado Constitucional

14. *En reiteradas ocasiones, este Tribunal ha destacado que, tal como se desprende del artículo 43º de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho. El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º 17 de la Constitución.*

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. [Exp. 04677-2004-PA/TC FJ 12]

15. *De las mencionadas disposiciones de la Norma Fundamental se desprende un modelo de democracia que en el Estado Constitucional viene a distinguirse de modelos anteriores. En efecto, en el Estado Constitucional la soberanía del pueblo –y por tanto de su principal representante, el Parlamento– no es absoluta sino relativa pues se encuentra limitada por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de modo que las mayorías parlamentarias no pueden desconocer las competencias y los límites formales y materiales establecidos en dicha norma.*

Asimismo, es importante distinguir entre el principio de la mayoría, que postula que en ausencia de unanimidad el criterio que debe guiar la adopción de las políticas y las decisiones es el de la mayoría de los participantes, y la regla de la mayoría, que exige el reconocimiento de la necesidad y legitimidad de la existencia de minorías, así como de sus correspondientes derechos, lo que implica ciertamente la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas.

En el Estado Constitucional, si bien se exige el respeto al principio democrático también se exige el control y balance entre los poderes del Estado, si bien se exige el respeto a las decisiones de las mayorías también se exige que tales decisiones no desconozcan los derechos de las minorías, pues el poder de la mayoría solo adquirirá legitimidad democrática cuando permita la participación de las minorías y reconozca los derechos de estas;

y finalmente, si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado. La participación del pueblo –y del Parlamento– en el gobierno en un Estado Constitucional exige que tal participación sea realizada respetando fundamentalmente los derechos constitucionales y el control y el balance entre los poderes del Estado.

Al respecto, se ha sostenido con acierto que “en todo Estado en el que de hecho no se observe la distinción entre Constitución y gobierno no existe verdadera Constitución, ya que la voluntad de gobierno carece de control, de modo que en realidad estamos ante un Estado despótico”^{108[3]}.

2.3. El principio de separación de poderes y el control y balance entre estos

16. *Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0023-2003-AA/TC que la doctrina de la separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconozcan los derechos y las libertades fundamentales.*

17. *Asimismo, este Colegiado estableció que “Este principio no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –checks and balances of powers– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos”^{109[4]}, y además que “Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado”, lo que “sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de*

^{108[3]} Mc ILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, CEC. 1991.p.25

^{109[4]} Expediente N.º 00006-2006-PC/TC

manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (check and balance) entre los órganos del Estado”^{110[5]}.

18. *La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.*
19. *Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú “(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)”.*

Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73].

20. *Es importante precisar además que si bien nuestra Constitución reconoce las aludidas funciones básicas del Estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional), no puede asumirse: i) que estas sean las únicas funciones;*

^{110[5]} Expediente N.º 03760-2004-AA/TC

ii) que existan distinciones nítidas y rígidas entre tales funciones básicas del Estado; y iii) que se encuentren en un rango superior a las funciones de los órganos constitucionales.

21. *En cuanto a lo primero, cabe mencionar que el principio de separación de poderes reconocido en el artículo 43º de la Constitución posee un contenido más amplio que aquel que asumía la separación del poder del Estado únicamente en poderes como el legislativo, ejecutivo y judicial. En efecto, la propia Norma Fundamental ha establecido órganos constitucionales tales como el Tribunal Constitucional (artículo 201º y ss.), Jurado Nacional de Elecciones (176º y ss.), Ministerio Público (artículo 158º y ss.), Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150 y ss.), Defensoría del Pueblo (artículo 161º y ss.), Gobiernos locales y Gobiernos regionales (artículo 190º y ss.), entre otros.*

Como se aprecia, el Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente. Como sostuvo Montesquieu: "Todo estaría perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de personas principales, o de nobles o de pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o las diferentes entre particulares"^{111[6]}.

22. *En cuanto a lo segundo, tal división no implica una rígida separación entre poderes, sino que se limita a excluir que un solo órgano acumule en sí*

^{111[6]} MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, 1980.

más poderes, no rechazándose a priori la posibilidad de que –en función de moderación y freno– un órgano compartiese el ejercicio de más poderes^{112[7]}. El principio de separación de poderes funciona también como regla de organización constitucional, la misma que se manifiesta, en una primera aproximación, en la necesidad que exista una ponderación entre una pluralidad de centros de poder, puestos en posición de independencia, pero también de recíproco control entre ellos, para así impedir los abusos^{113 [8]}. Asimismo, exige que, pese a compartir determinadas funciones, los poderes del Estado u órganos estatales se encuentren prohibidos de desnaturalizar las competencias de otros poderes u órganos. Así por ejemplo, si bien el Poder Ejecutivo puede expedir decretos legislativos, tal facultad de legislar se encuentra enmarcada en determinados límites (legislar sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa, entre otros), encontrándose vetado a tal poder invadir las competencias asignadas al Poder Legislativo y así legislar sobre otras materias que no fueron materia de la delegación o hacerlo fuera del respectivo plazo.

23. *En cuanto a lo tercero, si se tiene en cuenta que el principio de supremacía normativa de la Constitución exige que la Norma Fundamental, en su conjunto, sea considerada como la norma que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, no puede estimarse que existe una jerarquía con relación a las competencias que desempeñan los poderes del Estado u órganos constitucionales. Ambos se encuentran en un mismo nivel jerárquico.*

§3. *Interpretación constitucional, sociedad de intérpretes e intérpretes especializados de la Constitución*

^{112[7]} FIORILLO, Mario. “Corte Costituzionale e separazioni dei poteri”. En: RUGGERI, Antonio. *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.311.

^{113[8]} *Ibid.* pp.311-312.

359 *Derecho Procesal Constitucional*

24. *Si bien la aludida vinculatoriedad de la Norma Fundamental exige que los sujetos obligados (ciudadanos, poderes públicos, etc.), a fin de efectivizar el respectivo contenido constitucional deban realizar ejercicios interpretativos, tal interpretación siempre debe tomar en consideración aquella realizada por los intérpretes especializados y autorizados en definitiva para interpretar y controlar la Constitución.*
25. *Ciertamente, todos interpretamos la Constitución (los ciudadanos cuando ejercitan sus derechos, el Poder Legislativo cuando legisla, la Administración y el Poder Jurisdiccional en los diferentes casos concretos que deben resolver, etc.). Sin embargo, tal norma suprema ha establecido que los intérpretes especializados de esta sean los jueces ordinarios (artículo 138º: en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera), y que en definitiva, como Supremo Intérprete de la Constitución se encuentre el Tribunal Constitucional (artículo 201º: el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, artículo 204º: la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto, entre otros).*
26. *Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que: “la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución”^{114[9]}.*
27. *Entre la pluralidad de intérpretes de la Constitución, destaca el Poder Legislativo, pues al realizar el principio democrático y desarrollar los derechos fundamentales, entre otras competencias, interpreta permanentemente la Norma Fundamental. Así por ejemplo, cuando el Legislador penal regula en el Código Penal las conductas punibles así como*

^{114[9]} Expediente N.º 0006-2006-PC/TC, FJ 37.

sus correspondientes penas, debe interpretar el respectivo contenido constitucional de la libertad personal, pues es precisamente el derecho fundamental el que será restringido por una pena privativa de libertad, además que debe observar el principio de proporcionalidad pues no pueden penalizarse aquellas conductas que podrían ser prevenidas por el derecho administrativo sancionador o no pueden establecer penas que no resulten proporcionales con el grado de afectación de determinados bienes jurídicos.

28. *Ciertamente, la interpretación realizada por el Legislador y materializada en una ley es obligatoria. Sin embargo, teniendo en consideración que conforme a los aludidos artículos 201º y 204º, el Tribunal Constitucional expulsa las leyes que resulten incompatibles con esta, entonces la constitucionalidad de tales normas recién se verá confirmada o rechazada cuando el Tribunal Constitucional las examine mediante el proceso de inconstitucionalidad. Si bien en la cotidiana actividad del Parlamento se interpreta la Constitución, tal interpretación no puede estar desvinculada de aquella interpretación de los intérpretes especializados de la Norma Fundamental y específicamente de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, pues es este el órgano al que en definitiva se le ha encargado el “control de la Constitución” (artículo 201º).*

Esta relación entre Tribunal Constitucional y Legislador en la interpretación de la Constitución, entre otros temas, no ha sido ni es pacífica en el derecho comparado. Precisamente, en el siguiente apartado se examinará esta relación así como los mecanismos institucionales existentes sobre el particular.

§4. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo

- 4.1. *La compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo.*

361 *Derecho Procesal Constitucional*

29. *El desarrollo de la justicia constitucional en los ordenamientos que así lo han previsto ha generado mayores niveles de efectividad en la protección de los derechos fundamentales y el respeto de las competencias o atribuciones de los Poderes del Estado u órganos constitucionales. No obstante, tal desarrollo ha traído consigo tensiones con tales poderes y órganos, tensiones que no solo se han presentado en nuestro ordenamiento sino también en ordenamientos jurídicos tales como el italiano, alemán, español o colombiano, entre otros.*
30. *Entre tales tensiones destacan de modo especial las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador. El aspecto medular de tales tensiones se encuentra constituido por la existencia de determinadas sentencias de inconstitucionalidad que han supuesto la creación de normas, y la exhortación o recomendación al legislador para que expida otras leyes que sí resulten compatibles con la Constitución.*
31. *En el ordenamiento jurídico peruano, pese al escaso número de sentencias “interpretativas” expedidas por el Tribunal Constitucional, este ha establecido expresamente sus límites en la expedición de tales sentencias. Así, en la sentencia del caso “barrera electoral” (Exp. 00030-2005-AI/TC), sostuvo lo siguiente:*

Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201º y 202º de la Constitución y 1º de la Ley N.º 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51º) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los

poderes públicos (artículo 45º de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

- a) *En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43º de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho ex novo dentro del marco constitucional (artículos 90º y 102º, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas solo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía secundum constitutionem.*
- b) *No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.*

363 *Derecho Procesal Constitucional*

- c) *Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45º de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.*
- d) *Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.*
- e) *La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.*

32. *De otro lado, cabe precisar que las tensiones existentes entre Tribunal Constitucional y Parlamento no pueden circunscribirse a un falso dilema entre supremacía de la Constitución o supremacía de la ley en un determinado ordenamiento jurídico, o entre superioridad del Tribunal Constitucional o del Parlamento. En el Estado Constitucional, es precisamente la Constitución la principal fuente de derecho, y es la ley, aquella otra fuente que siendo compatible con la Norma Fundamental busca desarrollarla efectivamente. La Constitución es vinculante tanto para el Parlamento como para el Tribunal Constitucional. En un ordenamiento jurídico fundado sobre la articulación y el desarrollo equilibrado del poder, no resulta legítimo sostener una jerarquización orgánica entre instituciones pares, sino más bien la ponderación entre los*

intereses constitucionales que ambas instituciones persiguen, intereses que deben expresar la integración de la ley dentro del marco constitucional.

33. *Precisamente, el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico exige la participación, en diferentes roles, de los poderes del Estado u órganos constitucionales, en particular, del legislador y los jueces. En el caso del legislador, este se encuentra llamado no sólo a expedir leyes que no sean incompatibles con los principios y reglas constitucionales, sino también a expedir leyes que desarrollen el contenido deóntico de la Constitución. El desarrollo legislativo tiene determinados límites en la Norma Fundamental y en los tratados celebrados por el Estado que forman parte del derecho nacional, es decir, legisla con amplia discrecionalidad hasta donde existan tales límites. En el caso de los jueces –incluidos los constitucionales–, estos tienen la tarea de utilizar el material normativo estructurado a partir de la Constitución para así individualizar reglas conformes con los principios constitucionales y de adecuar la interpretación de las leyes en la dirección en la cual tales principios puedan realizarse en la mayor medida posible.*
34. *En el derecho comparado se ha insistido en que “avanzar en la configuración de una superior colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador aconseja abandonar viejos tabúes por ambas partes, como la crítica per se a las sentencias que contienen orientaciones para el legislador o la creencia de los Tribunales Constitucionales de que la inercia (pereza) del legislador es algo consustancial a las Cámaras. La creación de instrumentos que introduzcan flexibilidad en las relaciones entre ambas instituciones, como la Memoria anual del Tribunal Constitucional recordando las normas pendientes de reforma, o la creación de gabinetes en el Gobierno y en el Parlamento para facilitar el cumplimiento de las sentencias constitucionales, o incluso la previsión de reuniones periódicas u otro tipo de relaciones institucionalizadas, no*

365 *Derecho Procesal Constitucional*

resolverán por sí mismas el problema principal pero pueden ayudar a encauzarlo^{115[10]}.

4.2. *Autonomía del Tribunal Constitucional en la administración de la justicia constitucional*

35. *Conforme lo establece el artículo 201º de la Constitución, el Tribunal Constitucional “es el órgano de control de la Constitución” y además es “autónomo”. En cuanto a la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional cabe precisar, en primer término, que conforme lo ha sostenido este Colegiado, el concepto “garantía institucional” se alude a la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento jurídico, de modo tal que se otorga protección a su esfera propia de actuación respecto de la actuación de otros órganos del Estado y además se persigue mantener tal esfera «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar», imagen que se identifica con el núcleo esencial de la institución protegida por la Constitución, y que debe respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad, entre otros*^{116[11]}.

En cuanto a la garantía institucional, Klaus Stern sostiene que “la recepción de esta categoría jurídica garantiza a la institución jurídica asegurada constitucionalmente a través de ella una protección contra su supresión y vaciamiento de sustancia. Ciertamente el legislador debe dar forma jurídica a la institución garantizada, pero sólo dentro de límites. Si el contenido de la garantía respecto de la prohibición de supresión es claro, delimitar las intervenciones legislativas que simplemente dan forma, acuñan, concretan, estructuran, modifican y son, por lo tanto, admisibles, de aquellas que vacían de sustancia, presenta dificultades”^{117[12]}.

^{115[10]} AJA, Eliseo. *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*”. Ariel, Barcelona, 1998, p. 290.

^{116[11]} Expediente N.º 00013-2003-AI/TC FJ 6

^{117[12]} STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 707-708.

36. *En cuanto a la autonomía, en abstracto, esta puede entenderse como "(...) la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los propios intereses"*^{118[13]}.
37. *De este modo, prima facie, puede entenderse la autonomía del Tribunal Constitucional como aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución pueda ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias. Ello implica además que los poderes del Estado u órganos constitucionales no pueden desnaturalizar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la Constitución.*
38. *Asimismo, debe destacarse que tal autonomía del Tribunal Constitucional si bien es atribuida por la Constitución también es limitada por ésta, de modo que el ejercicio de sus respectivas competencias no puede desvincularse parcial o totalmente del ordenamiento jurídico.*
- §5. *La autoridad de cosa juzgada constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional*
39. *El artículo 139º, inciso 2) de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional, "Son principios y derechos de la*

^{118[13]} MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Tomo II, Padova, Cedam, 1976. pp.823

función jurisdiccional: 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)" [cursivas añadidas].

40. *Dicha disposición constitucional debe interpretarse en virtud del principio de unidad de la Constitución, conforme con el inciso 13) del mismo artículo 139º de la Ley Fundamental, el cual prevé que "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:(...) 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".*
41. *Asimismo, tales disposiciones deben interpretarse en conjunto con el artículo 103º de la Constitución que establece que "(...) La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad", así como con el artículo 204º, que establece que "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (...)"*
42. *Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, por su carácter de cosa juzgada, tiene efectos vinculantes u obligatorios para los poderes públicos, se deriva del carácter general que produce los efectos derogatorios de su sentencia. Ello se refrenda con la Constitución (artículo 204º), y con el artículo 82º del Código Procesal Constitucional, que dispone que "Las*

sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) vinculan a todos los poderes públicos^{119[14]}.

43. *Específicamente, sobre la cosa juzgada, este Colegiado ha sostenido en anterior oportunidad que “mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó”. (Exp. N.º 04587-2004-AA/TC, FJ 38)*
44. *Asimismo, es importante precisar los alcances de la calidad de cosa juzgada no solo en cuanto al fallo, como tradicionalmente se ha estimado, sino considerando también los fundamentos jurídicos en virtud de los cuales se determina la inconstitucionalidad. Al respecto, este Colegiado ha sostenido que “las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional vinculan, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, no solo respecto al decisum o fallo de la sentencia sino también respecto a los argumentos –ratio decidendi– que constituyen su fundamentación. Y es que, a diferencia de los obiter dicta –que pueden ser considerados como criterios auxiliares o complementarios–, la ratio decidendi constituye, finalmente, la plasmación o concreción de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional y, dada su estrecha vinculación con el decisum, adquiere también, al igual que éste, fuerza vinculante para los tribunales y jueces ordinarios, tanto si se declara la inconstitucionalidad de la norma como si, por el fondo, se la desestima” (Expediente N.º 0006-2006-PC/TC FJ 41). Sobre el particular, Bocanegra Sierra identifica como “norma concreta*

^{119[14]} Expediente N.º 0006-2006-PC/TC FJ 40.

369 *Derecho Procesal Constitucional*

de la sentencia” a “aquella consideración o afirmación jurídica que fundamenta el fallo, y que está formulada exactamente de tal modo general que fuera de la decisión adoptada en el caso concreto, resultaría de ella una decisión igual en casos iguales”^{120[15]}.

45. *La necesidad de que el legislador repare la situación producida por una norma discordante con la Constitución, resulta de la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional, que siendo el órgano jurisdiccional especializado que en definitiva interpreta la Constitución ha identificado tal inconstitucionalidad, por lo que su fallo y los fundamentos jurídicos que conducen al mismo, sin pretender afectar la discrecionalidad del legislador, le proporcionan al Legislador los parámetros para expedir una ley compatible con la Norma Fundamental.*
46. *La vinculación de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad no solo la eliminación de concretos conflictos jurídicos que también es función del valor de la cosa juzgada, sino ante todo tiene una función interpretativa en cuanto instrumento para asegurar la conformidad de los poderes públicos a los dictados constitucionales a través de su vinculación a la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional.*
- §6. *La vacatio sententiae y la importancia de diferir los efectos de las sentencias en determinados casos*
47. *En cuanto a los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204º de la Constitución establece que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”.*

¹²⁰ [15] BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p.205.

48. Como lo ha sostenido este Colegiado en el Expediente N.º 00004-2006-PI/TC, FJ 174, más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta.
49. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación de la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención”^{121[16]}.
50. Asimismo, Franco Modugno ha sostenido que circunscribir los efectos «naturales» de los pronunciamientos de inconstitucionalidad por parte del

^{121[16]} ZAGREBELSKY, Gustavo. “Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità: possibilità e limiti”. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffrè, Milano, 1989. pp.195 y 198.

371 *Derecho Procesal Constitucional*

Tribunal Constitucional constituye una necesidad que deriva de su rol institucional: “eliminar las leyes inconstitucionales del ordenamiento, pero sin producir situaciones de mayor inconstitucionalidad, sin que los resultados de su juicio sean todavía más perjudiciales para el ordenamiento. Toda la historia de las sentencias interpretativas, desestimatorias y estimatorias, de las manipulativas, aditivas o sustitutivas, está allí para demostrarlo. El horror vacui, el temor a la laguna, a menudo es justificado por la advertencia que el posterius puede resultar más inconstitucional que el peius. El temor a la laguna acude, por tanto, a valores constitucionales imprescindibles. No obstante, sin querer renunciar, por otra parte, a la declaración de inconstitucionalidad, un remedio a veces eficaz, en determinadas circunstancias, puede ser aquel de la limitación de sus efectos temporales”.^{122[17]}

51. Pese a lo expuesto, esta potestad de los Tribunales Constitucionales para diferir en el tiempo los efectos de sus decisiones de inconstitucionalidad no siempre ha sido bien entendida por algunos sectores de la doctrina, como tampoco por parte de algunos poderes públicos, cuando estos últimos han propugnado la eliminación de esta potestad, desconociendo de este modo el horror vacui que puede generar, en determinados supuestos, el hecho de que una sentencia de inconstitucionalidad pueda tener efectos inmediatos. Precisamente, el caso de las disposiciones cuestionadas de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, constituye un claro ejemplo de los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían si este Tribunal, desconociendo su responsabilidad constitucional, decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

§7. Examen de fondo de la cuestionada Ley N.º 28934

^{122[17]} MODUGNO, Franco. “Considerazione sul tema”. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988*. Giuffrè, Milano, 1989. p. 15.

52. *Expuesto el contenido constitucional de determinados principios y derechos que resulta indispensable para el examen de constitucionalidad de fondo de los artículos cuestionados de la Ley N.º 28934, que amplía la vigencia de la Justicia Militar Policial, cabe emitir el respectivo pronunciamiento.*
53. *En cuanto a la alegada afectación de la cosa juzgada, este Colegiado estima que cuando el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934 amplía indefinidamente los periodos de vacatio sententiae establecidos expresamente por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N.ºs 00006-2006-PI/TC y 00004-2006-PI/TC, vulnera la autoridad de cosa juzgada establecida en el artículo 139º, inciso 2), de la Constitución, pues mediante tal artículo el Poder Legislativo ha modificado y dejado sin efecto determinados contenidos indispensables de las aludidas sentencias de inconstitucionalidad.*
54. *En efecto, en los fundamentos 177-185 y punto resolutivo 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 00004-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional, luego de determinar la inconstitucionalidad de más de 50 disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, estableció lo siguiente:*

177. (...) Precisamente, el caso de las disposiciones cuestionadas de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, constituye un claro ejemplo de los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían si este Tribunal, desconociendo su responsabilidad constitucional, decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano (...)

178. No debe dejarse de lado, la consideración de que la potestad de diferir los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, no implica en modo alguno suplantarse la labor del Poder Legislativo, sino precisamente el reconocimiento de que es éste el órgano constitucional competente para establecer la regulación respectiva.

179. (...) la declaración de inconstitucionalidad de las respectivas disposiciones, de surtir efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial, ocasionaría las siguientes consecuencias, entre otras:

- Los órganos de la jurisdicción militar simplemente no podrían funcionar.
- Las fiscalías penales militares policiales no podrían funcionar.
- No existirían órganos legítimos que tramiten los respectivos procesos judiciales de la jurisdicción militar.
- Los procesados que se encontraran sufriendo detención judicial preventiva deberían ser puestos inmediatamente en libertad.
- En suma: paralización total del sistema de justicia militar

180. No obstante, atendiendo a la responsabilidad que ha encomendado la Constitución a este Supremo Tribunal en los artículos 45º, 139º inciso 8, 201º y 202º y a fin de evitar situaciones de mayor inconstitucionalidad, es necesario diferir los efectos de la presente sentencia.

(...)

HA RESUELTO

(...)

6. Disponer, respecto del resto de normas declaradas inconstitucionales, una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la presente

sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales. (resaltado agregado)

55. *De igual modo, en el fundamento 59 y puntos resolutivos 5 y 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 00006-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional, luego de determinar la inconstitucionalidad de más de 20 disposiciones de la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, estableció lo siguiente:*

Los efectos en el tiempo de la presente sentencia

59. Sobre las disposiciones que resultan inconstitucionales, el Tribunal Constitucional debe disponer un plazo de vacatio sententiae que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y deberá ser computado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad de las mismas surta todos sus efectos, siendo expulsadas del ordenamiento jurídico. Cabe precisar que el referido plazo no es uno que sólo debe servir para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en el futuro se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución

(...)

HA RESUELTO

(...)

5. Disponer, respecto de las disposiciones declaradas inconstitucionales, una vacatio sententiae que, indefectiblemente, vencerá el 31 de diciembre de 2006 y que será computada a partir de la publicación de la presente

sentencia, plazo que, una vez vencido, ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales

6. Precisar que el plazo de *vacatio sententiae* no debe servir solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución. (resaltado agregado)

56. Pese a justificar el establecimiento de un periodo de *vacatio sententiae* y precisar expresamente los efectos temporales de las aludidas sentencias de inconstitucionalidad, el 16 de diciembre de 2006, antes de vencerse los plazos fijados por el Tribunal Constitucional, el Poder Legislativo dictó la cuestionada Ley N.º 28934, que estableció los siguiente:

El Consejo Supremo de Justicia Militar y los demás órganos que integran la organización de la Justicia Militar Policial, continúan ejerciendo sus funciones, atribuciones y competencias con la misma estructura organizativa señalada en la Novena Disposición Transitoria de la Ley N.º 28665, hasta la aprobación de la ley que subsane los vacíos normativos que se generarán al quedar sin efecto los artículos declarados inconstitucionales de la Ley N.º 28665 por sentencias del Tribunal Constitucional núms. 0004-2006-PI/TC y 0006-2006-PI/TC, o de la dación de una nueva ley que regule la justicia militar. (resaltado agregado)

57. Como se aprecia, mediante el cuestionado artículo 1º, el legislador modificó, desnaturalizó y dejó sin efecto las reglas jurídicas y parte de los fallos establecidos por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de los Expedientes N.ºs 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC, disponiendo que

el sistema de justicia militar siga funcionando de forma inconstitucional y prorrogando indefinidamente tales funciones.

58. *De otro lado, no resultan válidos los argumentos expresados por el emplazado en el sentido de que los periodos de vacatio sententiae dados por el Tribunal Constitucional en los Expedientes N.ºs 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC eran cortos, toda vez que, en primer lugar, en materia de adecuación de la justicia militar a los parámetros constitucionales no son las primeras vacatio sententiae que el Tribunal Constitucional establece, sino que en el año 2004, ya se dio una primera (Exp. N.º 00023-2003-AI/TC) por un periodo de un año, que venció el 7 de enero de 2006, periodo dentro del cual, precisamente el 7 de enero de 2006, se publicó en el Diario Oficial la Ley N.º 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, que a su vez, en gran parte fue declarada inconstitucional por resultar incompatible con la Constitución (se reiteró en una medida considerable los mismos contenidos declarados inconstitucionales por este Colegiado en la sentencia del Exp. 00023-2003-AI/TC). De este modo, la adecuación de la organización de la justicia militar a la Constitución, específicamente la efectividad de las garantías del debido proceso que debe poseer un órgano “jurisdiccional” como la justicia militar, y en la que el Poder Legislativo desempeña un rol trascendental, no constituye un tema que recién haya requerido la participación de este Poder del Estado a partir de los meses de abril o julio de 2006, sino, mínimamente, a partir del mes de octubre del año 2004.*

En segundo lugar, respecto de la afirmación del emplazado en el sentido que “el plazo efectivo para la actividad legislativa durante la segunda mitad del año 2006 se redujo prácticamente a 4 meses”, el Tribunal Constitucional debe precisar, pese a lo sostenido en el párrafo precedente, que el principio de colaboración institucional entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo, implica, entre otros contenidos, que respetándose la discrecionalidad del Parlamento en la organización del trabajo legislativo se debe dar importante y urgente atención a aquellas sentencias del Tribunal Constitucional en las que para evitar graves situaciones de mayor

inconstitucionalidad se establece una vacatio sententiae y se difieren los efectos de una inconstitucionalidad declarada, más aún si se trata de temas como el funcionamiento de órganos de la administración de justicia.

Finalmente, resulta falsa la afirmación del emplazado en el sentido que “para evitar la afectación del principio de seguridad jurídica que generaría el vacío normativo, la Comisión planteó la misma solución que la adoptada por la norma sub litis”, pues si bien es cierto que la “Comisión Especial encargada de evaluar la situación de la organización jurisdiccional especializada en materia penal militar policial”, nombrada por el Poder Ejecutivo mediante Resolución Suprema N.º 362-2006-DE/SG, publicada el 25 de agosto de 2006, concluyó que el tiempo para instaurar un nuevo modelo organizativo era escaso, también concluyó proponiendo un “régimen transitorio para la jurisdicción militar” (como anteproyecto de ley) que regiría desde el 1 de enero de 2007, propuesta que ciertamente respetaba la vacatio sententiae y en consecuencia la cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, pero que en ningún extremo proponía mantener intacta la organización judicial militar declarada inconstitucional como tampoco que se extienda indefinidamente la vacatio sententiae así establecida, tal como lo hizo el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934.

En el “régimen transitorio para la justicia militar” propuesto por la aludida Comisión Especial, presidida por don Domingo García Belaunde, e integrada por don Francisco Eguiguren Praeli, don Arsenio Oré Guardia, don Enrique Quiroga Carmona y don Luis García Corrochano Moyano, se propuso lo siguiente:

Artículo 1º Vigencia de la presente Ley.-

La presente Ley establece el régimen transitorio que rige la actividad de la Jurisdicción Militar desde el 01 de enero de 2007 hasta la fecha en que el Congreso de la República apruebe la nueva Ley Orgánica de Justicia Militar así como el nuevo Código de Justicia Militar, leyes que a su vez deberían de

expedirse con base a la reforma de la parte pertinente de la Constitución.

Artículo 2º Competencia de Jurisdicción Militar.-

La organización, funciones y competencias de la Jurisdicción Militar continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en la Novena Disposición Transitoria de la Ley [28665], con las siguientes precisiones:

a) La jurisdicción militar es competente para juzgar los delitos de función, tipificados en el Código de Justicia Militar que cometa el personal militar o policial en situación de actividad. Su competencia alcanza al personal en retiro que hubiera cometido el delito en situación de actividad.

b) La jurisdicción militar no es competente para el juzgamiento de civiles, ni de militares y policías en situación de retiro.

c) La jurisdicción militar no es competente para conocer procesos constitucionales.

d) Debe observar los principios, derechos y garantías establecidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en materia de procesos penales.

Artículo 3º Competencia de la Corte Suprema.-

Sin Perjuicio de lo señalado en los artículos 141º y 173º de la Constitución, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República será competente para conocer:

a) Vía recurso de nulidad, las sentencias dictadas en última instancia por la jurisdicción militar, en las que la sanción impuesta sea igual o mayor a cuatro (4) años de pena privativa de libertad.

379 *Derecho Procesal Constitucional*

b) Las contiendas de competencia surgidas entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria.

Artículo 4º Archivamiento de procesos por infracción de servicio militar.-

Los procesos por omisión o abandono del Servicio Militar que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se encuentren en trámite en la Jurisdicción Militar serán archivados de oficio por el Juez Militar competente.

Artículo 5º Nombramiento de magistrados militares

Las vacantes que se produzcan en la jurisdicción militar durante la vigencia del presente régimen transitorio, serán cubiertas, preferentemente, mediante la designación de abogados militares o policías en situación de retiro. Cuando ello no sea posible, se designará abogados del Cuerpo Jurídico Militar quienes pasarán a la situación de disponibilidad mientras desempeñan el cargo.

Como lo sostuvo expresamente este Colegiado en las sentencias de los Expedientes N.ºs 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC, las vacatio sententiae establecidas no debían servir “solamente para la expedición de las disposiciones que el Legislador, en uso de sus atribuciones constitucionales, pudiera establecer, sino para que en dicho lapso se cuente con una organización jurisdiccional especializada en materia penal militar compatible con la Constitución” (resaltado agregado), lo que albergaba, entre otras, la posibilidad de que existiese un régimen transitorio que fue precisamente lo que planteó la mencionada Comisión Especial. Por tanto, es evidente que la solución planteada por tal Comisión no fue la misma planteada por el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934.

59. *Ya sea que el Legislador opte por una organización definitiva o transitoria de la justicia militar, lo relevante es que ambas resulten compatibles con la Norma Fundamental y que no se afecte la autoridad de cosa juzgada de las sentencias que el Tribunal Constitucional, en tanto Supremo Intérprete de*

la Constitución, ha expedido sobre la materia. Así también es importante destacar que la regulación de la organización de la justicia militar debe requerir del Parlamento una atención prioritaria toda vez que en ella se deben materializar, entre otros, todos aquellos derechos fundamentales judiciales que les corresponden a los efectivos militares y policiales.

- 60. De otro lado, cabe mencionar que la vulneración de la cosa juzgada establecida en las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional implica a su vez la violación de la supremacía normativa de la Constitución (artículos 51º, 45º y 38º, entre otros), pues si esta establece en su artículo 139º, inciso 2) que “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”, y el artículo 201º que “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”, entonces el Legislador se encuentra imposibilitado de desconocer tal contenido de la Norma Fundamental.*
- 61. En el mismo sentido, el cuestionado artículo 1º de la Ley N.º 28934 vulnera el principio de separación de poderes y el control y balance de poderes, pues no es competencia del Legislador pronunciarse sobre el mantenimiento de una organización judicial declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o pronunciarse sobre la ampliación de los efectos temporales de tal inconstitucionalidad, establecidos ambos en un acto jurisdiccional como es una sentencia del Tribunal Constitucional. Resulta vedado por la Norma Fundamental que un Poder del Estado como el Poder Legislativo invada las competencias de un órgano constitucional como el Tribunal Constitucional, ejerciendo funciones que solo a este le competen.*
- 62. El aludido artículo 1º de la Ley N.º 28934 también vulnera la garantía institucional de la autonomía del Tribunal Constitucional, toda vez que al disponer que siga en funcionamiento una organización de la jurisdicción militar declarada inconstitucional y prorrogar indefinidamente el periodo*

381 *Derecho Procesal Constitucional*

de vacatio sententiae establecido en una sentencia del inconstitucionalidad, ha desnaturalizado y desconocido las funciones de órgano de control de la Constitución (artículo 201º) que le ha asignado esta al Tribunal Constitucional. Si el legislador opera de este modo sobre las sentencias del Tribunal Constitucional resulta evidente la invasión de tal poder del Estado en un ámbito de competencia propio del órgano de control de la Constitución.

63. *En suma, este Colegiado estima que el artículo 1º de la Ley N.º 28934, que amplía indefinidamente la vigencia temporal de un sistema de justicia militar declarado incompatible con la Constitución y extiende también indefinidamente el periodo de vacatio sententiae, es inconstitucional 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.*
64. *En consecuencia, teniendo en cuenta que a la fecha el artículo 1º de la Ley N.º 28934 ha sido derogado por la Ley N.º 29182, publicada el 11 de enero de 2008, pero, que conforme se sostiene en el Fundamento 6 de la presente, tal artículo en la actualidad sigue surtiendo efectos, debe declararse la inconstitucionalidad de tales efectos, quedando eliminada toda la capacidad reguladora de la mencionada disposición.*
65. *Finalmente, en cuanto al cuestionado artículo 2º de la Ley N.º 28934, el Tribunal Constitucional estima que no cabe emitir pronunciamiento por haberse producido la sustracción de la materia, toda vez que esta norma fue derogada por la Ley N.º 29182, publicada el 11 de enero de 2008, no evidenciándose que al momento de expedir la presente sentencia se encuentre surtiendo algún tipo de efecto.*

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lambayeque; en consecuencia, inconstitucional los efectos que viene produciendo el derogado artículo 1° de la ley N.° 28934.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene por haberse producido la sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ VERGARA GOTELLI, LANDA ARROYO BEAUMONT CALLIRGOS, CALLE HAYEN, ETO CRUZ y ÁLVAREZ MIRANDA

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXP. N° 00005-2007-PI/TC / LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERNANDO CALLE HAYEN

Con el debido respeto de la opinión vertida por mis colegas, expreso el siguiente fundamento de voto; precisando y sin desmerecer los que suscriben, priorizo que en mi opinión los fundamentos 1, 8, 28, 39 al 51, 60, 63 al 65, resultan suficientes; no obstante me permito dejar constancia que aún cuando no he participado en la formulación de las sentencias que resolvieron las causas signadas con los N.°s 00004-2006-PI/TC y 00006-2006-PI/TC que motivaron la dación de la Ley 28934, me uno al fallo en atención al respeto a la autoridad de la cosa juzgada que ellas ostentan.

Por otro lado; creo importante manifestar, que tan fundamental materia que gira en torno a la Organización y Funciones de la Justicia Militar y Policial, que involucra a la tarea de la defensa nacional y el orden interno, así como a

los derechos fundamentales, debe ser retomada desde el debate jurisdiccional, en la medida en que ahora existe una nueva normativa que la regula a través de la Ley 29182. Sin embargo; ello no es posible sin la existencia de una demanda que habilite al Tribunal Constitucional para pronunciarse. En todo caso, hago esta aseveración sin que ello signifique que el presente fundamento contenga una opinión sobre el fondo de la materia respecto de la cual, ahora me abstengo.

En esta misma línea expositiva considero que, la Ley 29182 podría ser perfeccionada por el Congreso de la República atendiendo al principio de oportunidad y al alto criterio político en que se sustenta.

Finalmente, debo añadir una consideración de orden procesal respecto de la legitimación procesal activa de los colegios profesionales en general y de los colegios de abogados en particular. Al respecto, si bien en anteriores oportunidades he firmado con mis colegas los autos de admisión de los procesos de inconstitucionalidad incoados por los colegios de abogados, es a partir de este voto que estimo que debe encauzarse el debate hacia una nueva posición que atienda a la interpretación íntegra del artículo 203 de la Constitución Política del Perú, que incluye la facultad de los colegios profesionales para interponer demanda de inconstitucionalidad, en materia de su especialidad.

Esta interpretación que expongo se contrae a la impugnación de normas de ámbito nacional como las leyes, el decreto legislativo y, dado el caso, los Decretos de Urgencia. En ese sentido, atendiendo al ámbito normativo, los colegios profesionales que no tengan alcance nacional, como es el caso, por ejemplo, de los colegios de abogados y de contadores, que se agrupan en sus respectivas Junta de Decanos que los representan —tal como lo dispone el Decreto Ley 25892 reglamentado por el Decreto Supremo 008-93-JUS y sus respectivos estatutos— serían los llamados por el constituyente para ejercer la excepcional facultad de interponer la demanda de inconstitucionalidad así como se faculta excepcionalmente, atendiendo a un criterio de paridad con el alcance de

La norma impugnada, a un tercio del número legal de congresistas en defensa de las minorías, al Presidente de la República como representante del Poder Ejecutivo, al Defensor del Pueblo, en materias de derechos humanos, usuarios y servicios públicos, a 5,000 ciudadanos, al Fiscal de la Nación, a los Presidentes de Región y Alcaldes Provinciales en materia de su competencia con acuerdo de su concejo. Así se materializa el concurso de la sociedad civil organizada, aportando su conocimiento especializado de una manera orgánica y uniforme que es lo que la Constitución requiere.

Por ello; considero el criterio que adopto para el análisis de procedibilidad de las demandas contra normas de alcance nacional, estará supeditado a la exigencia de que esta sea interpuesta por un colegio profesional de ámbito nacional o por la respectiva Junta de decanos según sea el caso.

En el presente caso, considero que al contar la demanda con el “respaldo e impulso”, acreditada en autos, de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú se cumple con subsanar un defecto que tuvo en su origen y merece un pronunciamiento sobre el fondo como el que emito en este fundamento.

S.

FERNANDO CALLE HAYEN

La fuerza normativa de la Constitución, el principio democrático y el principio de separación de poderes

La supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en dos vertientes: una objetiva, conforme a la cual la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre toda norma legal; y una subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos ni la de la colectividad en general puede desvincularse de los contenidos de la Constitución.

Como fuera señalado en la STC N.º 00047-2004-AI, la fuerza normativa de la Constitución implica a su vez: i) una fuerza activa, entendida como aquella

capacidad para innovar el ordenamiento jurídico, derogando expresa o implícitamente aquellas normas jurídicas infra constitucionales que resulten incompatibles con ella; y ii) una fuerza pasiva, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infra constitucionales que pretendan contravenir sus contenidos.

Si bien todas las normas que conforman la Constitución son vinculantes y poseen la misma jerarquía normativa, el Estado debe privilegiar la vigencia de los derechos fundamentales. Para ello, no solamente debe preferirlos respecto de otros derechos de naturaleza infra constitucional sino respecto de aquellas competencias estatales que pretendan restringirlos de modo desproporcionado e irrazonable.

El Tribunal Constitucional precisa que los tratados internacionales de derechos humanos, en los cuales se reconoce el derecho al debido proceso y las garantías judiciales que lo conforman, forman parte del ordenamiento jurídico peruano y ostentan rango constitucional. En consecuencia, son inmediatamente aplicables al interior del Estado y resultan vinculantes para los poderes públicos.

El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º 17 de la Constitución.

El modelo de democracia en el marco del Estado Constitucional tiene las siguientes características: a) El reconocimiento de que el poder de la mayoría

parlamentaria no es absoluto sino relativo en tanto no puede desconocer las competencias y los límites materiales y formales establecidos en la Constitución; b) La aplicación de la regla de la mayoría, en virtud de la cual para que las decisiones políticas adoptadas sean legítimas se debe permitir la participación de las minorías en la elaboración, aprobación y aplicación de las respectivas políticas; y c) Si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado.

El principio de separación de poderes, reconocido en el artículo 43° de la Constitución, no debe entenderse en su concepción clásica, en virtud de la cual la separación entre los poderes del Estado es tajante y no existe relación alguna entre ellos, sino como un sistema de control y balance entre los poderes del Estado así como la existencia de relaciones de coordinación y cooperación entre ellos. Así entendido, el principio de separación de poderes se constituye en una garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos y en un límite al poder frente al absolutismo y la dictadura.

Si bien nuestra Constitución reconoce las funciones básicas del Estado, legislativa, ejecutiva, y jurisdiccional, no puede asumirse que: i) Que éstas sean las únicas funciones; ii) Que existan distinciones nítidas y rígidas entre tales funciones del Estado; y iii) Que se encuentren en un rango superior a las funciones de los órganos constitucionales.

Interpretación constitucional, sociedad de intérpretes e intérpretes especializados de la Constitución

La interpretación que realiza el Tribunal Constitucional prevalece sobre cualquier otra; es decir, se impone a la interpretación que puedan realizar otros poderes del Estado, órganos constitucionales e incluso los particulares, si se parte de la premisa jurídica de la pluralidad de intérpretes de la Constitución.

La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Legislativo

Las tensiones existentes entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento no se circunscriben simplemente a un conflicto entre la supremacía de la Constitución y la supremacía de la ley, o a definir la superioridad entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento, sino que debe entenderse que la Constitución es vinculante tanto para el Parlamento como para el Tribunal Constitucional. En ese sentido, en un ordenamiento jurídico fundado sobre la articulación y el desarrollo equilibrado del poder, no resulta legítimo sostener una jerarquización orgánica entre instituciones pares, sino más bien la ponderación entre los intereses constitucionales que ambas instituciones persiguen, intereses que deben expresar la integración de la ley dentro del marco constitucional.

Puede entenderse la autonomía del Tribunal Constitucional como aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución pueda ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias. Ello implica además que los poderes del Estado u órganos constitucionales no pueden desnaturalizar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional en tanto órgano de control de la Constitución.

La autoridad de cosa juzgada constitucional de las sentencias del Tribunal Constitucional

Las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: fuerza de ley, cosa juzgada, y vincula a todos los poderes públicos. Tal vinculatoriedad no solamente se da respecto del fallo de la sentencia sino también respecto de su ratio decidendi, es decir, los argumentos que constituyen su fundamentación.

La vacatio sententiae y la importancia de diferir los efectos de las sentencias en determinados casos

Como lo ha sostenido este Colegiado en el Expediente N.º 00004-2006-PI/TC, FJ 174, más allá de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento, constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta.

CAPITULO VI

PROCESO COMPETENCIAL

1. DEFINICIÓN

Son los conflictos que se suscitan entre los órganos estatales sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución Política o las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales que se opongan al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales, a dos o más gobiernos regionales, municipales o entre sí, o que se opongan a los poderes del Estado entre o con cualquiera de los demás órganos constitucionales o éstos entre sí (art. 109 C.P. Const.).

Es importante señalar lo previsto por el Tribunal Constitucional de la metodología para determinar contienda competencial, estableciendo: «Para realizar una labor de interpretación constitucional y delimitar así la

titularidad de las competencias es necesario aplicar el Test de Competencia. De conformidad con dicho test, en primer lugar se debe analizar el principio de unidad. Luego debe ingresarse al análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materiales previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad»¹²³

2. COMPETENCIA

La *acción de conflicto competencia* es de única competencia del Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 202°, inc. 3 de la Constitución Política del Estado.

Artículo 202°. *Corresponde al Tribunal Constitucional:*

...

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

El Tribunal Constitucional tiene la capacidad de declarar la nulidad de actos viciados de incompetencia o de aquellos en cuyo iter de gestación no se hayan respetado los alcances de las competencias de algún órgano constitucional.

3. CLASES DE COMPETENCIAS

El ***Tribunal Constitucional*** en el *Pleno Jurisdiccional 006-2006-pc/tc* de 12 de febrero de 2007, ¹²⁴ clasifica el conflicto constitucional por el menoscabo de atribuciones constitucionales en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, b) conflicto constitucional por

¹²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Exp.00003-2007 de 21-11-07*, publicada en el Diario El Peruano el 16-01-08).

¹²⁴ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.** *Pleno Jurisdiccional 006-2006-pc/tc de 12 de febrero de 2007*, Proceso Competencial seguido por el Poder Ejecutivo con el Poder Judicial contra las resoluciones judiciales que ampararon los proceso de acción de amparo a las Empresas de Casino de juego y máquinas tragamonedas.

menoscabo de interferencia, y c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión.

a) Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto

Cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

b) Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia

Las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. El Tribunal Constitucional clasifica el Conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones en el ***Pleno Jurisdiccional 006-2006-Pc/Tc***, publicado el 22 de marzo del 2007, y sostiene que: *El conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales, puede clasificarse en: a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto; b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia; y, c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión.*

*En el conflicto constitucional por menoscabo en **sentido estricto**, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.*

*En el conflicto constitucional por **menoscabo de interferencia**, las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro. En el conflicto constitucional por **menoscabo de omisión**, uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano*

391 *Derecho Procesal Constitucional*

constitucional, sólo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

c) Conflicto constitucional por menoscabo de omisión

Uno de los órganos *omite ejercer su competencia* produciéndose como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, sólo que en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional.

La doctrina reconoce los conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, como una variante del conflicto negativo de competencia. Asimismo, se analiza si el Tribunal Constitucional es competente para conocerlos, considerando lo previsto en el artículo 202, inc. 3) de la Constitución y el artículo 110 del Código Procesal Constitucional.¹²⁵

Los conflictos competenciales pueden ser típicos o atípicos. Dentro de los típicos, cabe mencionar los *conflictos positivos y negativos*. En cuanto a los atípicos se encuentran el conflicto constitucional por *menoscabo de atribuciones* constitucionales y los conflictos por *omisión en cumplimiento* de acto obligatorio.

EXP. N.º 0005-2005-CC/T seguido por el BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ con la Superintendencia de Banca y Seguros el Tribunal

¹²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N.º 0005-2005-CC/TC, Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Banco Central de Reserva del Perú contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, *publicada EN EL Diario El Peruano el 20-04-06.*

constitucional define el conflicto de competencia especial,¹²⁶ afirmando: «*En el conflicto de competencia "especial", dos órganos constitucionales no se encuentran en conflicto por la titularidad de una determinada competencia (conflicto positivo), ni rehúyen asumir tal competencia (conflicto negativo), sino más bien este conflicto se origina por el desconocimiento de uno de ellos, de una competencia constitucional que le correspondía al otro, afectando el ejercicio de las competencias de éste último.*»

4. RELACIÓN PROCESAL

Los sujetos de la relación procesal (*demandante y demandado*) están constituida única y exclusivamente por los órganos del Estado. Los órganos demandantes y demandados en cuanto a su apersonamiento y representación procesal observarán los presupuestos procesales de legitimidad y representación procesal exigidos en el proceso de inconstitucionalidad, por ejemplo si la institución constitucional es colegiada acreditará la aprobación del respectivo pleno, como en el caso del Banco Central de Reserva acreditará la aprobación del Directorio para interponer demanda competencial. Así ha resuelto el Tribunal Constitucional¹²⁷: «*Sólo los órganos del Estado, a través de sus titulares, pueden promover un proceso competencial. Si se trata de una institución colegiada debe actuarse con aprobación del respectivo pleno*»

La última parte del art. 109 del C.P. Const. prescribe:

Artículo 109.- Legitimación y representación

...

¹²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N.° 0005-2005-CC/T seguido por el Banco Central De Reserva Del Perú con la Superintendencia de Banca y Seguros, publicada en el Diario Oficial El Peruano de 20-04-06.

¹²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Exp. n.° 0005-2004-CC/TC, Lima, Roso Manrique Velazco (28-12-2004 publicada en el Diario El Peruano el 25-5-05).

393 *Derecho Procesal Constitucional*

Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo.

Consideramos importante citar a la sentencia del Tribunal Constitucional como un ejemplo de sentencia de conflicto competencial recaída en el proceso seguido por el Banco Central de Reserva del Perú con la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

EXP. N.º 0005-2005-CC/TC

LIMA

BANCO CENTRAL

DE RESERVA DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Demanda de conflicto competencial interpuesta por el Banco Central de Reserva del Perú contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

II. ANTECEDENTES

A. Demanda

Con fecha 25 de agosto de 2005, el Banco Central de Reserva del Perú (BCR) interpone demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de

Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare que es competente para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú; y que, consecuentemente, se declare la nulidad de la Resolución SBS N.º 655-2004, mediante la cual se autorizó la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., pues en dicho procedimiento no se solicitó su opinión. Solicita, asimismo, que la referida declaración de nulidad sólo surta efectos a partir del momento en que, previa opinión del BCR, la SBS dicte una nueva resolución sustituyendo a la anterior y mediante la cual deje a salvo los contratos y operaciones que Citibank del Perú S.A. haya celebrado con terceros.

Los fundamentos de su demanda son los siguientes:

☐ *Tras el procedimiento seguido ante la SBS, Citibank del Perú S.A. se ha constituido como una nueva persona jurídica, independiente de su matriz, con un patrimonio propio que respalda sus obligaciones y con sus propios órganos sociales.*

☐ *Su competencia para emitir una opinión previa en dicho procedimiento deriva directamente de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en este caso, es decir, de la Constitución de 1993, del Decreto Ley N.º 26123 –Ley Orgánica del BCR (LOBCR)–, y de la Ley N.º 26702 –Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS (LOSBS). Resalta que las normas de desarrollo constitucional reconocen una estrecha y necesaria vinculación entre las atribuciones asignadas al BCR y aquellas correspondientes a la SBS.*

☐ *Las competencias del BCR, previstas en las leyes orgánicas, deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 84 de la Constitución, que establece que su finalidad es preservar la estabilidad monetaria, ejerciendo diversas funciones, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito del sistema financiero. Enfatiza que su política monetaria sólo puede implementarse a través del sistema bancario y financiero.*

☐ *El artículo 24 de la LOBCR establece que el BCR tiene competencia para emitir opinión en los casos establecidos en la LOSBS, y que esta norma, en su artículo 21 –que establece el procedimiento que deberá seguir la solicitud de organización que presente una empresa del sistema financiero–, prevé la necesidad de recabar la opinión del BCR como requisito para autorizar o denegar la organización de una empresa sometida a la supervisión de la SBS.*

☐ *El BCR debe emitir opinión cada vez que se constituya una nueva entidad financiera en el país en la medida en que tal evaluación es necesaria a efectos de permitirle al BCR cumplir con su labor de preservar la estabilidad monetaria.*

☐ *A fin de preservar la estabilidad monetaria, el BCR ejecuta su política regulando la liquidez a través del sistema bancario y financiero, para lo cual requiere conocer la situación económica y financiera de todas las empresas del sistema bancario y así evaluar la solvencia de cada una de las empresas del sistema financiero en el tiempo.*

☐ *La transformación de la sucursal de una empresa domiciliada en el exterior en una empresa domiciliada en el Perú supone la creación de una nueva empresa financiera en el mercado, y con ello pasa a formar parte del sistema financiero nacional, a través del cual el BCR desarrolla su política monetaria.*

B. Contestación de la Demanda

La emplazada contestó la demanda solicitando que se la declare improcedente o, en su caso, infundada, y se establezca que la SBS actuó dentro del marco de sus competencias al expedir la Resolución SBS N.º 665-2004 de fecha 30 de abril de 2004, para lo cual no era necesario un dictamen previo del BCR.

Los fundamentos de la contestación de la demanda son los siguientes:

② *La competencia invocada por el BCR con relación a emitir una opinión previa en los procedimientos iniciados para autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del exterior en una empresa constituida en el Perú, no se desprende de la Constitución ni tampoco de su ley orgánica, siendo que no se trata de una competencia, sino de una función conferida por la LOSBS, es decir, una norma distinta de su Ley Orgánica, que, de ser tomada en cuenta, rompería la regla de taxatividad instituida por el Tribunal Constitucional para establecer las competencias de los órganos, y que establece que en esta materia las competencias deben interpretarse de modo restrictivo.*

② *De conformidad con el artículo 21° de la LOSBS, el BCR debe emitir opinión cada vez que se constituya una nueva entidad financiera en el país, es decir, previa a la autorización de organización y funcionamiento de una empresa que pretende ingresar al sistema financiero nacional, pero no cuando ésta haya venido operando en el mercado y lo que persiga sea transformarse en otra modalidad empresarial permitida por el propio sistema para continuar sus operaciones.*

② *La pretensión del BCR supone un cuestionamiento de las competencias autónomas de la SBS en tanto pretende hacer valer su propia interpretación de una norma distinta a su Ley Orgánica y cuya interpretación corresponde a la SBS.*

② *La legislación societaria reconoce en la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el exterior en empresa domiciliada en el Perú, un supuesto distinto al de la simple constitución de una sociedad en el Perú, por lo que afirmar su equivalencia supondría desvirtuar la norma societaria.*

② *En tanto la demanda está encaminada a lograr el ejercicio de una función meramente consultiva, la misma no puede ser tramitada vía el proceso competencial, pues tal supuesto impide por sí mismo la existencia de conflicto.*

C. Escrito del Citibank del Perú S.A.

El Citibank del Perú S.A., en calidad de tercero con interés en el resultado del proceso, solicitó que el Tribunal Constitucional tuviera presentes los siguientes argumentos:

☐ *El Citibank inició el procedimiento de autorización de transformación de su sucursal en el Perú en una empresa constituida en este país, al amparo de la normativa reglamentaria de la materia, la cual no sólo no establecía consulta alguna al BCR, sino que no fue cuestionada en ningún momento, por lo que la autorización fue obtenida cumpliendo con todos los requerimientos previstos.*

☐ *La LOSBS sólo exige opinión previa del BCR cuando se pretende:*

a) La autorización de organización y funcionamiento de las empresas comprendidas en los incisos A, B y C del artículo 16 de la misma ley, que vayan a iniciar operaciones en el Perú (art. 19)^{128[1]}.

b) Apertura de sucursal en el exterior de una empresa domiciliada en el Perú (art. 30°)^{129[2]}.

^{128[1]} Artículo 19.- ORGANIZADORES DE EMPRESAS

Las personas naturales o jurídicas que se presenten como organizadores de las empresas a que se refieren los artículos 16 y 17, deben ser de reconocida idoneidad moral y solvencia económica. (...)

La Superintendencia está facultada para autorizar la organización y el funcionamiento de las empresas comprendidas en los artículos 16 y 17 de la presente Ley. En el caso de las empresas comprendidas en los incisos A, B y C del artículo 16 deberá contar con la opinión previa del Banco Central.

Artículo 16°.- CAPITAL MÍNIMO

Para el funcionamiento de las empresas y sus subsidiarias, se requiere que el capital social aportado en efectivo alcance las siguientes cantidades mínimas:

A. Empresas de Operaciones Múltiples

1. Empresa bancaria (...)

B. Empresas Especializadas

C. C. Bancos de inversión

^{129[2]} Artículo 30.- APERTURA DE SUCURSALES, AGENCIAS U OFICINAS ESPECIALES

La apertura por una empresa del sistema financiero o del sistema de seguros, de sucursales o agencias, sea en el país o en el exterior, requiere de autorización previa de la SBS.

c) *Apertura de oficinas en el Perú de empresas domiciliadas en el extranjero (art. 39)^{130[3]}.*

d) *Transformación, conversión, fusión o escisión de una empresa si ella supone realizar un nuevo tipo de actividad (art. 12)^{131[4]}*

Todos los supuestos implican que la entidad involucrada realice nuevas operaciones, lo cual no se produjo en el supuesto concreto del Citibank.

☐ *La atribución del BCR es velar por el tráfico y la estabilidad de la moneda, mientras que a la SBS le compete ejercer el control técnico financiero del sistema financiero, por lo que es desde esta perspectiva que deben interpretarse las normas bajo análisis.*

☐ *La transformación de la sucursal de sociedades domiciliadas en el exterior constituye una de las formas de reorganización societaria y su adopción no supone la constitución de una nueva sociedad, en tanto que la*

Tratándose de la apertura de una sucursal en el exterior, la SBS, antes de expedir la autorización, debe recabar la opinión del BCR. (...).

^{130[3]}

Artículo 39.- ESTABLECIMIENTO DE LAS EMPRESAS EN EL

EXTERIOR

Las empresas de los sistemas financieros y de seguros domiciliadas en el extranjero, que se propongan establecer en el país una oficina que opere con el público, deben recabar la autorización previa de la SBS. Cuando se trate de empresas del sistema financiero, la SBS debe solicitar la opinión del BCR dentro del plazo a que se refiere el tercer párrafo del artículo 21, conforme al procedimiento que la SBS señale. Les son de aplicación las normas contenidas en la presente ley.

^{131[4]}

Artículo 12.- CONSTITUCIÓN DE EMPRESAS

Las empresas deben constituirse bajo la forma de sociedad anónima, salvo aquellas cuya naturaleza no lo permita. Para iniciar sus operaciones, sus organizadores deben recabar previamente de la SBS, las autorizaciones de organización y funcionamiento, ciñéndose al procedimiento que dicte la misma con carácter general.

Tratándose de las empresas que soliciten su transformación, conversión, fusión o escisión, éstas deberán solicitar las autorizaciones de organización y de funcionamiento respecto del nuevo tipo de actividad.

399 *Derecho Procesal Constitucional*

masa patrimonial se mantiene inalterada, suponiendo tan sólo un cambio en la estructura jurídica de la empresa.

☐ *Las principales ventajas de la transformación de Citibank del Perú S.A. son:*

a) Las decisiones que adopta la junta general de accionistas y el Directorio se encuentran sujetas al control de la SBS, el Poder Judicial y las demás autoridades competentes.

b) Las decisiones corporativas pueden ser adoptadas de un modo más eficiente y ágil que antes, cuando eran adoptadas por el Directorio de Citibank N.A. en Nueva York.

c) En tanto tiene acciones inscritas en el mercado de valores y el Registro de Valores de la Bolsa de Valores de Lima, le resultan aplicables las normas sobre transparencia de CONASEV.

d) Se encuentra aislado de los riesgos operacionales y crediticios de Citibank N.A.

e) Los límites operacionales y otras instituciones de regulación preventiva y exigencias regulatorias son las mismas que las aplicables a las demás empresas del sistema financiero nacional.

III. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

CUESTIONES DE FORMA

A. Determinar si el demandante está debidamente representado en el proceso.

B. Determinar si el petitorio puede ser dilucidado en un proceso competencial.

C. Determinar cuáles son las normas que integran el bloque de constitucionalidad en la presente causa.

CUESTIÓN DE FONDO

A. *Determinar si es competencia del BCR emitir una opinión técnica cuando una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero solicita su transformación a empresa domiciliada en el Perú.*

B. *Determinar los efectos de la sentencia.*

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. *El Banco Central de Reserva del Perú (BCR) ha interpuesto una demanda de conflicto competencial contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), solicitando que se declare que es competente para emitir opinión previa en los procedimientos iniciados ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú; y que, consecuentemente, se declare la nulidad de la Resolución SBS N.º 655-2004, mediante la cual se autorizó la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., en tanto que en dicho procedimiento no se solicitó su opinión. Solicita, asimismo, que la referida declaración de nulidad sólo surta efectos a partir del momento en el que, previa opinión del BCR, la SBS dicte una nueva resolución sustituyendo a la anterior y mediante la cual deje a salvo los contratos y operaciones que Citibank del Perú S.A. haya celebrado con terceros.*
2. *Es preciso que antes de considerar una evaluación sobre el fondo del asunto, este Tribunal se detenga en el análisis de tres cuestiones de orden formal: la primera, referida al supuesto de una indebida representación procesal del demandante; la segunda, referida a la verificación de los presupuestos procesales inherentes al proceso competencial; y, en tercer lugar, definir las normas que integran el bloque de constitucionalidad en el presente caso.*

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FORMA

§2. *La representación procesal del demandante*

3. *La demandada, en atención a lo previsto en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional (CPConst.)^{132 [5]}, solicita que se declare improcedente la demanda interpuesta por el BCR, pues considera que ésta debió ser interpuesta por el titular de esta entidad, que es el mismo Directorio del BCR o, en todo caso, su Presidente; y el acuerdo de demandar [debió ser] adoptado por el Pleno del Directorio. Esto por disposición constitucional –artículo 86 de la Constitución–, en cuanto prescribe sobre la titularidad del BCR que éste ‘es gobernado por un Directorio de siete miembros’. (...) Asimismo, el artículo 8 de su Ley Orgánica prescribe que el Directorio del Banco Central de Reserva es su más alta autoridad institucional.*

En base a tal premisa, sostiene que

El Gerente General del Banco Central de Reserva no puede interponer válidamente la presente demanda porque NO HAY TÍTULO PROCESAL QUE LO HABILITE COMO REPRESENTANTE DEL BCR EN EL PROCESO COMPETENCIAL.

Hacemos presente la circunstancia descrita, porque consideramos MUY GRAVE que se tramite un Proceso Competencial (...) cuando NO HAY NINGÚN ACTO PROCESAL mediante el cual el TITULAR de dicha entidad constitucional haya manifestado alguna objeción competencial en contra de [la SBS].

^{132[5]} Artículo 109 CPConst.- “(...). Los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares. Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno.”

4. *Al respecto, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que si bien el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento complejo de naturaleza adjetiva*

debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve –la Constitución–, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico^{133[6]}.

En efecto, siendo la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst, un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto. Con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor.

5. *Como bien aprecia Pedro de Vega,*

(...) so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (da mihi facto dabo tibi jus). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá

^{133[6]} RTC 0026-2005-AI, Fundamento 15.

403 *Derecho Procesal Constitucional*

de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles^{134[7]}.

6. *Con relación a lo expuesto, Augusto Morello, citando jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, y tras advertir que respecto de la adecuada administración de justicia, dicha entidad debe actuar como un órgano “interesado”-, manifiesta que*

Por más vueltas que demos a las cosas, lo medular de la función de juzgar (...) es la de que el juez está obligado a buscar la verdad observando las formas sustanciales del juicio, pero sin verse bloqueado por ápices procesales, y realizando los derechos de manera efectiva en las situaciones reales que, en cada caso, se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del supuesto en juzgamiento (Fallos, 56:428 y 441; 302:1611)^{135[8]}.

7. *Todos los procesos constitucionales (incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales) gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de valores institucionales. En consecuencia, en todos los procesos constitucionales subyace una defensa del orden público constitucional, expresado en que el Estado se disgrega en múltiples centros de poder equilibrados, tal como sucede en el caso del BCR y la SBS. Estos órganos constitucionales se encuentran (o deben encontrarse) equilibrados entre sí por un sistema de frenos y contrapesos, que es lo que hace al poder manejable por el Derecho.*

Es por ello que, tal como lo señala el artículo III del CPConst, el juez constitucional goza de una razonable valoración en la adecuación de toda

^{134[7]} De Vega, Pedro. *Estudios políticos constitucionales*. México D.F: Universidad Autónoma de México, 1987, p. 306.

^{135[8]} Morello, Augusto. *Admisibilidad del recurso extraordinario*. Buenos Aires: Librería Editora Platense — Abeledo-Perrot, 1997, p. 1.

formalidad a los fines de los procesos constitucionales, de manera tal que, en ningún caso, la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst) quede subordinada al respeto de las formas por las formas.

8. *Lo expuesto, desde luego, no supone en modo alguno que las disposiciones del CPConst. puedan ser desconocidas por los jueces constitucionales. Significa tan sólo que ellas deben ser interpretadas y/o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de modo tal que resulte optimizada la finalidad sustantiva de los procesos constitucionales (artículo II del Título Preliminar del CPConst).*
9. *Por estos motivos, por ejemplo, el Tribunal Constitucional desestimó la solicitud del Gobierno Regional de Huánuco de declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad planteada contra las Ordenanzas Regionales N.ºs 015-2004-CR-GRH y 027-2005-E-CR-GR, por una supuesta falta de legitimidad para obrar y representación insuficiente de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros^{136[9]}. Por esos mismos motivos, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de delimitar razonablemente la legitimidad de los colegios profesionales para activar la jurisdicción concentrada de este Tribunal para el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley^{137[10]}. Y por esas razones, en fin, este Colegiado ha permitido, en aplicación del principio de socialización, que personas que no son parte, pero que cuentan con un legítimo interés objetivo en el proceso, hagan uso de la palabra en la audiencia pública^{138[11]}.*
10. *Es en atención a los principios y criterios procesales expuestos que el Tribunal procede a evaluar la solicitud de improcedencia planteada por la demandada.*

^{136[9]} STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI (acumulados), Fundamentos 1, 2 y 3.

^{137[10]} RTC 0005-2005-AI

^{138[11]} STC 0002-2005-AI, Fundamentos 12 a 20 y punto 3 de su parte resolutive.

405 *Derecho Procesal Constitucional*

11. *Cuando el artículo 109 del CPConst. establece que “los poderes o entidades estatales en conflicto actuarán en el proceso a través de sus titulares”, tiene por propósito que quede plenamente manifestada la voluntad de los órganos constitucionales de dirimir el conflicto constitucional en sede de este Colegiado. Es así que, si no ha sido el propio titular del BCR quien ha suscrito la demanda de conflicto competencial, la formalidad podría quedar subsanada si del análisis de otros hechos sustantivos y procesales se advierte que dicha voluntad resulta indubitable.*
12. *En efecto, a fojas 16 de autos, obra copia certificada del Acuerdo de fecha 9 de junio de 2005, a través del cual el Directorio del BCR conviene en autorizar la presentación de la demanda en contra de la SBS. De esta forma, a juicio de este Colegiado, no existe duda respecto de la voluntad de la institución, formalizada por su propio Directorio, de cuestionar jurisdiccionalmente determinados actos llevados a cabo por la SBS.*
13. *Por su parte, el artículo 38 del Decreto Ley N.º 26123 –Ley Orgánica del BCR (LOBCR)– establece entre las atribuciones y deberes del Gerente General del BCR, la de ejercer su representación legal.*
14. *De manera que, al despejarse la controversia respecto a la voluntad de demandar del BCR, así como respecto de la capacidad jurídica de su Gerente General para expresar la voluntad jurídica de la entidad, este Colegiado no encuentra mérito para cuestionar la continuidad del proceso a partir de una interpretación literal del artículo 109 del CPConst.*
15. *La razón por la que no cabe en este caso una lectura textual del artículo 109 CPConst., desde luego, no descansa ni podría descansar, en el simple voluntarismo de este Tribunal. Si así fuese, este Colegiado consumiría la ejecución de un acto que, justamente, está llamado a combatir.*

La causa por la que no existe posibilidad de estimar la solicitud de improcedencia de autos, reside precisamente en lo expuesto en los fundamentos 4 a 10 supra, de conformidad con el mandato previsto en el artículo III del Título Preliminar del CPConst, en virtud del cual el juez

constitucional tiene la obligación de adecuar toda exigencia formal prevista en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, es decir, a garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según reza el artículo II del Título Preliminar del CPConst.

16. *En consecuencia, corresponde desestimar la solicitud de improcedencia de la demanda por supuesta falta de representación del BCR.*

§3. ¿El petitorio del demandante puede ser dilucidado en un proceso competencial?

17. *El demandante refiere que la omisión de su opinión antes de autorizar la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero a empresa domiciliada en el Perú, supone una vulneración de una competencia constitucional.*

En concreto, refiere:

El BCR tiene una competencia específica, fijada por las normas que integran el 'bloque de constitucionalidad', para emitir su opinión previa cada vez que se organice una nueva empresa financiera en nuestro país. Ello es así, porque el BCR debe evaluar y apreciar la creación de esta nueva entidad financiera, desde la perspectiva de la preservación de la estabilidad monetaria del país, que constituye nuestra finalidad.

18. 18. *Por su parte, la demandada señala que en el presente caso no existe propiamente un conflicto de competencia, porque no se trata ni de un supuesto en el que dos órganos constitucionales se consideran competentes para ejercer una misma función (conflicto positivo), ni tampoco de uno en el que ambos se consideren incompetentes para tales efectos (conflicto negativo).*

19. 19. *El Tribunal comparte parcialmente el criterio de la demandada, pues,*

en efecto, el presente caso no se trata de un conflicto positivo de competencia, en tanto el BCR y la SBS no se encuentran en disputa por el ejercicio de una misma competencia, ni tampoco de uno negativo típico, ya que tampoco resulta que alguno de estos órganos constitucionales se encuentre rehuendo el ejercicio de una competencia que la Constitución o las leyes orgánicas le hayan asignado.

Sucedee, sin embargo, que el proceso competencial no solamente se reduce a estas dos categorías típicas de fórmulas conflictivas, pues en él, prima facie, es posible también que se ventilen los denominados conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, que si bien son una variante de conflicto negativo no se identifican con su versión clásica.

20.20. Tal como señala Gómez Montoro,

En primer lugar, con la denominación conflicto negativo se suele aludir en el ámbito de los conflictos jurisdiccionales a aquellos casos en los que dos órganos se declaran incompetentes para satisfacer la pretensión de un particular. (...). Pero de conflicto negativo se habla también en aquellos supuestos en los que la controversia es planteada no por un particular afectado, sino por otro órgano. La legitimación de este órgano para plantear el conflicto puede derivar a su vez, bien de un interés propio –cuando la inactividad de un órgano impide o hace ineficaz el ejercicio por otro órgano de sus propias competencias, lo que suele ser relativamente habitual en los casos en que el ejercicio de una función requiere la concurrencia de dos o más órganos–, bien de un interés objetivo en que cada órgano ejerza sus competencias –y entonces se atribuye legitimación a un órgano con independencia de que se vea o no afectado por la inactividad de otro–. El conflicto se

presenta en estos casos como una típica disputa inter orgánica^{139[12]}.

Para continuar señalando que

La actuación de un órgano aparece en esos casos como un deber cuya omisión incide en la competencia de los otros órganos (obstaculizando su ejercicio o impidiendo el perfeccionamiento del acto). (...). Esas hipótesis pueden producirse fundamentalmente en los casos en que el ejercicio de una competencia requiere la autorización o el dictamen previo de otro órgano (...) y puede suceder que en un caso concreto se discuta si la materia sobre la que versa el acto se incluye o no entre las que requieren la autorización o el dictamen, produciéndose así un conflicto que puede ser resuelto mediante la interpretación de la Constitución o de la ley orgánica correspondiente^{140[13]}.

21. Ello, en efecto, es lo que acontece en el presente caso, pues la cuestión controvertida se centra en que mientras para el demandante recabar su opinión resulta obligatorio antes de que la SBS autorice o deniegue la transformación de una sucursal de empresa domiciliada en el extranjero en empresa domiciliada en el Perú, la demandada considera que, en dichos casos, tal opinión no resulta necesaria.

22. Desde luego, el hecho de que la doctrina haya reconocido a los conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, como una variante de conflicto negativo de competencias, no autoriza, sin más, a que este Tribunal se considere competente para conocerlos, pues ello debe derivar de

^{139[12]} Gómez Montoro, Ángel. *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 405.

^{140[13]} *Op. Cit.* p. 409-410. En el mismo sentido, *Vid.* Bermejo Vera. *La función resolutoria de los conflictos constitucionales negativos por parte del Tribunal Constitucional*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 26, 1980, p. 364.

409 *Derecho Procesal Constitucional*

una razonable interpretación del artículo 202, 3, de la Constitución, que concede competencia a este Tribunal para conocer los conflictos de competencias y atribuciones, y, más específicamente, del artículo 110, del CPConst, que, de conformidad con aquel, ha regulado el objeto de la pretensión en el proceso competencial. Este artículo establece:

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. (...)

23. De este modo, si bien es cierto que los “típicos” conflictos positivo y negativo de competencia pueden dar lugar al proceso competencial, también lo es que cuando el artículo 110 del CPConst. establece que en éste pueden ventilarse los conflictos que se suscitan cuando un órgano rehúye deliberadamente actuaciones “afectando” las competencias o atribuciones de otros órganos constitucionales, incorpora también en su supuesto normativo a los conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio, pues no cabe duda de que cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional, las “afecta”. No se trata pues de la disputa por titularizar o no una misma competencia, sino de aquella que se suscita cuando, sin reclamarla para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias constitucionales de otro.

Y, justamente, en este último supuesto se encuentra el presente caso: el BCR no acusa a la SBS de haberse arrogado la competencia de emitir una opinión previa a la autorización o denegación de la transformación de una sucursal de empresa financiera extranjera en una empresa constituida en territorio peruano, sino de desconocer que dicha competencia existe; y, consecuentemente, acusa a la SBS de haber afectado sus competencias constitucionales al omitir solicitarle la referida opinión previa.

24. Este Colegiado estima que más allá de las implicancias del caso entre el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros en torno

a la autorización de transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en Citibank del Perú S.A., lo fundamental del proceso consiste en dilucidar si existe o no conflicto de competencia en los casos solicitados de transformación de una sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.

25. En consecuencia, en atención a la función pacificadora de los conflictos entre órganos constitucionales, inherente al proceso competencial, y a partir de una razonable interpretación del artículo 110 del CPConst., que contribuye a adecuar toda previsión procesal a las finalidades de los procesos constitucionales (artículo III del Título Preliminar del CPConst.), el Tribunal Constitucional considera que este proceso es la vía para dilucidar la presente materia controvertida.

26. Sin embargo, a diferencia de los conflictos positivos y negativos de competencia, en los que la relevancia constitucional es consubstancial a la litis, en los casos de conflictos en torno a los alcances del ejercicio de una determinada atribución o competencia, dicha relevancia no puede darse por sobreentendida, razón por la cual, antes de poder ingresar al fondo del asunto, corresponde determinar si el asunto reviste entidad constitucional.

§4. Determinación del parámetro de control (bloque de constitucionalidad) en la presente causa

27. El demandante manifiesta que el fundamento normativo de su competencia para emitir una opinión previa en los supuestos en los que sucursales de empresas financieras constituidas en el extranjero se transforman en empresas constituidas en el Perú, se encuentra, de un lado, en el artículo 24, i), de la LOBCR, en cuanto establece que es competencia del BCR

Emitir la opinión que compete al Banco en los casos señalados en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros”; y, de otro, en el artículo 21 de la LOSBS, que dispone que a efectos de autorizar o denegar las solicitudes de organización de empresas del sistema financiero, la SBS debe remitir la información pertinente al

411 *Derecho Procesal Constitucional*

BCR, de modo tal que éste, previamente, emita una opinión sobre el particular.

28. *Al respecto, la demandada señala que*

*la asignación al Directorio [del BCR] de la función de emitir los dictámenes que competen al Banco en los casos señalados en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N.º 26702), no convierte a ésta en una fuente de competencias constitucionales del BCR, porque ésta NO ES LA LEY ORGÁNICA DEL BCR (...). [E]s absolutamente consistente afirmar que la Constitución prescribe que la **Ley Orgánica del BCR** establece las competencias constitucionales de esta institución. Pero cosa muy distinta en que se afirme que también prescribe que se puede reconocer CARÁCTER CONSTITUCIONAL a funciones del BCR que le haya sido establecidas en leyes distintas a su Ley Orgánica. Esto último es inaceptable.(sic)*

29. *De este modo, la demandante, a partir de un análisis textual del artículo 84 de la Constitución, en el que se prevé que, además de las competencias directamente asignadas por la Constitución al BCR, éste es también competente para ejercer las funciones que señala “su” ley orgánica, considera que el bloque de constitucionalidad en el presente caso sólo podría estar constituido por la Constitución y la LOBCR, y no por normas a las que ésta última se remita, ni menos aún por normas formalmente ajenas a la configuración estructural del BCR.*

30. *Al respecto, este Tribunal discrepa del criterio de los demandantes, toda vez que el principio de unidad estatal y jurídica del ordenamiento proyectado desde la propia Constitución (artículos 43 y 51, respectivamente) impide que las competencias constitucionales de los órganos previstos en ella sean determinadas sobre la base de una lectura tan rígida y positivista de sus disposiciones.*

31. *En efecto, tal como ha sido establecido por este Tribunal en la STC 0013-2003-CC/TC, el bloque de constitucionalidad está integrado por aquellas normas que*

se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos¹⁴¹[14]

1) *Ese es el sentido del artículo 79 del CPConst., cuando establece que*

Para apreciar la validez constitucional de las normas [y de los actos, cabría agregar a partir de una adecuada comprensión de la naturaleza y fines de los procesos constitucionales], el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

32. *Es por ello que este Colegiado ha advertido que incluso, en determinadas circunstancias, cabe incorporar en el bloque de constitucionalidad leyes distintas de las orgánicas (Vid. STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI –acumulados–; Fundamentos 69 a 71).*

33. *En consecuencia, atendiendo a la singular articulación en el ejercicio de las competencias del BCR y la SBS, este Tribunal, como supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 de la Constitución y 1 de la LOTC), considera razonable y necesario entender que en el presente caso, el bloque de constitucionalidad está integrado por la Constitución, la LOBCR y la LOSBS. En particular, los artículos 84 y 87 de la Constitución; 24, i), de la LOBCR, y los artículos 12 y 21 de la LOSBS.*

¹⁴¹[14] STC 0013-2003-CC/TC, Fundamento 10.5

34. Definida la posibilidad de ventilar la materia controvertida en un proceso competencial, así como las normas que integran el bloque de constitucionalidad, este Tribunal procederá a revisar el fondo del asunto.

VI. ANÁLISIS SOBRE LAS CUESTIONES DE FONDO

§5. Relevancia constitucional de la litis

35. Cuando el artículo 58 de la Constitución dispone que la iniciativa privada es libre y que se ejerce en una economía social de mercado, sienta las bases de principios axiológicos que fundamentan el orden público económico de la Constitución y que garantizan que éste se desenvuelva en forma integrada y racional. El Estado y cada uno de los poderes que lo conforman tienen el deber constitucional de actuar en consonancia con tales principios, de forma tal que, en ningún caso, se pierda de vista que el propósito último de los principios de la Constitución económica es el bienestar general (artículo 2, 1), en dignidad (artículo 1) y en igualdad (artículo 2, 2)^{142[15]}.

36. Desde luego, la libre iniciativa privada presupone una libertad de movimiento de capitales que se encuentre constitucionalmente garantizada. La soberanía monetaria del Estado y la estabilidad del sistema monetario son resguardados por el BCR, a partir del ejercicio de diversas competencias, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito en el sistema financiero (artículo 83 y 84 de la Constitución)

37. Por su parte, el artículo 87 de la Carta Fundamental dispone que la SBS tiene por función ejercer el control de las empresas bancarias y de seguros y de todas aquellas otras empresas que reciben ahorro y/o depósitos del público. Así pues, la finalidad de la SBS, tal como viene configurada por el artículo 345 de su Ley Orgánica, consiste en proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros.

^{142[15]} STC 0008-2003-AI, Fundamentos 14 a 18.

38. De este modo, vistos los distintos alcances de las competencias que constitucionalmente vienen asignadas a los órganos constitucionales en conflicto, resulta también evidente la “natural” relación que existe entre sus respectivas funciones. Es manifiesto que para efectos de una debida protección del ahorrista, resulta fundamental la estabilidad del sistema bancario o financiero, dependiente, a su vez, de la estabilidad de la moneda. Y analizadas las cosas desde la perspectiva inversa, es también claro que es poco lo que se podría hacer para garantizar la estabilidad monetaria con un sistema bancario y financiero indebidamente supervisado.

39. A la luz de lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, la función reguladora en materia financiera es ejercida por el BCR. No obstante, es importante resaltar que, en dicha tarea, debe contar con la cooperación y coordinación de la SBS, al constituir órganos constitucionales con funciones relacionadas con la moneda y la Banca, que, como ya lo señalamos de manera precedente, se relacionan de manera intrínseca. Es a través de la participación de ambas entidades que se garantiza la estabilidad económica financiera y el orden público económico, por lo que nuestro modelo financiero supone –bajo criterios de cooperación entre poderes y órganos públicos– una labor racional e integrada de ambos entes, siendo que sus competencias requieren articularse permanentemente con un importante grado de coordinación, sin perjuicio de la autonomía que constitucionalmente les ha sido reconocida (artículos 84 y 87).

40. Por ello, sin perjuicio de las exclusivas competencias previstas en la regulación orgánica del BCR y de la SBS, se proyecta desde la propia Constitución la obligación de que se respete un núcleo funcional de coordinación entre ambas entidades. Ello queda evidenciado, por ejemplo, en la repetida exigencia prevista en diversas normas de la LOSBS, de requerir la opinión previa del BCR antes de autorizar o denegar determinadas solicitudes formuladas por entidades del sistema bancario y financiero a la SBS.

41. Sobre el particular, la demandada, refiere:

Consideremos la hipótesis negada de que existe una norma, sea en la Constitución o en la Ley Orgánica del BCR, que reconoce expresamente la competencia de esta institución para emitir dictámenes previos a la transformación de una Sucursal de un Banco del Exterior en empresa bancaria nacional. Si así fuera, el BCR tendría una atribución de carácter consultivo (un dictamen sólo es una opinión consultiva) y este tipo de competencias –como está reconocido por gran parte de la doctrina– no puede ser objeto de un Proceso Competencial.

42. De este modo, la demandada considera que la competencia del BCR para emitir opiniones previas a la toma de determinadas decisiones de la SBS carece de relevancia constitucional, por el sencillo motivo de que tales opiniones no resultan vinculantes.

43. El Tribunal Constitucional no comparte tal postura, puesto que el deber previsto en la LOSBS, de recabar opiniones del BCR en determinadas oportunidades, tiene sustento directo en el núcleo funcional de coordinación entre ambas entidades derivado de la incidencia mutua entre las funciones que la Constitución ha conferido a cada una de ellas, es decir, de la incidencia mutua entre la estabilidad del sistema financiero y bancario, y la estabilidad del sistema monetario.

Ello cobra sentido en tanto de la adecuada toma de decisiones de la SBS depende en buen grado la posibilidad del BCR de asegurar el equilibrio monetario. De manera que resulta constitucionalmente obligatorio (y no una mera formalidad) que éste coadyuve en el estudio técnico de las consecuencias que tales decisiones puedan representar, siempre que así lo exija la LOSBS. En efecto, si el adecuado ejercicio de las competencias que constitucionalmente han sido asignadas al BCR y a la SBS, no sólo depende de la adopción de medidas correctoras (ex post), sino, fundamentalmente, de medidas preventivas (ex ante), es deber, y no simple facultad de la SBS, recabar toda la información del BCR que resulte pertinente, toda vez que las decisiones que adopte pueden incidir, siquiera mínimamente, en la estabilidad monetaria.

44. *En consecuencia, este Tribunal considera que las opiniones previas del BCR, allí donde las leyes orgánicas las exigen, configuran una competencia de dicha entidad con sustento constitucional directo, motivo por el cual corresponde evaluar si en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera del extranjero en una empresa constituida en el Perú, dicha exigencia existe, pues, de ser así, la demanda deberá estimarse.*

§6. *¿Corresponde al BCR emitir una opinión previa en los procedimientos de transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú?*

45. *Conforme se ha señalado, la pretensión principal del demandante consiste en que la emplazada reconozca su competencia para emitir una opinión previa en los procedimientos seguidos ante la SBS con el propósito de autorizar la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.*

46. *La posibilidad de que dicha transformación se materialice se encuentra prevista en el artículo 395º de la Ley N.º 26887 –Ley General de Sociedades (LGS) :*

La sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero puede reorganizarse; así como ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por esta ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro.

Con relación a dicho artículo, el demandante sostiene que

El cambio de situación de sucursal de una empresa extranjera a una empresa constituida en el país, no comparte la naturaleza jurídica propia de una `transformación´ o `reorganización societaria´, sino más bien la creación de una nueva persona jurídica. (...). [L]o que en realidad se produce es la escisión o división de un bloque patrimonial, que se encontraba asignado a la sucursal (como `capital asignado´) y que integraba el patrimonio de una

417 *Derecho Procesal Constitucional*

persona jurídica constituida en el exterior (sociedad principal), para que a partir de dicho momento, se destine a la constitución de una nueva persona jurídica, con su propio patrimonio y que en adelante, responderá por el cumplimiento de sus obligaciones. (...). [L]a transformación de la sucursal de una empresa financiera del exterior, en una empresa constituida en el Perú, implica la creación de una nueva empresa financiera, lo que constituye un cambio relevante en el sistema bancario y financiero, que por tal motivo, requiere la opinión del BCR antes de ser autorizado por la SBS.

47. *Por su parte, la demandada considera que el supuesto del artículo 395 de la LGS, hace alusión*

solamente a la autorización que se otorga a una EMPRESA QUE YA ESTÁ OPERANDO EN EL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL (...), para que se transforme en OTRA MODALIDAD EMPRESARIAL PERMITIDA POR EL MISMO SISTEMA FINANCIERO NACIONAL. (...). Como no se trató de un procedimiento de organización de una nueva empresa del Sistema Financiero, sino de la transformación de una ya existente, NO CORRESPONDÍA que el BCR expidiera un dictamen con anterioridad (...).

48. *Asimismo, la SBS alega que no solicitó la opinión previa del BCR en el procedimiento seguido por el Citibank porque en una ocasión anterior en la que el Banco de Comercio realizó un procedimiento sustancialmente análogo, sí lo hizo, y el BCR manifestó que en dicho supuesto no le correspondía emitir opinión alguna. De este modo, aduce que ha sido el propio criterio utilizado en el pasado por el BCR el que la llevó a no solicitar su opinión en esta oportunidad.*

49. *A ese respecto, el Tribunal Constitucional considera que lo determinante en este momento a fin de delimitar el marco competencial del caso, no es la conducta de los órganos constitucionales sino, antes bien, lo dispuesto en la Constitución y las respectivas leyes orgánicas.*

En todo caso, siendo evidente que el BCR no ha sido consecuente con los criterios previos relacionados con el asunto que es materia de controversia, aun cuando este Tribunal llegara a concluir que la SBS ha afectado las competencias del BCR al no solicitar su opinión previa, ello no implicaría en modo alguno atribuirle una conducta negligente o dolosa, pues ha actuado correctamente atendiendo al propio criterio adoptado en el pasado por el BCR.

50. *Por su parte, CITIBANK DEL PERÚ S.A., refiere que la opinión previa del BCR*

única y exclusivamente, está prevista y es requerida para el caso de entidades que inician operaciones o que, habiéndolas iniciado, van a tener un nuevo tipo de actividad (transformación regulatoria), pero no cuando se trata de una transformación societaria. (...) Y es que lo que está en juego en este caso no es un nuevo actor que pueda incidir en la estabilidad de nuestra moneda, sino el régimen o status corporativo o societario de una persona jurídica que forma parte del Sistema Financiero Peruano (...). [L]a transformación de la sucursal de sociedades establecidas en el exterior, a que se refiere el artículo 395 de la LGS, sí constituye una de las formas de reorganización societaria reguladas por la LGS; y, adicionalmente a ello, su adopción no determina, en rigor, y desde una perspectiva jurídica, la constitución de una nueva sociedad.

En efecto, se trata más bien de un cambio en la forma de la organización jurídica de un patrimonio integral (el asignado a la sucursal), la que deja de ser una sucursal para transformarse en una sociedad constituida en el Perú. (...).

El supuesto de hecho al que se refieren los artículos 12 y 21 de la Ley de Bancos, es claramente distinto al que corresponde a un acuerdo de transformación de una sucursal en un banco del Exterior que ha venido operando (con autorización) en forma previa en el Perú. (...) Resulta claro y se desprende de su simple lectura que

419 *Derecho Procesal Constitucional*

regulan el supuesto en que una nueva empresa bancaria (...) recién desee iniciar sus operaciones como parte del Sistema Financiero Peruano.

51. En el escrito de demanda se afirma que la transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera en una empresa constituida en el Perú “con personería jurídica propia” –según reza el tercer párrafo del artículo 16 de la Resolución SBS N.º 600-98, que aprobó el Reglamento para la constitución y establecimiento de empresas y representantes de los Sistemas Financiero y de Seguros– da lugar a la constitución de una “nueva” empresa en el sistema financiero, motivo por el cual resulta de aplicación el artículo 21 de la LOSBS, que establece la necesidad de que en dichos supuestos se le solicite una opinión previa.

Por su parte, tanto la demandada como el Citibank del Perú S.A. alegan, en los recursos presentados en este proceso, que el supuesto descrito no da lugar a la constitución de una nueva persona jurídica, sino, simplemente, a la transformación societaria de una empresa que previamente ya se encontraba operando en el sistema, razón por la cual la opinión del BCR no resultaba necesaria.

Incluso parte del debate se ha centrado en tratar de determinar la naturaleza jurídica del fenómeno societario que dio lugar a la constitución de Citibank del Perú S.A. Así, por un lado, se ha dicho que se trató de una escisión; mientras que, por otro, se ha sostenido que se trató de un simple cambio en la forma de la organización jurídica de un patrimonio integral, o, en todo caso, de una reorganización.

52. En realidad, el debate en torno a la forma societaria adoptada por el Citibank del Perú y si esta dio lugar a una nueva empresa, o fue una mera transformación, no resulta ser lo sustancial para resolver el presente conflicto, el cual deberá determinarse desde una perspectiva constitucional y no meramente societaria.

En ese sentido, este Tribunal deberá determinar, en concreto, si, en atención a la finalidad que el constituyente ha conferido al BCR (preservar la

estabilidad monetaria –artículo 84 de la Constitución–), el procedimiento de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera en una empresa constituida en el Perú, requiere su opinión previa. Dicho de otro modo, la discusión de orden societario con relevancia constitucional se circunscribe a determinar si el procedimiento de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, puede incidir en la estabilidad de la moneda. Si la respuesta es afirmativa, será preciso interpretar que el artículo 21 de la LOSBS, al regular el procedimiento “para la organización de las empresas del sistema financiero”, hace alusión también a dicho supuesto, en cuyo caso, tal como lo exige el referido artículo, este Tribunal concluirá que es deber constitucional, y no simple facultad de la SBS, solicitar una opinión previa al BCR.

53. Todos los argumentos esgrimidos por la demandada y el Citibank del Perú S.A. podrían quedar resumidos en el siguiente alegato: Toda vez que la referida transformación no da lugar a la llegada de un “nuevo” patrimonio, ni tampoco da lugar a una variación en las operaciones de la empresa en transformación, la incidencia sobre la estabilidad monetaria es nula. Y si ello es así, se preguntan ¿por qué sería necesaria la opinión del BCR?

54. Ocurre, sin embargo, que –probablemente sin caer en la cuenta–, al razonar en ese sentido, tanto la demandada como el Citibank del Perú S.A. se están ocupando de una materia que, justamente, por imperio del artículo 84 de la Constitución, no les corresponde determinar a ellos, sino al BCR.

En efecto, la razón por la que este Tribunal considera imprescindible solicitar previamente la opinión previa del BCR en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, no reside en lo que teóricamente esta transformación pueda representar, sino en lo que en la práctica pueda generar. Y es que una cosa es lo que una empresa del sistema financiero anuncie que pretende hacer y otra lo que en los hechos su solicitud concreta implique.

421 *Derecho Procesal Constitucional*

Cierto es que desde un punto de vista teórico, en principio, una simple transformación societaria no da lugar a una variación en las operaciones que pueda incidir sobre la estabilidad monetaria, pero es preciso que ello sea corroborado por un estudio y una posterior opinión técnica de todas las entidades constitucionalmente competentes; en este caso, no sólo la SBS, sino también el BCR.

Es por ello que de conformidad con el artículo 16, a) de la Resolución N.º 600-98, emitida por la propia SBS, el exigir que incluso las empresas del sistema financiero del exterior que soliciten la transformación de sus oficinas en el país ya autorizadas y en operación, en empresas con personería jurídica propia, presenten un estudio de factibilidad, que, de conformidad con lo establecido por el artículo 6 del mismo Reglamento, tiene como objetivo “determinar la viabilidad y la permanencia operativa de la empresa en el tiempo.” (énfasis agregado).

55. Así, entonces, si ambas partes están de acuerdo en que de dicha permanencia operativa depende que se mantengan incólumes tanto la estabilidad del sistema financiero como la del monetario ¿por qué su análisis técnico debe corresponder exclusivamente a la SBS, sin participación del BCR?

De la necesidad de descartar que dicha estabilidad se encuentre comprometida emana la obligación constitucional consistente en que ambas entidades participen en el análisis de la solicitud y la documentación en que se sustenta. Dicho de otro modo, en dicho supuesto resulta imperativo que se solicite previamente al BCR su opinión.

56. Por lo expuesto, este Tribunal considera que, en interpretación conforme a la Constitución del artículo 21 de la LOSBS, es competencia del BCR emitir opinión previa, en los supuestos en que empresas del sistema financiero del exterior soliciten la transformación de sus oficinas en el país ya autorizadas y en operación, en empresas con personería jurídica propia.

§7. Sobre los efectos de la presente sentencia

57. *El artículo 113 del CPConst. establece lo siguiente con relación a las sentencias emitidas en los procesos competenciales:*

Las sentencias del Tribunal vinculan a los poderes públicos y tienen plenos efectos frente a todos. Determinan los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anulan las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo resuelven, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos. (...).

58. *Así pues, aun cuando el Tribunal Constitucional tiene la capacidad de declarar la nulidad de los actos viciados de incompetencia o de aquellos en cuyo iter de gestación no se hayan respetado los alcances de las competencias de algún órgano constitucional, el CPConst. autoriza a este Tribunal para que, “en su caso”, resuelva “lo que procediere” sobre las situaciones jurídicas producidas a consecuencia de la afectación de las mencionadas competencias. Dicho de otro modo, como manifestación del principio de previsión de consecuencias –derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos a actuar con las responsabilidades que ella exige–, el artículo 113 del CPConst. ha establecido la posibilidad de que este Tribunal module los efectos de sus resoluciones con la intención de que de ellas no derive una inconstitucionalidad mayor que aquella que pretende solucionarse.*

59. *La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda.*

423 *Derecho Procesal Constitucional*

21. 60. Por lo expuesto, este Tribunal ha decidido:

a) Declarar que la Resolución N.º SBS N.º 655-2004 mantiene plenos efectos.

b) Ordenar a la SBS que –a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*– recabe la opinión previa del BCR en todo procedimiento en el que se solicite la transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior en una empresa constituida en el Perú.

V. FALLO

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en el que se solicita que se declare la nulidad de la Resolución N.º SBS N.º 655-2004, de 30 de abril de 2004, la cual fue expedida en dicha fecha por la SBS, con sujeción al propio criterio adoptado por el BCR. En consecuencia, de conformidad con los fundamentos 57 a 60 *supra*, dicha Resolución mantiene plenos efectos.

2. Declarar **FUNDADA** la demanda de conflicto competencial en la parte en la que se solicita a la SBS recibir opinión previa BCR en los procedimientos de autorización de transformación de la sucursal de una empresa del sistema financiero del exterior, disposición que, en concordancia con la conclusión precedente, debe entenderse que la medida a que se hace referencia será exigida a futuro, en todos los casos.

3. **RECOMENDAR** al BCR el establecimiento de políticas uniformes de acción institucional en el tiempo, a efectos de coadyuvar al funcionamiento óptimo del sistema constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 0005-2005-CC/TC

LIMA

BANCO CENTRAL
DE RESERVA DEL PERÚ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MAGDIEL GONZALES OJEDA

Coincido, en lo esencial, con el sentido del fallo y con la ratio decidendi que le precede. Sin embargo, discrepo parcialmente con el punto 3 de la parte resolutive, y, consecuentemente, con parte del fundamento 57, en el extremo en que sostienen que el contenido de las opiniones emitidas por el Banco Central de Reserva (BCR), en aquellos supuestos previstos en la legislación orgánica, no vinculan a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

En efecto, si tal como ha quedado expuesto en la sentencia, dichas opiniones deben ser emitidas en aquellos supuestos en los que la organización o transformación de las empresas del sistema financiero, cierta o potencialmente, inciden sobre la estabilidad monetaria, y preservar dicha estabilidad es la finalidad reservada constitucionalmente al BCR (artículo 84º de la Constitución), en mi concepto, las funciones ejercidas por este órgano constitucional autónomo en el marco de la defensa de dicha estabilidad, deben resultar vinculantes para todo poder público y la ciudadanía en general.

No escapa a mi consideración que la SBS es la entidad competente para ejercer el control de las empresas bancarias y de seguros (artículo 87º de la Constitución), y que la actividad de éstas se encuentra en estrecha relación con la estabilidad monetaria que debe imperar en el sistema. Empero, es justamente por ello que entiendo imprescindible que toda decisión que pueda generar consecuencias sobre estos factores deba contar con la opinión coincidente de ambas entidades a efectos de materializarse.

Que las opiniones del BCR con relación a la estabilidad de la moneda puedan resultar inobservadas por la SBS, haría de ésta, en última instancia, la verdadera entidad decisoria en asuntos relacionados con la materia, en abierta contravención del artículo 84º de la Norma Fundamental que adjudica dicha función al BCR.

Por lo demás, considero que esta interpretación es la que resulta compatible con lo que la sentencia ha denominado el “núcleo funcional de coordinación” que por imperio de la Constitución debe existir entre ambas entidades, y con el que coincido plenamente.

Por lo expuesto, y sin perjuicio —insisto— de plena conformidad con lo esencial de la sentencia adoptada por el Colegiado, considero que en aplicación del artículo 107º de la Constitución, corresponde proponer al Congreso de la República la modificación de la legislación orgánica correspondiente, de modo tal que las opiniones vertidas por el BCR en materia de estabilidad monetaria resulten vinculantes para la SBS.

S.

GONZALES OJEDA

5. PRETENSIÓN

Como prescribe el art. 110 del C.P.Const. la pretensión del órgano estatal demandante es la solución del conflicto producido por alguno de los poderes o entidades estatales por haber adoptado decisiones o rehúye

deliberadamente actuaciones afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

6. CALIFICACION DE LA DEMANDA

El Tribunal al calificar la demanda puede pronunciarse por los siguientes supuestos:

a) Adecuación al proceso de inconstitucionalidad

Si de la demanda de conflicto de competencias, el Tribunal al calificar advierte que versa sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad (Art. 110, última parte del C.P.Const.

b) La inadmisibilidad

El Tribunal al calificar la demanda competencial, advierte que no se ha cumplido con los presupuestos de admisibilidad previstos para la demanda de acción de inconstitucionalidad prescrita por los arts. 101 y 102 del C.P.Const. en lo pertinente, concederá el plazo no mayor de cinco días para la subsanación. Por ejemplo, la omisión de anexar el acuerdo del colegiado autorizando la demanda, como en el caso del Banco Central de Reserva el acuerdo del Directorio, en los casos de Gobiernos Regionales el acuerdo del Consejo de Coordinación, etc.

c) La admisibilidad

Si el Tribunal considera que existe materia de conflicto y que es de competencia, declarará admisible la demanda y dispone los emplazamientos correspondientes.

d) La improcedencia

Si el Tribunal calificando la demanda y advierte que la materia del conflicto no es de su competencia, declarará improcedente y concluido el proceso.

7. REQUERIMIENTOS DEL TRIBUNAL

El Tribunal está facultado para solicitar a las partes informaciones, aclaraciones o precisiones que considere necesarias para su decisión, los que tienen que ser cumplidos dentro del plazo otorgado por el Tribunal.

8. TUTELA CAUTELAR

El demandante tiene el derecho de solicitar medida cautelar al Tribunal, solicitando la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto. Si se promueve un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante el Juez o Tribunal, podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional, como expresa el art. 111 del C.P.Const.

9. LA SENTENCIA Y EFECTOS

El Tribunal emitirá sentencia dentro de los sesenta días hábiles desde que se interpuso la demanda, como prescribe el art. 112, último apartado del C.P. Const.

La sentencia del Tribunal que resuelve el conflicto competencial, tiene fuerza vinculante a los poderes público y con plenos efectos frente a todos, y determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia, así como resuelve lo que procediere sobre situaciones jurídicas producidas sobre la base de los actos administrativos materia del conflicto competencial (*art. 113 del C.P. Const.*).

ANEXOS

1. Caso de hábeas corpus de Antauro Igor Humala Tasso

EXP. N.º 01814-2008-PHC/TC

LIMA

ANTAURO IGOR

HUMALA TASSO

RAZÓN DE RELATORÍA

La sentencia recaída en el Expediente N.º 01814-2008-PHC/TC es aquella conformada por los votos de los magistrados Mesías Ramírez, Calle Hayen y Álvarez Miranda, que declaran **INFUNDADA** la demanda. Se deja constancia que, pese a disentir en sus fundamentos, los votos de los magistrados concuerdan en el sentido del fallo y alcanzan el *quórum* suficiente para formar sentencia, como lo prevé el artículo 5º, párrafo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sección 1.02 SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de abril de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega; el voto concordado de los magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, que también se agrega, y

cuyo sentido es que se declare infundada la demanda; y el voto del magistrado Calle Hayen, llamado a dirimir, que también se acompaña, y cuyo sentido es que se declare infundada la demanda.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Edmundo Inga Garay, abogado de Antauro Igor Humala Tasso, contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 197, su fecha 7 de febrero de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de junio de 2007, don Antauro Igor Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus contra la Juez Penal doña Marlene Neira Huamán, por considerar que el auto de apertura de instrucción de fecha 15 de enero de 2005 (f. 8) dictado en su contra por la presunta comisión de los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebató de armas de fuego y rebelión, viola sus derechos a la libertad individual, a la motivación de resoluciones judiciales y de defensa.

Sostiene que la imputación penal que se le atribuye, mediante el auto de apertura de instrucción expedido por la emplazada, no es precisa, clara ni expresa. En ese sentido, aduce que ha sido objeto de una simple imputación genérica e impersonalizada que no establece cuáles han sido los hechos configuradores de la presunta comisión del delito, ni los medios probatorios determinantes de su actuación supuestamente delictiva, sino que se basa en elementos periodísticos subjetivos, interesados y distorsionados (sic). Por tanto, solicita al juez constitucional que declare nulo el auto de apertura de instrucción aludido y ordene la expedición de una nueva resolución que se ajuste a las garantías del debido proceso.

Durante la investigación sumaria se recibió la declaración explicativa de la Juez emplazada (f. 52), la que resaltó el carácter motivado del auto de apertura de instrucción que expidió en contra del demandante; señalando, además, que resulta cuestionable que después de dos años y medio de su intervención en el proceso el actor alegue vulneración de derechos

431 *Derecho Procesal Constitucional*

fundamentales y se interponga un hábeas corpus, el cual puede ser entendido como una estrategia de defensa. De igual forma se recibió la manifestación del recurrente (f. 122), quien se ratificó en todos los extremos de su demanda.

El Décimo Primer Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 19 de setiembre de 2007 (f. 125), declaró infundada la demanda por considerar que la alegada vulneración de los derechos invocados no se ha configurado.

La Sala Superior competente confirmó la apelada, por similares argumentos.

Por los fundamentos que a continuación se exponen, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

(a) HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

CALLE HAYEN

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 01814-2008-PHC/TC

LIMA

ANTAURO IGOR

HUMALA TASSO

VOTO DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas, emito el presente voto por los fundamentos siguientes:

1. El recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Juez del Juzgado Penal de Turno Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, doña Marlene Neyra Huamán, por haber emitido el auto de apertura de instrucción, de fecha 15 de enero de 2005, que le atribuye la presunta

comisión de los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego y rebelión, sin que exista una debida fundamentación respecto a la configuración de los actos supuestamente cometidos, así como a la existencia de los medios de prueba que demostrarían su participación en los mencionados delitos, situación que vulnera su derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, conexo a su libertad individual, al habersele impuesto mandato de detención. Por lo tanto, solicita se declare nulo el auto de apertura de instrucción referido y se dicte nueva resolución con estricta observancia de las garantías del debido proceso.

2. En primer término, cabe precisar que si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del referido derecho sino que inciden en el ejercicio de la libertad individual del recurrente, toda vez que el accionante se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario, en virtud del mandato de detención contenido en el auto de apertura de instrucción dictado por la jueza demandada, y tal como así lo precisa la magistrada en su declaración explicativa obrante a fojas 52, considero que se tiene competencia *ratione materiae* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

3. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

4. En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera

sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

5. El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N.° 28117) regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que:

*“Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, **que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe**, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción”.*

6. En este sentido, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan.

7. Asimismo, y en lo que atañe a la individualización del presunto autor o partícipe, considero que el juez penal tiene la obligación de efectuar dicha individualización con criterio de razonabilidad, es decir, no basta consignar únicamente la identidad (nombres completos) de la persona en el auto de apertura de instrucción, sino que al momento de calificar la denuncia será

necesario, por mandato directo o imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto en su oportunidad por el fiscal.

8. En el caso de autos, estimo que se debe analizar si es arbitrario el auto de apertura de instrucción de fecha 15 de enero de 2005 (fojas 8) dictado contra el recurrente por la falta de motivación, tal como se alega en la demanda.

9. En tal sentido debe señalarse: i) que en los considerandos primero a tercero del auto de apertura de instrucción cuestionado se hace una narración detallada de cómo el demandante dirigió la operación que terminó con la toma de la Comisaría de Andahuaylas, la misma que guardaría relación con el Parte Policial N.º 01-2005-COMIS-SECT-PNP que se levantó a propósito de los hechos ocurridos y la declaración del denunciado Adrián Sucapuca; ii) que queda expresamente señalado que a propósito de dichas acciones el demandante se apropió de las armas de fuego que tenían en posesión los efectivos policiales que se encontraban en la Comisaría; iii) que en el considerando quinto se hace referencia a la balacera producida en la Plaza de Armas de Andahuaylas entre efectivos policiales y miembros del partido humalista, donde algunos policías resultaron lesionados ya que querían retomar la Comisaría; la misma que consta en el Parte Policial S/N-2004-COMIS-PNP-AND-RP y coincide con la manifestación pública del propio Antauro Humala Tasso sobre los hechos y que se encuentra registrada en videos; iv) que en el considerando sexto se hace alusión al ataque perpetrado por un grupo de humalistas en contra del personal policial donde 4 miembros de la Policía Nacional resultaron fallecidos, estos hechos coinciden con la manifestación del SO 3 PNP Martín Ericsson Alvarado Rojas; v) que en lo que respecta a dichas muertes, la juez emplazada advierte en el auto de apertura de instrucción que *“si bien de los actuados no existe evidencia objetiva que el denunciado Antauro Igor Humala Tasso haya participado directamente en la orden o ejecución del homicidio, sí existe suficientes elementos que conllevan a asumir que en su calidad de jefe de la organización que incursionó en la comisaría, impartió órdenes para que sus seguidores protegieran el entorno de la Comisaría de cualquier intento de la autoridad de retomar el control de la Comisaría, para tal efecto les proveyó de*

las armas de fuego sustraídas de propiedad de la Policía Nacional del Perú, por consiguiente lo convierte en autor del homicidio toda vez que el concierto de voluntades habría sido el disparar a los miembros policiales o militares que pretendieran recuperar la Comisaría”; vi) que luego de la narración detallada de los hechos y las actuaciones en las que incurrió el recurrente, la juez demandada hizo una síntesis preliminar a su decisión advirtiendo que : “Siendo los hechos así Antauro Igor Humala Tasso, Freddy Vizcarra Alegría alias “Paiche”, Luis Rodríguez Morales alias “Capitán”, Claudio Daniel o Daniel Claudio Ludeña Loayza, los conocidos como “Saúl”, Walter Salas; Aries y los primeros noventa y cinco denunciados estarían inmersos en el delito de sustracción de armas de fuego, toda vez que si bien es cierto, muchos de ellos afirman no haber tenido pleno conocimiento de los fines de la movilización , y los planes de Humala y su cúpula , es también cierto que al acudir voluntariamente al local de la Comisaría, ingresar y participar no solo en la reducción y privación de la libertad personal –secuestro- de diecisiete miembros policiales, sino también en la distribución de armas, la obediencia de mando en la ubicación de posesión y el mantenerse voluntariamente bajo la orden jerárquica de una organización dirigida por un jefe los convierte en coautores y/o partícipes del delito de sustracción de armas de fuego, con la agravante de que en esa acción resultarían personas con lesiones, no solo por parte de la Policía Nacional, sino también por parte de los integrantes del movimiento de Humala; esto aunado a que el día siguiente, en posesión ilegal de armas sustraídas, resultaron cuatro miembros policiales muertos; aunado a que posteriormente también mantuvieron secuestrados a cuatro miembros del ejército, que fueron golpeados por los tumultuosos; consecuentemente la conducta desplegada por estos denunciados, encuadraría dentro del tipo penal descrito en el artículo ciento cincuenta y dos del Código penal en concurso con el segundo supuesto del artículo doscientos setenta y nueve – B del mismo cuerpo legal. Asimismo, los denunciados al sustentar públicamente que los fines de su acción es obligar la renuncia tanto del presidente constitucionalmente elegido y de los Ministros de Estado, conforme obra en los videos que se adjunta como medio probatorio, se tiene que al levantarse en armas habrían buscado modificar el orden constitucional, razón por la cual la conducta también encuadra dentro de los alcances del artículo trescientos cuarenta y seis del Código Penal”.

10. Por tanto, lo señalado en el fundamento precedente deja entrever que la decisión jurisdiccional cuestionada no adolece de vicio de arbitrariedad, toda vez que se cuidó de hacer una descripción suficientemente detallada de los hechos configurador de los delitos cuya autoría se imputa al demandante; es decir, su individualización como autor no pasó por la sola alusión del nombre y apellido. En conclusión, se podría inferir, por un lado, que el presente hábeas corpus ha sido promovido para cuestionar los tipos penales atribuidos y lograr con la expedición de una nueva resolución la recalificación de las conductas delictivas o que se le exima de responsabilidad penal al favorecido con la acción; y por otro, que tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde que acontecieron los hechos en Andahuaylas y a la fecha en que se interpuso la demanda se está haciendo uso de este hábeas corpus como un recurso legal más que forma parte de una estrategia de defensa. En consecuencia, por todo lo señalado, soy de la opinión que debe desestimarse la presente demanda en aplicación de, *contrario sensu*, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional, ya que no se ha configurado la violación de los derechos fundamentales invocada por el accionante.

Por estas razones, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

Sr.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 01814-2008-PHC/TC

LIMA

ANTAURO IGOR

HUMALA TASSO

**VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ Y ÁLVAREZ
MIRANDA**

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por Edmundo Inga Garay, abogado de Antauro Igor Humala Tasso, contra la sentencia expedida por la Tercera Sala Penal Especializada para Procesos con Reos

Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 197, su fecha 7 de febrero de 2008, que declaró infundada la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de junio de 2007, Antauro Igor Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus contra la Juez Penal Marlene Neira Huamán, por considerar que el auto de apertura de instrucción de fecha 15 de enero de 2005 (f. 8) dictado en su contra por la presunta comisión de los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebató de armas de fuego y rebelión, viola sus derechos a la libertad individual, a la motivación de resoluciones judiciales y de defensa.

Sostiene que la imputación penal que se le atribuye, mediante el auto de apertura de instrucción expedido por la emplazada, no es precisa, clara ni expresa. En ese sentido, aduce que ha sido objeto de una simple imputación genérica e impersonalizada que no establece cuáles han sido los hechos configuradores de la presunta comisión del delito, ni los medios probatorios determinantes de su actuación supuestamente delictiva, sino que se basa en elementos periodísticos subjetivos, interesados y distorsionados (sic). Por tanto, solicita al juez constitucional que declare nulo el auto de apertura de instrucción aludido y ordene la expedición de una nueva resolución que se ajuste a las garantías del debido proceso.

Durante la investigación sumaria se recibió la declaración explicativa de la Juez emplazada (f. 52), la que resaltó el carácter motivado del auto de apertura de instrucción que expidió en contra del demandante; señalando, además, que resulta cuestionable que después de dos años y medio de su intervención en el proceso se alegue vulneración de derechos fundamentales y se interponga un hábeas corpus, el cual puede ser entendido como una estrategia de defensa. De igual forma se recibió la manifestación del recurrente (f. 122), quien se ratificó en todos los extremos de su demanda.

El Décimo Primer Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 19 de setiembre de 2007 (f. 125), declaró infundada la demanda por considerar que la alegada vulneración de los derechos invocados no se ha configurado.

La recurrida confirmó la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

a) §. Petitorio

1. Del contenido de la demanda se aprecia que el recurrente busca con la promoción del presente hábeas corpus que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 15 de enero de 2005 (f. 8) expedido en su contra por la presunta comisión de los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego y rebelión y se ordene la expedición de una nueva resolución que respete las garantías del debido proceso.

b) §. Procedencia del hábeas corpus contra el auto de apertura de instrucción

2. Analizados los argumentos de la demanda consideramos que la controversia en el presente caso gira fundamentalmente en torno a la legitimidad misma del proceso penal instaurado contra el recurrente mediante el cuestionado auto de apertura de instrucción expedido por la Juez emplazada.
3. Ahora bien, cuando se trata de un hábeas corpus contra una resolución judicial como es el auto de apertura de instrucción, se debe precisar primero la aplicación del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que prescribe la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales firmes. Al respecto, este Colegiado señaló en su STC N° 6081-2005-HC/TC, caso Alonso Esquivel Cornejo, que si bien uno de los requisitos para cuestionar mediante hábeas corpus una resolución de carácter jurisdiccional es que tenga la calidad de firme, tratándose del auto de apertura de instrucción no corresponde declarar la improcedencia de la demanda, toda vez que contra esta resolución no procede ningún medio impugnatorio mediante el cual se pueda cuestionar lo alegado en este proceso constitucional.
4. En efecto, el auto de apertura de instrucción constituye una resolución que resulta inimpugnabile por ausencia de una previsión legal que prevea un recurso con este fin. Es por ello que una alegación como la planteada en la demanda contra este auto se

volvería irresoluble hasta el momento de la finalización del proceso penal mediante sentencia o por alguna causal de sobreseimiento sin embargo, lo que no se condice con el respeto del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva; por ello, resulta válido cuestionar en sede del proceso libertario la decisión del juez que marca el inicio del proceso penal.

c) §. Alcances sobre el ámbito de protección del hábeas corpus y la actuación del juez constitucional

5. En reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional ha establecido que no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a determinar si existe, o no, responsabilidad penal del inculpado, ni tampoco en la que se califique el tipo penal en que este hubiera incurrido, toda vez que tales cometidos son exclusivos de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, debe quedar plenamente establecido que si bien el juzgador constitucional no puede invadir el ámbito de lo que es propio y exclusivo del juez ordinario, en los términos que aquí se exponen, dicha premisa tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos fundamentales, pues es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, se tiene, porque el ordenamiento lo justifica, la posibilidad de reclamar protección especializada en tanto es ese el propósito por el que se legitima el proceso constitucional dentro del Estado Constitucional.
6. No se trata, naturalmente, de que el juez constitucional termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino específicamente que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional está siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la *tutela judicial efectiva* y el *debido proceso*, ambos previstos en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Mientras que la *tutela judicial efectiva* supone, en general, tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, el derecho al *debido proceso*, en cambio, significa la

observancia de los derechos fundamentales esenciales de la persona al interior del proceso.

7. En el supuesto de que una resolución judicial desconozca o desnaturalice algunos de los componentes de cualquiera de los derechos aquí mencionados, se estará, sin lugar a dudas, ante la circunstancia de un proceder inconstitucional, y ante un contexto donde, al margen de la función judicial ordinaria ejercida y de la exclusividad que se le reconoce, resulta procedente el ejercicio del proceso constitucional como instrumento de defensa y corrección de una resolución judicial contraria a la Constitución. Puntualizado queda, en todo caso, que sólo si se vulnera el contenido esencial de alguno de los derechos antes mencionados se estará ante un proceso inconstitucional, quedando totalmente descartado que, dentro de dicha noción, se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales –violación del contenido no esencial o adicional–, que no son, por sí mismas, contrarias a la Constitución sino al orden legal. Mientras que el proceso que degenera en inconstitucional se habrá de corregir mediante el ejercicio del proceso constitucional, la simple anomalía o irregularidad lo será mediante los medios de impugnación previstos al interior de cada proceso. Ese es el límite con el cual ha de operar el juez constitucional y, a la vez, la garantía de que no todo reclamo que se hace por infracciones al interior de un proceso pueda considerarse un verdadero tema constitucional.
8. Particularmente, si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del referido derecho sino que inciden en el ejercicio de la libertad individual del recurrente –toda vez que se encuentra recluso en un establecimiento penitenciario–, consideramos que se tiene competencia *ratione materiae* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

441 *Derecho Procesal Constitucional*

d) §. Sobre la motivación del auto de apertura de instrucción

- La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.
- En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también tiene la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.
- El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N.° 28117), regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que:

“Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto

será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción (...)”.

- Al respecto, cabe señalar que la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia de que la acusación sea cierta y no implícita, o lo que es lo mismo, precisa, clara y expresa; es decir, que se exprese como una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan.
- Asimismo y en lo que atañe a la *individualización del presunto autor o partícipe*, el juez penal tiene la obligación de efectuar dicha individualización con criterio de razonabilidad, es decir, no basta consignar únicamente la identidad (nombres completos) de la persona en el auto de apertura de instrucción, sino que al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto en su oportunidad por el fiscal.

e) §. Análisis del caso concreto

- En el caso de autos estimamos pertinente analizar si es arbitrario el auto de apertura de instrucción de fecha 15 de enero de 2005 (f. 8) dictado contra el recurrente por la falta de motivación, tal como se alega en la demanda.
- En tal sentido debe señalarse: **i)** que en los considerandos primero a tercero del auto de apertura de instrucción cuestionado se hace una narración detallada de cómo el demandante dirigió la operación que terminó con la toma de la Comisaría de Andahuaylas, la misma que

guardaría relación con el Parte Policial N.º 01-2005-COMIS-SECT-PNP que se levantó a propósito de los hechos ocurridos y la declaración del denunciado Adrián Sucapuca; **ii)** que queda expresamente señalado que a propósito de dichas acciones el demandante se apropió de las armas de fuego que tenían en posesión los efectivos policiales que se encontraban en la Comisaría; **iii)** que en el considerando quinto se hace referencia a la balacera producida en la Plaza de Armas de Andahuaylas entre efectivos policiales y miembros del partido humalista donde algunos policías resultaron lesionados ya que querían retomar la Comisaría; este hecho consta en el Parte Policial S/N-2004-COMS-PNP-AND-RP y coincide con la manifestación pública del propio Antauro Humala Tasso sobre los hechos y que se encuentra registrada en videos; **iv)** que en el considerando sexto se hace alusión al ataque perpetrado por un grupo de humalistas en contra de personal policial donde 4 miembros de la Policía resultaron fallecidos; estos hechos coinciden con la manifestación del SO3 PNP Martín Ericsson Alvarado Rojas; **v)** que en lo que respecta a dichas muertes, la juez emplazada advierte en el auto de apertura de instrucción que “si bien de los actuados no existe evidencia objetiva que el denunciado Antauro Igor Humala Tasso haya participado directamente en la orden o ejecución del homicidio, sí existe suficientes elementos que conllevan a asumir que en su calidad de jefe de la organización que incursionó en la comisaría, impartió órdenes para que sus seguidores protegieran el entorno de la Comisaría de cualquier intento de la autoridad de retomar el control de la Comisaría, para tal efecto les proveyó de las armas de fuego sustraídas de propiedad de la Policía Nacional del Perú, por consiguiente lo convierte en coautor del homicidio toda vez que el concierto de voluntades habría sido el disparar a los miembros policiales o militares que pretendieran recuperar la Comisaría”; **vi)** que luego de la narración detallada de los hechos y las actuaciones en las que incurrió el recurrente, la juez demandada hizo una síntesis preliminar a su decisión advirtiendo que: «Siendo los hechos así, Antauro Igor Humala Tasso, Freddy Vizcarra Alegría alias “Paiche”, Luis Rodríguez Morales alias “Capitán”, Claudio Daniel o Daniel

Claudio Ludeña Loayza, los conocidos como “Saúl”, Walter Salas; Aries y los primeros noventa y cinco denunciados, estarían inmersos en el delito de sustracción de armas de fuego, toda vez que si bien es cierto, muchos de ellos afirman no haber tenido pleno conocimiento de los fines de la movilización y los planes de Humala y su cúpula, es también cierto que al acudir voluntariamente al local de la Comisaría, ingresar y participar no solo en la reducción y privación de la libertad personal –secuestro – de diecisiete miembros policiales sino también en la distribución de armas, la obediencia de mando en la ubicación de posesión y el mantenerse voluntariamente bajo la orden jerárquica de una organización dirigida por un jefe los convierte en coautores y/o partícipes del delito de sustracción de armas de fuego, con la agravante de que en esa acción resultaron personas con lesiones, no solo por parte de la Policía Nacional, sino también por parte de los integrantes del movimiento de Humala; esto aunado a que al día siguiente, en posición ilegal de las armas sustraídas, resultaron cuatro miembros policiales muertos; aunado a que posteriormente también mantuvieron secuestrados a cuatro miembros del ejército, que fueron golpeados por los tumultuosos; consecuentemente la conducta desplegada por estos denunciados, encuadraría dentro del tipo penal descrito en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal en concurso con el segundo supuesto del artículo doscientos setenta y nueve – B del mismo cuerpo legal. Asimismo los denunciados al sustentar públicamente que los fines de su acción es obligar la renuncia tanto del presidente constitucionalmente elegido y de los Ministros de Estado, conforme obra en los videos que se adjunta como medio probatorio, se tiene que al levantarse en armas habrían buscado modificar el orden constitucional, razón por la cual la conducta también encuadra dentro de los alcances del artículo trescientos cuarenta y seis del Código Penal».

- Por tanto, lo señalado en el fundamento precedente deja entrever que la decisión jurisdiccional cuestionada no adolece de vicio de arbitrariedad, toda vez que se cuidó de hacer una descripción

suficientemente detallada de los hechos configuradores de los delitos cuya autoría se imputa al demandante; en consecuencia, su individualización como autor no pasó por la sola alusión del nombre y apellido. En conclusión se podría inferir, por un lado, que el presente hábeas corpus ha sido promovido para cuestionar los tipos penales atribuidos y lograr con la expedición de una nueva resolución la recalificación de las conductas delictivas o que se le exima de responsabilidad penal al favorecido con la acción; y, por otro, que tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde que acontecieron los hechos en Andahuaylas y la fecha en que se interpuso la demanda se está haciendo uso de este hábeas corpus como un recurso legal más que forma parte de una estrategia de defensa. En consecuencia, por todo lo señalado, somos de la opinión que debe desestimarse la presente demanda en aplicación, *contrario sensu*, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional, ya que no se habría configurado la violación de derechos fundamentales invocada por el accionante.

Por estas razones, nuestro voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda.

Sres. **MESÍA RAMÍREZ, ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 01814-2008-PHC/TC

LIMA

ANTAURO IGOR

HUMALA TASSO

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los siguientes fundamentos:

1. Que con fecha 12 de junio de 2007 don Antauro Igor Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus contra la Juez Penal Marlene Neira Huamán con el objeto de que se declare la nulidad, respecto a su persona, de la Resolución de fecha 15 de enero de 2005 que abre instrucción en su contra por los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción

o arrebato de armas de fuego y rebelión, y consecuentemente se disponga que se dicte nuevo auto de apertura de instrucción (Expediente N.º 823-2005, actualmente tramitado en el Expediente N.º 834-2005 ante el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima).

Sostiene que la resolución cuestionada (fojas 8) adolece de fundamentación fáctica respecto a los presupuestos legales para la apertura de instrucción contenidos en el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales ya que realiza una simple imputación genérica e impersonalizada que no precisa los hechos que habría cometido para que se configure los delitos imputados ni los medios probatorios determinantes de su participación, sino que se sustenta en elementos periodísticos subjetivos, interesados y distorsionados, afectando todo ello sus derechos a la libertad personal, debido proceso y de defensa.

2. Que en el presente caso se cuestiona el auto de apertura de instrucción señalándose que dicha resolución no se encuentra motivada y por tanto vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.
3. Que la Constitución establece expresamente en el artículo 200º, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege la libertad individual así como los derechos conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo que alegue la presunta afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela mediante el hábeas corpus, pues para ello debe analizarse previamente si los actos reclamados afectan el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.

Tal es la previsión contenida en el inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional cuando establece que “*No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (...)*”.

De ello se infiere que la admisión a trámite de una demanda de hábeas corpus sólo procede cuando los hechos denunciados se encuentren directamente relacionados con el derecho de la libertad individual.

De otro lado el Código Procesal Constitucional en el artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso

de hábeas corpus siempre que se cumpla con ciertos presupuestos vinculados a la libertad de la persona humana. Así taxativamente precisa: “El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva”.

De ello se infiere que la admisión a trámite de una demanda de hábeas corpus que cuestiona una resolución judicial sólo procede cuando:

- a) Exista resolución judicial firme.
- b) Exista vulneración MANIFIESTA.
- c) Y que dicha vulneración agravie la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Por tanto, el hábeas corpus es **improcedente** (rechazo liminar) cuando:

Los hechos denunciados no se encuentren directamente relacionados con el agravio al derecho de la libertad individual.

Del mismo modo, el hábeas corpus contra una resolución judicial es **improcedente** (rechazo liminar) cuando:

- a) La resolución judicial no es firme,
- b) La resolución judicial no vulnera en forma manifiesta el derecho a la libertad individual, o si
- c) No se agravia la tutela procesal efectiva.

Por otra parte el artículo 2º exige para la amenaza en hábeas corpus (libertad individual) la evidencia de ser cierta y de inminente realización, es decir que en cualquier momento pueda convertirse en una violación real.

4. Que del caso de autos se advierte que no se configura la alegada vulneración cuya tutela se reclama en la demanda toda vez que la resolución que cuestiona el recurrente no incide en forma directa en su derecho a la libertad personal y en tal sentido no puede ser conocida a través del hábeas corpus. En efecto el auto de apertura de instrucción, en puridad, es autónomo de la resolución (contenida en el mismo) que decreta la medida cautelar de carácter personal, pues es evidente que ambos institutos jurídicos (el auto que abre la instrucción y la resolución que impone el mandato de detención) son distintos en su naturaleza, en los bienes jurídicos que pretenden asegurar, en sus efectos jurídicos, en

la finalidad procesal que persiguen y en los presupuestos legales que los sustentan.

En tal sentido no puede concebirse a la medida cautelar de la libertad, dictada de manera autónoma, como el presupuesto de procedibilidad para el análisis del auto de apertura de instrucción mediante el hábeas corpus, máxime si **i)** en el vigente modelo procesal penal peruano estos institutos jurídicos han quedado plenamente delimitados (el del mandato de detención y el de la apertura de instrucción) concediendo al juez la competencia de eventualmente restringir la libertad personal del imputado y, de otro lado, al fiscal la potestad de disponer la formalización y la continuación de la investigación preparatoria (artículos 261°, 266°, 268°, 271°, 274° y 336° del Nuevo Código Procesal Penal), perfeccionamiento del derecho procesal peruano, en el que concibiéndose a estos institutos jurídicos como autónomos se confiere su atribución a distintos órganos del Estado, del cual el Tribunal Constitucional no puede mostrar un tratamiento indiferente y diferenciado en consideración a una interpretación inadecuada del artículo 77° del aún vigente Código de Procedimientos Penales, y **ii)** el mandato de detención tiene prevista su vía legal recursiva así como su excepcional cuestionamiento vía hábeas corpus.

Asimismo, tampoco puede permitirse que los actores de la justicia penal ordinaria pretendan el análisis constitucional mediante el hábeas corpus de toda resolución judicial que no resulte conveniente a sus intereses aduciendo con tal propósito que *como en el proceso penal que se les sigue se ha dictado una medida restrictiva de la libertad en su contra procede el hábeas corpus contra todo pronunciamiento judicial*, apreciación que resulta incorrecta puesto que el hábeas corpus contra resoluciones judiciales sólo se habilita de manera excepcional cuando la resolución judicial que se cuestiona incide de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal.

5. Que por consiguiente el auto de apertura de instrucción dictado por Juez competente *no* puede constituir una “resolución judicial firme” que vulnere manifiestamente la libertad individual ni habilitar su examen constitucional vía el proceso de hábeas corpus toda vez que dicho

pronunciamiento judicial no incide de manera negativa y directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal.

6. Que por lo expuesto, no encontrando que los hechos y el petitorio estén referidos al contenido constitucionalmente protegido de acuerdo al inciso 1) artículo 5º del Código Procesal Constitucional la demanda debe ser desestimada.
7. Que no obstante el rechazo de la demanda, es preciso dejar sentado que el imperio del Estado ha delegado a sus jueces ordinarios para que en su representación hagan posible el *ius puniendo*, lo que no puede ser desconocido con la afirmación de que dicha facultad se está ejerciendo arbitrariamente para sustraerse de la jurisdicción, que constituye expresión de la soberanía. En todo caso existe el proceso de responsabilidad civil de los jueces previsto en el artículo 509º y siguientes del C.P.C. como vía alterna suficiente para sancionar, por dolo o culpa, a los representantes jurisdiccionales del Estado que en el ejercicio de su autonomía causan agravios insuperables.
8. Que además debo ser enfático en señalar que no puede admitirse a trámite demandas constitucionales por el hecho de que una resolución no contenga la fundamentación que el recurrente necesita para sus intereses personales, puesto que esto supondría que toda resolución judicial pueda ser cuestionada en vía constitucional alegándose un presunto agravio a los derechos fundamentales lo cual indudablemente acarrearía una carga inmanejable para los órganos encargados de administrar una diligente justicia constitucional. En efecto, la tramitación de demandas de hábeas corpus destinadas al fracaso restringen la atención oportuna a los justiciables que legítimamente recurren a este proceso libertario con auténticas demandas de la libertad, lo que ocasiona un grave daño al orden objetivo constitucional, en tanto persisten demandas manifiestamente improcedentes, en tanto constituyen obstáculos a la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia por mandato constitucional.
9. Que por las precedentes consideraciones no encuentro capacidad en el Tribunal Constitucional para ingresar al proceso penal de su referencia y convertirse, de motu proprio, en el ultra revisor de lo determinado por el órgano judicial competente en un proceso en trámite en el que la

resolución que aquí se cuestiona no redundaría en un agravio al derecho fundamental a libertad personal.

Por estas consideraciones, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de autos.

Sr.

VERGARA GOTELLI

2. Caso de acción de amparo por consumo de marihuana en la universidad privada

EXP. N.º 00535-2009-PA/TC

LIMA

RODOLFO LUIS

OROYA GALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de febrero de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados **Masía Ramírez**, **Beaumont Callirgos** y **Eto Cruz**, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rodolfo Luis Oroya Gallo contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 143, su fecha 8 de agosto de 2008, que confirmando la apelada, rechaza de forma liminar y declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de septiembre de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad San Ignacio de Loyola, solicitando que se inapliquen las Resoluciones N.º 001-018/07-CD, del 10 de julio de 2007 (fojas 13), N.º 002-018/07-CD, del 6 de agosto de 2007 (fojas 15), y N.º

451 *Derecho Procesal Constitucional*

005-18/2007-TH, del 23 de agosto de 2007 (fojas 17), a través de las cuales se determina y se confirma su separación de dicha casa de estudios.

El demandante sostiene que ha sido separado de la Universidad por haber sido encontrado en el campus universitario con un cigarrillo de marihuana. Cabe destacar que en el proceso disciplinario seguido contra él, acepta la posesión del mismo. En este sentido, sustenta su pretensión en que el Reglamento General de Estudios (fojas 19 a 30) no ha señalado qué infracción debe considerarse como leve o grave, que no se ha considerado su rendimiento académico, el difícil momento personal que atravesaba en aquél entonces y que no se ha tomado en cuenta que se encontraba en el último ciclo de estudios (fojas 37 a 39). Por ende, solicita que se lo reincorpore en su calidad de estudiante a la carrera de Administración (fojas 34 a 44).

El Segundo Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla, con fecha 18 de septiembre de 2007, declaró improcedente la demanda de manera liminar en virtud de lo establecido en el inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, por no haberse transgredido norma constitucional alguna (fojas 45).

La Universidad San Ignacio de Loyola se apersona al proceso manifestando que no se ha violado derecho alguno, pues la decisión adoptada no es arbitraria, sino que está suficientemente motivada, y porque además el actor tiene expedito su derecho de seguir estudiando en cualquier otra universidad del país. Asimismo, sostiene que el demandante ha ejercido sus derechos de defensa de pluralidad de instancia al haber presentado ante los distintos estamentos de la universidad los recursos de reconsideración y apelación (fojas 130 a 131).

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada (fojas 143) sobre la base de lo dispuesto en el inciso 2) artículo 5º del Código Procesal Constitucional, sosteniendo que para dilucidar la presente controversia resulta necesaria una etapa probatoria de la que carece el proceso de amparo.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de amparo ha sido rechazada de manera liminar en la etapa judicial. Sin embargo, en la medida que la Universidad San Ignacio de Loyola se ha apersonado al proceso presentando un escrito de contestación de la demanda y que en autos existen suficientes elementos de juicio para dilucidar la cuestión controvertida, el Tribunal Constitucional estima que, en aplicación del principio *pro actione* previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, procede emitir pronunciamiento respecto del fondo de la controversia.

§1. Petitorio

2. Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, este Colegiado considera necesario analizar si el proceso administrativo que culminó con la separación del demandante de la Universidad San Ignacio de Loyola fue realizado de acuerdo con los principios reconocidos por la Constitución Política, especialmente en lo relativo a los principios de razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad y legalidad que deben existir en la aplicación de sanciones, tanto en instituciones públicas como privadas.
3. Para llegar a una decisión sobre la materia, resultará pertinente estudiar la proporcionalidad¹⁴³[1] y razonabilidad de la sanción adoptada por la Comisión Disciplinaria. Estos principios se encuentran reconocidos en los artículos 3º, 43º y 200º de la Constitución¹⁴⁴[2] y servirá para determinar si la decisión adoptada se encuentra ajustada a Derecho.

¹⁴³[1] Entre otros, ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 00034-2004-AI/TC. Sentencia del 15 de febrero de 2005.

¹⁴⁴[2] Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004.

453 *Derecho Procesal Constitucional*

4. En este sentido, este Colegiado deberá establecer si la separación del demandante era la única medida que, según el Reglamento General de Estudios de la Universidad San Ignacio de Loyola, respondía a la gravedad del hecho investigado en el proceso disciplinario, tomando como base no sólo lo establecido en las normas internas de la Universidad, sino las circunstancias bajo las cuales se cometió la falta, su desempeño académico y antecedentes personales.

§2. Autonomía universitaria, Reglamento General de Estudios y facultad sancionatoria

5. De acuerdo con lo establecido en el artículo 18º de la Constitución Política, el Estado peruano reconoce que “cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”.
6. Para el Tribunal Constitucional la autonomía institucional de las universidades “(...) es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. (...) El marco de autonomía universitaria, consagrado constitucionalmente y desarrollado por el legislador, es la consecuencia de la toma de las disposiciones institucionales de manera razonable, justa y equitativa, a través de procedimientos transparentes y participativos”^{145[3]}.
7. La presente demanda nos lleva a analizar la facultad de la Universidad para establecer un régimen disciplinario en su Reglamento General de Estudios y los parámetros que se deben tener en cuenta al momento de aplicar estas disposiciones. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional sostiene que la autonomía

^{145[3]} Tribunal Constitucional. Expediente N° 00091-2005-AA/TC. Sentencia del 18 de febrero de 2005. Fundamento 8.

universitaria y las medidas administrativas que se desprendan de su ejercicio serán protegidas siempre que éstas no desnaturalicen ni desconozcan la Constitución Política o los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú^{146[4]}.

8. La decisión de separar al alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo por parte de la Comisión Disciplinaria y confirmada por el Tribunal de Honor tiene como sustento lo establecido en los artículos 60º, 62º, 65º y 66º del Reglamento General de Estudios de la Universidad San Ignacio de Loyola (fojas 28 a 30), aprobado en sesión del 25 de febrero de 2003 y modificado en enero de 2005. Las normas aplicables en materia de disciplina se encuentran en el Título III del Reglamento y determinan lo siguiente (se resaltan las partes relevantes):

Art. 60º.- Se consideran faltas:

- a. Promover desorden, participar en manifestaciones grupales no autorizadas o realizar actividades político partidarias en la institución.
 - b. *Introducir, portar o ingerir en la institución bebidas alcohólicas, drogas y/o sustancias tóxicas.*
 - c. Introducir armas de cualquier tipo.
 - d. Ingresar a las instalaciones luego de haber ingerido drogas, alcohol u otra sustancia tóxica.
- (...)

La presente enumeración no es limitativa respecto de las conductas que pueden calificarse como faltas.

^{146[4]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 0012-1996-I/TC. Sentencia del 24 de abril de 1997.

Art. 62º.- *El alumno que incurra en falta recibe una sanción de acuerdo a su gravedad. Las sanciones son las siguientes:*

- a. Amonestación.
- b. Suspensión.
- c. *Separación.*

Art. 63º.- *La amonestación puede ser privada o pública. La amonestación privada es una amonestación escrita al alumno, que le impone el Director de Carrera en todos los casos contemplados en el artículo 60º. La amonestación pública es una advertencia al alumno, que le impone la Comisión Disciplinaria, en los casos contemplados en el artículo 60º del presente reglamento y se exhibe en un lugar visible de la institución.*

Art. 64º.- *La suspensión es la separación temporal del alumno impuesta por la Comisión Disciplinaria, de acuerdo a la gravedad de la falta. La resolución se exhibe en un lugar visible de la institución.*

Art. 65º.- *La separación es el retiro definitivo del alumno de la universidad, impuesta por la Comisión Disciplinaria. La resolución se exhibe en lugar visible de la institución.*

Art. 66º.- *Conforme a la gravedad de la falta, si el alumno hubiese sido anteriormente amonestado en público, podrá ser suspendido, y si hubiese sido suspendido, podrá ser separado de la institución.*

No obstante y dependiendo de la gravedad de la falta, podrá sancionarse directamente con suspensión o separación, aun cuando se trate de la primera infracción cometida por el alumno.

9. Como se puede observar, el Reglamento General de Estudios desarrolla las reglas de conducta que deben seguir los alumnos. Con

relación a las situaciones contempladas en el artículo 60º, se describen 17 faltas, listadas entre las letras a) y la q), las cuales conforman un catálogo enunciativo y no taxativo y que, además, carece de una estructura progresiva en torno a la gravedad de las faltas.

10. En el caso objeto de análisis, cabe destacar que el alumno ha podido presentar sus descargos (fojas 9) y el recurso de reconsideración (fojas 4) previsto en el Reglamento General de Estudios (fojas 30), por lo que no se podría sostener que se ha dado una afectación a su derecho de defensa^{147[5]}.

Además, dado que el demandante ingresó a la Universidad en el primer semestre de 2003 y ha estudiado de forma ininterrumpida hasta el primer semestre de 2007 (fojas 1), se puede asumir que ha tenido acceso al Reglamento General de Estudios, y que era plenamente consciente del hecho que fumar un cigarrillo de marihuana constituye una falta administrativa objeto de una sanción.

§3. La razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la sanción administrativa

11. Mediante las Resoluciones N.º 001-018/07-CD, N.º 002-018/07-CD y N.º 005-18/2007-TH, la Universidad San Ignacio de Loyola aplicó al alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo la máxima sanción posible prevista en el Reglamento General de Estudios, consistente en separarlo de forma definitiva, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 60º, inciso a) y 66º del referido Reglamento.

El objetivo de la medida adoptada por la Universidad fue sancionar el consumo de drogas u otras sustancias tóxicas dentro del campus académico, estableciendo que esta medida no será tolerada bajo ninguna circunstancia. Si bien el demandante reconoció haber

^{147[5]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004.

457 *Derecho Procesal Constitucional*

fumado el cigarrillo de marihuana, la Comisión Disciplinaria optó por aplicar rigurosamente el Reglamento para de esta forma evitar que otros alumnos incurran en la misma infracción.

Cabe destacar que al momento de los hechos, el demandante se encontraba cursando el último ciclo de estudios y le faltaba 11 semanas para terminar la carrera de Administración. Además, se acredita que entró a la Universidad bajo la modalidad de tercio superior, que había participado en actividades extracurriculares, su rendimiento académico era de media superior y no presentaba antecedentes de faltas administrativas.

12. En este sentido, el demandante sostiene que si bien el Reglamento de la Universidad San Ignacio de Loyola establece las conductas que se consideran como faltas, no hay una precisión con respecto a cuáles deben ser graves o leves, por lo que la valoración de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es arbitraria al carecer de un parámetro objetivo de evaluación y aplicación (fojas 35).
13. Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional.
14. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto ¹⁴⁸ [6]. Esto supone que el

¹⁴⁸[6] Entre otros, ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 00034-2004-AI/TC. Sentencia del 15 de febrero de 2005.

Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta^{149[7]}.

15. A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad.
16. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”^{150[8]}.
17. Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3º y 43º de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la

^{149[7]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 3567-2005-AA/TC. Sentencia del 16 de noviembre de 2005.

^{150[8]} Tribunal Constitucional. Expediente N° 0006-2003-AI/TC. Sentencia del 1 de diciembre de 2003. Fundamento 9.

459 *Derecho Procesal Constitucional*

realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo^{151[9]}.

18. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hecho^{152[10]}:
 - a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
 - b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.
 - c. Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la mas idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.
19. En el caso concreto, la Comisión Disciplinaria tenía la posibilidad de aplicar la sanción de amonestación, de suspensión o de separación de acuerdo con el artículo 66º del Reglamento. Sin embargo, al considerar que el consumo de drogas es una falta grave, la suspensión o amonestación no sería la medida adecuada puesto que mandaría un mensaje de flexibilidad o tolerancia frente a un problema social que es el consumo de drogas. De ahí que

^{151[9]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004. Fundamento 12.

^{152[10]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004. Fundamento 20.

disponiendo de una serie de sanciones, se dispuso la separación definitiva del alumno.

20. Cabe destacar que el examen toxicológico tomado por el demandante el 18 de julio de 2007 y presentado ante la Comisión Disciplinaria tuvo resultado negativo (fojas 10), por lo que al momento de los hechos se puede concluir que el consumo de dicha droga fue circunstancial y que este no presentaba síntomas de adicción o uso continuo de la misma.
21. Si bien el consumo de drogas es una situación que no es promovida por el Estado, cabe destacar que la Comisión Disciplinaria decidió no considerar la situación particular del demandante y tampoco tomó en cuenta el examen toxicológico. Por otro lado, no consideró que el alumno se encontraba en el último semestre de la carrera y que una de las funciones de la universidad, sino la más decisiva, es la de formar a las personas.
22. Para tomar esta decisión, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor sostuvieron que es deber de la Universidad hacer prevalecer el principio de respeto y de disciplina en general (fojas 3), de ejercer la disciplina con rigurosidad (fojas 4) y de propiciar y garantizar el bienestar y el ambiente saludable de toda la comunidad universitaria (fojas 7).
23. Al analizar todos los elementos de juicio del caso, resulta cuestionable para este Tribunal que en el proceso disciplinario que culminó con la separación definitiva del demandante, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor hayan omitido la valoración de toda prueba o elemento contextual que atenúe la responsabilidad asumida por él, cuando ésta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción a imponerse.
24. Por este motivo, este Tribunal Constitucional considera que la relación entre los hechos y la sanción impuesta por la Universidad

461 *Derecho Procesal Constitucional*

San Ignacio de Loyola, en el presente caso, resulta desproporcionada y sin una base objetiva que la sustente, violando el principio de razonabilidad con el que se debe actuar en uso de sus facultades discrecionales.

En consecuencia, la decisión de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es violatoria al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, y causan, en el presente caso, la violación de otro derecho constitucionalmente reconocido, como es el de educación, reconocido en el artículo 13º de la Constitución.

25. Esta violación se constituye puesto que la separación definitiva del alumno por el consumo de un cigarrillo de marihuana cometido en un contexto particular y único de su vida, faltando apenas once semanas para terminar la carrera, lo coloca en una situación de indefensión y desigualdad frente a sus pares.
26. Por más que él pueda intentar seguir la carrera en otra universidad, la decisión no solo el acceso a la educación sino también su libre desarrollo de la personalidad, en el sentido que la Resolución de la Universidad genera un antecedente que lo acompañará durante su vida universitaria y desarrollo profesional. Además, en el texto de la resolución expresamente se señala la separación por el consumo de droga, siendo indiferente si se está frente a una persona con una adicción o si se trata de un caso aislado.
27. Por esta razón es que el Tribunal Constitucional considera que la demanda de autos es fundada en la medida que la decisión de la Universidad es desproporcionada, no porque el consumo de marihuana en el campus universitario no amerite una sanción grave, sino porque la estructura del régimen disciplinario es ambigua e indeterminada, afectando los principios de proporcionalidad y razonabilidad reconocidos en los artículos 3º, 43º y 200º de la Constitución.

28. La presente decisión no puede ser asumida como que el Tribunal es permisivo o tolerante ante el consumo de drogas, sea dentro o fuera del campus universitario. El Tribunal Constitucional ha incidido enfáticamente en el problema social que causa el consumo y el tráfico ilícito de drogas^{153[11]}. En esta línea, la adopción y ejecución de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2007-2011, la cual contiene un Programa de Prevención al Consumo de Drogas y Rehabilitación del Drogodependiente, debe ser una responsabilidad de toda la sociedad.

§4. La legalidad y taxatividad de las normas sancionatorias en el Reglamento General de Estudios

29. Este Tribunal Constitucional sostiene que la adecuada administración de justicia reside en el juicio y criterio de las personas encargadas de impartir esta función. Esto no podría ser de otra manera puesto que es en el análisis de la norma, junto con la valoración de los hechos y las circunstancias que condujeron a la comisión de la falta o delito, lo que determina la aplicación de una decisión justa, proporcional y equitativa.

30. Como este Tribunal ya ha establecido, el principio de legalidad está reconocido en el inciso d), numeral 24, del artículo 2º de la Constitución Política, y exige que una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, cumpla con tres requisitos: (i) la existencia de una ley; (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado^{154[12]}.

^{153[11]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 04750-2007-HC/TC. Sentencia del 9 de enero de 2008.

^{154[12]} Tribunal Constitucional. Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Sentencia del 16 de abril de 2002. Fundamento 8.

463 *Derecho Procesal Constitucional*

31. Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional español, el principio de legalidad contiene una garantía material, la cual “aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”^{155[13]}.
32. Del principio de legalidad se desprende el principio de taxatividad o de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad “se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”^{156[14]}.
33. En este sentido, el principio de taxatividad o de tipicidad representa “una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”^{157[15]}.

^{155[13]} Tribunal Constitucional de España. STC 097/2009 del 27 de abril de 2009. Fundamento jurídico 3.

^{156[14]} Tribunal Constitucional. Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Sentencia del 16 de abril de 2002. Fundamento 5.

^{157[15]} Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004. Fundamento

34. En el caso concreto, el Reglamento General de Estudios de la Universidad San Ignacio de Loyola cumple con los tres elementos que integran el principio de legalidad. Sin embargo, la relación entre las faltas tipificadas y las sanciones previstas en los artículos 60º, 62º, 63º, 64º, 65º y 66º tienen un grado de ambigüedad e indeterminación que podría condicionar un juicio de valor que no sería discrecional, sino arbitrario; ello lo hace contrario al principio de tipicidad o taxatividad de las normas sancionatorias.
35. La estructura del Reglamento de la Universidad se despliega de la siguiente manera: en un artículo se encuentran las faltas (60º) y en los demás artículos (62º a 66º) se encuentran las sanciones. Con respecto al criterio para imponer las sanciones, el artículo 66º establece que éstas deben ser progresivas (amonestación, suspensión y separación), pero dependiendo de la gravedad de la falta, la Comisión Disciplinaria podrá aplicar directamente imponer la suspensión o la separación del alumno (fojas 30).
36. El actual sistema que prevé el Reglamento General de Estudios le concede a las Comisiones Disciplinarias una discrecionalidad que podría hacerles incurrir en valoraciones arbitrarias. Si bien este Tribunal Constitucional está de acuerdo con lo grave que es el consumo de drogas, el criterio empleado por la Universidad para este tipo de situaciones genera una inseguridad jurídica debido a que la persona que comete una falta no tiene la certeza de la sanción que podrá recibir.
37. Independientemente de lo reprochable que pueda ser la realización de este tipo de conductas dentro de un establecimiento universitario, los principios de legalidad y de tipicidad exigen que las sanciones sean proporcionales al hecho punible y que estén claramente identificadas y singularizadas en el Reglamento General de Estudios.

El consumo de drogas u otras sustancias tóxicas dentro de las universidades deben ser sancionadas con la gravedad que cada

institución considere apropiada en la medida que ésta no desconozca los principios de legalidad y taxatividad inherente a toda sanción, sea ésta de índole administrativa o penal.

38. Para este Tribunal Constitucional, en un estado de derecho, la taxatividad de la norma es un principio aplicable a todas las instituciones, sean estas públicas o privadas. Siendo así, al no existir una definición clara y precisa sobre lo que la Universidad San Ignacio de Loyola considera como falta grave y advirtiéndose que la sanción no está claramente establecida para cada conducta, se concluye que el régimen disciplinario contemplado en el Reglamento no guarda relación con el principio de taxatividad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta contra la Universidad San Ignacio de Loyola por haberse vulnerado los principios de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en el artículo 200º de la Constitución, el derecho a la educación consagrado en el artículo 13º de la Constitución y el principio de taxatividad, establecido en el literal d), inciso 24, del artículo 2º de la Constitución.

1. Declarar **NULAS** las Resoluciones N.º 001-018/07-CD, del 10 de julio de 2007, N.º 002-018/07-CD, del 6 de agosto de 2007, y N.º 005-18/2007-TH, del 23 de agosto de 2007, emitidas por la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor de la Universidad San Ignacio de Loyola.
2. Ordenar, dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación de la presente sentencia, la reincorporación del alumno Rodolfo Luís Oroya Gallo a la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad San Ignacio de Loyola, a fin de que

culmine con el último ciclo de estudios de la carrera de Administración.

3. Ordenar a la Universidad San Ignacio de Loyola que adecue su Reglamento General de Estudios a fin de que pueda identificarse de una manera clara, cierta y taxativa, las faltas que ameritan una amonestación, las faltas que ameritan la sanción de suspensión y las faltas que ameritan la sanción de separación.

Ordenar a la Universidad San Ignacio de Loyola que publique la presente sentencia en un lugar visible de la institución.

4. Ordenar a la Universidad San Ignacio de Loyola que incluya lo actuado en el legajo personal del alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo.

5. Publíquese y notifíquese SS.

MESÍA RAMÍREZ, BEAUMONT CALLIRGOS y ETO CRUZ

3. Demanda acción de acción popular contra la primera sala de derecho constitucional y social transitoria

**ESTUDIO JURIDICO CHAVEZ &
ASOCIADOS A**

Jr. Junín N° 631- Ofic. 305 - Trujillo

Telefono: (044) 224765

Móvil: 949031687-949938574

E - mail: hchavezv19@hotmail.com

mlls_75794@hotmail.com

Dr. Héctor Chávez Vallejos

Dra. María Leonor López Sánchez



Sec. : Dr. Erick Castillo Saavedra

Exp.: 3667-2009

Esc. : 01

DEMANDA ACCION DE AMPARO

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL

MANUEL GUIDO MUÑOZ GOICOCHEA, con DNI 32828001, domiciliado en la calle Los Pinos N° 204 de la Urb. La Caleta de la ciudad de Chimbote, **RENÉ VIGNATI DUEÑAS**, con DNI 07935411, domiciliado en la Residencial San Felipe, Edificio Los Fresnos, Block 37, Dpto. 405 del Distrito Jesús María de la ciudad de Lima, **LUIS ALBERTO MEJÍA CABREJOS**, con DNI 17839730, domiciliado en la calle Santa Rosa, Lote 1-2, III Etapa de la Urb. La Merced de la ciudad de Trujillo, y **ELENA MAMRÍA LI MAU**, con DNI 18099519, domiciliada en la Av. España N° 147, Dpto. 15, 3er piso de la Urb. San Andrés de la ciudad de Trujillo, y con domicilio procesal en el Jr. Junín N° 631, ofic. 305 de la ciudad de Trujillo, a Ud. decimos:

I. RELACIÓN JURIDICA PROCESAL

Esta relación procesal se constituye por **ELENA MARÍA LI MAU** por su propio derecho y en Representación de la **Sucesión hereditaria MANUEL CHE MOYA**, conforme a la **Partida 11002050** del Registro de Sucesiones Intestadas de la Oficina Registral de La Libertad y los co-accionantes con la **PRIMERA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA (Suprema)**, Representada por el Presidente y Señores Vocales Supremos integrantes **Dr. LUIS ALMENARA BRYSON, Dr. EDMUNDO VILLCAORTA RAMÍREZ, Dra. EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS, Dra. YRMA ESTRELLA CAMA y Dr. EDUARDO YRRIVARREN FALLAQUE**, y el **PROCURADOR PÚBLICO DE ASUNTOS JUDICIALES**, a quienes demando **ACCIÓN DE AMPARO**.

La demanda y resolución admisorias se notificará a los Señores Vocales Supremos emplazados en las **Oficinas de Palacio de Justicia de la Corte Suprema en la Av. Paseo de la República s/n., cercado de la ciudad de Lima**, y al Procurador Público de Asuntos Judiciales se notificará en sus oficinas ubicadas en la **Calle Los Cipreses N° 221 – San Isidro de la ciudad de Lima**, librándose exhorto para estos fines al Juzgado de igual Jerarquía de la ciudad de Lima, y para el efecto adjuntamos los ejemplares de la demanda y anexos para cada emplazado.

II. PETITORIO

Solicitamos a su Juzgado **ORDENAR EL CESE** de la violación al Principio y Garantía Constitucional de Cosa Juzgada, al Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva y al Principio y Garantía de la Supremacía de las Normas Constitucionales declarados por el **art. 139°, inc. 2 y 3 y art. 138°, 2ª parte** de la **Constitución Política del Estado**, y **ORDENE** se deje sin efecto la **Sentencia de Casación** recaída en el **Exp. CASACIÓN N° 2473-2007** seguido por **Manuel Guido Muñoz Goicochea y otros** con la **Empresa Hidrandina S.A.**, sobre **Obligación de Dar Suma de Dinero en ejecución de Resolución Judicial**, en el extremo que reformando la **Sentencia de Vista**, ordena el cumplimiento de Resolución Judicial que contiene la aprobación de la liquidación de beneficios sociales devengados solamente hasta diciembre de 1991, excluyendo la liquidación

correspondiente de enero a julio de 1992, liquidación aprobada en el **Exp. N° 1649-1989** seguido por los demandantes contra **HIDRANDINA S.A.** sobre Acción de Amparo, resolución que se está ejecutando en proceso laboral, con el pago de costas y costas.

III. FUNDAMENTACION DEL PETITORIO

1. Fundamentos de hecho

1° Los demandantes enero de 1989 promovieron Acción de Amparo por Violación de derechos laborales constitucionales contra la **Empresa Hidrandina S.A. y CONADE**, quienes violaron el art. 54° de la Constitución Política de 1979 al desconocer las Convenciones Colectivas de incrementos salariales indexados trimestralmente pactados en 1978-1979 con el Sindicato de Trabajadores de Luz y Fuerza de **ELECTROPERÚ**.

2° La demanda fue declarada **FUNDADA** en Primera Instancia y **CONFIRMADA** por la Primera Sala Civil (Corte Superior de Justicia de La Libertad), encontrándose en ejecución de sentencia se practicó las liquidaciones de devengados en el **Exp. 1649-89** en el proceso de Acción de Amparo, la Resolución que aprobó las liquidaciones de remuneraciones ordinarias y colaterales hasta julio de 1992 fue objeto de impugnación por la demandada Hidrandina S.A., pero la Sala Civil confirmó la resolución apelada, por lo que se procedió a trabar las medidas cautelares en las cuentas corrientes, pero fueron desafectadas porque el Gobierno de la Dictadura Fujimoristas promulgó un Decreto Legislativa prohibiendo toda clase de medidas cautelares sobre el patrimonio de la Empresa y disponiendo el levantamiento de las que ya se habían trabado, esto dio lugar a la suspensión de la ejecución de la resolución que aprobó la liquidación.

3° En 1998 de esta parte solicitamos al Juzgado para que ordena a la Empresa cumpla con el pago de la liquidación dentro del plazo de ley con el apercibimiento de ejecución forzada, y el Juzgador resolvió en este sentido. La demandada impugnó el mandato de pago deduciendo la nulidad de la Resolución , y el Juzgador declaró fundada la nulidad deducida en el extremo

del apercibimiento y no haber nulidad en la parte del mandato de pago de la liquidación aprobada. Esta resolución fue objeto de recurso de apelación por ambas partes litigantes y la Primera Sala Civil confirmó la resolución, por lo que legitimó la imposibilidad de ejecutar la Sentencia de Acción de amparo, porque ningún Juez podía obligar a la demandada el cumplimiento del mandato judicial convirtiéndose en inejecutable el pago ordenado por Resolución que aprobó la liquidación la que fue confirmada por Resolución de Vista.

4° Conforme a lo expuesto considerando que jamás puede permitirse que las Resolución con carácter de cosa juzgada no sean cumplidas, hemos tenido que recurrir al Juzgado Laboral para promover la acción de ejecución de Resolución Judicial firme, proceso que se enfrentó a una serie de dificultades para su encause procesal, concluyó con sentencia declarando fundada la demanda porque se está ejecutando una Resolución con categoría jurídica de *cosa juzgada*, como así ha confirmado la Segunda Sala Laboral al resolver en Segunda Instancia por Recurso de Apelación de la emplazada.

5° La Empresa Hidrandina S.A. interpone Recurso de Casación, conociendo del proceso la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, quienes revocaron la Sentencia de Vista y reformándola confirma la Sentencia, ordenando el pago de la liquidación hasta diciembre de 1991 contenida en la Resolución materia de su ejecución, y desconoce las liquidaciones correspondientes de enero a julio de 1992.

6° El fundamento de la decisión está contenido en el cuarto y quinto Considerando de la **Sentencia de Casación** en aplicación del D.S. 057-90-TR, prescribiendo que las Empresas comprendidas en la Ley 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, cuyos trabajadores se encuentren bajo el régimen laboral de la actividad privada, no podrán otorgar incrementos de remuneraciones cualquiera sea la modalidad, sistema o periodicidad que adopten y que haya sido fijadas por decisión unilateral o convenio colectivo. Este D.S. fue precisado por el **D. Ley 25541** (*promulgado por la dictadura cívico-militar fujimorista*), precisando que las normas para los actos o cláusulas de reajuste automático de remuneraciones en función al índice de

variación de precios al consumidor conforme al INEI y otros conceptos, concluyeron el 13 de diciembre de 1991, fecha en que entró en vigencia el D. Leg. 757 Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, y finalmente se amparan en el **D. Ley 25872** el que prescribe que los Decretos Supremos expedidos conforme al art. 211, inc. 20 de la Constitución Política del Esta que dispusieron la suspensión o limitación de los sistemas de reajustes automáticos de remuneraciones pactadas en función a los índices inflacionarios, prevalecen sobre los pactos colectivos.

7° El sustente expuesto en el quinto y sexto considerando de la Ejecutoria Suprema fundamentada en las disposiciones normativas expuestas, aplicadas en forma literal y aisladas, sin entrar en el sistema jurídico estructural del orden jerárquico constitucional, incurren en grave error atentando contra el principio y garantías constitucional de la impartición de justicia al que tiene derecho toda persona, inobservando los demandados el *principio del control difuso* de la Constitucionalidad, que concluyen violando el principio y garantía constitucional de la *Cosa Juzgada* de las resoluciones judiciales firmes, afectando el debido proceso que constituyen derechos constitucionales materiales.

8° El proceso de **Obligación de Dar suma de Dinero** seguido por los accionantes contra la Empresa Hidrandina S.A. ante el Tercer Juzgado Laboral de Trujillo, si bien es cierto que se ha tramitado como proceso ordinario laboral por disposición de la Sala Laboral, no tiene más que la única ejecutar la **Resolución N° 26 del 08-09-1993** emitida en el proceso de Acción de Amparo **Exp. 1649-1989**, mediante la cual se aprueba la liquidación por concepto de remuneraciones devengadas con reajuste automático trimestral, liquidación practicada hasta julio de 1992, la misma que tiene como fundamento la ejecución de sentencia de Acción de Amparo que restituye al estado anterior la violación de los derechos laborales constitucionales, consistente en el desconocimiento de las **Convenciones Colectivas de 1978-1979** celebradas por el Sindicato de Luz y Fuerza y la Empresa ELECTROPERU, en la que se pactó los incrementos trimestrales indexados automáticos, tanto la cláusula principal de aumento de remuneraciones básicas y ordinarias y los beneficios colaterales.

CONCLUSION

1. La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social del Corte Suprema de Justicia de la República ha vuelto a revisar y mutilado la **Resolución N° 26 emitida en el proceso de Acción de Amparo, Exp. 1649-1989**, que aprobó la liquidación de los beneficios sociales insolutos conforme a las convenciones colectivas, resolución con la categoría de cosa juzgada al haber sido confirmada por la Resolución de Vista.

2° La **Resolución N° 26 emitida en el proceso de Acción de Amparo, Exp. 1649-1989**, que se ejecuta mediante proceso laboral por su carácter de Resolución firme, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social afecta al carácter inmutable de la cosa juzgada, al volver a calificar y revisarla decidiendo mutilar la intangibilidad de la resolución firme y declara su validez de las liquidaciones aprobadas hasta diciembre de 1991 declarando fundada en parte la demanda de reintegro de remuneraciones, e infundada la liquidación de enero a julio de 1992.

3° La emplazada Primera Sala de Derecho Constitucional y Social a violado directamente los derechos y garantías constitucionales de la cosa juzgada, el debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

2. Fundamentos de Derecho

La Primera Sala de Derecho Constitucional y Social ha incurrido en grave error al haber modificado la Resolución N° 26 de fecha 08-09-1993, emitida en el Exp. 1614-1989 sobre Acción de Amparo y confirmada en Segunda Instancia, Resolución con categoría de cosa juzgada, y en consecuencia su intangibilidad, integridad e incuestionabilidad están amparadas por el Art. 139°, inc. 2 de la Constitución Política del Estado, expresando:

«Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

...

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno»

La Constitución Política del Estado de conformidad con las declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, declara la garantía de la cosa juzgada y ninguna autoridad puede calificar, modificar, mutilar o dejar de ejecutar su cumplimiento, como garantía inherente a toda persona humana del cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales como ejercicio de la independencia de los de los órganos Jurisdiccionales.

En el presente caso se ha violado el Principio de la Cosa Juzgada, así mismo se está atentando contra la seguridad jurídica considerando que ante los órganos Jurisdiccionales los litigantes por lo menos gozan de igualdad jurídica, sin interesar que el conflicto jurisdiccional se haya producido entre los particulares, o los particulares con el Estado o viceversa, los Magistrados tienen la obligación de impartir justicia conforme a la verdad objetiva y dentro de la Constitucionalidad que es propia de todo *Estado de Derecho*.

Los señores Magistrados Supremos, para violar el **Principio Constitucional de la Cosa Juzgada**, así como disponer la ejecución parcial de la Resolución que prueba la liquidación y con carácter de Cosa Juzgada, se amparan en el **D.S. 057-90-TR** con el que Gobierno suspende los aumentos de sueldos y salarios de los trabajadores de la Empresas del Estado de Derecho Privado conforme a la **Ley 24948** Ley de la Actividad Empresarial del Estado.

Por otra parte se ampara en el D. Ley 25541 prescribiendo en el art. 1° que los Pactos Colectivos con cláusulas de reajuste automático de

remuneraciones en función a la variación de precios concluyeron el 13-12-1991, fecha en que entró en vigencia el D. Leg. 757 Ley76 Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, ley que fue modificada por el D. Ley 25876. Así mismo se ampara en el D. Ley 25972 que en el art. 1° prescribe que los Decretos Supremos expedidos al ampro del art. 211°, inc. 20 de la Constitución Política del Estado que dispusieron la suspensión o limitación de los reajustes de remuneraciones indexadas o mecanismos similares, éstos prevalecen sobre los Pactos Colectivos.

Los señores Magistrados, además de violar la Resolución co autoridad de cosa juzgada por haber modificado y limitar su ejecución hasta determinados montos, se sustenta en normas jurídicas anticonstitucionales:

a) El D. S. 057-90-TR es claramente anticonstitucional, porque es una normas de menor jerarquía que la Convención Colectiva y de acuerdo con el **art. 54° de la Constitución Política de 1979**, declara que *la Convención Colectiva es Ley entre las partes y el Estado solamente puede intervenir cuando no hay acuerdo entre las partes (empleadores y trabajadores).*

«Art. 54°.- Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes. El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborarles. La intervención de Estado sólo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes»

De conformidad con el Sistema Jurídico Constitucional, ninguna norma de carácter inferior puede modificar, considerando que las Convenciones Colectivas tiene el carácter de Ley conforme a la Constitución de 1979.

b) Los Decretos Leyes invocados por los Señor Magistrados, son contradictoritos de la Constitución Política de 1979 vigente en esa época, en consecuencia el Juez Civil que aprobó la liquidación de remuneraciones devengadas insolutas, emitió la resolución conforme a la norma constitucional en aplicación del *control difuso de la constitucionalidad*,

porque la las convenciones colectivas tienen la jerarquía de Ley, y prohibió la intervención del Estado, salvo en los casos de falta de acuerdo en la negociación colectiva. En consecuencia, el art. 54° de la Constitución derogada es aplicable, como así resolvieron tanto el Juzgado Civil en ejecución de Sentencia de Acción de Amparo, al emitir la resolución aprobando la liquidación de devengos y confirmada por la Sala civil como efecto del Recurso de Apelación interpuesto por la Empresa Hidrandina S.a. Además aplicaron el *principio indubio pro operario* declarado por el art. 57° de la Constitución de 1979:

«Artículo 57. Los derechos reconocidos de los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo. En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador»

c) Los Magistrados tienen la obligación de observar el **art. 138°, 2ª parte de la Constitución Política del Estado**, es decir, aplicar la norma constitucional sobre cualquier otra norma contradictoria con la norma constitucional, como garantía del **principio de la supremacía de la constitucionalidad**, de conformidad con la teoría estructura del sistema jurídico de Han Kelsen adoptado universalmente por todos los Estados de Derecho, con excepción de los gobiernos dictatoriales. Esta teoría está materializada en el art. 138 de nuestra Constitución vigente, expresando:

«Artículo 138°:- ...
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»

d) Por otra parte, se ha violado el derecho constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva declarados como principios y derechos constitucionales en la administración de justicia, declarados en el **art. 139°, inc. 3** de la Constitución:

«Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

...

3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional»*

El debido proceso debe ser entendido como una gama de derechos materiales y formales que garantizan, se crea y se adquieren como efecto de la constitución de la relación jurídico procesal, dentro de ellos la observancia del derecho y el deber del cumplimiento de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos y en su integridad. En el presente caso los Magistrados Supremos emplazados atenta contra el debido proceso, porque están recortando los derechos declarados y reconocidos de los accionantes al limitar la ejecución plena de la Resolución con autoridad de cosa juzgada, violando la intangibilidad e inmutabilidad, ordenando ejecutar solamente una parte de la cosa juzgada, cuando la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, es el respeto a la cosa juzgada y la ejecución de este resolución exactamente en los términos que ordena.

Los Vocales Supremos emplazados, incumpliendo con sus deberes de impartir justicia dentro del marco de la constitucional, han fallado en Casación contra el orden constitucional para favorecer materialmente a la Empresa demandada.

IV. MEDIOS PROBATORIOS

1. La Sentencia de Casación en copia certificada, con la que pruebo que han modificado la Resolución 26 de fecha 08-09-1993 confirmada en Segunda Instancia en el proceso de acción de Ampro seguido por los demandantes con Hidrandina S.A., amprados en normas jurídicas inconstitucionales invocadas en el quinto y sexto considerandos, modifican está resolución con autoridad de cosa juzgada, revocando la Sentencia de Segunda Instancia y reformándola conforman la Sentencia en casación, ordenado el pago de las liquidaciones hasta diciembre de 1991 recortando la liquidación de enero a julio de 1992.

2. La sentencia del Juzgado Laboral y la sentencia de Vista emitida por la Sala Laboral de Trujillo, con la que probamos que la demanda sobre obligación de dar suma de dinero, en ejecución de resolución judicial en proceso de acción de amparo, han declarado fundada la demanda, justamente porque el proceso ha tenido como único medio probatorio de la obligación la Resolución con la categoría de cosa juzgada, y en realidad correspondiente al proceso de ejecución de resolución judicial, porque no hay nada que probar, más que la emplazada tenía que acreditar que ha cumplido con el pago total de la liquidación contenida en el Resolución en ejecución.

3. La Sentencia de Primera y Segunda Instancia del proceso de acción de amparo, así como la liquidación y resolución que aprueba la liquidación de fojas. 205 a 228 y Resolución N° 26 del Exp. 1649-1989 seguido por los demandados contra Hidrandina S.A. sobre acción de amparo (*corre con el principal Exp. 1183-2000*), solicitando que se curse oficio al Tercer Juzgado Laboral, Secretaria Dra. Mega, para que remita copias certificadas, con las que probamos que se trata de ejecutar una resolución con el carácter de cosa juzgada y que ha sido mutilada por la Sentencia de Casación.

4. La Resolución que ordena se cumpla con lo ejecutoriado y se notifique a la demandada Hidrandina S.A., cumpla con el pago dentro del plazo de tres días bajo apercibimiento de ejecución forzada, con la que probamos que la presente acción de amparo no se encuentra prescrita.

V. VÍA PROCESAL

La demanda de acción de amparo se admitirá a trámite conforme al *proceso especial de acción de amparo* regulado por los **arts. 49° y 42°** del Código Procesal Constitucional.

VI. ANEXOS

- Copia certificada de la Sentencia de Casación 1-A.
- Sentencia de Primera Instancia 1-B.

- Sentencia de Segunda Instancia 1-C.
- Resolución de mandato de pago 1-D.
- Copia de ficha registral de sucesión intestada 1-E.
- 4 copias de DNI 1-F.

OTROSIDECIMOS:

Otorgamos REPRESENTACIÓN PROCESAL al Dr. HÉCTOR CHÁVEZ VALLEJOS y a la Dra. MARÍA LEONOR LÓPEZ SÁNCHEZ, quienes están instruidos para participar en las audiencias formulando y absolviendo tachas y oposiciones, deduciendo nulidades de los actos procesales e interponiendo los Recursos impugnatorios, hasta la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y cotos de conformidad con el art. 80° concordante con el art. 74° del C.P.C., en aplicación supletoria al Código Procesal Constitucional.

Por tanto, a Ud. señora Juez pedimos admitir la demanda y declararla fundada en todos sus extremos, por ser de justicia.

Trujillo, 22 de junio del 2009.

Dr. HECTOR CHÁVEZ VALLEJOS
ABOGADO
Reg. CALL N° 0770

Dra. MARÍA LEONOR LÓPEZ SÁNCHEZ
ABOGADA
Reg. CALL N° 4443

4. **Sentencia de inconstitucionalidad de la Ley que autoriza a las fuerzas armadas el uso de armas letales**

EXP. N.º 00002-2008-PI/TC

LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

Artículo II. SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

i) DEL 9 DE SETIEMBRE DE 2009

Artículo III. PROCESO DE
Artículo IV. INCONSTITUCIONALIDAD

**31 CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA C/.
CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

SÍNTESIS

*Proceso de
inconstitucionalidad contra la
Ley N.º 29166, que aprueba
normas complementarias a la
Ley N.º 28222 y las reglas del
empleo de la fuerza por parte de
las Fuerzas Armadas en el
Territorio Nacional.*

Sección 4.01 Magistrados firmantes

**VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00002-2008-PI/TC

**LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de setiembre de 2009, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Mesía Ramírez y Calle Hayen, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y un Congresistas de la República, actuando como apoderado don Daniel Abugattás Majluf, contra la segunda parte del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de diciembre de 2007, mediante la cual se establece las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

II. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY N.º 29166

**LEY QUE ESTABLECE REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA POR
PARTE DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL TERRITORIO
NACIONAL**

**TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

CAPÍTULO ÚNICO OBJETO, ALCANCES Y NATURALEZA

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Establecer el marco legal que permita regular el empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del ejercicio de su función constitucional.

Artículo 2.- Alcances de la Ley

La presente Ley es aplicable al personal militar, cuando por razones del ejercicio de su función militar, asuma el control del orden interno o apoye en el restablecimiento del mismo.

Artículo 3.- Naturaleza de las Reglas del Empleo de la Fuerza

Las Reglas de Empleo de la Fuerza (REF) son normas que debe seguir el personal militar de todos los niveles en el planeamiento, conducción y ejecución de operaciones o acciones militares en el territorio nacional.

TÍTULO II

PRINCIPIOS RECTORES DEL EMPLEO DE LA FUERZA

CAPÍTULO ÚNICO PRINCIPIOS

Artículo 4.- Carácter vinculante

Los principios rectores del empleo de la fuerza, referidos en el artículo 5, tienen carácter vinculante para el personal militar que cumple su función militar relacionada con la presente Ley.

Artículo 5.- Principios

Los principios rectores para el uso de la fuerza son los siguientes:

a) Legalidad: El empleo de la fuerza, por parte del personal militar, se enmarca en la normatividad vigente. Durante el ejercicio de la función

militar, dicho personal sujeta su accionar y conducta a lo previsto en la Constitución Política del Perú, en la legislación nacional y en la presente Ley, en estricta observancia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, según corresponda.

b) Necesidad: Situación que justifica el uso de la fuerza por personal militar, ante un acto hostil o intento de cometerlo. Su finalidad es lograr neutralizar la amenaza.

c) Proporcionalidad: Es el uso de la fuerza, en cumplimiento de la misión encomendada, la cual debe ser la necesaria en intensidad, duración y magnitud, para oponerse a un acto hostil o intento de cometerlo.

d) Inmediatez: Es la acción oportuna de empleo de la fuerza que se adopta ante una situación de agresión de carácter inminente la misma que, de no ser ejecutada de inmediato, podría ocasionar perjuicios vitales a aquellas fuerzas o personas que actúan dentro de la legalidad.

e) Obligatoriedad: Al asignarse órdenes para una misión orientada a la participación del personal militar en acciones relacionadas con el orden interno, deben incluirse las Reglas de Empleo de la Fuerza.

f) Razonabilidad: Principio a través del cual el personal militar debe diferenciar las diversas situaciones de alteración del orden interno que pueden generar grupos hostiles, evaluando la duración, magnitud, continuidad, riesgos y nivel de intensidad de los actos hostiles o intentos de cometerlos.

TÍTULO III

REGLAS PARA EL EMPLEO DE LA FUERZA

CAPÍTULO I

DE LAS REGLAS

Artículo 6.- Definición

Las Reglas para el Empleo de la Fuerza son disposiciones que regulan el uso adecuado de la fuerza por parte del personal militar dentro del territorio nacional. Son de obligatoria difusión, capacitación, entrenamiento y cumplimiento por el personal militar.

Artículo 7º.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, **participa** en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia; **o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza** en las siguientes situaciones:

- a) En cumplimiento de la misión asignada.
- b) Legítima defensa: es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
- c) Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
- d) Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal.

Artículo 8.- Acciones para el empleo de la fuerza

Las acciones que el personal militar debe seguir, cuando haga uso de la fuerza en el ejercicio de la función militar, siempre y cuando la situación operacional lo permita y no se encuentre en riesgo su vida o integridad física, son las siguientes:

- a) Acción de advertencia.
- b) Acción disuasiva.

- c) Acción intimidatoria.
- d) Acción de rechazo.

Las reglas de carácter específico para el empleo de la fuerza por parte del personal militar, en cada una de estas acciones, son precisadas en el reglamento correspondiente.

Artículo 9.- Excepción

Exceptúanse de las acciones señaladas en el artículo 8 las situaciones definidas en los incisos a), b) y c) del artículo 7, en las cuales procede el uso inmediato de la fuerza.

Artículo 10.- Adecuación de reglas

El Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias, o por razones relacionadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del enemigo o cualquier otra situación que lo amerite.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE EMPLEO DE LA FUERZA

Artículo 11.- Uso necesario de la fuerza

El Comandante de la operación ordena el uso necesario de la fuerza, teniendo en cuenta los procedimientos establecidos en el reglamento correspondiente.

Artículo 12.- Legítima defensa y principios de proporcionalidad e inmediatez

El uso necesario de la fuerza está directamente relacionado con el ejercicio de la función militar, debiendo primar la legítima defensa y los principios de proporcionalidad e inmediatez, en el caso de acto hostil definido en el inciso c) del artículo 7.

TÍTULO III

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA MILITAR POLICIAL

CAPÍTULO ÚNICO JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Artículo 13.- Acciones del personal militar

Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

III. DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Argumentos de la demanda

Los recurrentes manifiestan en el texto de la demanda (fojas 1 a 17), que las cuestionadas disposiciones violan los artículos 137º y 165º de la Constitución, referidos al control y el manejo del orden interno, toda vez que la Carta Política establece un espacio de acción claramente restringido a las Fuerzas Armadas. Por tanto, la presente ley viola dicho mandato constitucional (fojas 5).

Aducen que de acuerdo con el artículo 137º de la Constitución, las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno cuando se haya dado una declaratoria del estado de emergencia y que dicha intervención solamente puede ser autorizada por el Presidente de la República. El hecho que el primer párrafo del artículo 7 de la Ley Nº 29166 faculte a las Fuerzas Armadas para que intervengan en el control del orden interno en zonas no declaradas en zonas de emergencia genera una infracción directa a la Constitución (fojas 6).

Complementariamente al petitorio, los demandantes sostienen que la Constitución Política faculta de forma exclusiva a la Policía Nacional del Perú a garantizar, mantener y restablecer el orden interno, de acuerdo con el artículo 166º de la Carta. Por ende, la ampliación de facultades a las Fuerzas Armadas en desmedro de la Policía Nacional por parte de una ley constituye una violación directa a la Carta Política.

Sobre la facultad que tienen las Fuerzas Armadas para el uso de la fuerza letal previsto en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166, los demandantes consideran que viola los artículos 1º y 2º, numeral 1) de la Carta, conforme a la dignidad de la persona y el respeto al derecho a la vida, los cuales constituyen el fin supremo del Estado. En este sentido, sostienen que es contrario al fin mismo del Estado que las propias entidades encargadas de velar por la protección y seguridad de los ciudadanos puedan hacer uso de la fuerza letal cuando: a) se esté cumpliendo la misión asignada; b) se actúe en legítima defensa; o c) se enfrente a un acto hostil (fojas 12). Por esta razón, solicitan al Tribunal Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de esta disposición por constituirse en una violación directa a la Constitución.

En el desarrollo del proceso, el 28 de noviembre de 2008 la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Instituto de Defensa Legal presentaron de forma conjunta un *amicus curiae* (fojas 71).

Contestación de la demanda

El 8 de enero de 2009, el Congreso de la República radica ante el Tribunal Constitucional a través de su apoderado, don Jorge Campana Ríos, el escrito de contestación de la demanda, solicitando que se declare infundada la totalidad de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Grupo Parlamentario Nacionalista (fojas 34 a 62).

Con respecto a la presunta inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166 frente a los artículos 137º y 165º de la Constitución, sostiene que a partir de una lectura sistemática de las normas se debe diferenciar entre la posibilidad de que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno bajo un estado de emergencia y la labor de apoyo a la Policía Nacional en zonas no declaradas en estado de emergencia (fojas 38).

De forma complementaria argumenta que la legislación peruana ha regulado otras situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en zonas no declaradas en estado de emergencia, como ocurre en el caso de la Ley N.º 28222, la cual permite la actuación de las Fuerzas Armadas ante casos de terrorismo u otros que atenten gravemente contra el orden interno que sean de similar gravedad (fojas 38). Asimismo, hace referencia a la Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú, Decreto Legislativo N.º 438, la cual le encarga la seguridad y vigilancia de Puertos y Muelles (fojas 39).

Con respecto a la posibilidad de que las Fuerzas Armadas hagan uso de la fuerza letal, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166, argumenta que la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas está permitido siempre y cuando estas no sea empleada de forma arbitraria, sobre la base de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, el Reglamento de la Ley N.º 29166, publicado mediante el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA regula las situaciones bajo las cuales se puede hacer uso de la fuerza letal. En este sentido, se determina que la fuerza letal: i) no está dirigida *per se* a causar la muerte, puesto que es solo una probabilidad; y ii) que esta acción es el último recurso que tiene el personal militar (fojas 51).

En resumen, concluye que una interpretación sistemática de la Ley N.º 29166 y su respectivo Reglamento lleva a que el empleo de la fuerza letal se rige por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad y bajo el criterio de ser el último recurso en los casos y situaciones planteadas expresamente en los artículos 5º y 6º del Reglamento (fojas 52).

Audiencia Pública

La audiencia pública se realizó en la sede del Tribunal Constitucional el 13 de febrero de 2009 en la cual las partes se reafirmaron en los argumentos presentados en sus respectivos escritos.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

- §1. Delimitación de la controversia
- §2. Las Fuerzas Armadas y la Constitución
- §3. Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción
- §3.1 La Ley N.º 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.
- §4. La Ley N.º 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia
- §5. El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
 - §5.1 La Ley N.º 29166 y el uso de la fuerza letal
- §6. El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas
- §7. El concepto de enemigo en la Ley N.º 29166
- §8. La Ley N.º 29166 y el fuero competente

V. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación de la controversia

1. Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, este Tribunal Constitucional considera necesario analizar la constitucionalidad de las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, tanto en el marco de lo sostenido en la demanda presentada por los demandantes como en otras disposiciones contempladas en la Ley N.º 29166.
2. Los artículos 44º y 165º de la Constitución Política autorizan el uso de la fuerza para el mantenimiento de la seguridad y el orden interno. Sin

embargo, todo empleo de las armas, incluyendo el uso de la fuerza debe enmarcarse bajo los principios constitucionales de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad, siendo estos aplicados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

3. Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al establecer que “en situaciones en que la seguridad del Estado o de los ciudadanos se ve amenazada por la violencia, el Estado tiene el derecho y la obligación de brindar protección contra las amenazas y para ello puede utilizar la fuerza letal en ciertas situaciones. Ello incluye, por ejemplo, el uso de la fuerza letal por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves o mantener por otros medios la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. Washington: OEA/Ser. L/11.116,2002, numeral 87).
4. En primer lugar, lo que debe ser objeto de examen es bajo qué circunstancias y en qué condiciones es posible la participación de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno.
5. En segundo lugar, se debe determinar si la prerrogativa de usar la fuerza letal en las situaciones contempladas en el artículo 7º de la Ley N.º 29166 es constitucional.
6. Finalmente, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 78º del Código Procesal Constitucional, este Tribunal deberá examinar la constitucionalidad de otras disposiciones de la Ley N.º 29166 que no han sido objeto de la demanda de inconstitucionalidad, específicamente: (i) el artículo 5º, relativo a los principios rectores

para el uso de la fuerza; (ii) el artículo 10º, sobre la adecuación de las reglas; y (iii) el artículo 13º, referido al fuero competente para conocer de las acciones del personal militar.

§2. Las Fuerzas Armadas y la Constitución

7. El artículo 163º de la Constitución establece que “el Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley”.
8. Como este Tribunal ya ha establecido, la Constitución Política caracteriza la Seguridad Nacional como un bien jurídico íntimamente vinculado a la Defensa Nacional, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden interno, (Tribunal Constitucional N.º 005-2001-AI/TC Sentencia del 15 de noviembre de 2001, fundamento 2). Expediente el cual debe ser ejercido, según lo determinado por el artículo 45º de la Constitución, con las limitaciones y responsabilidades establecidas en la Carta.
9. Bajo este contexto, se puede afirmar que las Fuerzas Armadas, como instituciones subordinadas al poder constitucional de acuerdo con lo establecido en el artículo 169º de la Constitución, tienen como misión “la defensa última del Estado, pero de no cualquier forma de Estado, sino del Estado constitucional. Se trata de la defensa última del único sistema que puede hacer efectivos los derechos fundamentales del individuo y, por ende, los principios democráticos, que es lo que dota de legitimación a la existencia misma del Estado”. (COTINO HUESO, Lorenzo. *El Modelo Constitucional de las Fuerzas Armadas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 107-108).

10. A su vez, la seguridad ciudadana comprende la preservación de “la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la seguridad ciudadana, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 005-2001-AI/TC. Sentencia del 5 de noviembre de 2001, fundamento 2). En este aspecto, la función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno le corresponde, de forma exclusiva pero no excluyentemente, a la Policía Nacional, de acuerdo con el artículo 166º de la Constitución.
11. Lo anterior implica que de manera temporal y extraordinaria, las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno, previa declaración de un estado de excepción y mediante orden expresa del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, de acuerdo con los artículos, 137º, 165º y 167º de la Constitución.
12. Esto se justifica en el hecho que la formación académica y profesional impartida al personal de las Fuerzas Armadas tiene como objetivo formar al oficial para que pueda defender la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República y la seguridad de sus habitantes, por lo que solamente en situaciones excepcionales y autorizadas por la Constitución es que se permite que estos actúen en el mantenimiento del orden interno, circunscribiéndose a labores de apoyo a la Policía Nacional. (Ver: PALMA, Hugo y San Martín, Alejandro. *Seguridad, Defensa y Fuerzas Armadas en el Perú-Una visión para el Siglo XXI*, Lima: CEPEL, s.f.).
13. Esto queda de manifiesto en el Manual de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas del Perú, adoptado mediante la Resolución Ministerial No. 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA del 1 de diciembre de 2004, en el cual se establece que “las Fuerzas Armadas no son policías cuando realizan una operación de seguridad interna; ayudan a la policía a restablecer el orden interno. Se debe evitar

asignar tareas a la fuerza militar que no se ajusten a su instrucción y configuración, debiendo poner mayor énfasis en la instrucción de la norma desenvolvimiento de las instituciones públicas y de la vida cotidiana de una sociedad.

Las Fuerzas Armadas que participan en operaciones de seguridad interna deben recibir instrucción efectiva con respecto a los poderes relacionados con el hecho de hacer cumplir la ley: a) uso de la fuerza; b) arresto; c) detención”. (Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, aprobado por la Resolución Ministerial N.º 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FAA del 1 de diciembre de 2004, fundamento 181).

14. Como este Tribunal Constitucional ha establecido anteriormente, el orden interno comprende tres aspectos (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 8):
 - a) *Seguridad ciudadana*: Esto implica la protección de la vida, de la integridad física y moral de las personas, el respeto al patrimonio público y privado, entre otros;
 - b) *Estabilidad de la organización política*: Esto se refiere al mantenimiento de la tranquilidad, quietud y paz pública, así como el respeto hacia la legítima autoridad pública; y
 - c) *Resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales*: Esto incluye las edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, entre otros.

En este orden de ideas, la defensa nacional se desarrolla tanto en el ámbito interno como externo. La defensa interna “promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone

la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la seguridad interna del Estado. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 32).

15. La otra situación contemplada por la Constitución se encuentra en el artículo 171º, bajo el cual “las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo con la ley”, lo cual debe ser vista como una necesidad de estímulo y beneficio para estas instituciones. (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0048-2004-AI/TC. Sentencia del 1 de abril de 2005, fundamento 118). Otro supuesto previsto por la Constitución se encuentra en el artículo 186º, referido al mantenimiento del orden durante comicios de acuerdo con las disposiciones dictadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

A modo de ejemplo, el Decreto Supremo N.º 019-07-DE-EP regula la participación del Ejército del Perú en las obras de defensa civil y acciones cívicas para el desarrollo económico del país, así como el Decreto Supremo N.º 098-07-PCM, que establece al Plan Nacional de Operaciones de Emergencia del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI).

16. Como se puede observar, las Fuerzas Armadas tienen una importante función en preservar la institucionalidad e integridad del Estado,

apegándose a lo establecido en la Constitución. El Tribunal Constitucional debe resaltar que en los últimos años se han dado avances significativos para que su formación y actuación se de en el pleno respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Sin embargo, se debe reiterar que su actuación para la preservación de la paz y del orden interno está circunscrita a situaciones específicas y excepcionales.

§3. Las Fuerzas Armadas y la preservación del orden interno en estados de excepción

17. El mantenimiento del orden interno es parte del Sistema de Defensa Nacional reconocido en los artículos 163º y 164º de la Constitución, cuya responsabilidad le corresponde principalmente a la Policía Nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 166º de la Carta, en la cual, de manera excepcional y temporal, las Fuerzas Armadas pueden asumir dicha labor. La Constitución y la ley han establecido las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden cumplir esta función, tanto bajo estados de excepción como por fuera de ese, señalados en los fundamentos N.º 15 y 19 de la presente sentencia.
18. Los estados de excepción se encuentran regulados en el artículo 137º de la Constitución, el cual comprende dos situaciones: (i) el estado de emergencia (artículo 137º, inciso 1); y (ii) el estado de sitio (artículo 137º, inciso 2). El estado de sitio se decreta ante situaciones que atentan contra la integridad territorial de la Nación, tales como casos de “invasión, guerra exterior o guerra civil”. En este último postulado se aplica las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, principalmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (Aprobados mediante Resolución Legislativa N.º 12412 del 31 de octubre de 1955 y promulgada el 5 de noviembre de 1955).y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, (Aprobados mediante Resolución Legislativa N.º 25029 del 31 de mayo de 1989 y promulgada el 1 de junio de 1989). entre otras normas complementarias.

Como este Tribunal ya ha establecido en la sentencia N.º 00017-2003-AI/TC, “dado que los supuestos fácticos que ameritan que se declare la vigencia de un estado de sitio son distintos y más graves que los que corresponden a un estado de emergencia, es constitucionalmente lícito que el legislador establezca una diferenciación en el diseño de las competencias que se puedan otorgar a las Fuerzas Armadas, para repelerlos y contrarrestarlos. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 105).

19. Sin embargo, el caso que nos ocupa no es la figura del estado de sitio sino la del estado de emergencia, la cual se da “en el caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”.

Sobre la declaratoria del estado de emergencia (Ibídem, fundamento 69), este Tribunal la ha reconocido como medio para contrarrestar los efectos negativos de una situación extraordinaria, que pone en peligro la integridad y estabilidad estatal. Sin embargo, esto no significa que durante su vigencia, el poder militar pueda subordinar al poder constitucional y, en particular, que asuma las atribuciones y competencias que la Constitución otorga a las autoridades civiles. Es decir, no tiene como correlato la anulación de las potestades y autonomía de los órganos constitucionales.

20. Cabe resaltar que de acuerdo con las facultades establecidas en el inciso 18) del artículo 118º y el artículo 164º de la Constitución, la dirección del Sistema de Defensa Nacional recae en el Presidente de la República, quien tiene la facultad exclusiva de decretar cualquiera de los estados de excepción contemplados en el artículo 137º, con el acuerdo del Consejo de Ministros y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. (Ibídem, fundamento 108).

21. De esta forma, la decisión para decretar un estado de excepción no

solo radica sobre quién es el competente para tomarla sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibrio de poderes. Por esta razón, la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político. Si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, ésta se encuentra circunscrita al derecho.

22. El artículo 137º de la Constitución hace una lista general de situaciones que ameriten decretar los estados de excepción refiriéndose a los casos de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. A su vez, el artículo 27º de la Convención Americana de Derechos Humanos autoriza la suspensión de garantías en los casos de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación y siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Como se puede observar, la declaratoria de un estado de excepción depende del análisis de cada caso concreto por parte de la autoridad competente. El estado de excepción es, por su propia naturaleza, una decisión jurídico-política empleada como un mecanismo de último recurso, puesto que la función de un régimen jurídico es prever las situaciones de conflicto social y dar respuesta a ello en un ambiente de normalidad. Solamente en casos extremos es que este mecanismo debe ser empleado.

23. La restricción o suspensión del ejercicio de determinados derechos está fundamentada si es que ésta se considera como el medio para hacer frente a situaciones de emergencia pública con el fin de salvaguardar los principios democráticos y de un estado de derecho,

siempre y cuando estén justificados a la luz de la Constitución y tratados, especialmente el artículo 27º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referido a la suspensión de derechos.

24. Tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la que el Estado peruano se encuentra vinculado por medio de los artículos 3º, 55º y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como por el artículo V del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se debe subrayar que “dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de derechos no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3º de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*. Serie A N.º 8, fundamento 18).
25. Lo anterior es de suma relevancia puesto que es frente a la excepcionalidad que se pueda testar la fortaleza de las instituciones y la autonomía de los entes encargados de administrar justicia, reconociendo que aun en casos extremos el derecho no puede retroceder a fin de hacer prevalecer el Estado (o la razón de Estado).
26. La suspensión del ejercicio de derechos regulada por el artículo 137º de la Constitución, “constituye una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de derechos comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas los derechos, algunos

de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables". (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 Serie A N.º 6*, fundamento 32).

§3.1 La Ley N.º 29166 y la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia.

27. Frente al caso concreto, este Tribunal Constitucional considera de suma importancia reiterar el concepto que la participación de las Fuerzas Armadas bajo un estado de emergencia implica una ocupación temporal de funciones con la Policía Nacional frente a la preservación del orden interno.

En este sentido, "no es la competencia, en sí misma considerada, la que se modifica, sino el sujeto encargado de ejecutarla. Si en un supuesto de normalidad constitucional es la Policía Nacional la que tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden; en uno de anormalidad constitucional, esto es, bajo un estado de emergencia, tales tareas (y no otras) son las que pueden confiarse a las Fuerzas Armadas, cuando así lo hubiese dispuesto el Presidente de la República y, por lo mismo, excepcionalmente". (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 71),

28. La interpretación de las situaciones previstas en la primera parte del artículo 7º de la Ley N.º 29166 diferencia el papel de las Fuerzas Armadas en un estado de emergencia (en la cual puede por orden del

poder constitucional asumir el control del orden interno) y el rol que estas deben cumplir en zonas no declaradas bajo estado de emergencia (en la cual su labor es de apoyo a la Policía Nacional).

29. Con relación a la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, la interpretación del artículo 7º de la Ley Nº 29166 debe hacerse en concordancia con las disposiciones y normas establecidas en el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución.

Si bien la demanda planteaba la cuestión sobre una posible reforma *de facto* de la Constitución al considerar que la Ley Nº 29166 desconocía los requisitos planteados en la Constitución para la participación de las Fuerzas Armadas en zonas declaradas en estado de emergencia, y por ende, violando el artículo 206º de la misma, ésta pretensión debe desestimarse puesto que dicha participación únicamente podrá hacerse previa declaratoria de un estado de emergencia, de acuerdo con los requisitos establecidos en el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución

30. Por este motivo, el Tribunal Constitucional concluye que las Fuerzas Armadas tienen, de acuerdo con la Constitución, la facultad de actuar en el mantenimiento del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia por lo que las expresiones "*Cuando el personal militar*" y "*participa*" en la primera parte del artículo 7º de la Ley N.º 29166 son constitucionales, debiendo declararse infundada la demanda en este extremo.

Se debe entender que bajo esta situación, las Fuerzas Armadas solamente podrán actuar previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República, de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137º de la Carta.

31. De forma complementaria, este Tribunal constata que hasta la fecha no existe un marco normativo en el cual se desarrolla los regímenes

de excepción contemplados en el artículo 137º de la Constitución y el artículo 27º de la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente la regulación de los estados de emergencia. La actual normativa constitucional sobre la materia requiere de un desarrollo legal que contenga los siguientes elementos:

- a) un desarrollo de los conceptos de perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación para establecer los casos y situaciones que ameritan la declaratoria del estado de emergencia;
- b) el plazo de 60 días establecido en el artículo 137º de la Constitución y la naturaleza excepcional de esta medida;
- c) los alcances y características de las limitaciones de los derechos fundamentales establecidos en el inciso 1) del artículo 137º, tomando como base la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo dispuesto en el artículo 200º de la Constitución;
- d) el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional y político (como la dación de cuentas al Congreso) así como las medidas para establecer veedurías y misiones de observación de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados sobre la materia.

Con base en lo anterior, este Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a que adopte una legislación que desarrolle, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, el artículo 137º de la Constitución, tomando como base los criterios establecidos en el presente fallo.

§4. La Ley N.º 29166 y el apoyo de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia

32. El propósito de la Ley N.º 29166 es regular las reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, lo cual representa un avance significativo hacia la transparencia en el accionar de las Fuerzas Armadas. Los principios rectores de legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad reconocidos en el artículo 2º otorga a las Fuerzas Armadas y a los respectivos órganos de control los elementos valorativos para medir la actuación de su personal en cada caso concreto.

Cabe destacar que el 20 de julio de 2008, fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE/CCFFAA, mediante el cual se establece el reglamento de la Ley N.º 29166. En el Título II de esta norma se establecen las reglas bajo las cuales el personal militar puede hacer el uso de la fuerza, incluyendo las situaciones en las que se autoriza el empleo de la fuerza letal (artículo 12º).

33. Ahora bien, en el texto de la demanda se solicita que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, principalmente por violar los artículos 137º (estados de excepción), 165º (Fuerzas Armadas), 166º (Policía Nacional) y 206º (reforma constitucional) de la Carta Política.

La disposición considerada inconstitucional es “(...) o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)”.

34. Como se ha establecido anteriormente, la Constitución Política determina que la participación del personal de las Fuerzas Armadas en el mantenimiento del orden interno sea temporal y excepcional,

dada que esta labor le corresponde a la Policía Nacional. La declaratoria de un estado de emergencia o de sitio son las dos situaciones contempladas por la Constitución para que las Fuerzas Armadas realicen esta labor.

35. En este sentido, el artículo 7º de La Ley N.º 29166 plantea una situación adicional que faculta a las Fuerzas Armadas a apoyar en la restauración del control interno en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia. La intención del legislador ha sido la de dotar a las autoridades públicas competentes de herramientas necesarias para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio que requieren de una respuesta rápida por parte de todos los elementos de la fuerza pública, ante la imposibilidad de la Policía Nacional de contrarrestar esta situación por sus propios medios.
36. En el presente caso, la pregunta que debe ser absuelta por este Tribunal es si las Fuerzas Armadas pueden participar o no en el mantenimiento del orden interno por fuera de las situaciones contempladas en el estado de emergencia del inciso 1) del artículo 137º de la Constitución.
37. En primer lugar, el problema que radica en el texto cuestionado es que se le reconoce a las Fuerzas Armadas funciones de Policía para situaciones que no son consideradas de emergencia, pudiendo ser llamados a apoyar cualquier tipo de situaciones que traspasen la capacidad operativa de ésta. De esta forma, se desnaturaliza la función policial reconocida en el artículo 166º de la Constitución.
38. La redacción y el alcance de esta disposición adolece de varias incongruencias e imprecisiones que por su laxitud y estructura anfibológica pueden llevar a una aplicación arbitraria e inconstitucional de su contenido. El principal problema con esta disposición es que no precisa bajo qué situaciones es que las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional en zonas

no declaradas bajo el estado de emergencia. Si bien se puede presumir que esta actuación se daría cuando se sobrepase la capacidad operativa de la Policía, no existe en la ley un criterio mínimo que reconozca la excepcionalidad de una medida de esta naturaleza o las situaciones en las que esto es posible, resultando violatorio del artículo 45º de la Constitución que establece que el poder público, por emanar del pueblo, se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen, así como de artículo 166º de la Constitución.

39. En segundo lugar, ni el referido acápite del artículo 7º en cuestión ni la Ley N.º 29166 precisan los siguientes elementos para la actuación de las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia: (i) quién es la autoridad competente para decidir cuando se ha sobrepasado la capacidad operativa de la Policía y es necesario el apoyo de las Fuerzas Armadas; (ii) cuáles son las situaciones en las que se puede llamar a las Fuerzas Armadas a actuar en zonas no declaradas bajo estado de emergencia; (iii) cuál es el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional; (iv) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y (v) si estas medidas implican o no una restricción en el ejercicio de determinados derechos constitucionales.
40. En tercer lugar, la ley adolece de una técnica legislativa que permitiría que las Fuerzas Armadas actúen en apoyo de la Policía Nacional bajo cualquier situación, el cual puede comprender casos como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, hasta acciones contra el terrorismo o la delincuencia organizada.
41. Para el Tribunal Constitucional, tener a las Fuerzas Armadas en un estado de permanente alerta para apoyar la labor de la Policía Nacional en la restauración del orden interno por fuera de las situaciones anteriormente descritas, llevaría a que en todas las zonas del país puedan crearse estados de excepción *de facto*, contribuyendo

a una situación de mayor enfrentamiento entre la ciudadanía y las fuerzas del orden, generando una potencial situación de vulneración de los derechos fundamentales.

42. Es decir, se podría constituir situaciones de excepción a través de las cuales la autoridad, vía una valoración discrecional de los hechos, adoptaría medidas desproporcionadas que terminarían afectando los derechos fundamentales, amparados en la dicotomía sobre qué principio es el que debe prevalecer, el de autoridad o el de libertad (Ver: APONTE, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008). El artículo 137º de la Constitución procura que la declaratoria del estado de excepción tenga, a pesar de ser también discrecional, una valoración más apegada a los hechos y a la gravedad del caso correspondiente, de tal manera que se declara pero no se crea artificialmente un estado de excepción. Como bien ha definido este Tribunal Constitucional, la excepción hace referencia a una situación de crisis que pone en riesgo el normal funcionamiento del poder público y que amenazan la continuidad de las instituciones estatales. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004, fundamento 15).
43. Al respecto la CIDH ha establecido que es “absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. (...) Los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales. El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas”. (Corte Interamericana de Derechos

Humanos. *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.º 166, párrafo 51).

44. Retomando el Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, esta instruye que “se despliegan generalmente las Fuerzas Armadas cuando los contingentes de la Policía Nacional del Perú no bastan para hacer frente a una situación de grave alteración del orden interno. En este caso, las Fuerzas Armadas desempeñan funciones en la comunidad civil que habitualmente incumben a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley especialmente en relación con el uso de la fuerza y de las armas de fuego. Como esas normas no existen en el mismo grado para las operaciones militares tradicionales, deberá prestarse especial atención a la instrucción del personal que participe antes de emprender una operación de seguridad interna”. (Manual de Derecho Internacional Humanitario para las Fuerzas Armadas, aprobado por la Resolución Ministerial N.º 1394-2004-DE/CCFFAA/CDIH-FFAA del 1 de diciembre de 2004, numeral 181).

Como se puede constatar, el propio manual de las Fuerzas Armadas advierte que en este contexto se realizan labores para las cuales no han sido entrenadas, debiendo observar las indicaciones que emita su superior y en coordinación con la Policía Nacional, entidad formada y capacitada para hacer frente a situaciones de disturbio.

45. Con base en las anteriores consideraciones, este Tribunal considera que la regla general es que las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución, únicamente pueden actuar previa declaratoria de un estado de emergencia.
46. Sin embargo, una interpretación de los artículos 8º y 44º de la Constitución permitiría que en casos de especial gravedad y de forma restrictiva, las Fuerzas Armadas puedan apoyar a la Policía Nacional en el mantenimiento del orden interno, pero circunscribiendo esto única y exclusivamente para las siguientes situaciones: (i)

narcotráfico; (ii) terrorismo; y (iii) la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas.

47. El artículo 8º de la Constitución señala que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Como se puede constatar, la Carta reconoce de forma expresa que el combate al narcotráfico debe involucrar a todas las ramas del Estado dado el impacto que esta tiene en la sociedad
48. Para los casos de terrorismo, el fundamento constitucional para el accionar de las Fuerzas Armadas radica en el artículo 44º de la Constitución al establecer como deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

De forma complementaria, la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país tiene como objetivo que, a pesar de la existencia de una situación de tensión interna, se pueda asegurar el funcionamiento esencial del Estado y la prestación básica de los servicios públicos a la ciudadanía, tomando también como fundamento el artículo 44º de la Constitución.

49. En este sentido, los casos de narcotráfico y terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, por ser situaciones específicas de singular gravedad, requieren de la participación de las Fuerzas Armadas aun cuando no se declare un estado de emergencia.

Una interpretación histórica del legislador constituyente bien puede ser útil en el presente caso puesto que no se puede explicar el por qué es que en la Constitución se haya expresamente consignado referencias a la obligación del Estado (con todos los instrumentos constitucionales a su disposición) en lo referido al combate al tráfico ilícito de drogas, el cual tiene dos referencias expresas en el inciso 24)

del artículo 2º de la Constitución y el artículo 8º, mientras que en el caso de terrorismo, la Constitución se refiere a esta hasta en cuatro disposiciones (artículos 2.24.f, 37º, 140º, y 173º).

50. Por lo tanto, este Tribunal considera que con respecto a la demanda presentada por los 31 Congresistas de la República sobre la participación de las Fuerzas Armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia es infundada, pero únicamente en los casos de lucha contra el narcotráfico y el terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos; aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas.
51. En el presente caso, la expresión “*o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)*” del artículo 7º de la Ley Nº 29166 deberá quedar redactado de la siguiente forma:
- “o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)”.*
52. Sin embargo, a modo de precisar el alcance de esta norma, el Congreso deberá expedir, en un plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, una ley en la cual precise el alcance de esta disposición de acuerdo a los siguientes elementos:
- a) las situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional;
 - b) los elementos para determinar cuando la Policía Nacional se encuentra sobrepasada en sus atribuciones;

- c) la determinación de la autoridad competente para llamar a las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia;
- d) el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional;
- e) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y
- f) los mecanismos para asegurar la vigencia y respeto a los derechos fundamentales.

§5. El uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas

53. La privación de la vida de una persona representa uno de los aspectos más complejos en la regulación del derecho. Como es bien sabido, no existen los derechos absolutos y en algunas situaciones la privación del derecho a la vida se encuentra justificado, siempre y cuando dicha privación no haya sido realizada de forma arbitraria.

Esta es la línea que ha sido reconocida convencionalmente por los tratados internacionales, tales como el artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 2º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, entre otros. Si bien estos han sido elaborados para prevenir la actuación arbitraria por parte de agentes del Estado, la jurisprudencia progresivamente ha desarrollado las situaciones y condiciones bajo las cuales el uso de la fuerza letal resulta de acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

54. Al respecto cabe señalar que la Comisión Interamericana ha dispuesto que “el uso de la fuerza letal puede constituir una privación arbitraria

de la vida o una ejecución sumaria; ello equivale a decir que el uso de la fuerza letal tiene necesariamente que estar justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos. (...) En tales circunstancias, el Estado puede recurrir al uso de la fuerza sólo contra individuos o grupos que amenacen la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza contra civiles que no presentan esa amenaza. El Estado debe distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza. Los usos indiscriminados de la fuerza pueden en tal sentido constituir violaciones del artículo 4 de la Convención y del artículo I de la Declaración". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Washington: OEA/Ser. L/V/11.116, 2002, numerales 88 y 90).

Lo anterior implica que en aras de mantener el orden interno, el Estado no cuenta con medios ilimitados, especialmente en lo referido al uso de la fuerza. Por esta razón, dicho empleo debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley.

55. En este sentido, aun cuando se esté frente a situaciones limitadas bajo las cuales el uso de la fuerza está permitido por la ley, estas deben orientarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad.

De acuerdo con la CIDH, "la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida. El principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar

definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras". (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C N.º 1 166, párrafo 85).

56. Al respecto, cabe destacar que la Organización de las Naciones Unidas ha adoptado los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, la cual establece las siguientes reglas (Ver: Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990):
- Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida
 - En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un

riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

De estas reglas se puede concluir que el uso de la fuerza por parte de los agentes de seguridad debe ser considerada como la medida de último recurso y que más allá de la orden que pueda emanar por parte del superior jerárquico, el criterio para emplear la fuerza letal es que esté en peligro la vida de otra persona.

§5.1 La Ley N.º 29166 y el uso de la fuerza letal

57. En el caso concreto, el segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 establece lo siguiente:

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, **participa** en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia; **o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza** en las siguientes situaciones:

- a. En cumplimiento de la misión asignada.
- b. Legítima defensa: es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
- c. Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
- d. Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal.

58. Como se ha establecido anteriormente, el Decreto Supremo N.º 012-2008-DE/CCFFAA ha desarrollado las situaciones de hecho bajo las cuales se puede autorizar el uso o no de la fuerza letal prevista en el artículo 7º de la Ley N.º 29166. Sin embargo, a fin de asegurar el respeto a la Constitución, los principios rectores para el uso de la fuerza deben estar contemplados en la ley y no en un reglamento.
59. Este Tribunal considera que la definición de las categorías del artículo 7º es ambigua, pudiendo llevar a una aplicación arbitraria por parte de los oficiales de las Fuerzas Armadas, más allá del reconocimiento de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad previstos en el artículo 2º de la referida Ley.
60. El principal problema de esta norma es que confunde instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario relativo a la conducción de hostilidades en conflictos armados con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el marco jurídico aplicable.
61. Esta situación lleva a que nuevamente el legislador haya formulado una confusión entre las funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, reconocidas en los artículos 165º y 166º de la Constitución Política. Esto debido a que los términos “en cumplimiento de la misión asignada”, “acto hostil” e “intención hostil” son figuras propias de los Convenios de Ginebra que no resultan aplicables sino en el marco de un conflicto armado.
62. De forma complementaria, la mera posibilidad de que se autorice el uso de la fuerza implica la facultad de restringir los derechos a la vida,

a la integridad y la dignidad de la persona, reconocidos en el artículo 2º de la Constitución y demás tratados de derechos humanos. Al respecto, este Tribunal considera que la restricción de estos derechos debe ser formulado por el Congreso a través de una ley.

63. Sin embargo, considerando que las Fuerzas Armadas deben tener un marco claro en su actuación y uso de la fuerza, el Congreso deberá adoptar una ley previa en la cual se regule el uso de la fuerza en las siguientes situaciones: (i) la conducción de hostilidades en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados; y (ii) el uso de la fuerza en las situaciones contempladas en el estado de emergencia, o situaciones de tensiones internas, en la cual es aplicable el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
64. Para el desarrollo de esta ley, el Congreso deberá tener como base los Principios de las Naciones Unidas para el uso de la fuerza letal:
 - a) El uso de la fuerza y de la fuerza letal por parte del personal militar se sujetará a lo dispuesto en la Constitución y los tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, según sea el caso.
 - b) El uso de la fuerza y de la fuerza letal solamente se utilizará en circunstancias excepcionales y como medida de último recurso con el fin de disminuir el riesgo de daños innecesarios.
 - c) El uso de la fuerza letal será empleado cuando sea estrictamente inevitable y razonable para proteger el derecho a la vida u otro bien jurídico fundamental.
 - d) El personal militar deberá advertir, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de la fuerza y de la fuerza letal.

- e) El uso de la fuerza no contemplará el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado a terceros.
 - f) La autoridad competente podrá abrir una investigación de oficio cuando existan indicios razonables de que las medidas de fuerza empleadas no cumplieron con las normas preestablecidas.
65. Con base en las anteriores consideraciones, el segundo párrafo del artículo 7º es inconstitucional, salvo lo referido al literal d) sobre intención hostil, debido a la posibilidad de que se de una aplicación arbitraria de la misma, atentando contra los derechos fundamentales de las personas reconocidos en el artículo 1º de la Constitución así como por ser atentatorio a las funciones establecidas en los artículos 165º y 166º de la Carta.
66. Sin embargo, el Congreso deberá adoptar una ley, en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia, una ley que regule el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, dividida en dos partes:
- a) una primera parte referida al uso de la fuerza en situaciones de conflicto armado amparado por los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977;
 - b) una segunda parte que regula el uso de la fuerza en los estados de emergencia, tensiones y disturbios internos de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho Internacional Humanitario. Del mismo modo, estas reglas deberán estar circunscritas a los principios comunes reconocidos por las Naciones Unidas y contempladas en la presente sentencia.

§6. El principio de obligatoriedad y el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas

67. Como se ha establecido anteriormente, la demanda interpuesta por los Congresistas de la República se circunscribió a algunos de los postulados del artículo 7º de la Ley N.º 29166. Sin embargo, y sobre la base del artículo 78º del Código Procesal Constitucional, esto no excluye que este Colegiado examine la constitucionalidad de otras normas de dicha ley, bajo el principio de conexidad.
68. Así, el artículo 5º de la Ley N.º 29166 establece seis principios rectores para el uso de la fuerza. En el caso concreto, el párrafo e), referido a la obligatoriedad establece que “al asignarse órdenes para una misión orientada a la participación del personal militar en acciones relacionada con el orden interno, deben incluirse las Reglas de Empleo de la Fuerza”.
69. El propósito de esta disposición es asegurar el respeto a la cadena de mando, partiendo de la presunción de que las órdenes impartidas por los agentes estatales, incluyendo el personal militar, de acuerdo a la Constitución y la ley. Sin embargo, la obligatoriedad en el cumplimiento de dicha orden se encuentra limitada cuando esta implique la violación de un derecho fundamental de alguna persona o escape a la regulación relativa a la conducción de hostilidades.
70. El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos han establecido que el cumplimiento de órdenes superiores no exime de responsabilidad a la persona que lo ejecuta, más aún cuando estas son manifiestamente ilegales. Tanto el Estatuto del Tribunal de Núremberg (*artículo 8º*), como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*artículo 28º*), entre otros tratados han reconocido esta regla que actualmente tiene el carácter de regla consuetudinaria en el Derecho Internacional.
71. En este caso, la interpretación de dicho principio de obligatoriedad para el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas reconocida en el artículo 5º, párrafo e) de la Ley N.º 29166 será constitucional en

la medida que la orden no sea manifiestamente ilegal o contraria a la Constitución. Esto debido a que el personal militar tiene el deber de controlar las órdenes impartidas, tanto en un aspecto formal a fin de respetar la cadena de mando y los procedimientos establecidos en los manuales y Reglas de Empleo de la Fuerza sino también en el ámbito de fondo o sustancial.

§7. El concepto de enemigo en la Ley N° 29166

72. Siguiendo con la facultad conferida por el artículo 78º del Código Procesal Constitucional a este Tribunal para conocer la constitucionalidad, por conexidad, de otras normas de la ley objeto de la demanda, es necesario analizar el artículo 10º de la Ley N° 29166. Esta disposición establece lo siguiente:

Artículo 10.- Adecuación de reglas

El Comandante de la operación está facultado para adecuar las reglas de empleo de la fuerza de acuerdo a las circunstancias, o por razones relacionadas con la configuración del terreno, clima, idioma, horario, capacidad del enemigo o cualquier otra situación que lo amerite.

73. Si bien el objeto de dicha norma es preparar a las fuerzas armadas para que actúen de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la inclusión del concepto de enemigo es conflictiva con la Constitución teniendo en cuenta el objeto de la Ley N° 29166.

En la teoría política, el concepto de enemigo ha sido planteado por diversos autores a través de la historia, siendo Carl Schmitt uno de sus principales expositores. En este caso, el autor desarrolla el concepto de enemigo a través de la dicotomía amigo/enemigo. Esta diferencia entre ellos y nosotros en la política genera un mecanismo de oposición y complementariedad..

La construcción y reconocimiento del enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia. Pero, ni la singularización del enemigo, ni el sentimiento de pertenencia, ni la misma posibilidad de la guerra que le dan vida a la relación amigo-enemigo son inmutables. En este sentido, la oposición o antagonismo de la relación amigo-enemigo se establece solo si el enemigo es considerado público.

Dado que el concepto de enemigo implica el conflicto de visiones contradictorias de un modelo de sociedad, el enfrentamiento por la supremacía del proyecto político permite al que detenta la autoridad el de usar los métodos que considere necesario para conservar el poder. En la doctrina penal, el principal exponente de esta teoría ha sido el Prof. Jakobs, cuyo derecho penal del enemigo implica el desconocimiento y negación de derechos fundamentales y garantías constitucionales a los que se considere como tales.

74. En el plano jurídico, el Derecho Internacional Humanitario, a través de los Convenios de Ginebra y demás normas concordantes, emplea el término enemigo puesto que su propósito es regular la conducción de hostilidades en el marco de un conflicto armado. Sin embargo, la Ley en cuestión no regula la conducción de hostilidades que la Constitución ampara bajo la figura del estado de sitio sino la participación de las Fuerzas Armadas en estados de emergencia o en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia tales como el narcotráfico, el terrorismo o la protección de instalaciones estratégicas para el país.
75. Lo anterior implica que la noción del enemigo se aplica en una ley que tiene como fin regular el uso de la fuerza para el mantenimiento del orden interno entre peruanos. Al reconocer esto, el legislador sostiene que las Fuerzas Armadas no tienen la obligación de proteger a todos los nacionales sino únicamente a los que la autoridad competente llegue a considerar como aliados o no enemigos.

Si bien la historia reciente de nuestro país ha estado marcada por la violencia de grupos terroristas (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003), esto no supone que el Estado sucumba en la regulación del uso de la fuerza y del derecho penal hacia instrumentos de división y estigmatización.

76. Aceptar la noción o constitucionalidad de la figura del enemigo para la aplicación del derecho penal ordinario es reconocer la aplicación eficientista de la norma sancionadora en lugar de un sistema garantista y apegado a los principios constitucionales y de los tratados de derechos humanos. La manifestación de este tipo de figuras se puede dar bajo los siguientes elementos (Ver: APONTE, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo: Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008, Capítulo III): (i) la dramatización o sobredimensión de la violencia; (ii) la criminalización de problemas sociales, económicos y políticos; y (iii) la militarización de la función de policía.
77. Como bien lo ha sostenido este Tribunal Constitucional, “la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 0003-2005-AI/TC. Sentencia del 9 de agosto de 2006, fundamento 16).

78. Por este motivo, el término “*capacidad del enemigo*” empleada en el artículo 10º de la Ley N.º 29166 es inconstitucional y contrario a los principios de unidad e indivisibilidad del Estado peruano por lo que esta expresión deberá ser reemplazada por la de “*capacidad del grupo hostil*”.
79. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la frase “*capacidad del enemigo*” e incorporar en su reemplazo el término “*capacidad del grupo hostil*” al artículo 10º de la Ley N.º 29166.

§8. La Ley N.º 29166 y el fuero competente

80. El artículo 13º de la Ley N.º 29166 se refiere al fuero competente para conocer de los delitos que se puedan cometer en la aplicación de las disposiciones de esta ley. La referida norma establece lo siguiente:

Artículo 13.- Acciones del personal militar

Todas las acciones que lleve a cabo el personal militar en el ejercicio de su función y en aplicación de la presente Ley, que se presuman delitos de función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, en concordancia con el artículo 173 de la Constitución Política del Perú.

81. Durante la época del terrorismo, varias medidas excepcionales para el restablecimiento del orden interno fueron adoptadas por el Estado. Sin embargo, el contexto político y social se degeneró de tal forma que esta excepcionalidad se convirtió en lo normal, teniendo como principal consecuencia la ampliación de la competencia de los tribunales militares *per se*, así como la posibilidad de que este órgano juzgue a civiles. Esta controversia tuvo como punto culminante la facultad del Tribunal Militar para juzgar a todas las personas acusadas por los delitos de terrorismo agravado y de traición a la patria.

82. Esta situación violaba los principios de juez natural, de respeto al debido proceso y de dignidad de la persona (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Washington.: organización de Estados Americanos, 2000, párrafo 210). La respuesta del Tribunal Constitucional fue determinar que “las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al *órgano*, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución”. (Tribunal Constitucional. Expediente N.º 010-2002-AI/TC. Sentencia del 3 de enero de 2003, fundamento 106)).
83. Por lo tanto, estableció una línea restringida de interpretación del Art. 173, en el sentido que dicha norma “no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”. (Ibídem. Fundamento 104).

Además, advirtió que “esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular -ni siquiera en el procedimiento- los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad”. (Ibídem. Fundamento 107).

84. En este sentido, la competencia del fuero militar debe estar circunscrita a los delitos de función o aquellos propios e inherentes de la función militar. La delimitación de su contenido no es simple debido

a que estas causales pueden variar según las necesidades y situaciones concretas. Antes esta situación, y reconociendo la imposibilidad de delimitar precisamente cuáles son estas situaciones, la jurisprudencia ha establecido parámetros que el legislador podría tomar en cuenta.

85. Esta línea de pensamiento es respaldada por la Corte Interamericana al concluir que “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Durand y Ugarte- Sentencia de Fondo*. Sentencia del 16 de agosto de 2000, párrafo 117).
86. Sobre esta base y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N.º 00017-2003-AI/TC. Sentencia del 16 de marzo de 2004) adoptada también por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, (Corte Suprema de Justicia- Sala Penal Permanente. *Competencia N.º 18-2004*. Vocalía de Instrucción Segundo del Consejo Supremo de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo. Sentencia del 17 de noviembre de 2004) se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:
 - a) Que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material.
 - b) Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores.

- c) Que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él.
87. Con base en las anteriores consideraciones, la presunción de los delitos de función establecida en el artículo 13º de la Ley N.º 29166, originados por la aplicación de las disposiciones de esta norma será constitucional en la medida que se interprete y aplique el concepto de delito de función en los términos establecidos en el Fundamento N.º 86 de la presente sentencia.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad. En consecuencia:
 - a. **INCONSTITUCIONAL** la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, que establece que *“en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal”*, incorporando la regla del Fundamento N.º 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.
 - b. **INCONSTITUCIONAL** la frase *“capacidad del enemigo”* e incorporar en su reemplazo el término *“capacidad del grupo hostil”* al artículo 10º de la Ley N.º 29166.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la primera parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, se dispone que la parte *“cuando el personal*

militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia” se aplique únicamente previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República de acuerdo con el inciso 1) del artículo 137º de la Constitución.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, conforme a los Fundamentos N.ºs 50 y 51 de esta sentencia y quedado redactado de la siguiente manera:

“o en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia para los casos de narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, en los términos establecidos en la ley, hará uso de la fuerza (...)”.

4. Declarar **INFUNDADA** el artículo 5º, párrafo e) de la Ley N.º 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N.ºs 69, 70 y 71 de esta sentencia.
5. Declarar **INFUNDADA** el artículo 13º de la Ley N.º 29166, disponiendo que se interprete conforme al Fundamento N.ºs 86 y 87 de esta sentencia.
6. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle el artículo 137º de la Constitución relativo al estado de emergencia y al estado de sitio, de acuerdo con el Fundamento N.º 31 de esta sentencia.
7. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación que desarrolle las situaciones bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden actuar para mantener el orden interno en situaciones no declaradas bajo estado de emergencia enmarcados en la lucha contra el narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, de acuerdo con los lineamientos establecidos en los Fundamentos N.º 51 y 52 de esta sentencia.

8. **EXHORTAR** al Congreso de la República para que adopte una legislación referido al uso de la fuerza en situaciones contempladas en conflictos armados internos y en situaciones de tensiones internas, de acuerdo con los Fundamentos N.ºs 65 y 66 de esta sentencia.
9. El Tribunal Constitucional considera que en lo relativo al uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas, y acudiendo a una sentencia apelativa, esta debe circunscribirse a los principios reconocidos por las Naciones Unidas y establecidos en el Fundamento N.º 64 de esta sentencia hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI, LANDA ARROYO, BEAUMONT CALLIRGOS,
ETO CRUZ, ÁLVAREZ MIRANDA.**

EXP. N.º 00002-2008-PI/TC

LIMA

MÁS DEL 25% DEL NÚMERO

LEGAL DE CONGRESISTAS

Artículo V. VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Haciendo uso de la facultad establecida por el artículo 5º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, manifiesto, a través de este voto, mi discrepancia con el criterio asumido por la mayoría para resolver el caso, bajo las consideraciones siguientes:

1.§. Delimitación del petitorio y de la controversia

1. Los congresistas demandantes solicitan que se declare inconstitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, que dispone:

“Cuando el personal militar (...) participa (...) en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza (...)”.

Asimismo, solicitan que se declare inconstitucional el último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, que dispone:

“En las situaciones descritas, a excepción de la señalada en el inciso d), y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal”.

2. Consideran los congresistas demandantes que el primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 infringe los artículos 137º y 165º de la Constitución, toda vez que en virtud de estos artículos las Fuerzas Armadas únicamente pueden asumir el control del orden interno en un estado de emergencia cuando así lo dispone el Presidente de la República, mientras que el párrafo cuestionado extiende la intervención de las Fuerzas Armadas a zonas no declaradas en estado de emergencia.

En sentido similar, señalan que el primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 infringe la finalidad de la Policía Nacional prevista en el artículo 166.º de la Constitución, puesto que el párrafo cuestionado dispone que también es competencia de las Fuerzas Armadas el control del orden interno.

Finalmente, aducen que el uso de la fuerza letal previsto en el último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 infringe los derechos a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 2) de la Constitución, pues en virtud de los tres supuestos descritos por el citado artículo 7º las Fuerzas Armadas estarían legitimadas para atentar contra la vida de las personas.

3. Así expuestos los términos de la demanda, estimo que la dilucidación de la controversia se centra en determinar, en primer término, si la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 contraviene los artículos 137º, 165º y 166º de la Constitución. Para resolver ello, resulta necesario elucidar, conforme a la Constitución, quién es el órgano

encargado de controlar el orden interno y en qué situaciones lo hace, pues sólo así se podrá confirmar la constitucionalidad de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.

Y, en segundo término, si el último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 infringe los derechos a la dignidad de la persona, a la vida y a la integridad física, en tanto que se permite a las Fuerzas Armadas el uso de la fuerza letal.

2.§. Control del orden interno

4. Conforme al artículo 166º de la Constitución la “Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno”. Sobre el particular, conviene destacar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0017-2003-AI/TC precisó que la expresión orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública, disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía.
5. Por dicha razón, el Tribunal Constitucional, en la misma sentencia, concluyó que la “ejecución de las labores propias del “control del orden interno”, en un estado de normalidad constitucional, es de competencia de la Policía Nacional del Perú, según dispone el artículo 166º de la Constitución”. Ello debido a que la noción de orden interno es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional.
6. De este modo, conforme al artículo 166º de la Constitución, puede concluirse que el control del orden interno en un estado de normalidad constitucional es de competencia exclusiva de la Policía Nacional, mientras que en un estado de anormalidad constitucional, específicamente, en el estado de emergencia, el control del orden interno puede ser de competencia de las Fuerzas Armadas si así lo dispone el

Presidente de la República, caso contrario, el orden interno seguirá siendo controlado por la Policía Nacional.

Dicha conclusión es resultado de la interpretación sistemática de los artículos 137° y 165° de la Constitución, toda vez que en ellos se señala de manera expresa que las “Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República”; *contrario sensu*, si éste no lo dispone, seguirá siendo competencia de la Policía Nacional, pues no debe olvidarse que conforme a los incisos 4) y 14), del artículo 118° de la Constitución, corresponde al Presidente de la República velar por el orden interno y organizar, disponer y distribuir el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

7. Ello obedece a la propia naturaleza de los estados de excepción, esto es, conjurar situaciones anormales, extraordinarias y extremas de anormalidad constitucional que, por su gravedad, no pueden ser controladas o combatidas mediante el uso de las atribuciones ordinarias de la Policía Nacional, razón por la cual intervienen excepcionalmente las Fuerzas Armadas si así lo dispone el Presidente de la República, toda vez que su función constitucional ordinaria es “garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República”, mas no el control del orden interno.
8. Por estas razones, considero que la segunda parte del primer párrafo del artículo 7° de la Ley N.º 29166 infringe directa y materialmente los artículos 137°, 165° y 166° de la Constitución, toda vez que la intervención de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno es excepcional, siempre que se declare una zona en estado de emergencia y así lo disponga el Presidente de la República, supuestos que no concurren en la redacción del primer párrafo del artículo cuestionado, puesto que éste, empleando el verbo “apoyo”, extiende de manera indebida la participación de las Fuerzas Armadas al control del orden interno en zonas ni declaradas en estado de emergencia, lo cual, como he venido señalando, en un estado de normalidad constitucional es competencia exclusiva y no compartida de la Policía Nacional.

9. En este contexto, resulta oportuno subrayar que sobre el deslinde de las funciones militares y de policía en el control del orden interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha señalado que “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que [las Fuerzas Armadas] reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”^{158[1]}.

Teniendo presente ello, estimo que la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 no sólo infringe los artículos 137º, 165º y 166º de la Constitución, sino también el artículo 27º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno sólo si existe orden expresa del Presidente de la República y concurre una situación excepcional de crisis o emergencia, que afecte a toda la población o a una parte de ella, y que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad, supuestos que no concurren cuando una zona no es declarada en estado de emergencia.

10. Expuesta nuestra posición sobre la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, considero que en este extremo debe emitirse una sentencia reductora, toda vez que tan solo una parte del primer párrafo del referido artículo 7º resulta inconstitucional, esto es, la frase que señala “en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia”.

^{158[1]} Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51.

Por consiguiente, considero que el primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, para que sea constitucional, debe quedar redactado de la siguiente manera:

“Artículo 7º.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:”.

En igual sentido, por conexidad, también debe declararse inconstitucional el inciso c) del artículo 7º del Decreto Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA, en tanto reproduce textualmente la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.

11. Por otra parte, debo señalar que en los fundamentos 47 a 50 de la ponencia, vía interpretación, se realiza una mutación constitucional de los artículos 8º y 44º de la Constitución, para justificar en qué casos resulta constitucional la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.

Sobre el particular, considero que la mutación constitucional propuesta resulta incorrecta, pues si se realiza una interpretación originalista de los artículos 8º y 44º de la Constitución, podemos llegar a la conclusión de que el constituyente, al momento de redactar los artículos mencionados, nunca pensó, debatió, previó o tuvo la intención de que en virtud de estos artículos las Fuerzas Armadas pudieran apoyar a la Policía Nacional en el control del orden interno en casos de narcotráfico o terrorismo.

La mutación constitucional propuesta también es errónea porque contraviene uno de los límites impuestos a la interpretación constitucional, que es el texto expreso de la Constitución. Y es que, de una simple lectura de los artículos 8º y 44º de la Constitución, estimo que no puede concluirse, como lo hace la ponencia, que la Constitución permite

a las Fuerzas Armadas que apoyen al control del orden interno en zonas no declaradas en estados de emergencia en casos de terrorismo o narcotráfico.

Finalmente, considero que la mutación es incorrecta porque los supuestos que se establecen como excepción para que las Fuerzas Armadas apoyen al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, se construyen sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, la definición del término “terrorismo”, en donde aún no existe acuerdo ni consenso en la comunidad internacional para elegir una definición precisa; únicamente el artículo 2º de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, identifica ciertos actos de violencia que generalmente se consideran como formas particulares de terrorismo. Es más, en la ponencia se omite precisar cuál es la definición de terrorismo que debe ser utilizada para aplicar la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166.

3.§. Uso de la fuerza letal por agentes del Estado

12. Antes de analizar la constitucionalidad del último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, considero importante reseñar brevemente la jurisprudencia de la Corte IDH con relación al uso de la fuerza por agentes del Estado, y particularmente, el uso de la fuerza letal.

Ello debido a que este último párrafo del citado artículo 7º señala que el personal de las Fuerzas Armadas puede hacer uso de la fuerza letal en los siguientes casos: **a)** cumplimiento de la misión asignada; **b)** legítima defensa; y, **c)** acto hostil.

13. Sobre el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales, la Corte IDH ha destacado que éste “debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por

las autoridades”^{159[2]}. Por dicha razón, la Corte IDH ha precisado que sólo “podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”^{160[3]}; caso contrario, se afectaría el derecho de las personas a no ser víctima del uso desproporcionado de la fuerza y el Estado incumpliría su deber de usar la fuerza excepcional y racionalmente.

14. Por ello, en un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales, el cual, en principio, debe estar prohibido como regla general. Por dicha razón, la Corte IDH ha destacado que su “uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler”. Por ello, cuando “se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria”^{161[4]}.
15. En este orden de ideas, debe tenerse presente que según el noveno principio de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley, las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de “defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de

^{159[2]} Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *supra* nota 1, párr. 67, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 1, párrs. 51 y 83.

^{160[3]} Cfr. Corte IDH. *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare)*. Medidas Provisionales. Resolución del 30 de marzo de 2006, considerando décimo quinto, y *Caso Internado Judicial de Monagas (La Pica)*. Medidas Provisionales. Resolución del 9 de febrero de 2006, considerando décimo. séptimo.

^{161[4]} Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, *supra* nota 1, párr. 68, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, *supra* nota 1, párr. 83.

muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

16. En este contexto, la Corte IDH ha enfatizado que el uso de la fuerza letal y armas de fuego debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad, toda vez que la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida equivale a la privación arbitraria de la vida.

Así, el principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos.

Por su parte, el principio de humanidad complementa y limita intrínsecamente el principio de necesidad, al prohibir las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionadas) para el logro de una ventaja militar definitiva. En situaciones de paz, los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que, por sus acciones, constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave y aquellas personas que no presentan esa amenaza, y usar la fuerza sólo contra las primeras^{162[5]}.

17. En este orden de ideas, la Corte IDH concluye que la legislación interna de los Estados debe establecer pautas lo suficientemente claras para el

^{162[5]} Cfr. Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, supra* nota 1, párr. 85.

uso de la fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma.

No obstante ello, la Corte IDH precisa que una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los Estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido en toda circunstancia el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley^{163[6]}.

18. Teniendo en cuenta ello, estimo que el último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 resulta inconstitucional por las siguientes razones:

- a) Los supuestos (misión asignada, legítima defensa y acto hostil) en los cuales las Fuerzas Armadas pueden hacer uso de la fuerza letal, no establecen pautas lo suficientemente claras para su utilización, es decir, no aseguran que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y con ello se disminuya el riesgo de daños innecesarios, toda vez que la redacción de los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) del citado artículo 7º, por ser imprecisa, puede generar el uso discrecional, ilimitado o excesivo de la fuerza letal, contraviniéndose de este modo los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución.

Por poner un ejemplo, el inciso c) del citado artículo 7º define que el acto hostil es “un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares”.

^{163 [6]} Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, supra nota 1, párr. 77; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, supra nota 1, párr. 86, y *Caso del Caracazo. Reparaciones*. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 127.

Dicha definición (riesgo) resulta imprecisa y atentatoria de los principios de humanidad y necesidad, pues omite señalar que el uso de la fuerza letal es para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves; además, en este supuesto el uso de la fuerza letal, necesariamente, no está justificado por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos, pues en su redacción prevé que las Fuerzas Armadas puedan utilizar la fuerza letal contra civiles que no presentan esa amenaza, al señalar que el acto hostil puede ser “un ataque (...) que produce daño (...) de la propiedad (...) privada”.

Es más, la definición de acto hostil establecida por el inciso c) del citado artículo 7º omite señalar que el acto hostil no sólo es un ataque armado, sino que cuenta con un carácter colectivo y organizado.

En este supuesto, a decir de la Corte IDH, el uso de la fuerza letal constituiría una ejecución extrajudicial, en violación flagrante del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo I de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

- b)** Los supuestos (misión asignada, legítima defensa y acto hostil) no especifican ni prescriben los tipos de armas de fuego o municiones autorizados a utilizar, es decir, que no prohíben el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado, lo cual contraviene el principio de necesidad y los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución.

19. De otra parte, considero que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas Armadas en situaciones de paz resulta inconstitucional, porque, en principio, a ellas no les compete controlar el orden interno, y porque el término “fuerza letal”, junto con los términos “acto hostil” e “intención hostil”, son categorías utilizadas por el Derecho Internacional Humanitario en casos de conflicto armado, es decir, no se utilizan en

situaciones de paz, tal como inconstitucionalmente lo prevé el artículo 7º de la Ley N.º 29166.

20. Al respecto, considero pertinente recordar que la Corte IDH ha señalado que “los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que [las Fuerzas Armadas] reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”^{164[7]}.
21. Ello debido a que en situaciones de paz, los Estados, para hacer uso de la fuerza letal, no pueden utilizar las categorías jurídicas de actos hostiles y/o intenciones hostiles, toda vez que la utilización de dichas categorías como supuestos justificantes para el uso de la fuerza letal se encuentra prohibidos en situaciones de paz y son propias del Derecho Internacional Humanitario, que se encarga, entre otras cosas, de regular los conflictos armados, pues en situaciones de paz cualquier acto de violencia interno es llamado tensión interna y disturbio interno. Ejemplo de tales situaciones son los tumultos o protestas, que si bien pueden acarrear actos de violencia de cierta gravedad o duración (daños a la propiedad privada), no alcanzan, en un sentido estricto, un nivel de organización suficiente para ser considerados actos hostiles y se pueda emplear el uso de la fuerza letal.
22. Por todas estas razones, considero que el último párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 es inconstitucional por contravenir, directa y materialmente, los derechos a la vida y a la integridad física reconocidos en el inciso 1), del artículo 2º de la Constitución, por lo que deberá ser eliminado de su redacción. De este modo, el artículo 7º de la Ley N.º

^{164[7]} Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia del 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 78, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 51.

29166, para que sea constitucional, debe quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 7.- Situaciones que determinan el uso de la fuerza

Cuando el personal militar, en cumplimiento de su función constitucional, participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia, hará uso de la fuerza en las siguientes situaciones:

- a) En cumplimiento de la misión asignada.
- b) Legítima defensa: Es el derecho del personal militar a utilizar la fuerza contra acciones que pongan en riesgo su vida o integridad física, así como la del personal bajo su protección.
- c) Acto hostil: Es un ataque o uso ilícito de armas que pone en riesgo la vida o integridad de las personas, o que produce daño o destrucción de la propiedad pública, privada o de instalaciones militares.
- d) Intención hostil: Es la amenaza o tentativa de uso ilícito de armas, la que se evidencia a través de una acción preparatoria para la realización de un acto hostil.

Por las razones detalladas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la frase “en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia” prevista en el primer párrafo del artículo 7º de la Ley N° 29166 y por conexión el inciso c) del artículo 7º del Decreto Supremo N.º 012-2008-DE-CCFFAA; asimismo, porque se declare **INCONSTITUCIONAL** el último del artículo 7º de la Ley N° 29166, debiendo quedar redactado dicho artículo conforme al fundamento 22, *supra*.

Sr. **MESÍA RAMÍREZ**
EXP. N° 002-2008-PI/TC
LIMA
TREINTA Y UN CONGRESISTAS
DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, expreso este voto singular en parte; por cuanto que disiento de los fundamentos 51º, 52º, 63º, 64º, 66º, 78º y 79º y Puntos 1.a, 1.b, 3, 7 y 8 del fallo contenidos en la sentencia, por las razones que a continuación expongo:

1. En primer lugar, considero que resulta innecesaria la remisión al fundamento 64º que se hace en el punto **1.a** del fallo del proyecto suscrito por la mayoría. Esta discrepancia se funda en que no logro entender cual es el propósito de declarar inconstitucional una disposición –segunda parte del segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N° 29166- para luego incorporar una “regla” que subsistiría – como se sostiene en la sentencia suscrita en mayoría- hasta que el legislador expida una nueva regulación sobre la materia en el plazo de 6 meses. En mi opinión la norma que es declarada inconstitucional queda expulsada del ordenamiento jurídico conforme lo establece el artículo 204º de la Constitución Política del Perú, por ello, y conforme se ha expuesto en los fundamentos 57º al 62º de la sentencia mi voto es que el punto **1.a** del fallo debe quedar redactado de la siguiente manera:

Declarar Inconstitucional la segunda parte del segundo párrafo del artículo 7º de la Ley N° 29166 que establece que “*en las situaciones descritas, (...) y en caso necesario, el personal militar puede hacer uso de la fuerza letal*”.

2. Respecto al Punto 1.b del fallo debo señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición normativa es la última *ratio*; debiendo primero agotarse la posibilidad de lograr una interpretación que sea conforme con la Constitución; en este sentido opino que conforme a lo expuesto en los fundamentos 72º al 77º que comparto, sería inconstitucional el sentido interpretativo de la

palabra “enemigo” contenida en el artículo 10º de la Ley N° 29166; sin embargo esta palabra también puede ser interpretada de manera que no suponga un escenario de guerra en el que las personas o los grupos que se aparten de los usos formales del derecho sean considerados como beligerantes y por tanto deban ser eliminados, sino que también puede ser interpretada en el sentido de aquellas personas o grupos hostiles que deben ser repelidos. En mi parecer esta es la acepción contenida en la disposición de la norma sujeta a control constitucional por lo que considero que la palabra “enemigo” debe ser interpretada como “hostil”. Por las consideraciones expuestas mi voto en este extremo analizado es por:

Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a palabra “enemigo” contenida en el artículo 10º de la Ley N.º 29166, disponiendo que se interprete dicha palabra como “hostil”

3. Disiento con la redacción expresada en el punto 3 de la parte resolutive y su remisión al fundamento 51º pues considero que el Tribunal Constitucional no debe redactar las disposiciones emitidas por el Parlamento, pretendiendo reemplazar el texto de la norma aprobada por el legislador, con otro. Entiendo que el Tribunal Constitucional ha interpretado el alcance de la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166 en lo que se refiere al ámbito normativo de la frase “control del orden interno” que se encuentra asociada al apoyo con el uso de la fuerza que pueda brindar las fuerzas armadas en zonas no declaradas en estado de emergencia. Así, el Tribunal, en su función de supremo intérprete de la Constitución, de la cual en modo alguno puede ni debe abdicar, ha realizado una interpretación reductora de la frase acotada pues, atendiendo a los fundamentos 32 al 50 una interpretación amplia contravendría la Constitución Política del Perú de manera que ésta se debe interpretar circunscrita únicamente al *control de situaciones*

referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país.

Por otro lado, no veo la necesidad de conminar al Congreso de la República para que a través de una ley con visos de reglamento se vea obligado, en el plazo de 6 meses, a acotar la autorización que se pueda dar a las fuerzas armadas para que brinde el apoyo necesario para el cumplimiento de sus elevados deberes, como el combate al terrorismo, narcotráfico y a la protección de las instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, pues corresponderá al Ejecutivo evaluar las situaciones que se puedan presentar frente a una posible diversidad de hechos y circunstancias en las que pueda resultar de necesidad recurrir al apoyo de las fuerzas armadas. Mas bien, es la labor de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio Público, del Parlamento, del Poder Judicial brindar las garantías respecto de las decisiones que sobre la materia se efectúen; por lo demás la decisión y la autorización para el apoyo de las fuerzas armadas en zonas no declaradas en emergencia se encuentran en el ámbito de las más altas autoridades del Órgano ejecutivo atendiendo a los artículos 118º incisos 4) y 15) y 167º de la Carta política del Estado Peruano. Por ello; suficiente es, entonces, la interpretación de la norma que se propone, por lo que mi voto respecto de este extremo de la demanda es:

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la segunda parte del primer párrafo del artículo 7º de la Ley N.º 29166, disponiendo que se interprete la frase “control del orden interno” en el sentido del *control de situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país.*

4. *Mutatis Mutandi* no suscribo los puntos 7 y 8 del Fallo, por las mismas consideraciones que acabamos de exponer en los puntos anteriores del presente voto.

S

CALLE HAYEN

BILIOGRAFÍA

AJA, Eliseo.

Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Ariel, Barcelona, 1998.

ALCANTARA GARCIA, Erika R.,

en *Procesos constitucionales*, Chiclayo, Perú.
erikinlokita@hotmail.com

- ALEXY, Robert. Cit. por Luis Prieto Sanchís en *Constitucionalismo y Positivismo*, Edit. Fontamara, México, 1999.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y democracia*, edit. Tecnos, Madrid, 1989.
- Principios constitucionales*, en *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo I, edit. Civitas, Madrid, 2001.
- Temas básicos de derecho constitucional*, tomo I, edit. Civitas, Madrid, 2001.
- AVILÉS H. Víctor Manuel. *Interpretación constitucional*,
https://www.ucursos.cl/derecho/2008/2/D123A0209/2/material_docente/objetivo/02-01-09.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del derecho*, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 10ª edic., Lima, 1987.
- BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*, edit. Civitas, Madrid, 1985.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *La interpretación de la constitución por la jurisdicción ordinaria*, edit. Civitas, Madrid, 1990.
- BERMEJO VERA. *La función resolutoria de los conflictos constitucionales negativos por parte del Tribunal Constitucional*. En:

Revista Española de Derecho Administrativo. Nº 26, 1980.

BERNARD CHANTEBOUT.

Droit Constitutionnel et Science Politique, Armand Colin edit, París 1989.

BLANCHI, Alberto B.

Control de constitucionalidad, 2ª edic., tomo I, Abco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.

BLUME FORTINI, Ernesto.

Carta de 28 de mayo de 2004 dirigida al Congresista Antero Flores Araos, en respuesta a su carta sobre competencia del Tribunal Constitucional, <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2005/constitucion/separacion/ernesto-blume-fortini.pdf> (04-01-09).

BOBBIO, N.

Dalla struttura alla funzione, Edizioni di Comunità, Milán, 1977.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl.

El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982.

CONRAD HESSE.

Constitución y derecho constitucional, edit. Marcial Pons, Madrid, 1966.

CHACIN FUENMAYOR, Ronald.

Sobre algunos aspectos fundamentales de la interpretación constitucional: enfoques o métodos interpretativos, www.google.com

- CHAVEZ VALLEJOS, Héctor. *Teoría procesal civil empresarial moderna*, edit. Copy Géminis JL&A E.I.R.L.
- CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-501 de mayo 5 de 2001.*
- COSSIO, Carlos. *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1945.
- DE STEFANO, Juan Sebastián. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, Año I, News letter nro. 7 otoño mmv
- DE VEGA, Pedro. *Estudios políticos constitucionales*. México D.F: Universidad Autónoma de México, 1987, p. 306.
- DIEZ PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984.
- FIORILLO, Mario. "Corte Costituzionale e separazioni dei poteri". En: RUGGERI, Antonio. *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. *Garantías de los derechos humanos. El habeas data*, <http://www.monografias.com/trabajos16/habeas-data/habeas-data.shtml> (27-01-09).
- FREIXES SANJUAN, Teresa y

- REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, en Rev. española de Derecho Constitucional, año 12, N° 35, Mayo-Agosto, 1992.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Estado y municipio en el Perú*, <http://www.garciabelaunde.com/articulos/articulo24.htm> (11-02-09).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid. Civitas.1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La constitución como norma y tribunal constitucional*, 3ª edic. edit. Civitas, Madrid, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, edit. Civitas, Madrid, 1984. 1984.
- GARRORENA MORALES, Ángel. *Comentario al artículo 164*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo XII. Edusa, Madrid, España, 1999.
- GARCÍA POMA, VÍCTOR. *El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)*, www.google.com.pe
- GASPAR CABALLERO S., Gaspar. *Corte Constitucional y legislador. Contrarios o complementarios*, en *Jurisdicción constitucional en Colombia. La Corte Constitucional*

1992-2000, realidad y perspectivas, Konrad Adenauer, Bogotá-Colombia, 2001.

GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL.

El conflicto entre órganos constitucionales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HANS KELSEN, Rudolf Aladar.

Vida y obra, México, 1976.

HUERTA OCHOA, Carla.

La jurisprudencia como técnica, Biblioteca Virtual, Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, www.juridicas.unam.mx (26 -01 - 2007).

HUERTA GUERRERO, Luis.

Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales, en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997.

LANDA ARROYO, César:

Teoría del Derecho Procesal Constitucional, edit .Palestra, Lima, Perú, 2003.

LARENZ, Karl.

Derecho civil. Parte general, Ediciones de Derecho Reunidas, Buenos Aires, 1978.

- LINARES QUINTANA, Segundo. *Tratado de Interpretación Constitucional*, edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, edit. Ariel, Barcelona: 1976.
- FAVOREU, Louis y FRANCISCO RUBIO LLORENTE. *El bloque de la constitucionalidad*, Ediciones Civitas, Madrid 1991.
- LYONS, David. *Aspectos morales de la teoría jurídica*, edit. Gedisa, Barcelona, 1998.
- MEDINA GUERRERO, Manuel. Cit. por Javier Alva Orlandini, en *Memoria del Presidente del MARTÉNEZ RUIZ*. Cit. por LINARES QUINTANAS, en op. cit.
- Mc ILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, CEC. 1991.
- MODUGNO, Franco. "Considerazione sul tema". En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a*

24 novembre 1988. Giuffrè, Milano, 1989.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*.

Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, 1980.

MORELLO, AUGUSTO.

Admisibilidad del recurso extraordinario. Buenos Aires: Librería Editora Platense — Abeledo-Perrot, 1997.

MORTATI, Costantino.

Istituzioni di diritto pubblico, 9ª ed., Tomo II, Padova, Cedam, 1976.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.

Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del sur, *Ius et Praxis* v.8 n.2 Talca 2002, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000200003&script=sci_arttext (02-01-09).

OTEIZA, Eduardo.

Cit. por Alfonso Santiago H. *Los modelos institucionales de Corte Suprema*, En: *Función política de la Corte Suprema*. Depalma, Edit. Buenos Aires, 2000.

OTTOR BACHOF.

Nuevas reflexiones sobre lo jurisdiccional entre derecho y política, en *Boletín Mexicano*

de Derecho Constitucional. México, UNAM, 1986.

PALAZZI, Pablo.

El habeas data en el derecho argentino, en Rev. de Derecho informático, n° 4, edita Alfa - Redi, noviembre, 1998, <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=179> (27-01-09).

PECES-BARBA, Gregorio.

Introducción a la Filosofía del Derecho, Edit. Debate, Madrid, 1990.

PAREJO, Luciano Alfonso.

Valores superiores, en ARAGON, Manuel. *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo I, edit. Civitas, Madrid, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio.

Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, edit. Tecnos, Madrid 1995.

PÉREZ LUÑO, A.E.

Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, edit. Tecnos, Madrid, 1984.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel.

La garantía en el Estado constitucional de derecho, Edit. Trotta, Madrid, 1977.

- PUIG BRUTAU, Luis. *Introducción al derecho civil. Barcelona*, edit. Bosch, España, 1981.
- RIVERA S. José. *Recurso de inconstitucionalidad en Bolivia*, en *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.
- ROLLA. Giancarlo. *El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo*, en *Tribunales y justicia constitucional*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México UNAM, 2002.
- RONALD WORKIN. *Los derechos en serio*, Edit. Ariel, Barcelona.
- ROSARIO CORREA. *Lecciones y Ensayos*, 1991, Rev. N° 55.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

La interpretación judicial de la Constitución, Depalma, Buenos Aires, 1998.

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02461632092135052754491>

SAGÜÉS, Néstor Pedro

El derecho de amparo en Argentina, en *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Fix Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coordinadores), Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, 2006, p. 62.

SAGÜÉS, Néstor Pedro.

Derecho Procesal Constitucional, tomo I, edit. ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1989.

SAGÜÉS, Néstor Pedro.

Teoría de la Constitución, edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.

SANTIAGO H., ALFONSO

Los modelos institucionales de la Corte Suprema, en *Función política de la Corte Suprema*, edit. Aboco, Buenos Aires, 2000.

SALA PRIMERA DE REVISIÓN
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Sentencia de junio 5 de 1992

ref. Expediente T-778, PETICIONARIO: José Manuel Rodríguez R., PROCEDENCIA: Tribunal Administrativo de Bolívar, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón, Sala integrada por los Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández.

STERN, Klaus.

Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 707-708.

TRIEPEL, Heinrich.

Derecho público y político, edit. Civitas, Madrid, 1986, cit. por García Toma, *El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas (normativas)*, www.google.com.pe

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ,

Las Leyes Orgánicas y el bloque de constitucionalidad, Cuadernos Civitas, Madrid 1981.

TORSTEN STEIN.

Criterios de interpretación, en *La Constitución de 1993, análisis y comentarios III*. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1996.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	Expediente N° 00006-2006-PC/TC
TRIBUNAL CONSTITUCIONA.	Expediente N° 03760-2004-AA/TC
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	Expediente N° 0006-2006-P C/TC, FJ 37.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	Expediente N° 00013-2003-AI/TC FJ 6.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	Expediente N° 0006-2006-PC/TC FJ 40.
TRIBUNAL CONSTITUCIONA.	<i>Exp.00003-2007 de 21-11-07, publicada en el Diario El Peruano el 16-01-08).</i>
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	<i>Pleno Jurisdiccional 006-2006-pc/tc de 12 de febrero de 2007, Proceso Competencial seguido por el Poder Ejecutivo con el Poder Judicial contra las resoluciones judiciales que ampararon los procesos de acción de amparo a las Empresas de Casino de juego y máquinas tragamonedas.</i>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0005-2005-CC/TC,
Demanda de conflicto
competencial interpuesta por
el Banco Central de Reserva
del Perú contra la
Superintendencia de Banca,
Seguros y Administradoras
Privadas de Fondos de
Pensiones, *publicada EN EL
Diario El Peruano el 20-04-06.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*EXP. N.º 0005-2005-CC/T
seguido por el Banco Central De
Reserva Del Perú con la
Superintendencia de Banca y
Seguros, publicada en el Diario
Oficial El Peruano de 20-04-
06.*

TRUBUNAL CONSTITUCIONA.

*Exp. n.º 0005-2004-CC/TC,
Lima, Roso Manrique Velazco
(28-12-2004 publicada en el
diario El Peruano el 25-5-05.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0020-2005-PI / 0021-
2005-PI (acumulados),
Fundamentos 1, 2 y 3.

TRIBUNAL CONSTUCIONAL

STC 0002-2005-AI,
Fundamentos 12 a 20 y punto
3 de su parte resolutive.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 0013-2003-CC/TC,
Fundamento 10.5.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL STC 0008-2003-AI,
Fundamentos 14 a 18.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONA. STC N° 0007-2007-PI,
*publicada en el diario oficial El
Peruano el 22 de junio de 2007.*
- URIBE ARZATE, Enrique. *El sistema Constitucional en
México*, edit. Miguel Ángel,
Porrúa, 2006,
[http://books.google.com.pe/b
ooks?id
=valores+y+principios+consti
tucionales](http://books.google.com.pe/books?id=valores+y+principios+constitucionales) (02-01-09).
- VEHWEG, Theodoro. *Tópica y Filosofa del Derecho.*
Barcelona. Gedisa. 1997.
Tópica y Jurisprudencia.
Madrid. Taurus.1964.
- VIGO, Rodolfo. *Interpretación Constitucional.*
edit. Abeledo Perrot, Buenos
Aires, 1993.
Wikipedia.
[http://es.wikipedia.org/wiki/
Tribunal Constitucional](http://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Constitucional)
- WOLFE, Christopher. *La Transformación de la
interpretación Constitucional,*
edit. Civitas, Madrid, 1991.
- WRÓLEWSKY, J. *Constitución y teoría general
de la interpretación jurídica,*
edit. Civitas, Madrid, 1985.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

La giustizia costituzionali, edit. Imola, Italia, il Mulino, 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo.

Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti, en: Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della consulta il 23 a 24 novembre 1988. Giuffré, Milano, 1989.

**Este libro ha sido editado en los
Talleres gráficos «IMPRESA MARTIN»
Pasaje San Agustín N° 190
Trujillo**

